

# **Erläuternder Bericht zu zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu Änderungen des Urheberrechtsgesetzes**

vom [11.12.2015]

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1 Präsentation der Vorlage</b>	<b>5</b>
1.1 Ratifikation der WIPO-Abkommen	5
1.1.1 Ausgangslage	5
1.1.2 Überblick über den Inhalt der WIPO-Abkommen	6
1.1.2.1 Vertrag von Peking	6
1.1.2.2 Vertrag von Marrakesch	6
1.1.3 WIPO-Abkommen mit nur teilweise unmittelbar anwendbarem Charakter	7
1.1.4 Bewertung	7
1.2 Modernisierung des Urheberrechts	8
1.2.1 Ausgangslage	8
1.2.2 Grenzziehung zwischen individueller und kollektiver Verwertung	8
1.2.2.1 Möglichkeiten kollektiver Verwertung bei Internetnutzungen	9
1.2.2.2 Möglichkeit der individuellen Verwertung bei Massennutzungen über das Internet	14
1.2.3 Alternativen zum Urheberrecht	15
1.2.3.1 Freiwillige Zahlungen	15
1.2.3.2 Preisgeld	16
1.2.3.3 Kulturförderung	16
1.2.4 Die Diskussion in den Nachbarländern	16
1.2.4.1 Frankreich	16
1.2.4.2 Deutschland	17
1.2.4.3 UK	17
1.2.5 Die Empfehlungen der AGUR12	18
1.2.6 Massnahmen zur Bekämpfung der Online Piraterie	19
1.2.7 Weitere Änderungen zur Modernisierung des Urheberrechts	20
1.2.7.1 Verleihrecht	20
1.2.7.2 Schutz des Herstellers oder der Herstellerin von Pressefotografien	21
1.2.7.3 Nutzung von verwaisten Werken	22
1.2.7.4 Schranke für die Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken	23
1.2.7.5 Leerträgervergütung	25
1.2.7.6 Instanzenzug bei der ESchK	27
1.2.7.7 Ausdehnung der Aufsicht und Angemessenheitsprüfung	28
1.2.7.8 Aufsichtsgebühren des IGE	28
1.2.8 Nicht berücksichtigte Anliegen	29
1.3 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	31
1.4 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht	32
1.4.1 Vertrag von Peking und Vertrag von Marrakesch	32
1.4.2 Modernisierung des Urheberrechts	32

1.5	Umsetzung	36
1.6	Erledigung parlamentarischer Vorstösse	37
<b>2</b>	<b>Kommentar zu den Bestimmungen</b>	<b>38</b>
2.1	Vertrag von Peking	38
2.2	Vertrag von Marrakesch	45
2.3	Umsetzung des Vertrags von Peking und des Vertrags von Marrakesch	52
2.3.1	Vertrag von Peking	52
2.3.2	Vertrag von Marrakesch	53
2.4	Änderungen des Urheberrechtsgesetzes	56
2.4.1	Änderungen im Hinblick auf die Umsetzung des Vertrags von Marrakesch	56
2.4.2	Massnahmen zur Gewährleistung eines angemessenen und den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutzes	58
2.5	Änderungen übrigen Rechts	86
<b>3</b>	<b>Auswirkungen</b>	<b>88</b>
3.1	Auswirkungen auf den Bund	88
3.1.1	Finanzielle Auswirkungen	88
3.1.2	Personelle Auswirkungen	89
3.2	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	89
3.2.1	Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns	89
3.2.2	Auswirkungen auf einzelne gesellschaftliche Gruppen	90
3.2.3	Beurteilung einzelner konkreter Massnahmen	92
3.2.4	Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft	96
3.3	Alternative Regelungen	97
3.4	Zweckmässigkeit im Vollzug	97
<b>4</b>	<b>Verhältnis zur Legislaturplanung und zu nationalen Strategien des Bundesrates</b>	<b>97</b>
4.1	Verhältnis zur Legislaturplanung	97
4.2	Verhältnis zu nationalen Strategien des Bundesrates	97
<b>5</b>	<b>Rechtliche Aspekte</b>	<b>98</b>
5.1	Verfassungsmässigkeit	98
5.1.1	Vertrag von Peking und Vertrag von Marrakesch	98
5.1.2	Gesetzesvorlage zur Modernisierung des Urheberrechts	98
5.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	98
5.2.1	Vertrag von Peking und Vertrag von Marrakesch	98
5.2.2	Gesetzesvorlage zur Modernisierung des Urheberrechts	98
5.3	Erlassform	99
5.4	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	100
5.5	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	100
5.6	Datenschutz	100

<b>Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte</b> (Entwurf)	<b>XXX</b>
<b>Bundesbeschluss über die Genehmigung des Vertrags von Peking über den Schutz von audiovisuellen Darbietungen</b> (Entwurf)	<b>XXX</b>
<b>Bundesbeschluss über die Genehmigung des Vertrags von Marrakesch über die Erleichterung des Zugangs zu veröffentlichten Werken für blinde, sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen</b> (Entwurf)	<b>XXX</b>
<b>Vertrag von Peking vom 24. Juni 2012 über den Schutz von audiovisuellen Darbietungen</b> («Vertrag von Peking»)	<b>XXX</b>
<b>Vertrag von Marrakesch vom 27. Juni 2013 über die Erleichterung des Zugangs zu veröffentlichten Werken für blinde, sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen</b> («Vertrag von Marrakesch»)	<b>XXX</b>

# **1 Präsentation der Vorlage**

## **1.1 Ratifikation der WIPO-Abkommen**

### **1.1.1 Ausgangslage**

Zahlreiche Mitgliedstaaten der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) und interessierte Kreise wünschen seit Langem eine internationale Anerkennung minimaler Rechte von ausübenden Künstlerinnen und Künstlern des audiovisuellen Bereichs. Der WIPO-Vertrag vom 20. Dezember 1996<sup>1</sup> über Darbietungen und Tonträger (WPPT) führt zu einer Verbesserung und Harmonisierung des im Internationalen Abkommen vom 26. Oktober 1961<sup>2</sup> über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom-Abkommen) verankerten Schutzes. Der Geltungsbereich des WPPT erstreckt sich auf die Tonelemente der Darbietungen, nicht jedoch auf ihre audiovisuellen Elemente. Im Rahmen der Verhandlungen zum WPPT hatten sich die Mitgliedstaaten darauf verständigt, die Arbeiten zum Thema der audiovisuellen Darbietungen zu einem späteren Zeitpunkt getrennt fortzuführen.

Im Dezember 2000 verzeichneten die Arbeiten an einem Vertragsentwurf zum Schutz von audiovisuellen Darbietungen mit einer vorläufigen Einigung bei 19 der 20 materiellen Bestimmungen einen bedeutenden Fortschritt. Aufgrund des Fehlens einer Einigung bei der Frage der Abtretung von Rechten von der Künstlerin oder vom Künstler an die Produzentin oder den Produzenten konnten die Verhandlungen jedoch nicht abgeschlossen werden. Im Juni 2011 wurde eine Verständigungslösung gefunden und somit der Weg für die Einberufung einer diplomatischen Konferenz in Peking im Juni 2012 geebnet. Diese führte zur Verabschiedung des Vertrags von Peking vom 24. Juni 2012 zum Schutz von audiovisuellen Darbietungen («Peking-Vertrag», BTAP).

Der Vertrag von Marrakesch vom 27. Juni 2013 zur Erleichterung des Zugangs zu veröffentlichten Werken für blinde, sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen («Marrakesch Vertrag») erleichtert den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken für Menschen mit Sehbehinderungen. Auf diese Weise trägt er zur Verringerung der Chancenungleichheit beim Zugang zu Werken zwischen Sehenden und Sehbehinderten bei. Gemäss der World Blind Union (WBU) werden weniger als 5 Prozent der jährlich 1 Million weltweit erscheinenden Werke in einer für Sehbehinderte zugänglichen Form veröffentlicht. Der Zugang dieser Menschen zu gedruckten Dokumenten wird durch ein internationales Urheberrechtsumfeld mit unterschiedlichen nationalen Regeln beschränkt. Im Übrigen verfügt nur eine Minderheit von Ländern in ihrem nationalen Urheberrecht über besondere Bestimmungen zu Beschränkungen und Ausnahmen zugunsten von Sehbehinderten. Die Anwendung des innerstaatlichen Urheberrechts ist ausserdem auf das nationale Staatsgebiet beschränkt. Angesichts dieses «territorialen» Charakters gelten die im nationalen Recht vorgesehenen Ausnahmen in der Regel nicht für die Ein- oder Ausfuhr von Werken in einer zugänglichen Form selbst zwischen Ländern mit

<sup>1</sup> SR 0.231.171.1

<sup>2</sup> SR 0.231.171

ähnlichen Regeln. Heute müssen die zuständigen Organisationen jedes Landes mit den Rechteinhabern über Lizenzen verhandeln, um Werke in einer zugänglichen Form zwischen Ländern auszutauschen oder um ihre eigenen Versionen herzustellen.

In Anerkennung der Notwendigkeit einer internationalen Lösung auf diesem Gebiet zur Vereinfachung der gemeinsamen Nutzung der Ressourcen für die Herstellung von Werken in einer zugänglichen Form wurden 2004 Arbeiten in der WIPO in Angriff genommen. Die Verabschiedung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen<sup>3</sup> im Jahr 2006 verlieh den Beratungen zusätzlichen Schwung. Dieses sieht vor, dass Gesetze zum Schutz von Rechten des geistigen Eigentums keine ungerechtfertigte oder diskriminierende Barriere für den Zugang von Menschen mit Behinderungen zu kulturellem Material darstellen dürfen. 2009 wurde dem Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR) der WIPO ein Vertragsentwurf unterbreitet, der auf einem von der WBU erarbeiteten Text gestützt ist. Die Arbeiten kamen schnell voran, sodass im Juni 2013 eine diplomatische Konferenz in Marrakesch einberufen werden konnte, die zur Verabschiedung des Vertrags von Marrakesch führte.

## **1.1.2 Überblick über den Inhalt der WIPO-Abkommen**

### **1.1.2.1 Vertrag von Peking**

Da der WPPT nur auf die Tonelemente der Darbietungen anwendbar ist, gewährt er den Schauspielern keinen Schutz für ihre audiovisuellen Darbietungen. Im Rahmen der Verhandlungen des WPPT hatten sich die WIPO Mitgliedstaaten nämlich geeinigt, die Arbeiten zum Thema der audiovisuellen Darbietungen getrennt fortzuführen.

Der Vertrag von Peking beseitigt die Ungleichbehandlung von Musikern und Schauspielern auf internationaler Ebene, indem auch den Schauspielern die ausschliesslichen Rechte an der Vervielfältigung, Verbreitung, Vermietung und Zugänglichmachung gewährt werden (Art. 6 bis 10 BTAP). Im Zuge der WPPT-Ratifizierung hatte der Schweizer Gesetzgeber den Schauspielern den gleichen Schutz wie den Sängern und Musikern gewährt und somit die Ungleichbehandlung auf nationaler Ebene beseitigt (Art. 33 und 33a). Deshalb erfordert die Ratifizierung des Vertrags von Peking heute keine Änderung des schweizerischen Rechts.

### **1.1.2.2 Vertrag von Marrakesch**

Der Vertrag von Marrakesch erleichtert den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken für blinde, sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen. Er sieht einen Mindeststandard für Schranken des Rechts auf Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung vor. Im Rahmen der letzten URG-Revision wurde eine Schranke zugunsten von Menschen mit Behinderung eingeführt, um diesen den Zugang zu geschützten Werken zu erleichtern (vgl. Art. 24c). Diese Bestimmung gilt für Personen mit Behinderungen ungeachtet der Art der Behinderung und ermöglicht insbesondere die Verwendung veröffentlichter Werke zur Herstellung, Verbreitung und Zugänglichmachung von für Sehbehinderte zugänglichen Formaten. Obwohl das geltende Recht die meisten Anforderungen des Vertrags von Marrakesch erfüllt, ist mit Blick auf seine Ratifizierung eine

<sup>3</sup> SR 0.109. Das Übereinkommen ist für die Schweiz am 15. April 2014 in Kraft getreten.

Gesetzesänderung erforderlich, um die Einfuhr von zugänglichen Formaten in die Schweiz zu ermöglichen (vgl. Art. 6 des Vertrags von Marrakesch).

### **1.1.3 WIPO-Abkommen mit nur teilweise unmittelbar anwendbarem Charakter**

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein völkerrechtlicher Vertrag direkt anwendbar, wenn sein Wortlaut hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können. Wenn er lediglich blosser Leitgedanken an die Adresse der Vertragsstaaten enthält und sich folglich nicht in erster Linie an die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richtet, besitzt er keinen unmittelbar anwendbaren (self-executing) Charakter (BGE 124 IV 23).

Der Vertrag von Peking bezweckt den Schutz der ausübenden Künstler in Bezug auf ihre audiovisuellen Darbietungen. Somit verfolgt er die gleiche Stossrichtung wie der WPPT, von dem er sich direkt leiten lässt. Der Vertrag von Peking enthält eine Reihe von Self-Executing-Bestimmungen wie die Rechte der ausübenden Künstler (Art. 5 bis 11 BTAP), während andere Vorschriften eine Umsetzung im nationalen Recht erfordern. Dazu gehören beispielsweise die Pflichten in Bezug auf technische Vorkehrungen (Art. 15 BTAP) und Informationen für die Wahrnehmung der Rechte (Art. 16 BTAP). Diese Pflichten müssen vom nationalen Gesetzgeber umgesetzt werden. Gemäss den vom Bundesgericht festgelegten Kriterien ist der Vertrag von Peking folglich nur teilweise unmittelbar anwendbar.

Der Vertrag von Marrakesch unterscheidet sich von den bestehenden internationalen Urheberrechtsabkommen insofern, als er kein Mindestschutzniveau festlegt, aber die Vertragsparteien verpflichtet, in ihrer Gesetzgebung bestimmte Schranken des Urheberrechts zu verankern, welche den Organisationen blinder und sehbehinderter Menschen erlauben, urheberrechtlich geschützte gedruckte Werke in einer zugänglichen Form zu vervielfältigen, zu verbreiten und zugänglich zu machen (Art. 4 des Vertrags von Marrakesch). Der grenzüberschreitende Austausch ist ebenfalls ausdrücklich erlaubt (Art. 5 und 6 des Vertrags von Marrakesch). Somit richtet sich der Vertrag in erster Linie an den Gesetzgeber, und seine Umsetzung erfordert eine Überführung ins nationale Recht der Vertragsstaaten.

### **1.1.4 Bewertung**

Zwölf Jahre nach Abschluss des WPPT beseitigt der Vertrag von Peking die Ungleichbehandlung von Schauspielern und ausübenden Künstlern. Der auf die Tonelemente von Darbietungen beschränkte Geltungsbereich des WPPT schloss die Schauspieler aus und schuf eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Der schweizerische Gesetzgeber hatte sich mit Blick auf die Ratifizierung des WPPT im Übrigen dafür entschieden, den ausübenden Künstlern den gleichen Schutz zu gewähren – ungeachtet der Tatsache, ob ihre Darbietungen rein akustisch oder audiovisuell sind.

Obwohl der Vertrag von Marrakesch die Vertragsstaaten verpflichtet, in ihrer nationalen Gesetzgebung Schranken des Urheberrechts zu verankern, achteten die Unterhändler besonders auf die entsprechenden Bedingungen, um sicherzustellen, dass diese Schranken auf das Beschränkte sind, was absolut notwendig ist, um den Vertragszweck zu erfüllen, und mit den auf alle Schranken anwendbaren, auf internationaler Ebene gültigen Bedingungen vereinbar sind. Folglich schreibt der Vertrag zwar Schranken zugunsten blinder, sehbehinderter oder sonst

lesebehinderter Menschen vor, ändert jedoch nichts am Drei-Stufen-Test und bewirkt daher keine allgemeine Senkung des international anerkannten Schutzniveaus.

## **1.2 Modernisierung des Urheberrechts**

### **1.2.1 Ausgangslage**

### **1.2.2 Grenzziehung zwischen individueller und kollektiver Verwertung**

Das digitale Zeitalter hat nicht nur die Zugangsmöglichkeiten zu geschützten Werken verändert, sondern auch die Art, wie sie genutzt werden. Werke können heute leicht verbreitet werden. Bei Massennutzungen ist es möglich, mit Werbung oder selbst geringsten Abonnementskosten für Speicher- oder Streamingangebote, grosse Gewinne zu erzielen. Das hat zu einem starken Aufschwung von Piraterieangeboten geführt, die unlizenziiert Filme, Musik sowie Bücher verwerten und dadurch in unlauterer Weise ihre Gewinne zum Nachteil der Werkschaffenden maximieren.

Die Internetnutzer betätigen sich zudem in Blogs und auf Social Media-Seiten, was zu einer Auflösung der Grenzen zwischen den Werkschaffenden, den Vermittlern und den Konsumenten sowie zwischen privater und öffentlicher Kommunikation führt.<sup>4</sup> Obwohl diese Entwicklung viele positive Effekte aufweist, ergeben sich auch neue Problemfelder, insbesondere im Bereich des Jugendschutzes oder des Schutzes der Privatsphäre.<sup>5</sup> Als problematisch erweist sich auch, dass Musik, Bücher und Filme, oft ohne Erlaubnis der Werkschaffenden, beliebig vervielfältigt und ausgetauscht werden.

Die Piraterie hat für die Werkschaffenden schwerwiegende Folgen. Das Verhalten zeugt von mangelndem Respekt vor dem Werkschaffen und ist ein Grund dafür, dass die Einkünfte aus der Verwertung von Werken in den vergangenen Jahren zurückgegangen sind. Die Räte zeigten sich besorgt über diese Entwicklung und beauftragten den Bundesrat aufzuzeigen, wie die Werkschaffenden eine angemessene Vergütung für die Nutzung ihrer Inhalte über das Internet erhalten können. Gleichzeitig stellten sie klar, dass der Fokus nicht einseitig auf repressive Massnahmen gelegt werden soll und dass die neuen technischen Möglichkeiten nicht beschränkt werden sollen. Der Schutz der Privatsphäre und das Recht auf freie Meinungsäusserung sollen auch im Zeitalter des Internets sichergestellt sein.<sup>6</sup>

Das Urheberrecht geht grundsätzlich von einer individuellen Verwertung aus. Das ist beispielsweise der Fall, wenn sich ein Autor und ein Verlag vertraglich über die Herstellung und den Vertrieb eines Buches und die dem Autor im Gegenzug geschuldete Vergütung einigen. Bei Massennutzungen mit geringer Nutzungsintensität, wie beispielsweise beim Fotokopieren, ist eine individuelle

<sup>4</sup> Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011, S. 2.

<sup>5</sup> Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011, S. 15.

<sup>6</sup> 12.3326 Postulat Recordon. Für ein Urheberrecht, das fair ist und im Einklang mit den Freiheiten der Internetgemeinde steht; 12.3173 Postulat Glättli. Angemessene Entschädigung von Kulturschaffenden unter Einhaltung der Privatsphäre der Internetnutzenden

Vereinbarung nicht mehr möglich. Damit die technischen Möglichkeiten dennoch genutzt werden können und die Interessen der Werkschaffenden bestmöglich gewahrt bleiben, bedient sich das Gesetz der kollektiven Verwertung. Es sieht in diesen Fällen entweder eine kollektive Rechtswahrnehmung über die Verwertungsgesellschaften vor oder es erlaubt die Werkverwendung, knüpft sie aber gleichzeitig an eine Vergütung, die von den Verwertungsgesellschaften eingezogen wird (Art. 40).

Im Bereich der Internetnutzungen geht der Bundesrat davon aus, dass rund ein Drittel der über 15-jährigen Schweizer bereits einmal Musik, Filme und/oder Computerspiele heruntergeladen hat, ohne dafür bezahlt zu haben.<sup>7</sup> Das lässt Rückschlüsse auf das Ausmass der Rechtsverletzungen durch unlizenzierte Angebote zu. Sie erschweren eine wirksame Durchsetzung in traditioneller Weise. Ein weitgehend fehlendes Unrechtsbewusstsein verstärkt das Problem. Der Trend zum «digitalen Altruismus» («sharing is caring»), der hinter Modellen wie Wikipedia steht, könnte für diese Entwicklung mitverantwortlich sein.<sup>8</sup> Wer bereit ist, ohne Vergütung sein Wissen zu teilen, betrachtet jemanden, der seine Inhalte nur gegen Entgelt zur Verfügung stellt, als asozial und sieht darin eine unzulässige Beschränkung des Zugangs zu Informationen und Werken. Dabei wird fälschlicherweise ausgeblendet, dass sich Werkschaffende, die von ihrer Arbeit leben müssen, einen derartigen Altruismus nicht leisten können. Das Zusammenspiel von fehlender innerer Überzeugung und einer Rechtsdurchsetzung, die faktisch weitgehend zum Erliegen gekommen ist, weist Merkmale einer unkontrollierbaren Massennutzung auf.<sup>9</sup> Es fragt sich, ob bei Werknutzungen über das Internet ein System der kollektiven Verwertung zur Anwendung kommen soll, ähnlich dem für Fotokopien.<sup>10</sup>

### **1.2.2.1 Möglichkeiten kollektiver Verwertung bei Internetnutzungen**

Das bekannteste Modell einer kollektiven Verwertung von Urheberrechten im Internet ist der Pauschaltarif, besser bekannt als «Flatrate». Mit dem Begriff «Kulturflatrate» oder auch «Content Flatrate» wird der Ansatz beschrieben, «die nicht kommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung von digitalen, urheberrechtlich geschützten Werken, wie zum Beispiel Musik, Filme, Software oder E-Books, über das Internet zu legalisieren und zum Ausgleich eine pauschale Gebühr zur Entschädigung der Rechteinhaber zu erheben und diesen abzuführen».<sup>11</sup>

Die Flatrate ist bereits heute in einer eingeschränkten Version Realität. Die Privatgebrauchsschranke erlaubt die Verwendung von Musik, Filmen oder E-Books, einschliesslich der Vervielfältigung und der Weitergabe, im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde (Art. 19 Abs. 1 Bst. a).

<sup>7</sup> Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulats 10.3263 Savary, S. 7f.

<sup>8</sup> BECK, RAINER, Die «diebische» Seite im Menschen - Geistiges Eigentum und Unrechtsbewusstsein, *Gazetta* 52/2012, S. 56f.

<sup>9</sup> Vgl. z.B. die Filesharing-Seite «4shared» mit monatlich ca. 2,5 Milliarden Seitenaufrufen im Jahre 2011 (<http://www.20min.ch/digital/webpage/story/22122497>).

<sup>10</sup> Vgl. BERGER, MATHIS, Geometrie des Interessenausgleichs im Urheberrecht oder die Quadratur des Kreises, *Gazetta* 52/2012, S. 36; EGLOFF, WILLI, Ein Lob der kollektiven Verwertung, *Gazetta* 52/2012, S. 42.

<sup>11</sup> ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, S. 4.

Diese Urheberrechtsschranke wurde zwar im Hinblick auf die Tonbandkassette geschaffen. Sie ist aber technikneutral formuliert und erfasst auch Internetnutzungen. Allerdings ist sie enger gefasst als die eigentliche Flatrate, weil die Weitergabe nur in einem sehr engen Kreis zulässig ist. Das schliesst regelmässig sowohl Social Media-Nutzungen als auch die Weitergabe über Peer-to-Peer-Netzwerke oder über einen YouTube-Kanal aus. Zudem erstreckt sich diese Urheberrechtsschranke nicht auf Software. Auch ist die mit der Privatgebrauchsschranke verknüpfte Vergütung nicht auf Internetnutzungen zugeschnitten, weil sie am Leerträger und damit an der physischen Kopie anknüpft (Art. 20 Abs. 1 und 3).

In den Diskussionen über die konkrete Ausgestaltung einer Kulturflatrate scheinen sich vor allem zwei Systeme herauszukristallisieren.<sup>12</sup> Während das eine System beabsichtigt, die nichtkommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke über das Internet als Urheberrechtsschranke in der Form einer vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenz auszugestalten, sieht das andere System dafür die zwingende kollektive Verwertung vor.

Bei einer vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenz für die nichtkommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke über das Internet braucht sich der Internetnutzer nur noch in denjenigen Fällen um das Urheberrecht zu bemühen, in welchen er Werke Dritter (ausserhalb des Privatgebrauchs) für sein eigenes kreatives Schaffen verwendet, z.B. beim Vertonen eines eigenen Films, nicht aber bei der reinen Weitergabe des unveränderten Werks. Im Gegenzug schuldet der Internetnutzer den Rechteinhabern eine Vergütung. Letztere ist von den Anbieterinnen von Fernmeldediensten in Form einer Pauschale zusammen mit den Abonnementsgebühren einzuziehen. Die Verteilung an die Rechteinhaber erfolgt durch die Verwertungsgesellschaften. Für die konkrete Ausgestaltung eines solchen Kulturflatrate-Modells müsste noch entschieden werden, ob alle Werkkategorien von der Schrankenregelung erfasst wären (also auch Computerprogramme) und inwieweit auch Schulen oder Betriebe davon Gebrauch machen dürften.

Dieses Modell ist indessen nicht unproblematisch. Es bestehen Bedenken bezüglich Einzelfallgerechtigkeit, da die Vergütung unabhängig von der tatsächlichen Nutzung erhoben werden würde (gleich wie die Leerträgervergütung). Zudem ist unklar, nach welchen Kriterien die Vergütung an die Berechtigten verteilt werden würde. Während bei kommerziellen Angeboten die Abrufe genau erfasst werden können, würde die korrekte Verteilung bei einer solchen Urheberrechtsschranke eine datenschutzrechtlich problematische Überwachung des Internets erfordern.<sup>13</sup>

Beim Modell einer zwingenden kollektiven Verwertung kann das ausschliessliche Recht des Vervielfältigens und des Zugänglichmachens urheberrechtlich geschützter Werke über das Internet im nichtkommerziellen Bereich nur noch durch eine Verwertungsgesellschaft vorgenommen werden, die über eine entsprechende

<sup>12</sup> RENNER, TIM, Fakultative Flatrate auf Basis eines Kontrahierungszwangs zwischen Content- und Kanalinhabern, Schweizerisches Forum für Kommunikation vom 10.02.2011; ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, S. 4.

<sup>13</sup> ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, S. 61.

Bewilligung verfügt. Das führt zu einem Verwertungszwang, da die Verwertungsgesellschaften das Verbotsrecht nur zur Durchsetzung der tariflich festgesetzten Bedingungen ausüben können. Sind diese Bedingungen erfüllt, haben die Verwertungsgesellschaften keine Möglichkeit, die Erlaubnis zu verweigern.<sup>14</sup> Bei einer zwingenden kollektiven Verwertung ist es den Anbieterinnen von Fernmeldediensten überlassen, ob sie die entsprechende Lizenz einholen und ihren Abonnenten die Möglichkeit der nichtkommerziellen Weitergabe und Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke über das Internet gegen Bezahlung einer Vergütung anbieten wollen. Nur diejenigen Internetnutzer, welche sich für die Flatrate entscheiden würden, könnten in der Folge von dieser Möglichkeit profitieren.<sup>15</sup>

Im Vergleich zur gesetzlichen Lizenz zeichnet sich die zwingende kollektive Verwertung durch eine bessere Einzelfallgerechtigkeit aus. Internetnutzer, die von der Möglichkeit der nichtkommerziellen Weitergabe und Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke über das Internet nicht Gebrauch machen wollen, haben auch keine Vergütung zu bezahlen. Allerdings würde ein solches System das Urheberrecht weiter in den privaten Bereich hineintragen und eine Abkehr vom Verzicht auf die Kriminalisierung der Internetnutzer bedeuten. In diesen Fällen wären Rechtsverfolgungsmassnahmen gegen Nutzer ohne Flatrate, die sich widerrechtlich verhalten, erforderlich.<sup>16</sup>

Ungewiss ist, ob die Einführung einer Kulturflatrate als Schrankenbestimmung mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar wäre. «Das Recht, Werke über das Internet zugänglich zu machen, wurde im WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996<sup>17</sup> (WCT) und im WIPO-Vertrag vom 20. Dezember 1996<sup>18</sup> über Darbietungen und Tonträger (WPPT) als ausschliessliches Recht ausgestaltet. Die genannten Abkommen lassen zwar Beschränkungen und Ausnahmen zu, sie sind aber auf Sonderfälle zu beschränken, welche die normale Verwertung nicht beeinträchtigen. Eine generelle Erlaubnis der nichtgewerblichen Werkverbreitung führt dazu, dass ein ausschliessliches Recht in einem Ausmass durch eine gesetzliche Lizenz ersetzt wird, das sich nicht mehr ohne weiteres als Sonderfall qualifizieren lässt.»<sup>19</sup> Eine Urheberrechtsschranke für die nichtkommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter

<sup>14</sup> BGE 133 III 579, E. 5.6

<sup>15</sup> RENNERT, TIM, Fakultative Flatrate auf Basis eines Kontrahierungszwangs zwischen Content- und Kanalhabern, Schweizerisches Forum für Kommunikation vom 10.02.2011.

<sup>16</sup> SPINDLER, GERALD, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, Gutachten erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion «Bündnis 90/DIE GRÜNEN», Göttingen 2013, S. 148.

<sup>17</sup> SR 0.231.151

<sup>18</sup> SR 0.231.171.1

<sup>19</sup> Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulats 10.3263 Savary, August 2011, S. 12; dagegen: RUNGE, PHILIPP, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int. 2007, S. 136f.; dafür: ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, S. 28.

Werke über das Internet birgt zudem das Risiko, dass die Schweiz zu einem Hafen für Piraterieplattformen würde.<sup>20</sup>

Aus dem Umstand, dass Schrankenregelungen jeweils nur national wirken, ergibt sich ein weiteres Problem. In der Schweiz könnten Nutzer, die eine Flatrate bezahlen, erlaubterweise urheberrechtlich geschützte Werke hochladen. Ist das hochgeladene Werk aber auch von anderen Staaten aus zugänglich, besteht in diesen Staaten in der Regel ein Gerichtsstand und das dortige Recht würde Anwendung finden. Eine schweizerische Insellösung ist damit kein gangbarer Weg.

In der öffentlichen Diskussion über Flatratemodelle noch weitgehend ausgeblendet wird die Möglichkeit, solche Modelle im Rahmen der Vertragsfreiheit freiwillig zu vereinbaren. Bereits heute bestehen zahlreiche Flatrateangebote auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen, wie beispielsweise Napster, Netflix, Cablecom My Prime, Spotify, Simfy oder Deezer. Die Angebote umfassen den Download oder das Streaming und sind entweder werbefinanziert oder erfordern die Bezahlung einer Abonnementsgebühr. Im Gegensatz zu den Flatratemodellen, die auf einer Urheberrechtsschranke beruhen, erfasst die Lizenz nicht alle Werke, sondern lediglich diejenigen, die Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung sind. Das lizenzierte Angebot steht dann aber auch tatsächlich zur Verfügung, während die Urheberrechtsschranken lediglich die Möglichkeit zur Nutzung, nicht aber eine Pflicht der Rechteinhaber vorsehen, ihre Inhalte zur Verfügung zu stellen. Vertraglich vereinbarte Flatratemodelle greifen im Gegensatz zu den Urheberrechtsschranken nicht in die Rechtspositionen der Betroffenen ein. Es steht ihnen frei, bei einem solchen Modell mitzumachen. Sie sind deshalb auch mit den bestehenden internationalen Verpflichtungen vereinbar.

Schliesslich besteht eine Verwertungsform, die zwischen der Kollektivverwertung im engeren Sinn und der Individualverwertung angesiedelt ist, die erweiterte Kollektivlizenz. Die Rechtsfigur der «erweiterten Kollektivlizenz» oder international bekannt unter dem Begriff «extended collective license» stammt ursprünglich aus den Rechtsordnungen der nordischen Länder und hat sich dort seit den 1960er Jahren nicht nur bewährt, sondern auch ihren Anwendungsbereich erweitert und sogar Eingang in ausgewählte EU-Dokumente gefunden.

Auch wenn es sich bei dem Begriff um einen Sammelbegriff handelt, der in verschiedenen nordischen Rechtsordnungen unterschiedlich definiert wird und sich mit der Zeit entwickelt hat, sind drei Elemente prägend: Eine erweiterte Kollektivlizenz setzt, erstens, die Existenz einer Verwertungsorganisation voraus, die die Rechte ihrer Mitglieder in ihrem Tätigkeitsbereich wahrnimmt und für letzteren repräsentativ ist, d.h. einen erheblichen Teil der Inhaber der Urheberrechte im jeweiligen Nutzungsgebiet vertritt. In der Regel bedürfen Verwertungsorganisationen, die eine erweiterte Kollektivlizenz erteilen, einer staatlichen Anerkennung. Zweitens bestehen Lizenzvereinbarungen zwischen der entsprechenden Verwertungsorganisation und bestimmten Nutzern. Das dritte und entscheidende Element ist eine gesetzliche Bestimmung, die den Anwendungsbereich dieser Lizenzvereinbarungen auf Werke von Rechteinhabern

<sup>20</sup> AUDIOVISION SCHWEIZ / IFPI SCHWEIZ / MUSIKSCHAFFENDE SCHWEIZ / SIG SCHWEIZERISCHE INTERPRETENGENOSSENSCHAFT / SUISA / SWISSPERFORM, Musik-Flatrate - mehr Schnapsidee als Segen!, S. 2f. ([http://www.ifpi.ch/tl\\_files/ifpi\\_2010/artikel/inhalte/Replik%20Leonhard%20d.pdf](http://www.ifpi.ch/tl_files/ifpi_2010/artikel/inhalte/Replik%20Leonhard%20d.pdf)).

ausdehnt, die nicht Mitglieder der entsprechenden Verwertungsorganisation sind, d.h. nicht von ihr vertreten werden.

Die Idee hinter der Schaffung der Rechtsfigur der erweiterten Kollektivlizenz bestand darin, die kollektive Verwertung auf die Fälle auszudehnen, in denen sich die individuelle Erteilung der Nutzungsrechte aus praktischen Gründen als unmöglich erwies. Dies betraf ursprünglich die Nutzung einer Jukebox durch den Besitzer eines Cafés, die Verwendung eines Radios oder Fernsehers durch den Besitzer eines Restaurants oder die Vervielfältigung von geschützten Werken für schulische Nutzung. Es lag die Annahme zugrunde, dass die betroffenen Rechteinhaber bei Kenntnis über die Nutzung ihrer Werke die Zustimmung gegeben hätten. Diese (widerlegbare) Vermutung war und ist sinnvoll und wenig problematisch, wo die Nutzung der Werke durch den Rechteinhaber ausgeschlossen werden kann (sog. «opt-out»<sup>21</sup>). Allerdings bestehen auch Formen der erweiterten Kollektivlizenz, die kein «opt-out» vorsehen, sondern die Zustimmung der Nichtmitglieder als eine unwiderlegbare gesetzliche Fiktion betrachten, die den Nichtmitgliedern der betroffenen Verwertungsorganisation keine Möglichkeit geben, die Nutzung ihrer Werke zu verbieten.

Über den ursprünglichen Anwendungsbereich hinaus wurde die Vereinbarungslizenz in verschiedenen nordischen Ländern ausgedehnt auf den Bereich der Zugänglichmachung, des Kopierens und der Nutzung geschützter Werke in Bildung und Forschung, auf das Kopieren geschützter Werke und Leistungen durch Behörden und in Betrieben sowie auf das Kopieren und Zugänglichmachen von Werken durch öffentliche Archive und Bibliotheken. Ausserdem wurde das Instrument zunehmend angewandt im Bereich der Sendung, Kopie, Speicherung, Wiederverwendung und Weitersendung von Werken und Leistungen im Zusammenhang mit Rundfunk und Fernsehen. Im Jahre 2008 hat die erweiterte Kollektivlizenz innerhalb der dänischen Rechtsordnung einen entscheidenden Entwicklungsschritt vollzogen, der in Schweden und England bereits übernommen wurde und in der finnischen und norwegischen Rechtsordnung geprüft wird: Dänemark hat eine sogenannte «allgemeine erweiterte Kollektivlizenz» eingeführt, deren Anwendungsbereich nicht mehr im Gesetz definiert wird, sondern flexibel ohne Beteiligung des Gesetzgebers an veränderte Gegebenheiten angepasst werden kann. Die vom Kulturministerium zu genehmigenden und genehmigten Vereinbarungen werden auf dessen Website veröffentlicht. Besondere Bedeutung kommt der allgemeinen erweiterten Kollektivlizenz in Dänemark bei der Digitalisierung von Bibliotheks- und Museumsbeständen zu.

Eine Vereinbarkeit der erweiterten Kollektivlizenz mit den Anforderungen des internationalen Rechts im Bereich von Urheberrechtsschranken und mit dem Drei-Stufen-Test des Artikels 9 Absatz 2 RBÜ im Speziellen wurde bisher kaum in Frage gestellt. Details hängen im jeweiligen Einzelfall von der konkreten Ausgestaltung der erweiterten Kollektivlizenz ab.

Mit Blick auf die guten Erfahrungen, welche die nordischen Rechtsordnungen mit dem Instrument der erweiterten Kollektivlizenz gemacht haben, sieht die vorliegende Teilrevision deren Einführung auch für die Schweiz vor (Art. 43a URG). Aus gesetzssystematischen Gründen wird für die erweiterte Kollektivlizenz in der Vorlage jedoch der Begriff «freiwillige Kollektivverwertung» verwendet.

<sup>21</sup> In der Praxis wird aus praktischen Gründen wenig Gebrauch von opt-out-Rechten gemacht.

Fraglich ist, ob sich die Einführung des Artikels 43a auch im grenzüberschreitenden Kontext als hilfreich erweist und der neue Artikel damit auch auf die grenzüberschreitende Nutzung von digitalen Inhalten anwendbar ist. Diese Frage stellt sich beispielsweise, wenn eine schweizerische Bibliothek Werke von französischen Autoren aufgrund Artikel 43a digital zugänglich macht. Kann sich der in Frankreich lebende französische Autor effektiv dagegen wehren? Oder müssen italienische Nutzer dieser Werke damit rechnen, vor den Gerichten ihres Heimatlandes wegen einer Urheberrechtsverletzung belangt zu werden, obwohl die Nutzung in der Schweiz durch Artikel 43a erlaubt ist?

Mangels umfassender Harmonisierung des Urheberrechts in der EU oder in den zwischenstaatlichen Beziehungen zwischen der Schweiz und anderen Ländern bleibt der Grundsatz der Territorialität des Urheberrechts weiterhin auch im digitalen Zeitalter Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung. Grundsätzlich sind erweiterte Kollektivlizenzen nationale Lösungen. Durch Regelungen des internationalen Privatrechts<sup>22</sup> und deren Verankerung in Staatsverträgen wie Artikel 5 Absatz 2 RBÜ richtet sich die materiell-rechtliche Beurteilung der erweiterten Kollektivlizenz im analogen Kontext unabhängig vom Gerichtsstand nach dem Recht des Landes, für welches der Schutz beantragt wird. Übertragen auf die grenzüberschreitende Nutzung von Werken im Internet hiesse dies, dass ein Upload, der nach dem Recht des Upload-Landes legal ist, nicht vom Ausland aus gegenüber demjenigen in Zweifel gezogen oder gar verboten werden kann, der den Upload ausgeführt hat (oder alternativ gegenüber Anbieterinnen von abgeleiteten Kommunikationsdiensten). Auch wenn damit erweiterte Kollektivlizenz gewisse Wirkungen bei grenzüberschreitenden Werknutzungen entfalten können, ersetzen diese nationalen Regelungen nicht eine formal abgesicherte Weiterentwicklung der erweiterten Kollektivlizenz für den grenzüberschreitenden Kontext. Letzteres konnte jedoch bisher mangels Einigkeit auch in der EU nicht erreicht werden.

Insgesamt ergibt sich aus Sicht der Schweiz, dass durch die mögliche Ausdehnung der kollektiven Verwertung eine Vereinfachung von Nutzung und Vergütung in gewissen Situationen zu erwarten ist. Artikel 43a zielt darauf ab, Massennutzungen zu erleichtern. Die Möglichkeit des «opt-out» der Rechteinhaber erlaubt aus rechtlicher Sicht weiterhin Entscheidungsfreiheit über die Verwertung ihrer Rechte. Es ist trotz der Möglichkeit des «opt-out» aber zu erwarten, dass die Digitalisierung von Werken im Bereich von Bibliotheken und Archiven einen wichtigen Anwendungsbereich des Artikel 43a ausmachen wird.

Demgegenüber erscheint im Lichte der rasanten Entwicklung neuer Technologien und Geschäftsmodelle eine Unterstellung weiterer Verwertungsbereiche unter die Bewilligungspflicht nach Artikel 40 Absatz 1 wenig erstrebenswert. Vorteilhafter erscheint daher die Einführung einer technologieneutralen erweiterten Kollektivlizenz ohne gesetzlich definierten Anwendungsbereich wie in der auch in Dänemark und in England favorisierten Lösung.

#### **1.2.2.2 Möglichkeit der individuellen Verwertung bei Massennutzungen über das Internet**

Eine Alternative zu den Flatratemodellen stellt der «Revenue Sharing»-Ansatz dar, welcher beispielsweise von YouTube verwendet wird. Nach eigenen Angaben

<sup>22</sup> z.B. Art. 109f. IPRG oder Art. 5 III LugÜ.

werden bei YouTube pro Minute 300 Stunden Videomaterial hochgeladen.<sup>23</sup> Faktisch ist bei dieser Masse potentiell urheberrechtlich geschützter Inhalte weder eine individuelle Lizenzierung im traditionellen Sinn noch eine umfassende Kontrolle der urheberrechtlichen Berechtigung möglich. Google hat für seine YouTube-Plattform deshalb ein Lizenzierungsmodell entwickelt, das sich erheblich von der traditionellen individuellen Lizenzierung unterscheidet. Der Rechteinhaber muss aktiv werden, um eine rechtskonforme Situation herzustellen, was für ihn einen nicht zu unterschätzenden zusätzlichen Kontrollaufwand zur Folge hat. Stellt ein Rechteinhaber eine Rechtsverletzung fest, stehen ihm zwei Möglichkeiten offen. Er kann entweder das urheberrechtsverletzende Material sperren oder sich an den Werbeeinnahmen beteiligen lassen. Die Lizenzierung erfolgt also nicht mehr vor der Nutzung, sondern erst nachträglich, wenn der Rechteinhaber eine Verletzung feststellt. Das System weckt zwar Bedenken, weil der daraus entstehende zusätzliche Kontrollaufwand den Rechteinhabern aufgebürdet wird. Es zeigt aber, dass auch im Bereich der Massennutzungen Möglichkeiten bestehen, Angebote zu betreiben und auf der Basis des geltenden Rechts eine rechtskonforme Situation herzustellen, ohne dass die Nutzer der Plattform kriminalisiert werden.

### **1.2.3 Alternativen zum Urheberrecht**

Zur Sicherung eines angemessenen Verdienstes für Künstler werden auch Ansätze ausserhalb des Urheberrechts verfolgt, die einen weitgehend freien Austausch von Werken über das Internet erlauben würden. Diese Ansätze sind zwar interessant, es ist aber offen, inwiefern sich solche Modelle nachhaltig etablieren können. Zudem ist der Handlungsspielraum der Schweiz aufgrund internationaler Verpflichtungen eingeschränkt. Ein Systemwechsel weg vom Urheberrecht hin zu völlig anderen Modellen würde deshalb eine entsprechende Anpassung des Rechtsrahmens auf internationaler Ebene voraussetzen.

#### **1.2.3.1 Freiwillige Zahlungen**

Die freiwillige Vergütung zur Sicherung eines angemessenen Verdienstes für Künstler basiert auf der Annahme, dass sich der Mensch bei seinen Entscheidungen gemeinhin mehr von Fairnessüberlegungen leiten lässt als vom Eigennutz. Flattr ist eines der ersten Vergütungsmodelle, das auf Freiwilligkeit basiert. Der Name Flattr setzt sich zusammen aus dem Begriff «Flatrate» (Pauschalgebühr) und dem englischen Verb «to flatter» (jemandem schmeicheln). Das Vergütungssystem sieht vor, dass die Internetnutzer pro Monat einen festen Betrag zur Verfügung stellen und Inhalte, die sie mögen, entsprechend bezeichnen. Flattr verteilt dann den zur Verfügung gestellten Betrag monatlich auf die bezeichneten Inhalte. Das System scheint sich jedoch nicht etablieren zu können.<sup>24</sup>

Allem Anschein nach sind die sogenannten «Crowdfunding»-Modelle weit erfolgreicher. Dabei haben Kulturschaffende die Möglichkeit, ihr Projekt auf einer Plattform vorzustellen und so finanzielle Unterstützung zu erhalten. Die individuellen finanziellen Beiträge sind nur dann geschuldet, wenn das Spendenziel erreicht worden ist. Die Spender können belohnt werden (z.B. mit signierten Kopien), stiften aber in erster Linie aus altruistischen Motiven. Beispielsweise hat die Band «The Bianca Story» ein Album über die Crowdfunding-Plattform

<sup>23</sup> <http://www.youtube.com/yt/press/statistics.html>

<sup>24</sup> <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/mikro-bezahldienst-flattr-die-ausgebliebene-revolution-a-907587.html>

«wemakeit» finanziert. In die Projektkosten von EUR 90'000 wurde auch das Gehalt der Bandmitglieder in der Höhe von je EUR 3'000 eingerechnet. Als Gegenleistung wird das Album über die Webseite der Band zum Gratisdownload angeboten. Laut der Studie «Crowdfunding Monitoring Schweiz 2014» der Hochschule Luzern wurden im Jahre 2013 in der Schweiz CHF 11,6 Mio. für Crowdfunding-Projekte vermittelt. Im Jahre 2012 war es noch die Hälfte. Für das Jahr 2014 wird erneut eine Verdoppelung erwartet. Aktuell beläuft sich die Projekt-Erfolgsquote auf 64 Prozent. Dabei sind aber die Relationen nicht aus den Augen zu verlieren. Im Jahre 2013 belief sich allein der Umsatz aus der Verwertung von Musikkonserven in der Schweiz auf CHF 107,5 Mio. Obwohl hochgelobt, werden «Crowdfunding»-Modelle kaum die urheberrechtliche Verwertung von Werken zu ersetzen vermögen.

### **1.2.3.2 Preisgeld**

Eine weitere Alternative zum Urheberrecht geht nicht von der Idee eines angemessenen Verdienstes aus, sondern orientiert sich an der angloamerikanischen Anreiztheorie. Danach soll das Urheberrecht keine Entschädigung für die Mühen und den Einsatz der Kulturschaffenden sicherstellen, sondern lediglich einen Anreiz zum Kulturschaffen bieten. Das System sieht vor, dass der Anreiz nicht in der Gewährung einer zeitlich beschränkten Marktexklusivität liegen soll, sondern in einer durch eine Jury verliehenen Auszeichnung in Form eines Preisgeldes («Prize»). Obwohl das Modell der Preisgelder vorwiegend im Bereich der Erfindungen und als Ersatz für das Patentsystem diskutiert wird, kommt es auch als mögliche Alternative zum Urheberrecht in Frage. Allerdings wären auch hier ein Systemwechsel weg vom Urheberrecht hin zu einem der schweizerischen Tradition nicht entsprechenden System und eine Anpassung des Rechtsrahmens auf internationaler Ebene erforderlich.

### **1.2.3.3 Kulturförderung**

Schliesslich wird auch der Ansatz diskutiert, einen angemessenen Verdienst über die Kulturförderung zu sichern. Dabei soll von Kulturförderungsmassnahmen profitieren können, wer das Ergebnis seines kulturellen Schaffens frei zur Nutzung zur Verfügung stellt.<sup>25</sup> Ein solcher Ansatz liesse sich jedoch kaum ohne grundlegende Neuregelung der gesetzlichen Grundlagen zur Kulturförderung umsetzen.<sup>26</sup>

## **1.2.4 Die Diskussion in den Nachbarländern**

### **1.2.4.1 Frankreich**

In Frankreich wurde Anfang 2006 die Einführung einer Kulturflatrate unter dem Namen «Global-Lizenz» (licence globale) diskutiert. Im Gespräch war eine monatliche Gebühr, die über Verwertungsgesellschaften an Autoren und Künstler verteilt werden sollte. Die «Global-Lizenz» fand in der Nationalversammlung keine Mehrheit, wurde jedoch 2012 von Frankreichs Präsidenten François Hollande erneut

<sup>25</sup> LAUX, CHRISTIAN, Der Wechsel von der Offline-Kultur in die Online-Welt, *Gazetta* 52/2012, S. 48; «Beispiel: Fördergelder werden nur gesprochen, wenn der Autor sich bereit erklärt, sein Werk nach Ablauf einer Anfangsphase - zum Beispiel von fünf Jahren - unter einer Creative Commons-Lizenz oder dergleichen verfügbar zu machen».

<sup>26</sup> Vgl. Rechtsgrundlagen der Kulturförderung des Bundes, Kulturbotschaft 2012-2015, BBl 2011 2987.

eingebraucht und ist als Projekt im Aufgabenbereich der staatlichen Behörde zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen, HADOPI (Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet), nach wie vor präsent.<sup>27</sup> Die HADOPI untersucht zurzeit, in Zusammenarbeit mit anderen Stellen, die Durchführbarkeit eines Systems «de rémunération proportionnelle du partage».<sup>28</sup> Es sieht vor, dass die HADOPI von den Betreibern von Internetplattformen eine Vergütung einzieht, die sich nach den von der Plattform erzielten Einkünften berechnet.<sup>29</sup>

### 1.2.4.2 Deutschland

Auch in Deutschland steht die Frage nach der Einführung einer Kulturfltrate im Raum. Professor Gerald Spindler hat im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN ein umfassendes Gutachten zur Machbarkeit der Kulturfltrate erstellt. Die Abgabe wäre gemäss Gutachten entweder nach dem Datenvolumen über den Anschluss oder nach der Geschwindigkeit des Anschlusses gestaffelt. Auf ökonomischer Seite hält der Gutachter fest, dass die empirische Basis zur Beurteilung von positiven und negativen Effekten des Filesharing sowie einer Kulturfltrate bislang nicht gesichert ist. Gerald Spindler ist aber der Ansicht, dass das deutsche Recht einer Kulturfltrate unter bestimmten Voraussetzungen nicht im Wege stehen würde. Allerdings wäre eine Änderung der europarechtlichen Bedingungen notwendig, was eine hohe Hürde darstellt. Auch auf internationaler Ebene könnte es zu Konflikten kommen. Probleme sieht der Gutachter vor allem im Hinblick auf die zwischenstaatlichen Vorgaben des Urheberrechts.<sup>30</sup>

Aktuell zeigt die Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN keine eindeutigen Vorhaben in Bezug auf das Thema einer Kulturfltrate. Sie fordert lediglich ganz generell eine weitere Urheberrechtsschranke, um die «nichtkommerzielle Vervielfältigung offline wie online gegen angemessene Vergütung zu ermöglichen. Kompensationsmöglichkeiten hierfür müssen ausgearbeitet werden».<sup>31</sup> Wie weit der Rechtsanspruch reichen und inwiefern er die bestehenden Möglichkeiten für Privatkopien tatsächlich ausweiten soll, bleibt offen. Ähnliche Bestrebungen anderer Parteien scheinen nicht zu bestehen.

### 1.2.4.3 UK

Die britische Regierung setzte sich ebenfalls mit dem Thema der sogenannten «non-commercial use levy» auseinander. Sollte das Modell in der Musikbranche funktionieren, würde es anschliessend auch in anderen Bereichen (wie z.B. Film)

<sup>27</sup> <http://www.hadopi.fr/actualites/actualites/remuneration-proportionnelle-du-partage>

<sup>28</sup> Hadopi, Accès aux œuvres sur Internet, Analyse d'un système de rémunération proportionnelle du partage, 19.11.2013.

<sup>29</sup> Hadopi, Accès aux œuvres sur Internet, Analyse d'un système de rémunération proportionnelle du partage, 19.11.2013 : « La rémunération due par l'intermédiaire dépendra de son gain rapporté à son coefficient. ».

<sup>30</sup> SPINDLER, GERALD, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, Gutachten erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion «Bündnis 90/DIE GRÜNEN», Göttingen 2013, S. 151ff.

<sup>31</sup> [http://www.gruene.de/partei/bdk-und-programm-zur-europawahl/antraege-zur-bdk.html?tx\\_rsmproposal\\_pi1%5Bproposal%5D=34291&tx\\_rsmproposal\\_pi1%5Baction%5D=show&tx\\_rsmproposal\\_pi1%5Bcontroller%5D=Proposal&cHash=f290524ab5124af95da6c2f7f7cea06](http://www.gruene.de/partei/bdk-und-programm-zur-europawahl/antraege-zur-bdk.html?tx_rsmproposal_pi1%5Bproposal%5D=34291&tx_rsmproposal_pi1%5Baction%5D=show&tx_rsmproposal_pi1%5Bcontroller%5D=Proposal&cHash=f290524ab5124af95da6c2f7f7cea06) (Seite besucht am 10.06.2014)

umgesetzt. Konkrete Pläne scheint es jedoch nicht zu geben.<sup>32</sup> Vielmehr richtet sich der Fokus aktuell auf die 2014 eingeführte Schrankenbestimmung für die Privatkopie, was das Interesse an einem Flatratemodell in den Hintergrund rücken lässt.

### 1.2.5 Die Empfehlungen der AGUR12

Im Bericht zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulates 10.3263 Savary hat der Bundesrat festgehalten: Es gilt «die technische Entwicklung wie auch die Diskussion auf internationaler Ebene aktiv mitzuverfolgen und die Situation periodisch einer Neubeurteilung zu unterziehen, um einen allfälligen Weiterentwicklungsbedarf des Urheberrechts zeitig zu erkennen und aktiv zu werden». Im Sommer 2012 hat Bundesrätin Simonetta Sommaruga deshalb die AGUR12 eingesetzt. Die Arbeitsgruppe hat im Dezember 2013 ihre Empfehlungen vorgelegt.

Es war Teil des Mandats der AGUR12, die Anpassung des Urheberrechts an die technische Entwicklung aufzuzeigen. Dabei sollte besonderes Augenmerk auf die Entwicklung von Verwertungsmodellen gelegt werden, die den heutigen Internetnutzungen gerecht werden. Ausserdem sollten die Postulate Recordon<sup>33</sup> und Glättli<sup>34</sup> mitberücksichtigt werden. Die AGUR12 hat sich an zwei Sitzungen mit der Anpassung des Urheberrechts an die technische Entwicklung beschäftigt. Sie hat unter anderem den Umfang des zulässigen Privatgebrauchs und die Einführung eines Flatratemodells diskutiert. Die Mitglieder der AGUR12 einigten sich relativ schnell darauf, dass «auf eine allgemeine, alle Nutzungen im Internet abdeckende Kulturflatrate zu verzichten» sei. Sie bevorzugten, das «bestehende Konzept einer klugen Kombination von mehr oder weniger pauschalierten, kollektiv einzuziehenden Vergütungen und individueller Verwertung» beizubehalten.<sup>35</sup> Damit hat sich die AGUR12 in Bezug auf Internetnutzungen klar gegen einen Systemwechsel entschieden.

Für das Festhalten der AGUR12 am «Primat der zulässigen individuellen Verwertung»<sup>36</sup> dürfte ausschlaggebend gewesen sein, dass die kollektive Verwertung (z.B. in Form von Flatratemodellen) nur dann eine Alternative darstellt, wenn eine individuelle Verwertung nicht möglich oder nicht sinnvoll ist. Als Hilfskonstrukt ermöglicht die kollektive Verwertung Nutzungen in denjenigen Fällen, in welchen der Rechteinhaber sie nicht vernünftigerweise individuell erlauben könnte, wie beispielsweise beim Kopieren. Gleichzeitig ermöglicht sie die Entschädigung der Werkschaffenden für ebendiese Nutzungen.

<sup>32</sup> ROSSNAGEL, ALEXANDER / JANDT, SILKE / SCHNABEL, CHRISTOPH / YLINIVA-HOFFMANN, ANNE, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, 2009, S. 58ff.

<sup>33</sup> 12.3326 Postulat Recordon. Für ein Urheberrecht, das fair ist und im Einklang mit den Freiheiten der Internetgemeinde steht

<sup>34</sup> 12.3173 Postulat Glättli. Angemessene Entschädigung von Kulturschaffenden unter Einhaltung der Privatsphäre der Internetnutzenden

<sup>35</sup> Schlussbericht AGUR12 vom 28. November 2013, Ziff. 9.5.1 ([https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht\\_der\\_AGUR12\\_vom\\_28\\_11\\_2013\\_DE.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht_der_AGUR12_vom_28_11_2013_DE.pdf)).

<sup>36</sup> Schlussbericht AGUR12 vom 28. November 2013, Ziff. 9.4.1 ([https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht\\_der\\_AGUR12\\_vom\\_28\\_11\\_2013\\_DE.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht_der_AGUR12_vom_28_11_2013_DE.pdf)).

Verschiedene Mitglieder der AGUR12 haben ihre Bedenken gegenüber Flatratemodellen geäussert. Die Rechteinhaber befürchten, dass die Vergütungen bei einer kollektiven Verwertung zu tief ausfallen würden, weil sich ihre Bemessung am Nutzungsertrag und nicht am entgangenen Gewinn orientieren würde. Die Nutzer und Konsumenten sorgen sich, dass sie letztlich alle für Nutzungsmöglichkeiten bezahlen müssten, die nur ein Teil von ihnen tatsächlich in Anspruch nehmen würde.

Die interessierten Kreise haben zur Anpassung des Urheberrechts an die technische Entwicklung ein Gesamtpaket von Massnahmen vorgeschlagen.<sup>37</sup> Weil die AGUR12 vom Primat der individuellen Verwertung ausgeht, anerkennt sie auch, dass die Piraterie bekämpft werden muss. Die Mitglieder der AGUR12 sind sich einig, dass die Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten dabei einen grösseren Beitrag zu leisten haben als bisher. Es geht nicht darum, ihnen die Verantwortung für die Piraterie zuzuschieben, sondern lediglich um Praktikabilitätserwägungen. Mit ihrer Einbindung kann die Piraterie effizient bekämpft und gleichzeitig auf eine Kriminalisierung der Internetnutzer verzichtet werden.

Der Bundesrat hat entschieden, sich bei der Modernisierung des Urheberrechts eng an den Empfehlungen der AGUR12 zu orientieren, aber auch gewisse eigene Akzente zu setzen.

### **1.2.6 Massnahmen zur Bekämpfung der Online Piraterie**

Urheberrechtsverletzungen im Internet haben ein grosses Schadenspotential. Sie können zu zahlreichen Folgeverletzungen durch weitere Internetnutzer führen. Für eine erfolgreiche Pirateriebekämpfung ist ein rasches Vorgehen unabdingbar. Die AGUR12 empfiehlt deshalb eine Reihe von Massnahmen zur raschen und effizienten Pirateriebekämpfung, die mit den vorliegenden Gesetzesänderungen umgesetzt werden sollen. Das neue System setzt in erster Linie auf die Unterstützung der Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten (Access Provider und Hosting Provider im weitesten Sinn). Ausnahmsweise erlaubt es bei schwerwiegenden Verletzungen, auf Anordnung eines Zivilgerichts, den Teilnehmer (M.a.W. den Anschlussinhaber) über die IP-Adresse zu identifizieren.

Die Pflichten der Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten (vgl. Art. 66b ff.) berücksichtigen die unterschiedliche Nähe am Inhalt, der widerrechtlich zugänglich gemacht wird. So werden in einer ersten Stufe die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste (Hosting Providers im weitesten Sinn) in die Pflicht genommen. Sie sind gehalten, verletzende Inhalte von ihren Servern zu entfernen («take down»). Schliessen sie sich nicht einer Selbstregulierungsorganisation an, haben sie zudem zu verhindern, dass diese nicht erneut über ihre Server angeboten werden («stay down»). Wenn die Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste ihren Sitz oder Standort im Ausland hat oder ihren Standort verschleiert, werden in einer zweiten Stufe die Anbieterinnen von Fernmeldediensten in die Pflicht genommen um im Falle von Piraterieseiten den Zugang zu sperren. Damit ist auch in diesen Fällen ein rasches Reagieren möglich.

<sup>37</sup> Schlussbericht AGUR12 vom 28. November 2013, Ziff. 9  
([https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht\\_der\\_AGUR12\\_vom\\_28\\_11\\_2013\\_DE.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht_der_AGUR12_vom_28_11_2013_DE.pdf)).

Die Pirateriebekämpfung soll sich grundsätzlich gegen die Betreiber von Piratenseiten, usw. richten und nicht gegen den Internetnutzer. Bei schwerwiegenden Verletzungen über Peer-to-Peer-Netzwerken ist allerdings einzig ein Vorgehen gegen den Internetnutzer möglich. Zurzeit ist aber die Identifizierung eines Teilnehmers, dessen Anschluss für die Urheberrechtsverletzung verwendet wird, nur in einem Strafverfahren möglich (s. Logistep Entscheidung), was allgemein als unbefriedigend angesehen wird. Das neue System soll dies ändern. Neu ist die Identifizierung eines Teilnehmers über die IP-Adresse auf Anordnung eines Zivilgerichts vorgesehen (vgl. Art. 62a). Das Verfahren sieht vor, dass der Teilnehmer zunächst mittels aufklärenden Hinweisen über die Rechtslage und die möglichen Folgen bei Nichtbeachtung informiert wird. So erhält er die Möglichkeit, sein Verhalten zu ändern, beispielsweise seinen Anschluss mittels Passwort zu sichern. Erst wenn der Teilnehmer auch nach aufklärenden Hinweisen nicht gewillt ist, sein Verhalten zu ändern, können die Urheber bei schwerwiegenden Urheberrechtsverletzungen bei Gericht beantragen, dass er identifiziert wird. Diese Identifikation ermöglicht dem Urheber in einem nächsten Schritt, zivilrechtlich vorzugehen.

## **1.2.7 Weitere Änderungen zur Modernisierung des Urheberrechts**

### **1.2.7.1 Verleihrecht**

Mit der Inverkehrsetzung von Werkexemplaren mit Zustimmung des Rechtsinhabers ist das Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft (Art. 12). Die in Verkehr gesetzten Werkexemplare dürfen deshalb weiterverbreitet werden. Dazu gehört nicht nur der Weiterverkauf, sondern auch das Vermieten und Verleihen dieser Werkexemplare. Im Schweizer Urheberrecht gilt zwar der Grundsatz, dass für jede Nutzung von geschützten Werken die Berechtigten angemessen zu entschädigen sind. Das Gesetz sieht jedoch nur eine Vergütung für das Vermieten, nicht aber für das unentgeltliche Verleihen von Werkexemplaren vor (vgl. Art. 13). Die durch den Verleih entstehende Mehrnutzung im Vergleich zum Kauf von Büchern durch Private bleibt deswegen unentschädigt.

In diesem Zusammenhang darf auch die Aufhebung der Buchpreisbindung nicht unerwähnt bleiben. Mit der Ablehnung der Vorlage für ein Bundesgesetz über die Buchpreisbindung in 2011 hat sich die Schweiz für ein marktwirtschaftliches System bei den Buchpreisen entschieden. Der Entscheid hat zu tieferen Buchpreisen und damit indirekt zu einer weiteren Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der Autorinnen und Autoren geführt. Mit einem Entscheid für ein marktwirtschaftliches System im Büchermarkt muss aber auch sichergestellt sein, dass die Autorinnen und Autoren ihre Leistungen verwerten können. Das Verleihrecht stellt einen nicht zu unterschätzenden Teil dieser Verwertungsmöglichkeiten dar.

Seit in der EU die Richtlinie 2006/115/EG vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums eingeführt wurde, ist die Forderung nach einer Vergütung für die Bücherausleihe in Bibliotheken (das

«Verleihrecht») regelmässig Gegenstand parlamentarischer Vorstösse.<sup>38</sup> In der AGUR12 wurde die Frage der Einführung eines Verleihrechts für gedruckte und elektronische Werke ebenfalls diskutiert. Da der Dialog zu keiner Einigung führte, gehört die Einführung eines Verleihrechts nicht zu den Empfehlungen der Arbeitsgruppe. Gleichwohl entschloss sich der Bundesrat, die Aufnahme eines Regelungsvorschlags zu einem Verleihrecht zu prüfen. Er anerkennt, dass die wirtschaftlichen Bedingungen für die Kunstschaffenden zunehmend schwieriger werden und dass das Urheberrecht dem veränderten Umfeld anzupassen ist. Dazu gehöre auch die Einführung des Verleihrechts.

Als Befürworter eines Verleihrechts weisen Autorinnen und Autoren darauf hin, dass sie auf eine angemessene Entschädigung für die Nutzung ihrer Werke in der Schweiz angewiesen seien. Im Verkaufspreis von Büchern sei nur die private Nutzung enthalten, nicht jedoch die «mehrfache» Nutzung der Werke durch die Bibliotheken.

Der Bundesrat sieht bewusst von der Einführung eines «elektronischen Verleihrechts» ab. Für den elektronischen Verleih erwerben die Bibliotheken regelmässig keine Dateien, sondern schliessen Lizenzvereinbarungen mit speziellen Anbietern, die den Nutzern der Bibliothek die entsprechenden Dateien direkt zugänglich machen. Solche Nutzungen können individuell erfasst und über entsprechend festgesetzte Lizenzgebühren vergütet werden. Der Mehrfachnutzung wird in diesen Fällen bereits Rechnung getragen, so dass eine gesonderte, kollektiv einzuziehende Vergütung zu einer ungerechtfertigten Mehrfachbelastung führen würde.

Der Bundesrat ist sich bewusst, dass vor allem in kleinen Gemeindebibliotheken die technische Infrastruktur fehlt, um den Verleih so zu dokumentieren, dass er den Verwertungsgesellschaften als Grundlage für die nutzungsbezogene Verteilung elektronisch gemeldet werden kann. Die Tarifgestaltung wird diesem Umstand Rechnung zu tragen haben.

### **1.2.7.2 Schutz des Herstellers oder der Herstellerin von Pressefotografien**

Pressefotografien informieren und dokumentieren unser Zeitgeschehen täglich. Als Momentaufnahmen der Geschichte nehmen sie eine wichtige Funktion in unserer Gesellschaft wahr. Es ist indessen oft nicht einfach, eine Fotografie herzustellen, die anschliessend auch wirklich von den Zeitungen gedruckt wird. Gerade im Bereich der Pressefotografie klagen die Fotografen über das Ausmass der ungefragten Übernahme ihrer Bilder.

Fotografien sind nur unter bestimmten Voraussetzungen urheberrechtlich geschützt. Entscheidend ist der individuelle Charakter. Während das Bundesgericht in BGE 130 III 168 der Fotografie von Bob Marley Individualität (und damit Werkcharakter) zugesprochen hat, verneinte es in BGE 130 III 714 den individuellen Charakter der Pressefotografie von Wachmann Meili. Trotz ihrer damaligen Aktualität und der damit einhergehenden, zahlreichen Wiedergabe in den

<sup>38</sup> 04.3288 Motion Müller-Hemmi vom 6. Juni 2004. Urheberrecht. Bibliothekstantieme; 07.3056 Postulat Müller-Hemmi vom 19. März 2007. Modell für Bibliothekstantieme im Urheberrecht; 09.460 Parlamentarische Initiative Fluri vom 12. Juni 2009. Vergütung für die Ausleihe von Werkexemplaren in Bibliotheken; 13.3583 Motion Fluri vom 21. Juni 2013. Abgeltung für Urheberinnen und Urheber; 14.4150 Postulat Bieri vom 11. Dezember 2014. URG-Revision. Einführung eines Verleihrechts

verschiedensten Zeitungen, hatte die Journalistin deshalb keine Möglichkeit, eine Vergütung für ihre Arbeit durchzusetzen.

Auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>39</sup> bietet in der Regel keine Handhabe. Nach Artikel 5 Buchstabe c UWG handelt zwar unlauter, wer das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet. Die Übernahme und Verwertung eines fremden Arbeitsergebnisses ist jedoch nicht per se unlauter (Botschaft UWG, BBl 1983 II 1009 1070). Die Vorschrift will nicht den Gebrauch, sondern den Missbrauch einer fremden Leistung verhindern und einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung sanktionieren. Damit entfällt die Unlauterkeit, wenn der Fotograf seine mit der spezifischen Fotografie zusammenhängenden Kosten bereits amortisieren konnte. Das bedeutet für den Pressefotografen, dass er bei den heutigen Verbreitungsmöglichkeiten im Internet praktisch nur noch seine Kosten decken, aber keinen Verdienst mehr erzielen kann.

Den Herstellern von Pressefotografien soll deshalb neu ein verwandtes Schutzrecht (Leistungsschutzrecht) eingeräumt werden. Damit kommt der Gesetzgeber der Forderung der Fotografen nach mehr Schutz insofern nach, als er ihnen für eine begrenzte Zeit gewisse ausschliessliche Rechte an ihren Pressefotografien gewährt.

### **1.2.7.3 Nutzung von verwaisten Werken**

Das URG enthält in Artikel 22b eine Schranke, um verwaiste Werke unter bestimmten Umständen nutzen zu können. Solche Nutzungen werden der Kollektivverwertung unterstellt. Verwaiste Werke sind Werke mit unbekanntem oder unauffindbarem Urheber. Da für ihre Nutzung die Zustimmung des Rechtsinhabers nicht eingeholt werden kann, ist eine rechtmässige Nutzung nur im Rahmen einer gesetzlichen Ausnahme möglich. Diese Problematik betrifft alle Kategorien von verwaisten Werken und wird durch die neuen Informationstechnologien, die den Zugang zu solchen Werken wesentlich vereinfachen, zusätzlich verschärft. Die geltende Ausnahme ist nur auf verwaiste Werke anwendbar, die in Ton- oder Tonbildträgern enthalten sind, und entspricht den heutigen Bedürfnissen nicht mehr.

Bibliotheken und Archive erhalten zahlreiche Gesuche zur Vervielfältigung alter Zeitschriften, Monografien und Fotografien aus ihren Sammlungen und müssen diese ablehnen, weil sie die Zustimmung der unbekanntem oder unauffindbaren Rechteinhaber nicht einholen können. Diese Problematik erschwert auch die Massendigitalisierung der Sammlungen von Institutionen, die das kollektive Gedächtnis aufbewahren, und hindert diese so daran, aktuelle Techniken zur Inventarisierung und Zugänglichmachung des kulturellen Erbes zu nutzen.

Die vorgeschlagene Bestimmung ist unabhängig vom Träger (Tonträger, Tonbildträger, gedruckte Bücher, digitale Dateien etc.) einheitlich auf alle verwaisten Werke anwendbar. Somit entspricht sie einer konkreten Forderung des Verbandes Bibliothek Information Schweiz (BIS) und der Initiativgruppe Urheberrecht, die aus dem Schweizer Kunstverein, dem Verband der Museen der Schweiz (VMS) und ICOM Schweiz besteht. Die Forderung wird von economiesuisse, dem Schweizerischen Gewerbeverband (sgv), suisseculture und den Schweizer Konsumentenverbänden unterstützt, vom Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband (SBVV) und vom Verband Schweizer Medien jedoch abgelehnt. Die vorgeschlagene Regelung unterstellt die Ausübung der Rechte der

<sup>39</sup> SR 241

Kollektivverwertung. Obwohl dies die Ausübung aller Rechte betrifft, werden die Verwertungsgesellschaften in der Praxis hauptsächlich den Vergütungsanspruch geltend machen.

#### **1.2.7.4 Schranke für die Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken**

Neues Wissen entsteht insbesondere aufgrund wissenschaftlicher Forschung, die überwiegend auf intensiver Recherchetätigkeit beruht. Täglich werden Texte aller Art publiziert und weltweit unzählige Daten generiert. Es ist eine regelrechte Explosion von Forschungsdaten festzustellen. Sowohl Texte als auch Rohdaten sind wichtige Quellen für Wissenschaft und Forschung. Hier den Überblick zu behalten, die Texte und Daten zur Kenntnis zu nehmen und mit neuen Erkenntnissen zu verknüpfen, ist ohne technische Hilfe nicht mehr vorstellbar. Im Gegensatz zu den papierbasierten Recherchemethoden ermöglichen die Digitalisierung und die automatisierte Verarbeitung eine bessere Erfassung und Verknüpfung von Daten. Instrumente wie das «Text und Data Mining» (TDM), welche die Sichtung und Verarbeitung von Texten und Daten unterstützen, gewinnen demzufolge zunehmend an Bedeutung; und damit auch der rechtliche Aspekt des Zugangs zu diesen Informationen.

Als Teil der sogenannten «Knowledge Discovery in Databases» (KDD) bezeichnet der Begriff «Data Mining» die systematische Anwendung von verschiedenen Methoden, die der Suche, Analyse und Vernetzung von Daten dienen. In der Regel geht es dabei um die computergestützte Verarbeitung grosser Datenbestände, die manuell nicht mehr generiert werden könnten. Gelegentlich werden die Begriffe des KDD und des Data Mining aber auch gleichbedeutend verwendet. Unter «Text Mining» wird die entsprechende Analyse der in Texten vorhandenen Informationen verstanden. Die zu durchforschenden Dokumente können sowohl Texte als auch Tabellen oder Abbildungen enthalten. Für eine computergestützte Analyse müssen Programme all diese Elemente in reinen Text umwandeln und in einer Textdatenbank speichern. Die Forschenden versprechen sich, mittels TDM bisher unbekannte Verknüpfungen zwischen Informationen zu finden, die als Grundlage für weitere Forschungsarbeiten (z.B. in der Medizin) dienen könnten.

TDM setzt zunächst den Zugang zu Texten und Daten voraus. Die Forschenden weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie grosse Schwierigkeiten hätten, Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen und Forschungsdaten zu erhalten. Auch die Verleger anerkennen heute, dass diesbezüglich Probleme bestehen.

Die Problematik gründet auf folgenden Fragen: Greifen TDM-Verfahren überhaupt in die Urheberrechte von Autoren ein? Inwieweit wären diese Eingriffe urheberrechtlich zulässig?

Die Frage, ob TDM-Verfahren überhaupt in die Urheberrechte von Autoren eingreifen, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Rohdaten sind kaum urheberrechtlich geschützt und können deshalb von allen Nutzern ohne Einwilligung beliebig verwendet werden. Hingegen können Datenbanken bzw. Datensammlungen urheberrechtlich geschützt sein, sofern sie bezüglich Auswahl und Anordnung der Daten individuellen Charakter aufweisen. Texte besitzen in der Regel individuellen Charakter und sind urheberrechtlich geschützt.

Über die Antwort auf die Frage, inwieweit Eingriffe in die Urheberrechte von Autoren mittels TDM-Verfahren zulässig wären, herrscht in der Lehre Uneinigkeit.

Sie hängt davon ab, ob TDM-Verfahren urheberrechtlich relevante Vorgänge darstellen und ob TDM-Betreibende allenfalls von einer Urheberrechtsschranke oder einer Einwilligung des Rechteinhabers Gebrauch machen können.

Es existieren verschiedene TDM-Methoden, die sich urheberrechtlich nicht pauschal einordnen lassen. Einzelne Verfahren sind zulässig, da sie keine Urheberrechte berühren. Viele TDM-Methoden stellen jedoch Kopien der zu durchforschenden Dokumente her und legen sie auf einem Speicher ab. Vor der eigentlichen Analyse muss der Forschende die vorhandenen Daten bereinigen (sog. «cleaning») und umwandeln bzw. bearbeiten (sog. «transformation»), was z.B. bei der Umwandlung von Daten in ein einheitliches Format und deren Strukturierung in einer neuen Datenbank der Fall ist. Sowohl das Herstellen von Kopien (Vervielfältigung) als auch das Bearbeiten von Daten können urheberrechtlich relevante Vorgänge darstellen.

Das URG erwähnt die wissenschaftliche Forschung in den Schrankenbestimmungen nicht explizit. Vereinzelt wird in der Lehre postuliert, dass eine ungeschriebene Schranke für die Nutzung von Werken zu wissenschaftlichen Zwecken und zu Forschungszwecken besteht, doch ist diese Auffassung nicht gefestigt. Ein Forscher, der für sein ausschliesslich persönliches Projekt TDM betreibt, kann unter die Schranke des Privatgebrauchs nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a fallen. In der Regel wird Forschung heute jedoch weniger von Einzelpersonen durchgeführt als vielmehr von Forschungsteams und internationalen Kooperationen. Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c erlaubt die betriebsinterne Vervielfältigung und Verbreitung von Werkausschnitten zum Zweck der Information und Dokumentation. Nicht unter die Schranke fallen das (weitgehend) vollständige Vervielfältigen von im Handel erhältlichen Werkexemplaren sowie die Bearbeitung der Werke. Ebenso wenig erfasst ist der Austausch der Vervielfältigungen ausserhalb der Forschungseinrichtung, z.B. mit Teams anderer Unternehmen. Für Forschende gibt es also zahlreiche Tätigkeiten, die sich nicht in den gesetzlich vorgesehenen und erlaubten Rahmen einordnen lassen.

Demzufolge benötigen Forschende häufig eine spezifische Einwilligung vom Rechteinhaber, wenn sie für ihre Forschungsarbeit Werke verwenden wollen. Das Einholen von Lizenzen bei den einzelnen Rechteinhabern wird als kostenintensive Barriere der Forschungstätigkeit angesehen. Für ein erfolversprechendes TDM bedarf es breitgefächelter Verhandlungen, da die Wissenschaftler in vielen verschiedenen Werken «mining» betreiben. Zudem wird von den Forschenden bemängelt, dass die Lizenzbestimmungen der Verleger in vielen Fällen unangemessen sind. Sie sind deshalb der Auffassung, dass TDM nicht privaten Lizenzsystemen unterworfen sein sollten. Diverse Verlage schliessen darüber hinaus die Anwendung von TDM-Verfahren in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen aus. Autoren, Verwertungsgesellschaften und Verleger setzen hingegen nach wie vor auf private Lizenzlösungen. Die Verleger weisen sogar darauf hin, dass sie gerade im Bereich des TDM innovative, lizenzbasierte Lösungen offerieren.

Zum Teil versucht die Wissenschaft, die bestehenden Probleme durch sogenannte Open Access-Publikationen zu lösen. Dabei machen Autoren ihre Werke so zugänglich, dass jede beliebige Person ohne Hindernisse darauf zugreifen kann und diese in unterschiedlichster Weise nutzen darf. Es ist jedoch nur etwa die Hälfte aller Dokumente über Open Access-Lösungen zugänglich. Nach wie vor bilden die Fachzeitschriften der wissenschaftlichen Verlage das wichtigste Publikationsmedium für Forschende. Der Bundesrat hat sich mehrere Male zum

Thema «Open Access» geäussert.<sup>40</sup> Zuletzt beschäftigte er sich aufgrund einer Interpellation von Frau Ständerätin Savary mit dieser Thematik.<sup>41</sup> Der Bundesrat betonte in seiner Antwort den hohen Stellenwert von gedruckten Büchern und digitalen Publikationsformen. Diesen verdanken viele Publikationen der wertvollen Arbeit der Verlage. Letztere kümmern sich nicht nur um den breit gefächerten Vertrieb, sondern stellen auch den hohen Qualitätsstandard von wissenschaftlichen Publikationen sicher. Diesbezüglich können die Verlage insbesondere auf ihre jahrelange Erfahrung in diesem Bereich zurückgreifen. Beim «Open Access» geht es nicht darum, die Verlage zu ersetzen, sondern neue innovative Publikationsmodelle ergänzend zu den Verlagen einzuführen.

Die bestehenden Schrankenregelungen im schweizerischen Urheberrechtsgesetz erfassen Forschungstätigkeiten (wie z.B. «Text und Data Mining») nur unvollständig. Angesichts der grossen Bedeutung der Forschung in der Schweiz und der vielen, mit der Forschungstätigkeit verbundenen Unsicherheiten, ist die Einführung einer klaren Regelung angezeigt. Die Bestimmung sollte den Entwicklungen in der Forschungstätigkeit Rechnung tragen, ohne jedoch die Interessen der Urheber unnötig zu beeinträchtigen.

### 1.2.7.5 Leerträgervergütung

Wer Leerträger herstellt oder importiert, schuldet nach Artikel 20 Absatz 3 eine Vergütung für jeden Leerträger. Diese wird über die Verwertungsgesellschaften an die Rechteinhaber und -inhaberinnen ausgeschüttet. Zweck dieser Bestimmung ist es, den Urhebern und Urheberinnen eine Vergütung für die zusätzlichen Nutzungen zu gewähren, welche aus der gesetzlich erlaubten Vervielfältigungen ihrer Werke zum Eigengebrauch resultieren (Art. 19). Die Vergütungspflicht gilt daher nur für Datenträger, die hauptsächlich für die Speicherung geschützter Werke bestimmt sind. Nach der heutigen technischen Situation ist eine Vergütung geschuldet auf CD-ROMs, beschreibbare DVDs, MP3-Playern, Tablets etc. Auf Computer und USB-Sticks ist aktuell keine Vergütung geschuldet. Dies gründet in erster Linie auf dem Umstand, dass sie heutzutage nicht primär dafür verwendet werden, fremde geschützte Werke zu speichern. Mit dem Computer erledigt man beispielsweise die tägliche Arbeit, schreibt selber Dokumente oder versendet E-Mails. Sollte sich das Nutzungsverhalten in Bezug auf Computer und USB-Sticks künftig jedoch ändern, ist eine tarifliche Erfassung nicht auszuschliessen. Eine vergleichbare Entwicklung zeigte sich bei Mobiltelefonen, welche neben der eigentlichen Telefonie im Laufe der Zeit für die Speicherung von Videos und Musik verwendet wurden und heute über einen Tarif von der Vergütungspflicht erfasst sind. Bei der Berechnung der Vergütung für digitale Speichermedien wird berücksichtigt, dass ein Teil der Speicherkapazität für nicht geschützte Daten und/oder über kostenpflichtige On-demand-Dienste (z.B. iTunes) heruntergeladene Werke verwendet wird.

Durch die technologische Entwicklung haben sich die Gewohnheiten der Konsumentinnen und Konsumenten geändert. So verschwindet das Herunterladen nach und nach zugunsten von *Streaming*-Angeboten, mit denen es möglich ist, beispielsweise Musik zu hören oder Filme zu schauen, ohne sie auf einen Leerträger herunterzuladen. Ferner wird das Abspeichern auf physische Datenträger immer mehr durch *Cloud*-basierte Datenspeicherungsdienste ersetzt. Diese Trends zeigen

<sup>40</sup> 07.3340 Interpellation Pfister. Zugänglichkeit öffentlicher Forschungsarbeiten. Open Access; 08.3199 Motion Pfister. Forschungsergebnisse sichern und zugänglich machen  
<sup>41</sup> 14.3245 Interpellation Savary. Open Access. Eine Bedrohung für das Verlagswesen?

sich insbesondere bei den Leerträgervergütungen (seit 2008 rückläufig). Für eine bessere Berücksichtigung dieser Entwicklung verlangt die Motion 14.3293 WAK-N «Abgabe auf leeren Datenträgern» die Unterbreitung alternativer Massnahmen zur aktuellen Vergütung. Die Motion stellt aber den Grundsatz einer Vergütung für die gesetzlich erlaubten Vervielfältigungen zum Eigengebrauch nicht infrage.

Auf den ersten Blick scheint eine Anpassung des heutigen Systems zur Einführung einer Vergütung zugunsten der Urheber und Urheberinnen für die *Streaming*- und Clouddienste gerechtfertigt. Die Funktionsweise des *Streamings* umfasst zwei urheberrechtlich relevante Handlungen: das öffentliche Zugänglichmachen geschützter Werke (z.B. über einen *Streaming*-Dienst), das eine Verwendung im Sinne des Gesetzes (Art. 10 Abs. 2 Bst. c) darstellt und die Zustimmung des Rechtsinhabers bzw. der Rechtsinhaberin (Vertragslizenz im Rahmen der individuellen Verwertung) erfordert, sowie die im Cache-Speicher des Benutzercomputers automatisch hergestellte Kopie.

Letztere erfüllt die Bedingungen der gesetzlichen Erlaubnis nach Artikel 24a: Sie ist flüchtig, stellt einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens dar, dient ausschliesslich der Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder einer rechtmässigen Nutzung und hat keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, was gegen die Einführung einer Vergütungspflicht spricht.<sup>42</sup> Die Werknutzung ist frei und die anfallende Kopie führt nicht zu weiteren Nutzungen, sondern hat wie gesagt keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung. Die Berechtigten werden durch den Streaming-Anbieter über dessen Lizenz vollumfänglich entschädigt. Handelt es sich um ein unlizenziertes Angebot, ist mit den Mitteln zur Pirateriebekämpfung dagegen vorzugehen.

Die einzige praktikable Alternative zum aktuellen System wäre die Einführung einer gesetzlichen Lizenz für das Zugänglichmachen von Werken im Internet zu nicht gewerblichen Zwecken verbunden mit einer Pauschalvergütung (*Flatrate*), welche bei den Internetzugangsanbieterinnen (Access Providers) zu erheben wäre (in Analogie zu den Herstellern und Importeuren von Leerträgern). Eine solche Lösung ist zwar theoretisch vorstellbar, könnte jedoch wegen des Fehlens einer direkten Beziehung zwischen der Internetzugangsanbieterin und der urheberrechtlich relevanten Handlung (d.h. dem Zugänglichmachen als *Streaming*-Dienst) kritisiert werden. Ein solcher Ansatz ist für die Schweiz zurzeit kein gangbarer Weg (vgl. Ziffern 1.2.2 und 1.2.5).

Bei den Clouddiensten könnte das Speichern von Daten (u.a. geschützter Werke) auf einem ausgelagerten Server (des Clouddienste-Anbieters) eine vergütungspflichtige Verwendung des Werks zum Eigengebrauch darstellen (Art. 19 Abs. 1 Bst. a), und der Server des Clouddienstes könnte als Leerträger betrachtet werden. In praktischer Hinsicht werden Anbieter von Clouddiensten jedoch kaum als Schuldner der Vergütung infrage kommen, weil Artikel 20 Absatz 3 nicht auf sie zugeschnitten ist. Sie sind weder Hersteller noch Importeure der Leerträger. Sie gelten aber als Dritte, die ihren Nutzern während der Vertragsdauer Kopiermöglichkeit und Speicherkapazität zur Aufzeichnung auch geschützter Werke und Leistungen zur Verfügung stellen. Damit fallen sie unter die Vergütungspflicht von Artikel 20 Absatz 2 URG. In ihrer Funktionsweise unterscheiden sich Anbieter von Clouddiensten nämlich nicht von den sogenannten «virtual Personal Videorekordern

<sup>42</sup> Vgl. BGE 133 III 473, S. 481f., E. 4.4 und EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-360/13, Public Relations Consultants Association, ECLI:EU:C:2014:1195.

vPVR». Die vPVR sind bereits heute vom gemeinsamen Tarif GT 12 der Verwertungsgesellschaften erfasst. Auch Anbieter von Clouddiensten in der Schweiz können deshalb unter dem geltenden Recht berücksichtigt werden.

Das heutige System der Leerträgervergütung wird jedoch auch wegen des Problems der sogenannten «Doppelzahlung» kritisiert. Diese Problematik hängt damit zusammen, dass Werke zunehmend gleichzeitig auf mehreren Geräten (Computer, Laptop, MP3-Player, Tablet etc.) gespeichert werden. Wenn ein Werk online gekauft und auf einem Gerät gespeichert wird, ist keinerlei Vergütung geschuldet. Artikel 19 Absatz 3<sup>bis</sup> ist diesbezüglich klar. Auf der anderen Seite ist umstritten, wie die Vergütung zu berechnen ist, wenn der betreffende Anbieter in seinen Nutzungsbestimmungen die gleichzeitige Speicherung auf weiteren Geräten erlaubt. Diese Nutzungen stellen nach schweizerischem Recht vergütungspflichtige Privatkopien dar, sodass gar kein Raum für eine individualvertragliche Regelung besteht. Tatsächlich ist aber anzuerkennen, dass die Nutzungsbestimmungen internationaler Anbieter oft keine Rücksicht auf spezifisches Landesrecht nehmen und eine gewisse Anzahl an Privatkopien erlauben, obwohl letztere in der Schweiz gesetzlich geregelt sind. Die durch die Nutzungsbestimmungen erlaubten weiteren Kopien fließen in die Kalkulation der Lizenzgebühr mit ein, unabhängig davon, dass diese Kopien bereits über die Leerträgervergütung abgegolten werden. In solchen Fällen stellt die Leerträgervergütung tatsächlich eine Doppelzahlung für diese Kopien dar.

Um zu verhindern, dass die Privatkopien von Werken, die über Online-Plattformen erworben werden, Gegenstand sowohl einer vertraglich vereinbarten Zahlung als auch einer Vergütung werden, die im Zusammenhang mit einer der Kollektivverwertung unterstellten gesetzlichen Lizenz geschuldet ist, wird im Entwurf vorgeschlagen, die Vergütung nach Artikel 20 Absatz 3 auf die Fälle zu beschränken, in denen die Privatkopien nicht Teil der von der Plattform angebotenen Dienstleistung sind. Diese Lösung besitzt den Vorteil, den Grundsatz des geltenden Systems – das sich bewährt hat – nicht infrage zu stellen. Im Übrigen wird sie auch von der AGUR12 befürwortet.

### **1.2.7.6 Instanzenzug bei der ESchK**

Nachdem die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) eine Überprüfung des Verfahrens vor der ESchK angeregt hatte, hat das IGE im Jahre 2012 eine Arbeitsgruppe «ESchK, Verfahrensbeschleunigung» eingesetzt, die aus Vertretern der Tarifparteien bestand. Die Arbeitsgruppe einigte sich über verschiedene Empfehlungen zur Verfahrensstraffung, die keiner Gesetzesänderung bedürfen, und über eine Verkürzung des Instanzenzugs. Bedauerlicherweise konnte sie sich aber nicht darauf verständigen, wie die Kürzung des Instanzenzugs vorzunehmen ist. Während die Verwertungsgesellschaften die direkte Anfechtbarkeit der Entscheide der ESchK beim Bundesgericht anstrebten, wünschten die Nutzer einen Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts, weil sich dessen Kognition im Gegensatz zu derjenigen des Bundesgerichts nicht auf Rechtsfragen beschränkt.

Der Vorschlag der Nutzerseite ist zu bevorzugen. Als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts werden im Bundesgesetz vom 17. Juni 2005<sup>43</sup> über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) grundsätzlich nur obere Gerichte

43 SR 173.110

vorgesehen. Um die damit angestrebte Filterwirkung (Entlastung des Bundesgerichts) nicht zu unterlaufen, sollten keine eidgenössischen Kommissionen als direkte Vorinstanzen des Bundesgerichts eingesetzt werden.

### **1.2.7.7 Ausdehnung der Aufsicht und Angemessenheitsprüfung**

Im Jahre 2014 hat die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) beim IGE eine Revision durchgeführt. Gestützt auf deren Ergebnis<sup>44</sup> wünschte die Finanzdelegation die Ausdehnung der Bundesaufsicht auf die gesamte Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften und die Einführung einer Angemessenheitsprüfung. Bisher stand die Aufsichtsbehörde vor der schwierigen Aufgabe, die zwingende kollektive Verwertung klar von der sogenannten freiwilligen kollektiven Verwertung, die nicht der Bundesaufsicht untersteht zu trennen. Neu soll sich die Bundesaufsicht auf die gesamte Geschäftstätigkeit der Verwertungsgesellschaften erstrecken. Damit dürfte ein weiterer Schritt in Richtung einer transparenteren Verwertungslandschaft gemacht werden. Wer von den Vorteilen einer staatlichen Bewilligung profitieren kann, muss im Gegenzug eine umfassende Aufsicht tolerieren. Damit findet eine Angleichung an die Regelungen in unseren Nachbarländern (z.B. Frankreich, Deutschland und Österreich) statt. Die ausgedehnte Aufsicht soll sich indessen nicht auch auf Vorgänge beziehen, bei denen die Verwertungsgesellschaften lediglich eine Vermittlerfunktion zwischen Nutzer und Rechteinhaber wahrnehmen. Die private Vertragsgestaltung der Rechteinhaber wird nicht tangiert.

Des Weiteren beschränkt sich die Prüfungscompetenz der Aufsichtsbehörde künftig nicht mehr auf eine reine Rechtskontrolle. Neu erhält sie volle Kognition, das heisst, sie prüft die Geschäftsführung auch auf Angemessenheit. Die ESchK prüft die Tarife ebenfalls nicht nur auf Rechtsverletzungen, sondern auch auf ihre Unangemessenheit. Für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Aufsichtsbehörden besteht kein sachlicher Grund. Zudem hat der Revisionsbericht der EFK zur Aufsicht über die urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften gezeigt, dass die auf eine reine Rechtskontrolle beschränkte Kognition zu wenig weit greift. Gleichzeitig ist aber festzuhalten, dass die Aufsichtsbehörde in ihrer Angemessenheitsprüfung Zurückhaltung üben muss und „nicht ohne Not“ Ermessensentscheide der Verwertungsgesellschaften umstossen sollte. Diese Praxis hat sich im Verwaltungsrecht etabliert, insbesondere in der gerichtlichen Prüfungspraxis.

### **1.2.7.8 Aufsichtsgebühren des IGE**

In der Schweiz besitzen fünf Gesellschaften eine Bewilligung für die Verwertung von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten. Das IGE beaufsichtigt die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften. Es erhebt Gebühren für Verfügungen im Zusammenhang mit der Aufsicht (Art. 13 Abs. 1 IGEG in Verbindung mit Anhang Va der Gebührenordnung vom 28. April 1997<sup>45</sup> des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum, IGE-GebO).

Die EFK hat beim IGE im Februar 2014 eine Revision im Bereich der Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften durchgeführt. Dabei wurde ein Missverhältnis

<sup>44</sup> [http://www.efk.admin.ch/images/stories/efk\\_dokumente/publikationen/andere\\_berichte/Andere%20Berichte%20%2855%29/14326BE\\_Bericht\\_Publi\\_VF.pdf](http://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/andere_berichte/Andere%20Berichte%20%2855%29/14326BE_Bericht_Publi_VF.pdf)

<sup>45</sup> SR 232.148

zwischen dem effektiv geleisteten Aufsichtsaufwand und den entsprechenden Gebühreneinnahmen festgesetzt, das daher rührt, dass die Aufsichtstätigkeit mehrheitlich nicht in gebührenpflichtigen Verfügungen mündet. Dieses Missverhältnis führt zu einer unerwünschten Quersubventionierung der Aufsichtstätigkeit durch Einnahmen aus dem Patent- und dem Markenregister, was über die Einführung einer Aufsichtsabgabe korrigiert werden soll.

### **1.2.8 Nicht berücksichtigte Anliegen**

Verschiedene Anliegen, die in die Vorarbeiten eingebracht und durch AGUR12 geprüft worden sind, haben in der Vorlage keine Berücksichtigung gefunden. Zu den einzelnen Begehren ist Folgendes zu bemerken:

#### *Urhebervertragsrecht für Journalisten*

In der AGUR12 bestand keine Einigkeit hinsichtlich der auch im Postulat Recordon «Für ein Urheberrecht, das fair ist und im Einklang mit den Freiheiten der Internetgemeinde steht»<sup>46</sup> enthaltenen Forderung nach einem Urhebervertragsrecht für Journalisten.

Mit der Forderung «Fairness bei der Abtretung von Nutzungsrechten» soll die Situation der Journalisten über eine urhebervertragliche Regelung verbessert werden. Dazu soll nach deutschem Vorbild ein Anspruch auf angemessene Vergütung geschaffen werden. Die Bestimmung im deutschen Recht (§32 D-UrhG) will die angemessene Beteiligung des Urhebers an allen Nutzungen seines Werks über eine Einschränkung der Vertragsfreiheit zu seinen Gunsten sicherstellen. In der Praxis spielt diese Regelung nicht, weil die Gerichte grösste Schwierigkeiten bei der Feststellung haben, was angemessen ist. Sie stützen sich deshalb auf die Einigung zwischen den Gewerkschaften und den Verlegerorganisationen. Infolgedessen wird das sogenannte «Stärkungsgesetz» kritisiert und als «zahnloser Tiger» bezeichnet.<sup>47</sup>

In der Schweiz würde sich die Situation schwieriger gestalten, da es für die Deutschschweiz und für den Kanton Tessin schon seit rund zehn Jahren keine gesamtvertragsrechtliche Lösung mehr gibt. Einzig die Westschweiz kennt noch ein solches Regelwerk.<sup>48</sup>

Die AGUR12 sah die Forderung, einen unverzichtbaren Vergütungsanspruch zu schaffen, als wenig praktikabel an. Sie befürchtete, dass die Gerichte damit überfordert wären, die Angemessenheit einer einst vereinbarten Vergütung zu überprüfen. Die Abtretung von Urheberrechten soll deshalb dem bewährten schweizerischen Grundsatz der Vertragsfreiheit überlassen bleiben.<sup>49</sup>

Dementsprechend sieht die Vorlage von der Aufnahme einer urhebervertragsrechtlichen Bestimmung für Journalisten ab.

#### *Übertragbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten*

<sup>46</sup> 12.3326 Postulat Recordon. Für ein Urheberrecht, das fair ist und im Einklang mit den Freiheiten der Internetgemeinde steht

<sup>47</sup> BRAUN, ILIJAS, «Angemessene Vergütung»: Was der Gesetzgeber für die Urheber getan hat und was er noch tun könnte, [www.irights.info](http://www.irights.info) (Seite besucht am 03.02.2014).

<sup>48</sup> Vgl. <http://www.impressum.ch/web/impressum-de/Geld-und-GAV/Vertrag-GAV.html>

<sup>49</sup> Schlussbericht AGUR12 vom 28. November 2013, S. 43 ([https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht\\_der\\_AGUR12\\_vom\\_28\\_11\\_2013\\_DE.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht_der_AGUR12_vom_28_11_2013_DE.pdf)).

In der Begründung des Postulats Recordon<sup>50</sup> wird verlangt, dass bei dessen Erfüllung auch zu unterstreichen sei, dass die Persönlichkeitsrechte, wie beispielsweise das Mutationsrecht, nicht übertragbar seien.

Das Urheberrecht setzt sich nach schweizerischer Rechtsauffassung aus einem Bündel von Teilrechten zusammen, die entweder persönlichkeits- oder vermögensrechtlicher Natur sind. Mit dem Begriff «Urheberpersönlichkeitsrecht» oder «droit moral» werden verschiedene Rechte bezeichnet, die dem Urheber aufgrund seiner persönlichen und geistigen Beziehung zum Werk zustehen. Aus dem Grundsatz, dass man sich seiner Persönlichkeit nicht entledigen kann, wurde geschlossen, dass diese Rechte, ungeachtet der grundsätzlichen Übertragbarkeit der Urheberrechte (Art. 16), nicht abtretbar sind. Ein Teil der Lehre stellt diese Ansicht in Frage und fordert die Übertragbarkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte.<sup>51</sup> Das Bundesgericht hat sich 2010 in den Erwägungen eines Entscheids jedoch dahingehend geäußert, dass Urheberpersönlichkeitsrechte nicht übertragbar sind.<sup>52</sup> In den vom Bundesgericht aufgeführten Literaturstellen werden die unterschiedlichen Auffassungen erwähnt. Es setzt sich jedoch inhaltlich weder mit den abweichenden Meinungen noch mit den zitierten Ansichten näher auseinander. Zudem erscheinen die vom Bundesgericht genannten Lehrmeinungen in ihrer Aussage nicht eindeutig. Die Begründung wird in der Lehre deshalb als «nicht ganz befriedigend» kritisiert.<sup>53</sup> Eine ausdrückliche Regelung der Nichtabtretbarkeit von Urheberpersönlichkeitsrechten findet sich einzig beim Schutz vor Entstellung (Art. 11 Abs. 2). Die neuere Lehre geht deswegen dahin, die einzelnen Urheberpersönlichkeitsrechte gesondert zu betrachten und nur im Kern deren Unübertragbarkeit anzunehmen. Die Festlegung einer Abtretbarkeit von ausgewählten Urheberpersönlichkeitsrechten entspricht ausserdem einem praktischen Bedürfnis.

Die Frage, ob Urheberpersönlichkeitsrechte übertragbar sind, kann deshalb vorläufig nicht mit einer «Einheitslösung» beantwortet werden. Vielmehr ist anzuerkennen, dass durchaus legitime Interessen bestehen, gewisse Aspekte der Urheberpersönlichkeitsrechte verkehrsfähig auszugestalten und deren Nutzung der Entscheidungsbefugnis der Berechtigten zu überlassen.<sup>54</sup>

#### *Weitere Anliegen*

Die Einführung des Folgerechts wird vom Verband Autorinnen und Autoren der Schweiz AdS erneut mit Nachdruck gefordert. Die entsprechende Prüfung wird auch auf parlamentarischer Ebene verlangt.<sup>55</sup> Sollte der Bericht in Erfüllung des Postulats Luginbühl «Erlös für Schweizer Künstlerinnen und Künstler» zeigen, dass die Einführung des Folgerechts auch in der Schweiz angezeigt ist, wird nach Möglichkeit ein entsprechender Regelungsvorschlag in die Revision aufgenommen.

Weitere Vorschläge, wie die Verlängerung der Schutzdauer für Interpreten (Art. 39 Abs. 1), die Streichung der Vergütungobergrenze für Tarife (Art. 60 Abs. 2), die

<sup>50</sup> 12.3326 Postulat Recordon. Für ein Urheberrecht, das fair ist und im Einklang mit den Freiheiten der Internetgemeinde steht

<sup>51</sup> Vgl. z.B. HILTY, RETO M., Urheberrecht, Bern 2011, RN 189.

<sup>52</sup> BGE 4A\_638/2009, E. 3.3

<sup>53</sup> BIELER, BRIGITTE, Die Übertragung des Urheberrechts in Konstellationen des Arbeits-, Auftrags-, Werkvertrags- und Produzentenverhältnisses sowie in ausgewählten Bereichen des Umstrukturierungsrechts, Diss. Basel, Basel 2014, S. 89.

<sup>54</sup> Vgl. HILTY, RETO M., Urheberrecht, Bern 2011, RN 187.

<sup>55</sup> 13.4083 Postulat Luginbühl. Erlös für Schweizer Künstlerinnen und Künstler

Einführung eines umfassenden Lichtbildschutzes sowie das zwingende Zweitveröffentlichungsrecht für wissenschaftliche Autoren bleiben unberücksichtigt, weil sie sich in der AGUR12 nicht als konsensfähig erwiesen haben.

Ebenfalls unberücksichtigt geblieben ist die Forderung nach einer «Copyfraud»-Regelung. Werke werden nach Ablauf der Schutzfrist gemeinfrei. Insbesondere im Internet-Kontext werden jedoch gemeinfreie Werke oftmals mit einem © oder einem anderen Hinweis auf angeblich bestehende Urheberrechte versehen, um auf diese Art Nutzungsbedingungen durchzudrücken. Diese «Copyfraud» genannte Praxis steht in einem fundamentalen Widerspruch zum öffentlichen Interesse am ungehinderten Zugang zu Werken und zu den Überlegungen, die hinter einer Befristung des Urheberrechts stehen. Eine vertiefte Prüfung des Regelungsbedarfs könnte deshalb angezeigt sein.

Keine Aufnahme fand auch die Forderung, das Zitatrecht auf Werke der bildenden Kunst und Fotografien auszudehnen. Obwohl der Gesetzestext keine solche Ausnahme vorsieht, wurde in der Literatur gestützt auf eine historische Auslegung verschiedentlich angenommen, dass Werke der bildenden Kunst und Fotografien nicht zitierfähig seien. In der jüngeren Lehre hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, dass auch diese Werke zitierfähig sind.<sup>56</sup> Bei dieser Ausgangslage ist eine Gesetzesänderung nicht angezeigt, zumal der Gesetzestext an sich eindeutig ist. Gleichermassen bleibt die Forderung nach der gesetzlichen Verankerung des Vollzitats und einer Ausdehnung des Katalogprivilegs in Artikel 26 auf Online-Kataloge und in der Form heute noch nicht bekannter neuer Medien unberücksichtigt. Das Vollzitat ist im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt. Es ist indessen unbestritten, dass das Vollzitat zulässig ist, wenn es durch den Zitatzweck gerechtfertigt ist und die normale Auswertung nicht beeinträchtigt. Das Urheberrechtsgesetz ist technikneutral. Es versteht sich deshalb von selbst, dass auch neue Formen von Katalogen von Artikel 26 erfasst sind.

### **1.3 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung**

Die Vorlage bezweckt die Ratifizierung zweier Verträge der WIPO: der Vertrag von Peking vom 24. Juni 2012 zum Schutz von audiovisuellen Darbietungen und der Vertrag von Marrakesch vom 27. Juni 2013 zur Erleichterung des Zugangs zu veröffentlichten Werken für blinde, sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen.

Als Kernstück der Modernisierung des Urheberrechts werden die «notwendigen Massnahmen getroffen, um einen den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutz zu gewährleisten»<sup>57</sup>. Sie sind die konsequente Weiterführung des in der Schweiz eingeschlagenen Wegs. Der grundsätzliche Vorrang der individuellen Verwertung soll nicht zugunsten von kollektiven Lösungen (Internet-Flatrate) aufgegeben werden. Die Piraterie ist deshalb weiter zu bekämpfen. Die Pirateriebekämpfung soll jedoch dort erfolgen, wo sie am effizientesten

<sup>56</sup> MACCIACCHINI, SANDRO / OERTLI, REINHARD, Stämpfli's Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2012, URG 25, RN 5-8.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 136 II 508 (Logistep), in welchem das Bundesgericht den Gesetzgeber mit dem Hinweis, es sei dessen Sache, «die notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen den neuen Technologien angepassten Urheberrechtsschutz zu gewährleisten», aufgefordert hat, tätig zu werden.

vorgenommen werden kann, nämlich bei den Hosting Providern und bei den Access Providern. Im Sinne einer Harmonisierung der Terminologie in der Gesetzgebung wird auch im Urheberrecht für Hosting Provider der Begriff «Anbieterinnen von abgeleiteten Kommunikationsdiensten» und für Access Provider der Begriff «Anbieterinnen von Fernmeldediensten» verwendet. Das Urheberrecht soll nach Möglichkeit nicht in den privaten Bereich hineingetragen und die Internetnutzer sollen nicht zur Pirateriebekämpfung kriminalisiert werden. Der Bundesrat folgt dabei weitgehend den Empfehlungen der Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR12). Er hat aber auch eigene Akzente gesetzt und weitere Bestimmungen an die Entwicklung angepasst.

## **1.4 Rechtsvergleich, insbesondere mit dem europäischen Recht**

### **1.4.1 Vertrag von Peking und Vertrag von Marrakesch**

Seit den 2008 verabschiedeten, weitgehend von der Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Urheberrechtsrichtlinie)<sup>58</sup> geleiteten Gesetzesänderungen ist das schweizerische Recht auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte stark mit dem EU-Recht harmonisiert. Dies lässt sich insbesondere beim Schutz der ausübenden Künstler festhalten, der bereits sowohl hinsichtlich ihrer akustischen als auch ihrer audiovisuellen Darbietungen gilt. Folglich erfordert die Umsetzung des Vertrags von Peking keinerlei Anpassung des schweizerischen Rechts.

Der Vertrag von Marrakesch erleichtert den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken für blinde, sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen. Hinsichtlich der auf diesem Gebiet bereits existierenden Bestimmungen zählte eine von der WIPO 2006 durchgeführte Erhebung<sup>59</sup> 57 spezifische Ausnahmen in innerstaatlichen Gesetzgebungen. Diese erlauben in den meisten Fällen die Herstellung angepasster Versionen urheberrechtlich geschützter Werke. Die Studie zeigt auch, dass die Palette der Bestimmungen je nach Land sehr unterschiedlich ist, diese Vielfalt jedoch nicht mit den Bedürfnissen der Sehbehinderten der untersuchten Länder zusammenzuhängen scheint.

Die EU-Gesetzgebung enthält keinerlei spezifische Regelungen. Die Urheberrechtsrichtlinie überlässt es den EU-Mitgliedstaaten, in gewissen besonderen Fällen bestimmte Ausnahmen und Beschränkungen, namentlich für Menschen mit Behinderungen, vorzusehen. Sie anerkennt jedoch, dass sich die Unterschiede bei den Ausnahmen und Beschränkungen direkt negativ auf den Binnenmarkt im Bereich der Urheberrechte und verwandten Schutzrechte auswirken.

### **1.4.2 Modernisierung des Urheberrechts**

Die Empfehlungen der AGUR12 zur Pirateriebekämpfung setzen für die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung primär bei den Providern an. Im Bericht «Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern» kommt die Arbeitsgruppe

<sup>58</sup> ABl. L 167 vom 22.06.2001, S. 10.

<sup>59</sup> WIPO-Studie über die Beschränkungen und Ausnahmen bezüglich des Urheberrechts zugunsten Sehbehinderter, erstellt von Judith Sullivan und vorgestellt im September 2006 an der 15. SCCR-Tagung (Dokument SCCR/15/7), S. 31 ff.

Providerhaftung des BJ zum Ergebnis, dass die allgemeinen Haftungsbestimmungen grundsätzlich eine genügende gesetzliche Grundlage darstellen. Eine Ausnahme bildet das Urheberrecht. Für eine effiziente Pirateriebekämpfung sind spezifische Regelungen notwendig. Die Empfehlungen der AGUR12 sehen primär eine Selbstregulierung durch die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste<sup>60</sup> (Hosting Provider im weitesten Sinn) vor. Für Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, die sich keiner Selbstregulierung anschliessen wollen, ist eine gesetzliche Regelung aus rechtspolitischen Überlegungen unverzichtbar. Die Bestimmung sieht vor, dass diese Anbieterinnen verpflichtet werden können, urheberrechtsverletzende Inhalte zu entfernen oder den Zugang zu diesen Inhalten zu sperren und Massnahmen zu ergreifen, damit die betreffenden Inhalte nicht umgehend wieder hochgeladen werden (sog. Filterung). Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat sich zweimal mit dem Einsatz von Filtern befasst.<sup>61</sup> Er erachtete die Verpflichtung zur Filterung als mit dem Recht der EU vereinbar, solange sie im Sinne der Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt (E-Commerce-Richtlinie)<sup>62</sup>, gerecht, verhältnismässig und nicht übermässig kostspielig ist. Unzulässig ist eine Verpflichtung der Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, die auf ihren Servern gespeicherten Informationen generell zu überwachen.<sup>63</sup> Die für das schweizerische Urheberrecht vorgeschlagene Regelung respektiert diese Eckwerte.

Internetsperren sind als «Ultima Ratio» vorgesehen, falls eine Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste nicht ins Recht gefasst werden kann. Artikel 8 Absatz 3 der Urheberrechtsrichtlinie<sup>64</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten, gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler vorzusehen, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden. Durch diese Regelung werden die Mitgliedstaaten zwar nicht beauftragt, Sperren von IP-Adressen oder der Antwort von «Domain Name Servern» vorzusehen (sog. IP- oder DNS-Blocking). Zahlreiche Mitgliedstaaten haben die Verpflichtung aber in dieser Art umgesetzt.<sup>65</sup> Mit dem Einsatz von Internetsperren setzte sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auseinander. Er äusserte sich kritisch, weil Internetsperren menschenrechtlichen Garantien zuwiderlaufen könnten. Sie seien durch die EMRK zwar nicht ausgeschlossen, müssten aber auf einer ausreichend präzisen gesetzlichen Grundlage beruhen und seien so auszugestalten, dass die gleichzeitige Sperrung rechtmässiger Inhalte (sog. «overblocking») so weit wie möglich vermieden werde.<sup>66</sup> Auch der EuGH befasste sich mit Internetsperren. Er erachtete sie ebenfalls als zulässig, solange sie

<sup>60</sup> Die Terminologie zu den verschiedenen Internetakteuren richtet sich aus Gründen der Einheitlichkeit nach den im Fernmeldegesetz (FMG) und im Entwurf des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) verwendeten Bezeichnungen. Als Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste gelten Cloud-Dienste, E-Mail-Dienste, Chat-Plattformen usw.

<sup>61</sup> EuGH vom 24.11.2011, Rs. C-70/10, Scarlet/SABAM, ECLI:EU:C:2011:771; EuGH vom 16.02.2012, Rs. C-360/10, SABAM/Netlog, ECLI:EU:C:2012:85.

<sup>62</sup> ABl. L 178, S. 1.

<sup>63</sup> EuGH, Rs. C-70/10 (Fn. 61), Rn. 35; EuGH, Rs. 360/10 (Fn. 61), Rn. 33.

<sup>64</sup> Vgl. Fn 58.

<sup>65</sup> Österreich, Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Niederlande, Spanien, England, Irland.

<sup>66</sup> EGMR-Urteil Ahmed Yildirim g. Türkei, vom 18.12.2012, Nr. 3111/10.

anerkannte Grundrechte (u.a. die unternehmerische Freiheit der Anbieter von Internetzugangsdiensten sowie die Informationsfreiheit der Internetnutzer) beachten.<sup>67</sup> Die Anordnung einer Massnahme dürfe den Provider nicht verpflichten, untragbare Opfer zu bringen, vor allem da nicht er der Verletzer sei. Gemäss EuGH ist eine Anordnung mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sie dem Access Provider die konkret zu ergreifenden Massnahmen nicht vorschreibt, so dass er sich für die Umsetzung jener Massnahmen entscheiden kann, die seinen Ressourcen und Möglichkeiten am besten entsprechen.

Die EU führte das Verleihrecht (zusammen mit dem Vermietrecht) mit der Richtlinie 92/100/EWG vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums ein.<sup>68</sup> Diese Richtlinie wurde in der Folge durch die Richtlinie 2006/115/EG vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung)<sup>69</sup> ersetzt. Entsprechende Rechte sind bislang in 23 Mitgliedstaaten umgesetzt worden. Mit der vorgesehenen Einführung des Verleihrrechts wird das URG in dieser Hinsicht dem europäischen Schutzniveau angepasst. Ungeklärt ist in der EU die Frage, ob die Vermiet- und Verleihrichtlinie einen sogenannten «elektronischen Verleih» von Werken miteinschliesst. Im vorliegenden Bericht wird diese Frage für die Schweiz geklärt.

Mit dem Schutz der Pressefotografie findet eine Annäherung an das deutsche Urheberrechtsgesetz statt, das bei Fotografien zwischen Lichtbildwerken und Lichtbildern unterscheidet. Während Lichtbildwerke als Werke im Sinne des Urheberrechts verstanden werden und vollen Schutz geniessen, sind diejenigen Fotografien, welche keinen Werkcharakter aufweisen, nur in geringerem Umfang geschützt. Die deutsche Regelung geht allerdings weiter als der vorgeschlagene Schutz von Pressefotografien. Sie erstreckt sich nämlich auf alle Fotografien ohne Werkcharakter.

Die neue Bestimmung betreffend verwaiste Werke verfolgt die gleiche Stossrichtung wie die Richtlinie 2012/28/EU vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke<sup>70</sup>, indem sie einen rechtlichen Rahmen für die Nutzung von verwaisten Werken setzt. Die EU-Richtlinie verfolgt das Ziel, die Massendigitalisierung und Verbreitung verwaister Werke, insbesondere von Büchern, audiovisuellen Werken und Tonträgern, zu erleichtern. Ihr Geltungsbereich ist entsprechend eingeschränkt. Der Geltungsbereich der vorgeschlagenen Bestimmung ist weiter gefasst und erstreckt sich auf verwaiste Werke ungeachtet ihrer Kategorie. Ferner gilt die neue Regelung für alle Nutzer und Nutzerinnen einschliesslich Privatpersonen und Unternehmen, sofern die übrigen Bedingungen eingehalten werden.

Der Blick ins Ausland zeigt, dass mit dem Thema einer Schranke für die Wissenschaft unterschiedlich umgegangen wird. Die Urheberrechtsrichtlinie<sup>71</sup> der EU erlaubt den Mitgliedstaaten, Schranken für nicht kommerzielle Zwecke des

<sup>67</sup> EuGH vom 27.03.2014, Rs. C-314/12, UPC Telekabel Wien/Constantin Film Verleih, Wega Filmproduktionsgesellschaft (kino.to), ECLI:EU:C:2014:192.

<sup>68</sup> ABl. L 346 vom 27.11.1992, S. 61.

<sup>69</sup> ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 28.

<sup>70</sup> ABl. L 299 vom 27.10.2012, S. 5.

<sup>71</sup> Vgl. Fn 58.

Unterrichts und der Forschung in ihre Gesetze aufzunehmen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a). Bisher haben nicht alle Länder der EU von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Z.B. gibt es in Deutschland keine generelle Schranke für die wissenschaftliche Forschung. Diverse Parteien diskutieren aber über die Einführung einer solchen Regelung. Der Koalitionsvertrag der CDU/CSU und SPD sichert die Einführung einer sogenannten «Bildungs- und Wissenschaftsschranke» sogar zu. Das Vereinigte Königreich lässt das TDM für den nicht kommerziellen Bereich mittels spezifischer Ausnahmeregelungen zu. In Irland bestehen seit 2012 Bestrebungen, einen neuen Abschnitt im «Irish Copyright and Related Rights Act» einzuführen, der die digitale Analyse und Forschung zum Thema hat. In Japan ist seit 2011 eine Ausnahmeregelung für die sogenannte «Informationsanalyse» in Kraft. In den USA dürfte das TDM über die «Fair use»-Regeln zulässig sein.

Die Urheberrechtsrichtlinie<sup>72</sup> enthält in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b eine Schranke des Urheberrechts zugunsten der Privatkopie unter bestimmten Bedingungen. Dazu gehört die Pflicht, den Rechtsinhabern und -inhaberinnen einen gerechten Ausgleich zu zahlen, wobei berücksichtigt wird, ob technische Massnahmen auf das betreffende Werk angewendet wurden. In Bezug auf die durch die Schranke für Privatkopien erfassten Handlungen urteilte der EuGH kürzlich, dass Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b nicht für den Fall gilt, dass Privatkopien auf der Grundlage einer unrechtmässigen Quelle angefertigt werden (vgl. EuGH vom 10.04.2014, Rs. C-435/12, ACI Adam u.a., ECLI:EU:C:2014:254, Rn. 41), und folglich diese Vervielfältigungen bei der Festlegung der Höhe der Vergütung ausser Acht zu bleiben haben. Wenn man zuliesse, dass Privatkopien auf der Grundlage einer unrechtmässigen Quelle angefertigt werden dürften, würde dies nach Auffassung des Gerichts die Verbreitung von gefälschten Werken fördern und damit den Umfang an rechtmässigen Verkäufen von Kopien geschützter Werke verringern, sodass die normale Verwertung der Werke beeinträchtigt würde (Rn. 39). Rein theoretisch ist diese Argumentation zwar schlüssig, im Ergebnis jedoch aus pragmatischer Sicht unbefriedigend. Das Gericht lehnt eine Vergütung für auf der Grundlage unrechtmässiger Quellen hergestellte Privatkopien mit der Begründung ab, sie müssten bekämpft werden. Es berücksichtigt jedoch nicht, dass es bis heute keine technischen Massnahmen gibt, die die Herstellung solcher Vervielfältigungen wirksam verhindern. Dadurch, dass der EuGH diesen Aspekt ausser Acht lässt, fällt er ein wenig pragmatisches Urteil, das der Realität und den berechtigten Interessen der Rechtsinhaber und -inhaberinnen nicht genügend Rechnung trägt.

Das Schweizer System sieht eine Vergütung für jede Vervielfältigung geschützter Werke zum Eigengebrauch vor, die aufgrund der gesetzlichen Erlaubnis hergestellt wurde. Der Gesetzgeber hat bereits 2006 festgestellt<sup>73</sup>, dass bei Werkverwendungen im engen Rahmen der Privatsphäre eine Unterscheidung zwischen legalen und illegalen Quellen schwierig wäre. Da diese Einschätzung auch weiterhin gültig ist und sich das System bewährt hat, wird seine Beibehaltung vorgeschlagen. Es handelt sich um ein einfaches und praktisches System, das einerseits den Internetnutzern und -nutzerinnen einen grossen Handlungsspielraum bietet und andererseits den Rechtsinhabern und -inhaberinnen eine Vergütung für die Vervielfältigung ihrer Werke garantiert. Da diese Regelung nur für Spezialfälle gilt

<sup>72</sup> Vgl. Fn 58.

<sup>73</sup> BB1 2006 3430.

und weder die normale Verwertung des Werks behindert noch die berechtigten Interessen der Urheber und Urheberinnen schädigt, steht das heutige System mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz im Einklang.

Bei der Festlegung der Form, der Einzelheiten und der etwaigen Höhe eines gerechten Ausgleichs sollten nach der Urheberrechtsrichtlinie<sup>74</sup> die besonderen Umstände eines jeden Falls, insbesondere der sich aus der betreffenden Handlung ergebende etwaige Schaden, berücksichtigt werden. Wenn Rechtsinhaber bzw. -inhaberinnen bereits «Zahlungen in anderer Form erhalten haben, z.B. als Teil einer Lizenzgebühr», kann gemäss der Richtlinie gegebenenfalls keine getrennte Zahlung fällig sein (E. 35). Dies könnte bei einem Kauf auf einer Online-Plattform wie iTunes der Fall sein.

Weil das Herunterladen eines unlizenziierten Angebots durch private Internetnutzer in der Schweiz der Privatgebrauchsschranke unterstellt wird (Art. 19 Abs. 1 Bst. a), verbleibt eine signifikante Differenz zum Recht der EU. Der EuGH hat entschieden, dass der Rechtsrahmen der EU eine solche Lösung nicht erlaubt.<sup>75</sup> Er geht in seinem Entscheid von grundsätzlichen Überlegungen aus. Er hält ausdrücklich fest, dass der Umstand, dass keine anwendbare technische Massnahme existiert, um die Anfertigung von unrechtmässigen Privatkopien zu bekämpfen, seine Erkenntnisse nicht in Frage zu stellen vermag. Der schweizerische Ansatz ist demgegenüber pragmatischer Natur. Er anerkennt, dass ein Rechteinhaber nur dann etwas von seinen Rechten hat, wenn er sie auch wahrnehmen kann. Angesichts der auf dem Internet vorhandenen Datenmenge ist eine effektive Rechtsdurchsetzung gegen die einzelnen Rechtsverletzer jedoch kaum noch möglich, was sich alleine schon am Beispiel von YouTube zeigt: Nutzer laden auf YouTube pro Minute 300 Stunden Videomaterial hoch, was einer enormen Datenmenge entspricht.<sup>76</sup> Um herauszufinden, ob das hochgeladene Videomaterial Urheberrechte verletzt, muss es durchsucht werden. Versetzt man sich nun in die Lage eines einzelnen Rechteinhabers wird einem bewusst, dass ihm die Durchforstung des Materials nach Urheberrechtsverletzungen seiner Werke kaum möglich ist. Die Datenmenge ist zu gross. Ausserdem sollte nicht vergessen gehen, dass YouTube nur ein einzelnes Beispiel ist. Folglich sind zur Rechtswahrnehmung technische Massnahmen unverzichtbar.

## 1.5 Umsetzung

Kernstück der Vorlage bildet die Modernisierung des Urheberrechts, um einen den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutz zu gewährleisten. Die Vorlage wahrt den Vorrang der individuellen Verwertung. Letztere kann aber nur dann funktionieren, wenn wirksam gegen die Piraterie vorgegangen wird. Deshalb sieht die Vorlage eine einfache und effiziente Pirateriebekämpfung vor. Die Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten sind hierzu am besten geeignet. Die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste (Hosting Providers im weitesten Sinn) sind inhaltsnäher als die Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Deshalb werden in erster Linie sie in die Pflicht genommen. Die

<sup>74</sup> Vgl. Fn 58.

<sup>75</sup> EuGH vom 10.04.2014, Rs. C-435/12, ACI Adam u.a., ECLI:EU:C:2014:254.

<sup>76</sup> Gemäss eigenen Angaben von YouTube (<http://www.youtube.com/yt/press/statistics.html>).

Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Access Providers) sollen mit Zugangssperren in denjenigen Fällen unterstützend eingreifen, in welchen nicht direkt gegen die sich auf Urheberrechtsverletzungen stützenden Geschäftsmodelle vorgegangen werden kann, weil sich deren Betreiber durch geschickte Standortwahl oder Verschleierung ihres Standorts der Inanspruchnahme entziehen.

Die Pirateriebekämpfung soll grundsätzlich nicht über eine Kriminalisierung der Internetnutzer erfolgen. Ein zivilrechtliches Vorgehen gegen Nutzer von Peer-to-Peer-Netzwerken ist heute die Ausnahme. Eine Zivilklage gegen Unbekannt ist nicht möglich und die Identifizierung eines Teilnehmers über die IP-Adresse ist zurzeit nur in Strafverfahren möglich.<sup>77</sup> Der Urheber hat in diesen Fällen deshalb nur die Möglichkeit einer Strafanzeige. Die vorgesehene Lösung soll diese Situation verbessern: Sind Nutzer von Peer-to-Peer-Netzwerken, die in schwerwiegender Weise Urheberrechte verletzen (Art. 62a Abs. 4), auch nach aufklärenden Hinweisen nicht gewillt, ihr Verhalten zu ändern, können die Urheber bei Gericht beantragen, dass die Anbieterinnen von Fernmeldediensten diejenigen Teilnehmer identifizieren, deren Anschlüsse für die Verletzung verwendet worden sind. Dadurch kann zivilrechtlich gegen Nutzer von Peer-to-Peer-Netzwerken vorgegangen sowie ein Strafverfahren und damit auch eine Kriminalisierung vermieden werden.

Weitere Empfehlungen der AGUR12 sind das Verzeichnisprivileg, die Aktualisierung der Auskunftspflicht der Werknutzer gegenüber den Verwertungsgesellschaften und die Möglichkeit der Datenbearbeitung durch die Verwertungsgesellschaften. Gleichzeitig werden in verschiedenen anderen Bereichen weitere Anpassungen vorgenommen. Das Verleihrecht und der Schutz der Pressefotografien sollen eingeführt, eine Forschungsschranke geschaffen und die Schranke für die Verwendung verwaister Werke ausgedehnt werden.

## 1.6 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Mit der Vorlage werden folgende Vorstösse abgeschrieben:

Das Postulat Savary vom 12. Mai 2010 (10.3263 *Braucht die Schweiz ein Gesetz gegen das illegale Downloaden von Musik?*) verlangt die Prüfung der Situation der Kunstschaffenden. Die AGUR12 hat den Handlungsbedarf anerkannt. Die vorliegenden Änderungen zielen auf eine Verbesserung der Bedingungen für die Kunstschaffenden ab.

Das Postulat Recordon vom 9. Mai 2012 (12.3326 *Für ein Urheberrecht, das fair ist und im Einklang mit den Freiheiten der Internetgemeinde steht*) fordert die Prüfung einer Systemanpassung, die den Anliegen der Kunstschaffenden und der Internetgemeinde gleichermaßen Rechnung trägt. Die Arbeiten der AGUR12 haben gezeigt, dass der ungehinderte Austausch von Inhalten nur für eine Minderheit der Internetnutzer ein Kernanliegen darstellt. Es wird deshalb auf einen entsprechenden Systemwechsel verzichtet. Als wesentlich bedeutsamer hat sich die Frage der Überwachung der Internetnutzer erwiesen. Sie soll auf ein Minimum beschränkt bleiben.

Das Postulat Glättli vom 16. Mai 2012 (12.3173 *Angemessene Entschädigung von Kulturschaffenden unter Einhaltung der Privatsphäre der Internetnutzer*) hat

<sup>77</sup> Vgl. BGE 136 II 508 (Logistep).



darbieten, das im Rahmen der Darbietung geschaffen oder erstmals festgelegt wurde.

Als «audiovisuelle Festlegung» gilt die «Verkörperung von bewegten Bildern mit oder ohne Ton oder von Darstellungen derselben in einer Weise, dass sie mittels einer Vorrichtung wahrgenommen, vervielfältigt oder wiedergegeben werden können». Diese Begriffsbestimmung orientiert sich an der Definition des Begriffs «Festlegung» in Artikel 2 Buchstabe c WPPT und umfasst auch die visuellen Elemente. Wie die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 2 Buchstabe b* bestätigt, lässt sie die Definition des Begriffs «Festlegung» gemäss WPPT unberührt.

Die Begriffe «Sendung» und «öffentliche Wiedergabe» werden über eine Anpassung der Formulierungen in Artikel 2 WPPT und Artikel 3 des Rom-Abkommens definiert und umfassen auch nur Bilder. Mit diesen Begriffsbestimmungen gewährleisten die Vertragsstaaten eine Gleichbehandlung der ausübenden Künstler hinsichtlich ihrer visuellen, akustischen oder audiovisuellen Darbietungen.

### *Art. 3                    Schutzberechtigte*

Der im Vertrag verankerte Schutz gilt in erster Linie für die ausübenden Künstler, die Angehörige eines Vertragsstaates sind. Gemäss *Absatz 2* wird der gewöhnliche Aufenthalt der Staatsangehörigkeit gleichgestellt. Folglich ist der Vertrag auch auf ausübende Künstler anwendbar, die zwar keine Angehörigen eines Vertragsstaates sind, aber ihren gewöhnlichen Aufenthalt dort haben.

### *Art. 4                    Inländerbehandlung*

Laut *Absatz 1* gilt die Inländerbehandlung nur für die im Vertrag ausdrücklich genannten ausschliesslichen Rechte und das Recht auf angemessene Vergütung gemäss Artikel 11. Sie gilt folglich nicht für die zusätzlichen Rechte, die die nationalen Gesetzgeber möglicherweise einräumen. Der in Artikel 12 Absatz 3 genannte Anspruch auf Lizenzgebühren oder angemessene Vergütung stellt ein solches zusätzliches Recht dar und untersteht somit nicht dem Grundsatz der Inländerbehandlung (im Gegensatz zum Recht auf eine angemessene Vergütung nach Art. 11 Abs. 2)<sup>79</sup>. Eine Vertragspartei, die auf nationaler Ebene einen solchen Anspruch auf Vergütung (als zusätzliches Recht) kennt, ist folglich nicht verpflichtet, diesen auch den Angehörigen der anderen Vertragsstaaten zu gewähren.

Aufgrund von *Absatz 2* können die Vertragsstaaten den Umfang und die Dauer des den Angehörigen einer anderen Vertragspartei gewährten Schutzes hinsichtlich des Rechts auf Sendung und öffentliche Wiedergabe auf die Rechte einschränken, die ihren eigenen Angehörigen durch die andere Vertragspartei gewährt werden (Gegenseitigkeitsprinzip). Folglich ist eine Vertragspartei, die ein ausschliessliches Recht (Art. 11 Abs. 1) vorsieht, berechtigt, den Angehörigen einer anderen Vertragspartei, die sich für ein solches Recht anstelle des ausschliesslichen Rechts entschieden hat (nach Art. 11 Abs. 2), nur ein Recht auf angemessene Vergütung zu gewähren. Eine Vertragspartei, die ein Recht auf angemessene Vergütung gewährleistet, ist jedoch verpflichtet, dieses Recht den Angehörigen einer anderen

<sup>79</sup> Siehe auch den Kommentar zu Artikel 12 Absatz 3 BTAP weiter unten.

Partei einzuräumen, unabhängig davon, ob diese sich für ein Recht auf Vergütung (Art. 11 Abs. 2) oder ein ausschliessliches Recht (Art. 11 Abs. 1) entschieden hat<sup>80</sup>.

Schliesslich ist eine Vertragspartei auch nicht verpflichtet, den Grundsatz der Inländerbehandlung bezüglich des Rechts auf Sendung und öffentliche Wiedergabe gegenüber einer Partei anzuwenden, die einen Vorbehalt nach Artikel 11 Absatz 3 angemeldet hat, oder sofern sie selber von einem solchen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat (*Abs. 3*).

#### *Art. 5            Persönlichkeitsrechte*

Die durch den Vertrag von Peking gewährten Persönlichkeitsrechte bezüglich Live-Darbietungen und in audiovisuellen Festlegungen festgelegten Darbietungen entsprechen *mutatis mutandis* den Rechten des WPPT hinsichtlich Live-Darbietungen mit Ton und auf Tonträger festgelegter Darbietungen. Somit gewährt *Absatz 1* den ausübenden Künstlern das Recht auf Namensnennung, und das Recht auf Unversehrtheit ihrer Darbietungen. Sie behalten diese Persönlichkeitsrechte selbst nach Abtretung ihrer wirtschaftlichen Rechte.

*Absatz 2* bezweckt eine Abstimmung der Schutzdauer der wirtschaftlichen Rechte auf die Persönlichkeitsrechte. Gemäss *Absatz 3* bestimmen sich die Möglichkeiten des Rechtsschutzes zur Wahrung der nach *Artikel 5* gewährten Persönlichkeitsrechte nach dem Recht der Vertragspartei, in deren Gebiet der Schutz beansprucht wird.

Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 5* stellt klar, dass die im Rahmen der vom ausübenden Künstler erlaubten Nutzung vorgenommenen Änderungen, die der üblichen Verwertung einer Darbietung entsprechen, keine Veränderung im Sinne von *Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe ii* darstellen. Dasselbe gilt für Veränderungen im Zusammenhang mit der Nutzung neuer Techniken oder Träger.

#### *Art. 6            Wirtschaftliche Rechte der ausübenden Künstler an ihren nicht festgelegten Darbietungen*

Dieser Artikel greift den Wortlaut von Artikel 6 WPPT auf und gewährt den ausübenden Künstlern wirtschaftliche Rechte an ihren nicht festgelegten Darbietungen. Der Schutz erstreckt sich sowohl auf die visuellen, akustischen oder audiovisuellen Darbietungen als auch auf ihre Darstellungen.

#### *Art. 7            Vervielfältigungsrecht*

Dieser Artikel gewährt den ausübenden Künstlern das ausschliessliche Recht auf unmittelbare oder mittelbare Vervielfältigung ihrer in audiovisuellen Festlegungen festgelegten Darbietungen. Der Wortlaut entspricht sinngemäss der Formulierung von Artikel 7 WPPT. Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 7* stellt klar, dass das Vervielfältigungsrecht vollumfänglich auch für den Digitalbereich gilt. Somit stellt die elektronische Speicherung einer bereits in digitaler Form festgelegten Darbietung oder die Digitalisierung einer auf einem analogen Träger festgelegten Darbietung jeweils eine Vervielfältigung im Sinne dieses Artikels dar.

<sup>80</sup> BREM, ERNST, Der WIPO-Vertrag von Peking zum Schutz audiovisueller Darbietungen vom 24. Juni 2012 (BTAP) und die Schweiz, in: *medialex* Nr. 1/13, Bern, S. 10.

#### Art. 8 *Verbreitungsrecht*

Dieser Artikel gewährt den ausübenden Künstlern das ausschliessliche Verbreitungsrecht an den Vervielfältigungsstücken, die als körperliche Gegenstände in Verkehr gebracht werden können (vgl. *Vereinbarte Erklärung zu Art. 8 und 9*). Die Regelung der Frage der Erschöpfung bleibt in der Zuständigkeit der Vertragsstaaten.

#### Art. 9 *Vermietrecht*

Dieser Artikel gewährt den ausübenden Künstlern das ausschliessliche Vermietrecht am Original und an den Vervielfältigungsstücken ihrer in audiovisuellen Festlegungen festgelegten Darbietungen, die als körperliche Gegenstände in Verkehr gebracht werden können (vgl. *Vereinbarte Erklärung zu Art. 8 und 9*). Dieses Recht definiert sich nach Massgabe der nationalen Gesetzgebung der Vertragsstaaten und gilt für die gewerbmässige Vermietung an die Öffentlichkeit, auch wenn die Originale oder die Vervielfältigungsstücke der audiovisuellen Festlegungen durch den ausübenden Künstler selbst oder mit seiner Erlaubnis verbreitet worden sind.

Der Umfang dieses Rechts wird im Übrigen durch *Absatz 2* eingeschränkt. Dieser verpflichtet die Vertragsstaaten nur zur Gewährung dieses Rechts, sofern die gewerbmässige Vermietung zu einer hohen Anzahl Vervielfältigungsstücke führt, die das Vervielfältigungsrecht der ausübenden Künstler obsolet werden lässt.

#### Art. 10 *Recht auf Zugänglichmachung festgelegter Darbietungen*

Das Recht auf Zugänglichmachung der festgelegten Darbietungen entspricht im Wesentlichen dem Recht auf öffentliche Wiedergabe nach Artikel 8 des Vertrags. Dieser Artikel deckt insbesondere die On-demand-Dienstleistungen ab.

#### Art. 11 *Recht auf Sendung und öffentliche Wiedergabe*

*Absatz 1* gewährt den ausübenden Künstlern das ausschliessliche Recht die Sendung oder öffentliche Wiedergabe der festgelegten Darbietungen zu erlauben. Gemäss *Absatz 2* können die Vertragsstaaten jedoch einen Vorbehalt anmelden, mit dem sie für diese Art der Nutzung ein Recht auf angemessene Vergütung anstelle des Rechts zu erlauben vorsehen können. Ein solcher Vorbehalt ist dem Generaldirektor der WIPO zu notifizieren.

Nach *Absatz 3* kann jeder Vertragsstaat auch einen Vorbehalt anmelden, um die Anwendung des Rechts zu erlauben oder des Rechts auf angemessene Vergütung gemäss *Absatz 1 und 2* zu beschränken oder auszuschliessen.

#### Art. 12 *Abtretung von Rechten*

Im Jahr 2000 hatte die Uneinigkeit der Parteien bei der Frage nach der Abtretung von Rechten zum Scheitern der diplomatischen Konferenz geführt. Folglich stand diese Bestimmung im Zentrum der Verhandlungen von Peking. Der gewählte Wortlaut bewahrt die Vertragsfreiheit der ausübenden Künstler und erlaubt den Vertragsstaaten gleichzeitig, gesetzliche Regelungen zu dieser Frage vorzusehen.

Auf der Grundlage von *Absatz 1* können die Vertragsstaaten eine gesetzliche Vermutung vorsehen, nach der die mit Zustimmung des ausübenden Künstlers

erfolgte audiovisuelle Festlegung einer Darbietung bedeutet, dass die in Artikel 7 bis 11 des Vertrags verankerten ausschliesslichen Rechte zu erlauben beim Hersteller sind oder von ihm ausgeübt oder an ihn abgetreten werden. Diese Vermutung kann per Vertrag zu den in der nationalen Gesetzgebung vorgesehenen Bedingungen umgekehrt werden. Die nationale Gesetzgebung kann für solche Verträge auch die Schriftform vorschreiben, sofern diese sich auf audiovisuelle Festlegungen beziehen, die in Übereinstimmung mit der nationalen Gesetzgebung hergestellt wurden (Abs. 2). Das Erfordernis der Schriftform gilt somit nicht für Festlegungen, die im Einklang mit einer ausländischen Rechtsordnung vorgenommen werden.

*Absatz 3* stellt klar, dass die nationale Gesetzgebung oder ein Einzel- oder Kollektivvertrag einen Anspruch auf Lizenzgebühren oder angemessene Vergütung für jegliche Nutzung der Darbietung und ungeachtet jeder Abtretung von Rechten nach Absatz 1 enthalten kann. Ein solches Recht auf angemessene Vergütung wurde zum ersten Mal in der Richtlinie 92/100/EWG (Art. 4)<sup>81</sup> vorgesehen, um die Stellung der ausübenden Künstler (und Urheber) zu stärken und ihnen eine angemessene Vergütung zu sichern<sup>82</sup>, z.B. im Rahmen von Vertragsverhandlungen in Bezug auf eine Filmproduktion. Absatz 3 stellt klar, dass solche Regelungen möglich bleiben und in der Zuständigkeit der Vertragsstaaten liegen. Das URG strebt ebenfalls nach der Sicherstellung einer angemessenen Vergütung für ausübende Künstler (und Urheber). Gemäss Artikel 49 Absatz 3 wird der Verwertungserlös zwischen den ursprünglichen Rechteinhabern und anderen Berechtigten so aufgeteilt, dass den ausübenden Künstlern (und den Urhebern) in der Regel ein angemessener Anteil zukommt.

Der in Absatz 3 genannte Anspruch auf Lizenzgebühren oder angemessene Vergütung zählt nicht zu den ausdrücklich im Vertrag verankerten Rechten (Art. 6 bis 11) und unterscheidet sich folglich in dieser Hinsicht vom Recht auf eine angemessene Vergütung, das eine Vertragspartei anstelle des ausschliesslichen Rechts die Sendung und öffentlichen Wiedergabe zu erlauben (Art. 11 Abs. 2) vorsehen kann. Der Anspruch auf Vergütung nach Artikel 12 Absatz 3 untersteht somit nicht der Anwendung des Grundsatzes der Inländerbehandlung (vgl. Art. 4 Abs. 1).

### *Art. 13 Beschränkungen und Ausnahmen*

Dieser Artikel entspricht der einschlägigen WPPT-Bestimmung (Art. 16) und verlangt, dass die von den Vertragsstaaten vorgesehenen Beschränkungen und Ausnahmen dem Drei-Stufen-Test entsprechen. Diese Beschränkungen und Ausnahmen sind somit zulässig, wenn sie auf Sonderfälle beschränkt sind, die weder die normale Verwertung der Darbietungen beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der ausübenden Künstler unzumutbar verletzen.

<sup>81</sup> Richtlinie 92/100/EWG zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums. Das Recht auf angemessene Vergütung ist heute in Artikel 5 der Richtlinie 2006/115/EG enthalten, welche die Richtlinie 92/100/EWG ersetzt hat.

<sup>82</sup> VON LEWINSKI, SILKE, *The WIPO Treaties on Copyright, A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, 2. Auflage, Oxford 2015, Art. 12 BTAP, N. 9.12.38.

Der Drei-Stufen-Test ist in Artikel 9 Absatz 2 der Berner Übereinkunft verankert und wurde in Artikel 13 des TRIPS-Abkommens<sup>83</sup> übernommen, wo er als allgemeine Regel für alle Beschränkungen und Ausnahmen gilt.

Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 13* verweist auf die Vereinbarte Erklärung zu Artikel 10 WCT und erklärt Letztere *mutatis mutandis* auch auf diesen Artikel anwendbar. Laut der genannten Erklärung bleiben die in der Berner Übereinkunft vorgesehenen Beschränkungen und Ausnahmen unverändert, weil der Drei-Stufen-Test dort implizit enthalten ist. Ausserdem gilt der Drei-Stufen-Test auch vollumfänglich für den Digitalbereich.

#### Art. 14 *Schutzdauer*

Diese Bestimmung schreibt eine Mindestschutzdauer von 50 Jahren ab der Festlegung der audiovisuellen Darbietung vor. Im WPPT ist eine analoge Mindestschutzdauer vorgesehen.

#### Art. 15 *Pflichten in Bezug auf technische Vorkehrungen*

Diese Bestimmung verpflichtet die Vertragsstaaten, einen hinreichenden Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Vorkehrungen vorzusehen. Damit sollen die ausübenden Künstler die Möglichkeit erhalten, sich wirksam gegen Piraterie zu schützen. Die Nutzung technischer Vorkehrungen ist jedoch nicht obligatorisch.

Diese Bestimmung und die vereinbarten Erklärungen entsprechen *mutatis mutandis* Artikel 11 WCT und Artikel 18 WPPT. Lediglich wirksame technische Vorkehrungen sind gegen eine Umgehung geschützt. Folglich geht es einzig um technische Vorkehrungen, die wenigstens einen minimalen Schutz bieten. Die Vertragsstaaten sind zwar nur verpflichtet, die technischen Vorkehrungen zum Schutz der Rechte gemäss diesem Vertrag zu schützen. Sie können aber diesen Schutz auch auf weitere Rechte ausdehnen. Schliesslich steht es ihnen frei, Ausnahmen in ihrer Gesetzgebung vorzusehen.

Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 15 im Verhältnis zu Artikel 13* stellt klar, dass die technischen Vorkehrungen die Fähigkeit eines Begünstigten, von den in der nationalen Gesetzgebung gemäss *Artikel 13* vorgesehenen Beschränkungen und Ausnahmen Gebrauch zu machen, nicht beeinträchtigen dürfen. Der Verweis auf die «wirksamen und erforderlichen Massnahmen» weist darauf hin, dass die Vertragsstaaten dieses Ziel auch erreichen können, ohne ein verwaltungsrechtliches oder gerichtliches Verfahren bzw. eine Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde vorzusehen. Dies wurde anlässlich der diplomatischen Konferenz in Peking namentlich von der Schweiz in ihrer Auslegungserklärung betont<sup>84</sup>. Die Vereinbarte Erklärung erinnert im Übrigen daran, dass die Pflichten im Zusammenhang mit den

<sup>83</sup> SR 0.632.20

<sup>84</sup> Die Schweiz gab folgende Erklärung ab: "It is Switzerland's understanding that Art 15 with its agreed statement corresponds *mutatis mutandis* to those in the WCT and the WPPT. The reference in the agreed statement to «effective and necessary measures» indicates a way by which undue barriers to the enjoyment of limitations and exceptions may be avoided. It does not create an obligation either to provide for specific proceedings or to establish an administrative or judicial body prior to the enjoyment of exceptions and limitations."

technischen Vorkehrungen nicht auf die Darbietungen anwendbar sind, die nicht oder nicht mehr durch die nationale Gesetzgebung geschützt sind.

Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 15* weist darauf hin, dass der Ausdruck «technische Vorkehrungen durch ausübende Künstler» weit ausgelegt werden und auch diejenigen erfassen sollte, die im Auftrag der ausübenden Künstler handeln.

#### *Art. 16 Pflichten in Bezug auf Informationen für die Wahrnehmung der Rechte*

Mit dieser Bestimmung werden die Vertragsstaaten verpflichtet, hinreichende materielle Sanktionen und prozessuale Durchsetzungsverfahren vorzusehen. Geschützt werden die elektronischen Informationen für die Wahrnehmung der Rechte. In *Absatz 2* wird die Art der fraglichen Angaben genannt: Diese umfassen Informationen, die den ausübenden Künstler, seine Darbietung oder den Inhaber des Rechts an der Darbietung identifizieren, aber auch Informationen über die Nutzungsbedingungen einer Darbietung oder Zahlen oder Codes, die derartige Informationen darstellen. Diese Angaben sind an der audiovisuellen Festlegung einer Darbietung anzubringen. Den Vertragsstaaten steht es frei, weitere Informationen zu schützen.

Der auf Artikel 12 WCT basierende Absatz 1 definiert die Handlungen, für die die Vertragsstaaten hinreichende und wirksame Rechtsbehelfe vorsehen müssen. Dabei handelt es sich einerseits um die unbefugte Entfernung oder Änderung von elektronischen Informationen und andererseits um die unbefugte Verbreitung, Einfuhr zwecks Verbreitung, Sendung oder öffentliche Wiedergabe oder Zugänglichmachung in Kenntnis des Umstands, dass elektronische Informationen unbefugt entfernt oder geändert wurden.

Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 16* verweist auf die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 12 WCT* und erklärt Letztere *mutatis mutandis* auch auf diesen Artikel anwendbar. Sie stellt klar, dass *Artikel 16 nicht dazu dienen darf*, den freien Warenverkehr zu unterbinden oder die Ausübung der durch den Vertrag von Peking anerkannten Rechte zu beeinträchtigen.

#### *Art. 17 Formvorschriften*

Wie Artikel 20 WPPT statuiert diese Bestimmung uneingeschränkt den Grundsatz der Unabhängigkeit des Schutzes von formellen Voraussetzungen.

#### *Art. 18 Vorbehalte und Notifikationen*

Mit Ausnahme der in *Artikel 11 Absatz 2 und 3* sowie in *Artikel 19 Absatz 2* ausdrücklich genannten Vorbehalte sind keine weiteren in Bezug auf diesen Vertrag zulässig.

#### *Art. 19 Anwendung in zeitlicher Hinsicht*

Gemäss *Absatz 1* ist jede Partei verpflichtet, den Vertrag auf festgelegte Darbietungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Vertrags existieren, sowie auf alle Darbietungen, die nach diesem Zeitpunkt erfolgen, anzuwenden. Laut *Absatz 3* lässt jedoch der Vertrag alle Handlungen, Verträge und Rechte unberührt,

deren Vornahme, Abschluss bzw. Erwerb erfolgte, bevor dieser Vertrag für eine Vertragspartei in Kraft getreten ist.

*Absatz 2* enthält eine Sonderbestimmung, welche jeder Vertragspartei erlaubt, die Anwendung der Artikel 7 bis 11 auf Darbietungen zu beschränken, die nach Inkrafttreten des Vertrags für sie stattgefunden haben. Gemäss dem Grundsatz der Gegenseitigkeit können die anderen Parteien gegenüber dieser Partei ebenfalls eine gleichwertige Beschränkung der fraglichen Rechte vorsehen.

Im Rahmen von *Absatz 3* kann jeder Vertragsstaat ausserdem Übergangsbestimmungen für die Anwendung der Rechte von *Artikel 5 und 7 bis 11* in Bezug auf Darbietungen erlassen, die vor Inkrafttreten des Vertrags für sie Gegenstand rechtlich zulässiger Handlungen waren.

#### *Art. 20 Rechtsdurchsetzung*

Die Rechtsdurchsetzung bleibt in der Zuständigkeit der Vertragsstaaten. Diese müssen in Übereinstimmung mit ihren nationalen Rechtsordnungen, die für die Anwendung dieses Vertrags notwendigen Massnahmen ergreifen. Die Gesetzgebung der Vertragsstaaten muss im Sinne eines Mindestkatalogs Verfahren zur Rechtsdurchsetzung sowie vorsorgliche Massnahmen zur Verhinderung von Verletzungshandlungen und Massnahmen zur Abschreckung entsprechender Handlungen vorsehen. Ein Strafverfahren wird nicht ausdrücklich verlangt.

#### *Art. 21 bis 24 Institutionelle Bestimmungen*

Keine Bemerkungen.

#### *Art. 25 Unterzeichnung des Vertrags*

Der Vertrag von Peking lag nach seiner Verabschiedung während eines Jahres zur Unterzeichnung auf. 71 Staaten und die EU haben ihn innerhalb dieser Frist unterzeichnet. Die Schweiz unterzeichnete ihn am 26. Juni 2012 am Ende der diplomatischen Konferenz über den Schutz audiovisueller Darbietungen.

#### *Art. 26 Inkrafttreten des Vertrags*

Der Vertrag von Peking tritt drei Monate nach Hinterlegung der Ratifikations- oder Beitrittsurkunden von 30 Parteien in Kraft. Bis heute haben zehn Staaten<sup>85</sup> ihre Ratifikations- oder Beitrittsurkunde hinterlegt.

#### *Art. 27 bis 30 Schlussbestimmungen*

Keine Bemerkungen.

## **2.2 Vertrag von Marrakesch**

### *Präambel*

<sup>85</sup> Botswana, Chile, China, Katar, Japan, Moldawien, Russland, Slowakei, Syrien und die Vereinigten Arabischen Emirate (VAE).

Der Vertrag weist insbesondere auf die Notwendigkeit hin, die Anzahl der in einer zugänglichen Form verfügbaren Werke zu erhöhen sowie ihren grenzüberschreitenden Austausch zu fördern, und stellt fest, dass die meisten sehbehinderten oder sonst lesebehinderten Menschen in den Entwicklungsländern und den am wenigsten entwickelten Ländern leben. Er bekräftigt ferner die Verpflichtungen der Vertragsstaaten gemäss den internationalen Urheberrechtsverträgen sowie die Bedeutung und Flexibilität des Drei-Stufen-Tests für die Beschränkungen und Ausnahmen (Art. 9 Abs. 2 Berner Übereinkunft).

#### *Art. 1 Verhältnis zu anderen Übereinkünften und Verträgen*

Trotz des ausdrücklichen Verweises in der Präambel auf verschiedene internationale Abkommen (z.B. die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und die Berner Übereinkunft) versteht sich der Vertrag von Marrakesch als selbstständiger völkerrechtlicher Vertrag, der nicht von den Rechten und Pflichten aus anderen Verträgen abweicht. Er begründet keinerlei Pflicht, bestehende Verträge zu ratifizieren oder bestehenden Verträgen beizutreten.

#### *Art. 2 Begriffsbestimmungen*

Der Begriff «Werk» wird unter Verweis auf die Definition von Artikel 2 Absatz 1 der Berner Übereinkunft definiert und zum Zwecke dieses Vertrags auf Werke in Form von Text, Notation und diesbezüglichen Illustrationen beschränkt, die veröffentlicht oder der Öffentlichkeit auf jeglichen anderen Trägern zugänglich gemacht werden. Der Geltungsbereich des Vertrags erstreckt sich somit nicht auf alle Kategorien geschützter Werke nach der Berner Übereinkunft. Insbesondere die audiovisuellen Werke wie Filme und die akustische Werke wie Musik sind ausgeschlossen. Die Formulierung «auf jeglichen anderen Trägern» betont die Tatsache, dass in diesem Zusammenhang der Träger im Gegensatz zur Form des Werks nicht entscheidend ist. Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 2 Buchstabe a* weist ausdrücklich darauf hin, dass die Begriffsbestimmung auch Werke im Audioformat wie zum Beispiel Hörbücher umfasst. Dies zeigt die besondere Aufmerksamkeit, die diesem Format im Rahmen der Verhandlungen geschenkt wurde.

Die Definition des Begriffs «Werkexemplar in einer zugänglichen Form» orientiert sich am Zweck des verwendeten Formats. Dieses muss den Begünstigten einen ebenso leichten und freien Zugang wie nicht sehbehinderten Menschen ermöglichen. Die Begriffsbestimmung umfasst folglich sowohl die Transliteration von Werken in Blindenschrift als auch ihre Darstellung in einer anderen angepassten Version.

«Autorisierte Stelle» bedeutet eine Stelle, die vom Staat befugt oder anerkannt wurde, um den Begünstigten des Vertrags ohne Erwerbzweck Dienstleistungen im Bereich Bildung, pädagogische Ausbildung, angepasstes Lesen oder Informationszugang anzubieten. Die autorisierten Stellen sind zwar keine Begünstigten des Vertrags, jedoch *ratione personae* im Geltungsbereich eingeschlossen. Sie stellen gewissermassen Zwischenstellen dar, die für die Begünstigten (gemäss Definition in Art. 3) handeln. Mit der ihnen auferlegten Pflicht, bei der Ausübung ihrer Funktionen ihre eigenen Verfahren zu definieren und zu befolgen sowie die Werkexemplare mit gebührender Sorgfalt zu verwalten (Art. 2 Bst. c Ziff. iv) soll hauptsächlich erreicht werden, dass die nach diesem Vertrag

hergestellten, verbreiteten und zugänglich gemachten Werkexemplare in einer zugänglichen Form nicht zweckentfremdet werden und den Markt der veröffentlichten Werke konkurrenzieren.

### *Art. 3 Begünstigte*

Der Kreis der Begünstigten wurde in Bezug auf ihre Schwierigkeit, gedruckte Texte zu lesen, definiert. Er umfasst Blinde (Bst. a), Menschen mit einer Sehbehinderung, die nicht so behandelt werden kann, dass eine mit einer Person ohne Behinderung annähernd vergleichbare Lesefähigkeit erreicht wird (Bst. b) sowie Menschen mit einer körperlichen Behinderung, die sie daran hindert, ein Buch zu halten oder zu handhaben oder ihre Augen so zu kontrollieren, dass sie lesen können (Bst. c).

Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 3 Buchstabe b* stellt klar, dass eine Person mit Sehbehinderung als Begünstigter im Sinne des Vertrags gilt, auch wenn sie nicht alle möglichen Diagnosemethoden und medizinischen Behandlungen versucht hat, um eine mit einer Person ohne diese Sehbehinderung annähernd vergleichbare Sehfähigkeit zu erreichen.

### *Art. 4 In der nationalen Gesetzgebung vorgesehene Beschränkungen und Ausnahmen betreffend Werkexemplare in einer zugänglichen Form*

*Absatz 1* verpflichtet die Vertragsstaaten, in ihrer nationalen Gesetzgebung bestimmte minimale Beschränkungen zu verankern, um das Zugänglichmachen von Werken in einer zugänglichen Form für die Begünstigten zu erleichtern. Diese Mindestnorm umfasst eine Beschränkung des Rechts auf Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Der Wortlaut stellt klar, dass die für das Zugänglichmachen des Werks in der angepassten Form erforderlichen Änderungen zugelassen werden *sollten*. Da der Vertrag die Vertragsstaaten nicht verpflichtet, eine Beschränkung des ausschliesslichen Rechts auf Veränderung vorzusehen, kommt dieser Klarstellung eine zentrale Bedeutung zu. Die Umwandlung eines Werks in eine zugängliche Form ist in der Praxis immer mit gewissen Veränderungen verbunden. Obwohl der Wortlaut von Absatz 1 Buchstabe a den Konjunktiv benutzt, zeigen der Zweck dieser Bestimmung sowie der zweite Teil der Definition des Begriffs «Werkexemplar in einer zugänglichen Form» in Artikel 2, dass die Absicht sehr wohl darin besteht, die für die Umformatierung notwendigen Veränderungen zu erlauben. Der schweizerische Gesetzgeber hat das Problem erkannt und diese Möglichkeit ausdrücklich vorgesehen (s. Art. 24c Abs. 1); die Botschaft erwähnt als Beispiel den Fall eines in Buchform veröffentlichten Sprachwerks, das in Blindenschrift übertragen werden darf.<sup>86</sup>

In *Absatz 1 Buchstabe b* wird ausgeführt, dass es den Vertragsstaaten ausserdem freisteht, eine Beschränkung des Rechts auf öffentliche Aufführungen oder Vorführungen vorzusehen, um den Begünstigten den Zugang zu den Werken zu erleichtern.

Bei der Umsetzung der Pflicht von Absatz 1 haben die Vertragsstaaten zwei Möglichkeiten. Sie können beschliessen, in ihrer nationalen Gesetzgebung eine

<sup>86</sup> BBl 2006 3433.

Regelung wie in Absatz 2 einzuführen, oder sich für andere Beschränkungen gemäss Absatz 3 entscheiden.

Die erste Möglichkeit besteht darin, auf nationaler Ebene eine Regelung gemäss *Absatz 2* einzuführen. Diese Regelung legt einerseits die von den autorisierten Stellen einzuhaltenden Bedingungen (Bst. a) und andererseits die auf die Begünstigten sowie die in ihrem Namen handelnden natürlichen Personen anwendbaren Bedingungen (Bst. b) fest. Die autorisierten Stellen dürfen ein Werkexemplar in einer zugänglichen Form herstellen, von einer anderen autorisierten Stelle ein solches Werkexemplar erhalten und diese Exemplare den Begünstigten zugänglich machen, wenn sie folgende Bedingungen erfüllen: (i) Sie haben rechtmässigen Zugang zum Werk, (ii) sie nehmen nur diejenigen Änderungen vor, die erforderlich sind, um das Werk in der angepassten Form zugänglich zu machen, (iii) sie bieten die Werkexemplare in zugänglicher Form ausschliesslich zum Gebrauch durch die Begünstigten an, und (iv) sie verfolgen keinen Erwerbszweck.

Aufgrund von *Absatz 2 Buchstabe b* können die Begünstigten oder die in ihrem Namen handelnden Personen zum persönlichen Gebrauch durch die begünstigte Person ein Werkexemplar in zugänglicher Form herstellen, sofern diese rechtmässigen Zugang zum Werk hat.

Die zweite Möglichkeit für die Vertragsstaaten, ihre Pflichten aus Absatz 1 zu erfüllen, wird in *Absatz 3* ausgeführt. Nach dieser Bestimmung können die Vertragsstaaten ihre Pflichten aus Absatz 1 erfüllen, indem sie in ihrer nationalen Gesetzgebung geeignete Schranken des Urheberrechts verankern, die mit ihren Rechten und Pflichten aus anderen internationalen Abkommen und insbesondere mit dem Drei-Stufen-Test im Einklang stehen. Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 4 Absatz 3* stellt in diesem Zusammenhang klar, dass diese Möglichkeit die in der Berner Übereinkunft vorgesehenen Beschränkungen und Ausnahmen bezüglich der Übersetzungsrechte nicht berührt.

Gemäss *Absatz 4* können die Vertragsstaaten einen Vorbehalt erklären, welcher auf nationaler Ebene den Geltungsbereich der in diesem Artikel vorgesehenen Schranke auf die Werke beschränkt, die nicht zu angemessenen Preisen in einer zugänglichen Form auf dem Markt erhältlich sind. Ein solcher Vorbehalt ist dem Generaldirektor der WIPO mitzuteilen. Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 4 Absatz 4* stellt klar, dass die Bedingung der Verfügbarkeit im Handel vom Drei-Stufen-Test unberührt bleibt.

*Absatz 5* stellt es den Vertragsstaaten schliesslich frei, die Schranken bezüglich der Werkexemplare in einer zugänglichen Form einer Vergütung zu unterstellen.

#### *Art. 5 Grenzüberschreitender Austausch von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form*

*Artikel 5 Absatz 1* bildet eine zentrale Bestimmung des Vertrags und verpflichtet die Vertragsstaaten, in ihrer nationalen Gesetzgebung eine Regel zu verankern, die den grenzüberschreitenden Austausch von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form durch eine autorisierte Stelle in einem anderen Vertragsstaat erlaubt. Der grenzüberschreitende Austausch ist nur zwischen Vertragsstaaten möglich. Im Übrigen gilt diese Bestimmung lediglich für die in Anwendung einer Schranke oder kraft Gesetzes hergestellten Werkexemplare in einer zugänglichen Form. Somit

dürfen in Anwendung dieser Bestimmung nur die im ursprünglichen Vertragsstaat rechtmässig hergestellten Werkexemplare ausgeführt werden.

Für die Umsetzung der Pflicht in Absatz 1 auf nationaler Ebene sind zwei Möglichkeiten vorgesehen: eine Schranke gemäss Absatz 2 oder andere Schranken gemäss Absatz 3. In beiden Fällen erinnert der Wortlaut daran, dass die Werkexemplare in einer zugänglichen Form zum ausschliesslichen Gebrauch durch die Begünstigten bestimmt sind.

Gemäss der in *Absatz 2* beschriebenen Möglichkeit ist es den autorisierten Stellen gestattet, in einer anderen Vertragspartei ohne Zustimmung des Rechtsinhabers Werkexemplare in einer zugänglichen Form einer anderen autorisierten Stelle (Bst. a) oder einer begünstigten Person (Bst. b) abzugeben oder zugänglich zu machen. Der Wortlaut erinnert daran, dass eine autorisierte Stelle auf die Verbreitung oder Zugänglichmachung verzichten muss, wenn sie weiss oder einen vernünftigen Grund zur Annahme hat, dass die Werkexemplare zugunsten anderer Personen verwendet werden.

Die zweite Möglichkeit richtet sich insbesondere an die Vertragsstaaten, die nicht Vertragspartei der Berner Übereinkunft oder des WCT sind. Um dem Vertrag von Marrakesch beizutreten, ist es nämlich nicht erforderlich, Partei eines anderen internationalen Urheberrechtsvertrags zu sein. Diese Möglichkeit besteht darin, Schranken in Übereinstimmung mit dem Drei-Stufen-Test sowie zu den in Absatz 4 genannten Bedingungen einzuführen.

Erhält laut *Absatz 4 Buchstabe a* eine autorisierte Stelle in einem Vertragsstaat Werkexemplare in einer zugänglichen Form und unterliegt dieser Vertragsstaat nicht dem Drei-Stufen-Test der Berner Übereinkunft, so hat er sicherzustellen, dass diese Werkexemplare *im eigenen Hoheitsgebiet* ausschliesslich zugunsten der Begünstigten verwendet werden. Eine Weiterverbreitung dieser Werkexemplare ausserhalb des Hoheitsgebiets ist folglich nicht zulässig.

*Absatz 4 Buchstabe b* unterstellt die Verbreitung und Zugänglichmachung von in einer Vertragspartei nach Artikel 5 Absatz 1 hergestellten Werkexemplaren in einer zugänglichen Form in einer anderen Vertragspartei der Bedingung, dass der Vertragsstaat, in dem das Werkexemplar hergestellt wird, WCT-Partei ist oder den Drei-Stufen-Test auf die gemäss dem Vertrag von Marrakesch vorgesehenen Schranken anwendet.

*Absatz 5* weist schliesslich darauf hin, dass die Regelung der Erschöpfungsfrage von diesem Vertrag unberührt bleibt.

#### *Art. 6 Einfuhr von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form*

Wenn ein Vertragsstaat die Herstellung von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form in seinem Hoheitsgebiet erlaubt, muss er auch ihre Einfuhr ohne Zustimmung des Rechtsinhabers erlauben. Mit diesem Artikel können Begünstigte, in ihrem Namen handelnde natürliche Personen und autorisierte Stellen die im Einzelfall geeignetste Variante wählen. Somit können sie durch die Einfuhr von in einem anderen Vertragsstaat verfügbaren Werkexemplaren in einer zugänglichen Form statt der eigenen Herstellung erhebliche Einsparungen erzielen.

Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 6* erinnert daran, dass die Vertragsstaaten bei der Erfüllung ihrer Pflichten aus Artikel 6 über die in Artikel 4 aufgeführten Flexibilitäten verfügen.

#### *Art. 7 Verpflichtungen bezüglich technischer Schutzmassnahmen*

Diese Bestimmung verpflichtet die Vertragsstaaten, die einen Rechtsschutz gegen die Umgehung technischer Massnahmen vorsehen, dafür zu sorgen, dass dieser Schutz die Begünstigten nicht daran hindert, in den Genuss der im Vertrag vorgesehenen Schranken zu kommen.

In der Praxis gilt diese Bestimmung nur für die Vertragsstaaten, die auch Partei eines oder mehrerer Verträge wie des WCT, des WPPT oder des BTAP sind, die einen Rechtsschutz gegen die Umgehung technischer Massnahmen vorsehen (vgl. Art. 11 WCT, Art. 18 WPPT und Art. 15 BTAP). Der gewählte Wortlaut weist darauf hin, dass der Vertrag von Marrakesch ein selbstständiger internationaler Vertrag ist, den ein Staat ratifizieren kann, ohne anderen Verträgen beitreten zu müssen.

Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 7* stellt klar, dass es den autorisierten Stellen weiterhin freisteht, bei der Herstellung, Verbreitung und Zugänglichmachung von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form technische Massnahmen in Übereinstimmung mit der nationalen Gesetzgebung umzusetzen. Solche Massnahmen können sich als unverzichtbar erweisen, damit die autorisierten Stellen ihre Tätigkeit für die Begünstigten fortsetzen können.

#### *Art. 8 Achtung der Privatsphäre*

Die Identifizierung der Begünstigten des Vertrags von Marrakesch bringt zwangsläufig ein gewisses Eindringen in ihre Privatsphäre mit sich. Mit dieser Bestimmung werden die Vertragsstaaten ermutigt, sich für eine Umsetzung des Vertrags zu entscheiden, die die Privatsphäre der begünstigten Personen gleichberechtigt mit allen anderen schützt.

#### *Art. 9 Zusammenarbeit zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Austauschs*

Für einen erleichterten grenzüberschreitenden Austausch von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form befürwortet der Vertrag die Bereitstellung von Informationen über die autorisierten Stellen und ihre Übungen. Dank dieser Informationen können sich die autorisierten Stellen insbesondere einfach gegenseitig identifizieren.

Die *Vereinbarte Erklärung zu Artikel 9* stellt klar, dass dieser Informationsaustausch keinerlei Registrierungspflicht für die autorisierten Stellen begründet und keine Voraussetzung für die Durchführung ihrer Tätigkeiten darstellt.

#### *Art. 10 Allgemeine Grundsätze der Umsetzung*

Diese Bestimmung betont, dass es den Vertragsstaaten freisteht, über die einzusetzenden Mittel und deren Rechtsform für die Umsetzung des Vertrags gemäss ihren eigenen Rechtssystemen und rechtlichen Verfahren zu entscheiden. *Absatz 3* stellt klar, dass sich die Vertragsstaaten für Schranken ausdrücklich zugunsten der Begünstigten oder sonstige geeignete Schranken entscheiden können.

Gemäss der *Vereinbarten Erklärung zu Artikel 10 Absatz 2* gelten die im Vertrag vorgesehenen Schranken *mutatis mutandis* auch für die verwandten Schutzrechte, sofern ein Werk im Sinne von *Artikel 2 Buchstabe a* des Vertrags betroffen ist.

Dieser Wortlaut schliesst verschiedene Formen von Werken und insbesondere die Hörbücher in den Geltungsbereich des Vertrags ein. Ziel des Vertrags ist es, den Zugang zu den veröffentlichten Werken für die Begünstigten zu erleichtern, und zwar ohne Beschränkung hinsichtlich der Form des Werks.

*Art. 11            Allgemeine Verpflichtungen betreffend Beschränkungen und Ausnahmen*

Diese Bestimmung wiederholt die Pflicht der Vertragsstaaten, den Drei-Stufen-Test gemäss der Berner Übereinkunft, dem TRIPS-Abkommen und/oder dem WCT zu beachten, je nachdem, ob sie Partei eines oder mehrerer dieser Verträge sind.

*Art. 12            Sonstige Beschränkungen und Ausnahmen*

Diese Bestimmung weist darauf hin, dass die vom Vertrag für die begünstigten Personen vorgesehenen Schranken einen Mindeststandard darstellen. Den Vertragsstaaten steht es frei, in Übereinstimmung mit ihren internationalen Rechten und Verpflichtungen weitere Schranken vorzusehen, um besonderen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Diese Bestimmung zeigt die Schwierigkeit, spezifische Schranken zur Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse der Begünstigten des Vertrags zu erlassen, ohne dass diese Regeln die Flexibilität der Vertragsstaaten im Rahmen anderer internationaler Abkommen, insbesondere der Berner Übereinkunft und des TRIPS-Abkommens, beschränken.

Nach *Absatz 2* dürfen die spezifisch für die Begünstigten vorgesehenen Schranken keinerlei Einfluss auf die Schranken haben, die die Vertragsstaaten auf nationaler Ebene zugunsten von Menschen mit Behinderungen vorsehen können.

*Art. 13 bis 15    Institutionelle Bestimmungen*

Keine Bemerkungen.

*Art. 16            Rechte und Pflichten nach dem Vertrag*

Dieser Artikel legt fest, dass die Vertragsstaaten alle Rechte und Verpflichtungen aus dem Vertrag von Marrakesch wahrnehmen, sofern im Vertrag nicht ausdrücklich anderes vereinbart ist. Der gewählte Wortlaut scheint somit die Möglichkeit auszuschliessen, andere als der in Artikel 4 Absatz 4 genannten Vorbehalten zu erklären.

*Art. 17            Unterzeichnung des Vertrags*

Der Vertrag von Marrakesch lag nach seiner Verabschiedung während eines Jahres zur Unterzeichnung auf. 60 Staaten haben ihn innerhalb dieser Frist unterzeichnet. Die Schweiz hat den Vertrag am 28. Juni 2013 anlässlich der diplomatischen Konferenz für den Abschluss eines Vertrags zur Erleichterung des Zugangs zu veröffentlichten Werken für sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen unterzeichnet.

## *Art. 18 Inkrafttreten des Vertrags*

Der Vertrag von Marrakesch tritt drei Monate nach der Hinterlegung der zwanzigsten Ratifikations- oder Beitrittsurkunde in Kraft. Bis heute haben elf Staaten<sup>87</sup> ihre Ratifikations- oder Beitrittsurkunde hinterlegt.

## *Art. 19 bis 22 Schlussbestimmungen*

Keine Bemerkungen.

## **2.3 Umsetzung des Vertrags von Peking und des Vertrags von Marrakesch**

### **2.3.1 Vertrag von Peking**

Der Vertrag von Peking gewährt den ausübenden Künstlern des audiovisuellen Bereichs (Schauspieler, Tänzer etc.) hinsichtlich ihrer audiovisuellen Darbietungen das gleiche Schutzniveau wie jenes, das die Sänger und Musiker für ihre akustischen Darbietungen geniessen (Art. 5 bis 14). Die Schweizer Gesetzgebung sieht für die ausübenden Künstler bereits das gleiche Schutzniveau für ihre akustischen, visuellen oder audiovisuellen Darbietungen vor. Die 2007 im Rahmen der URG-Revision für die WPPT-Ratifizierung eingeführten Änderungen sind nämlich nicht nur auf akustische, sondern auch auf audiovisuelle Darbietungen anwendbar. Die geltende Gesetzgebung entspricht somit dem Vertrag von Peking.

Gemäss dem Vertrag von Peking verfügen die ausübenden Künstler über das ausschliessliche Recht, die Sendung, die öffentliche Wiedergabe und die Festlegung ihrer bisher nicht festgelegten audiovisuellen oder visuellen Darbietungen zu erlauben (Art. 6). In Bezug auf die audiovisuellen Festlegungen haben sie das ausschliessliche Recht auf Vervielfältigung (Art. 7), Verbreitung (Art. 8), Vermietung (Art. 9), öffentliche Zugänglichmachung (Art. 10) sowie Sendung und öffentliche Wiedergabe (Art. 11). Letzteres kann jedoch von den Vertragsstaaten auf ein Recht auf angemessene Vergütung oder auf eine andere Weise beschränkt werden (Art. 11 Abs. 2 und 3).

Auf nationaler Ebene sind die in Artikel 6 bis 8, 10 und 11 BTAP genannten Rechte in Artikel 33 Absatz 2 Buchstabe a bis e verankert. Sie gelten sowohl für akustische als auch audiovisuelle oder visuelle Darbietungen. Für das Vermieten von Werkexemplaren sieht die Schweizer Gesetzgebung einen der Kollektivverwertung unterstellten Vergütungsanspruch (Art. 13 und 38) vor und gewährt kein ausschliessliches Recht, wenn die Werkexemplare vom Künstler oder mit seiner Zustimmung veräussert wurden (weil in diesem Fall das Recht auf Inverkehrbringung nach Art. 12 erschöpft ist). Da die Einnahmen aus der Vermietung jedoch seit Jahren rückläufig sind<sup>88</sup>, ist Artikel 9 Absatz 2 des Vertrags von Peking anwendbar und befreit die Schweiz von der Verpflichtung, ein ausschliessliches Recht vorzusehen. Folglich erfordert die Ratifizierung des Vertrags von Peking keine Anpassung des geltenden Rechts.

<sup>87</sup> Argentinien, El Salvador, Indien, Mali, Mexiko, Mongolei, Paraguay, Singapur, Südkorea, Uruguay und die Vereinigten Arabischen Emirate (VAE).

<sup>88</sup> Vgl. Rückgang der Vergütungen gemäss dem Gemeinsamen Tarif 5 (Vermieten von Werkexemplaren) seit 2008.

Falls die Sendung, die Weitersendung oder der öffentliche Empfang der audiovisuellen Festlegung von einem im Handel erhältlichen Ton- oder Tonbildträger ausgehend erfolgt, beschränkt die Schweizer Gesetzgebung die ausschliesslichen Rechte auf Sendung und öffentliche Wiedergabe nach Artikel 33 Absatz 2 Buchstabe b und e auf einen der Kollektivverwertung unterstellten Vergütungsanspruch (Art. 35 Abs. 1 und 3). Dieser Vergütungsanspruch untersteht im Übrigen dem Grundsatz der Gegenseitigkeit (Art. 35 Abs. 4). Die Beschränkung dieses ausschliesslichen Rechts auf einen Vergütungsanspruch ist nach Artikel 11 Absatz 2 des Vertrags von Peking ausdrücklich zulässig, sofern eine entsprechende Erklärung beim Generaldirektor der WIPO hinterlegt wird. Die Schweiz wird folglich bei der Ratifizierung des Vertrags von Peking eine solche Erklärung abgeben, um die geltende Regelung aufrechterhalten zu können.

Der Vertrag von Peking sieht den Schutz der Persönlichkeitsrechte der im audiovisuellen Bereich tätigen ausübenden Künstler vor (Art. 5), indem er ihnen einerseits das Recht einräumt, in Bezug auf ihre audiovisuellen Darbietungen als solche genannt zu werden, und andererseits das Recht gewährt, Einspruch gegen jede Entstellung, Verstümmelung oder sonstige Änderung, die ihrem Ruf abträglich wäre, zu erheben. Dieser Schutz entspricht dem im WPPT den ausübenden Künstlern für ihre akustischen Darbietungen gewährten Schutz. Auf nationaler Ebene schützt Artikel 33a die Persönlichkeitsrechte der ausübenden Künstler hinsichtlich ihrer Darbietungen ungeachtet deren Art (akustisch, visuell oder audiovisuell). Die Umsetzung von Artikel 5 des Vertrags von Peking erfordert folglich keine Anpassung des URG.

Die auf Ton- oder Tonbildträgern festgelegten Darbietungen sind ab der Veröffentlichung der Festlegung oder, wenn keine Veröffentlichung erfolgt, ab der Herstellung des Trägers während 50 Jahren geschützt (Art. 39). Diese Bestimmung steht im Einklang mit der Mindestschutzdauer von 50 Jahren ab der Festlegung der audiovisuellen Darbietung nach Artikel 14 des Vertrags von Peking.

Schliesslich verpflichtet der Vertrag von Peking die Vertragsstaaten, die technischen Vorkehrungen sowie die den audiovisuellen Festlegungen angebrachten Informationen für die Wahrnehmung der Rechte auf nationaler Ebene zu schützen (Art. 15 und 16). Diese Verpflichtungen werden auf nationaler Ebene durch die im Rahmen der letzten Gesetzesrevision eingeführten Artikel 39a und 39c bereits umgesetzt.<sup>89</sup> Artikel 39a schützt vor ihrer Umgehung die wirksamen technischen Massnahmen, die Urheber und Rechtsinhaber für den Schutz ihrer Werke oder ihrer durch verwandte Schutzrechte geschützten Darbietungen im digitalen Bereich nutzen. Diese Bestimmung ist namentlich auf die von den ausübenden Künstlern ergriffenen technischen Vorkehrungen ungeachtet der Art der Darbietung (akustisch, visuell oder audiovisuell) anwendbar. Artikel 39c schützt die den urheberrechtlich geschützten Werken oder den durch verwandte Schutzrechte geschützten Darbietungen angebrachten Informationen für die Wahrnehmung der Rechte.

### **2.3.2 Vertrag von Marrakesch**

Gemäss dem Vertrag von Marrakesch sind die Vertragsstaaten verpflichtet, in ihrer nationalen Gesetzgebung Schranken bezüglich des Rechts auf Vervielfältigung,

<sup>89</sup> Für einen detaillierten Kommentar zu diesen Bestimmungen vgl. Botschaft vom 10. März 2006 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei WIPO-Abkommen und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl 2006 3389 3424 ff.

Verbreitung und Zugänglichmachung einzuführen, um Sehbehinderten Werke in einer zugänglichen Form leichter zugänglich zu machen (Art. 4). Ferner sind sie verpflichtet, unter bestimmten Bedingungen den grenzüberschreitenden Austausch von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form (Art. 5) sowie die Einfuhr solcher Werkexemplare (Art. 6) zu gestatten.

*Artikel 24c* sieht bereits eine Beschränkung des Urheberrechts zugunsten von Menschen mit Behinderungen vor, um ihnen den Zugang zu geschützten Werken zu erleichtern. Die Begünstigten dieser Schranke sind Menschen mit Behinderung ungeachtet der Art ihres Handicaps. Die Schranke erstreckt sich auf alle Kategorien von Werken, soweit Menschen mit Behinderungen das Werk in seiner veröffentlichten Form nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen sinnlich wahrnehmen können (Abs. 1).

Der flexible Wortlaut von *Artikel 24c* ermöglicht in Bezug auf die Mehrheit der Verpflichtungen eine Auslegung, die mit dem Vertrag von Marrakesch im Einklang steht. Eine Gesetzesänderung ist allerdings erforderlich, damit Werkexemplare in einer zugänglichen Form aus einem Vertragsstaat in die Schweiz eingeführt werden können (vgl. Ziffer 2.4.1 unten).

Die übrigen Verpflichtungen aus dem Vertrag von Marrakesch erfordern keine Gesetzesänderungen. Trotzdem sind die durch Artikel 24c erlaubten Verwendungszwecke zu präzisieren. Dabei zu berücksichtigen ist einerseits der Zweck<sup>90</sup> des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002<sup>91</sup> über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG), d.h. «Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind»<sup>92</sup>, und andererseits das im Vertrag von Marrakesch formulierte Ziel, «sehbehinderten oder sonst lesebehinderten Menschen den Zugang und den Gebrauch der Werke zu erleichtern»<sup>93</sup>. *Absatz 1* schreibt kein spezifisches Format vor, in dem ein veröffentlichtes Werk vervielfältigt werden darf, um es den begünstigten Personen zugänglich zu machen. Die Schranke erstreckt sich auf jede Form der Vervielfältigung ungeachtet des verwendeten Trägers<sup>94</sup>, sofern das so hergestellte Werkexemplar für die begünstigte Person zugänglich ist. Folglich ermöglicht diese Schranke beispielsweise die Vervielfältigung eines in Buchform veröffentlichten Sprachwerks in Blindenschrift, um es einer sehbehinderten Person zugänglich zu machen. Für eine sehbehinderte Person, die die Blindenschrift nicht beherrscht, ist dieses Format nicht zugänglich. Deshalb muss in diesem Fall ein anderes Format (z.B. Buch mit grossen Druckbuchstaben, E-Book oder Hörbuch) gewählt werden.

Der Vertrag von Marrakesch verpflichtet die Vertragsstaaten, in ihrer nationalen Urheberrechtsgesetzgebung eine Beschränkung des Vervielfältigungs-, Verbreitungs- und Zugänglichmachungrechts vorzusehen, um den Begünstigten Werke in einer zugänglichen Form leichter zugänglich zu machen (Art. 4 Abs. 1).

<sup>90</sup> Vgl. Botschaft vom 10. März 2006 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl 2006 3389 3432.

<sup>91</sup> SR 151.3

<sup>92</sup> Artikel 1 Absatz 1 BehiG.

<sup>93</sup> Vertrag von Marrakesch, letzte Erwägung der Präambel.

<sup>94</sup> Der Gemeinsame Tarif 10 (2013-2017) nennt in Ziff. 1.2 Tonträger, Tonbildträger und Blindenschriftträger sowie Werke in digitaler Form.

Die Vertragsstaaten haben zwei Möglichkeiten, um diese Verpflichtung zu erfüllen. Die erste besteht darin, auf nationaler Ebene die Modellklausel von Absatz 2 einzuführen. Die zweite, in Absatz 3 genannte Option ermöglicht es den Vertragsstaaten, sich für ein anderes geeignetes System in Übereinstimmung mit ihren eigenen Rechtssystemen und rechtlichen Verfahren zu entscheiden. Da die Modellklausel nicht der schweizerischen Rechtstradition entspricht, wird das geltende Recht im Lichte der zweiten Möglichkeit beurteilt.

Artikel 24c steht im Einklang mit Artikel 4 Absatz 1 des Vertrags von Marrakesch. Gemäss *Artikel 24c Absatz 2* ist die Vervielfältigung und Inverkehrbringung von Werken in einer zugänglichen Form gestattet, sofern (1) diese Handlungen ohne Gewinnzweck vorgenommen werden und (2) diese Werkexemplare ausschliesslich dem Gebrauch durch begünstigte Personen vorbehalten sind. Diese Bedingungen befinden sich im Übrigen in der Modellklausel des Vertrags von Marrakesch (Art. 4 Abs. 2 Bst. a Ziff. iii und iv). Der Kreis der Personen, die befugt sind, diese Handlungen vorzunehmen, umfasst sowohl die «autorisierten Stellen» als auch «eine begünstigte Person oder eine in ihrem Namen handelnde natürliche Person» (Art. 4 Abs. 2 Bst. a und b des Vertrags von Marrakesch), sofern beide genannten Bedingungen erfüllt sind.

Entsprechend dem Zweck von Artikel 24c, den Zugang zu geschützten Werken für Menschen mit Behinderung zu erleichtern<sup>95</sup>, schlägt die Vorlage vor, den Geltungsbereich der Beschränkung von Absatz 1 so klarzustellen, dass sie neben dem Vervielfältigungsrecht ausdrücklich auch das Verbreitungs- und Zugänglichmachungrecht umfasst. Eine solche Auslegung von Absatz 1 drängt sich *de facto* bereits heute auf. Es erscheint unabdingbar, dass ein gemäss der gesetzlichen Beschränkung vervielfältigtes Werk in einer zugänglichen Form an die begünstigten Personen verbreitet oder ihnen zugänglich gemacht werden kann, damit sie tatsächlich Zugang dazu erhalten. Dieser pragmatische Ansatz zielt im Übrigen in die gleiche Richtung wie die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die Tragweite der Beschränkung des Vervielfältigungsrechts zum Eigengebrauch<sup>96</sup>. Die Herstellung eines Werkexemplars in einer zugänglichen Form setzt ferner voraus, die für die Anpassung der Form erforderlichen Veränderungen vornehmen zu können. Artikel 24c Absatz 1 ist folglich so auszulegen, dass bestimmte Beeinträchtigungen der Werkintegrität (durch Art. 11 Abs. 1 garantiert) stillschweigend gestattet sind, soweit sie für die Herstellung der Werkexemplare in einer zugänglichen Form notwendig sind. Hierbei ist an technische Veränderungen im Zusammenhang mit dem Träger (*Format Shifting*) zu denken, z.B. die Umwandlung eines schriftlichen Texts auf Papier in eine Blindenschriftversion, die Änderung der Grösse des Layouts oder die Veränderung von Farbkontrasten.

*Absatz 3* gewährt dem Urheber einen Anspruch auf Vergütung für die Vervielfältigung und Verbreitung dieser Werkexemplare. Dieser Anspruch steht in Übereinstimmung mit Artikel 4 Absatz 5 des Vertrags von Marrakesch, der die Möglichkeit, einen Vergütungsanspruch vorzusehen, ausdrücklich den Vertragsstaaten vorbehält.

<sup>95</sup> Vgl. Botschaft vom 10. März 2006 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl 2006 3389 3432.

<sup>96</sup> Vgl. BGE 133 III 473, E. 3.1. Das Bundesgericht vertrat die Auffassung, dass die Beschränkung des Vervielfältigungsrechts nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c URG nicht nur die Vervielfältigung, sondern auch die Verbreitung im Unternehmen erlaubt.

## 2.4 Änderungen des Urheberrechtsgesetzes

### 2.4.1 Änderungen im Hinblick auf die Umsetzung des Vertrags von Marrakesch

#### *Art. 24c Verwendung von Werken durch Menschen mit Behinderungen*

Artikel 24c ermöglicht die Herstellung von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form für Menschen mit Behinderungen. *Absatz 1* schreibt keine spezifische Form vor, in der ein veröffentlichtes Werk vervielfältigt werden darf, um es den begünstigten Personen zugänglich zu machen. Die Schranke erstreckt sich somit auf jede Form der Vervielfältigung ungeachtet des verwendeten Trägers<sup>97</sup>, sofern das so hergestellte Werkexemplar für die begünstigte Person zugänglich ist. Diese Bestimmung ist folglich so auszulegen, dass sie stillschweigend die für die Herstellung der Werkexemplare in einer zugänglichen Form notwendigen Anpassungen erlaubt. Neben den technischen Änderungen im Zusammenhang mit dem Träger (*Format Shifting*) wie der Umwandlung eines schriftlichen Texts auf Papier in eine Blindenschriftversion, der Änderung der Grösse des Layouts oder der Veränderung von Farbkontrasten erlaubt die Beschränkung auch andere Veränderungen am Werk wie die Untertitelung oder Audiodeskription von Filmen. Zur Erinnerung: Artikel 24c gilt für alle Kategorien von Werken und unterschiedslos für alle Arten von Behinderungen, die die Wahrnehmung des Werks beeinträchtigen<sup>98</sup>.

Die Form des nach Artikel 24c herzustellenden Werkexemplars ist gemäss der Behinderung der Person zu wählen, für die es bestimmt ist. Folglich ermöglicht diese Schranke beispielsweise die Vervielfältigung eines in Buchform veröffentlichten Sprachwerks in Blindenschrift, um es einer sehbehinderten Person zugänglich zu machen. Wenn diese die Blindenschrift nicht beherrscht, ist dieses Format für sie nicht zugänglich. Deshalb muss in diesem Fall ein anderes Format (z.B. Buch mit grossen Druckbuchstaben, E-Book oder Hörbuch) gewählt werden. Dialoge und sonstige Tonelemente von Filmen können beispielsweise auch mit Untertiteln wiedergegeben werden, um das Werk für Hörbehinderte wahrnehmbar zu machen. Bei Sehbehinderten wird beispielsweise die Technik der Audiodeskription genutzt.

Nach Artikel 6 des Vertrags von Marrakesch muss ein Vertragsstaat, sofern er die Herstellung von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form erlaubt, auch die Einfuhr aus einem anderen Vertragsstaat (Ursprungsland) erlauben. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Werkexemplar im Ursprungsland mit Zustimmung des Rechtsinhabers bzw. der Rechtsinhaberin oder gemäss einer gesetzlichen Schranke hergestellt wurde. Das geltende Recht lässt nur die Einfuhr von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form zu, die im Ursprungsland vom Urheber bzw. der Urheberin oder mit seiner bzw. ihrer Zustimmung veräussert wurden (Art. 12 Abs. 1). Die Einfuhr von gemäss einer gesetzlichen Schranke hergestellten Werkexemplaren in einer zugänglichen Form ist nicht erlaubt. Um die Anforderungen von Artikel 6 des Vertrags von Marrakesch zu erfüllen, sieht der Revisionsentwurf die Einführung

<sup>97</sup> Der Gemeinsame Tarif 10 (2013-2017) nennt in Ziff. 1.2 Tonträger, Tonbildträger und Blindenschriftträger sowie Werke in digitaler Form.

<sup>98</sup> In dieser Hinsicht enthält das URG eine umfangreichere Beschränkung als der Vertrag von Marrakesch.

eines neuen *Absatzes* 3 in Artikel 24c vor. Dieser erweitert den Geltungsbereich von Absatz 1 so, dass die Einfuhr von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form auf der Grundlage einer gesetzlichen Schranke möglich wird, ohne dass dafür die Zustimmung des Rechtsinhabers oder der Rechtsinhaberin erforderlich ist.

Laut Artikel 5 Absatz 1 des Vertrags von Marrakesch sind die Vertragsstaaten verpflichtet, den grenzüberschreitenden Austausch von im Rahmen einer Schranke oder kraft Gesetzes hergestellten Werkexemplaren in einer zugänglichen Form mit einem anderen Vertragsstaat zu erlauben. Artikel 5 des Vertrags von Marrakesch ist gleich aufgebaut wie sein Artikel 4: Die Pflicht selbst ist in Absatz 1 verankert, während die Absätze 2 und 3 die Möglichkeiten für die Erfüllung (Modellklausel oder anderes System) angeben. Das geltende Schweizer Recht beschränkt die Verbreitung nicht über die Bedingungen von Artikel 24c Absatz 2 hinaus und steht folglich der Ausfuhr von gemäss einer gesetzlichen Schranke hergestellten Werkexemplaren in einer zugänglichen Form nicht entgegen. Allerdings wird der Kreis der Personen, die berechtigt sind, solche Werkexemplare auszuführen, nicht näher umschrieben, während der Vertrag von Marrakesch vorschreibt, dass der grenzüberschreitende Austausch von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form über eine «autorisierte Stelle» im Einklang mit den Kriterien in Artikel 2 des Vertrags erfolgt. Mit der Einführung eines Netzwerks autorisierter Stellen wollten die Unterhändler den Kreis der zur Ausfuhr solcher Werkexemplare berechtigten Personen eingrenzen. Dabei wurde im Rahmen der Verhandlungen klar, dass die gewählte Formulierung keine ausdrückliche Genehmigung durch die Verwaltungsbehörden impliziert. Die Unterhändler waren einhellig der Auffassung, dass eine Organisation automatisch als «autorisierte Stelle» gilt, wenn die Kriterien von Artikel 2 des Vertrags erfüllt sind.

Das System des Netzwerks wird durch den neuen *Absatz* 3 in Artikel 24c ins Schweizer Recht übertragen. Dieser beschränkt den grenzüberschreitenden Austausch von gemäss einer gesetzlichen Schranke hergestellten Werkexemplaren in einer zugänglichen Form auf die Werkexemplare, die über bestimmte spezifische Kriterien erfüllende Organisationen erlangt wurden. Absatz 3 erlaubt folglich nur die Ein- oder Ausfuhr von Werkexemplaren, die «von einer nicht gewinnorientierten Organisation erlangt wurden, die als eine ihrer Haupttätigkeiten Menschen mit Behinderungen Dienstleistungen in den Bereichen der Bildung, der pädagogischen Ausbildung, des angepassten Lesens oder des Zugangs zu Informationen bereitstellt». In der Praxis erfüllen die Verbände und sonstigen Strukturen, die sich in der Schweiz für behinderte Menschen einsetzen<sup>99</sup> (z.B. Schweizerischer Blinden- und Sehbehindertenverband, SBV) diese Voraussetzungen und können folglich solche Werkexemplare in Anwendung von Absatz 3 ein- und ausführen.

*Absatz* 4 gewährt dem Urheber bzw. der Urheberin einen Anspruch auf Vergütung für die Vervielfältigung, die Verbreitung und das Zugänglichmachen dieser Werkexemplare. Dieser Anspruch steht im Einklang mit Artikel 4 Absatz 5 des Vertrags von Marrakesch, der den Vertragsstaaten ausdrücklich die Möglichkeit vorbehält, einen Vergütungsanspruch vorzusehen. Dieser Anspruch kann gemäss *Absatz* 5 nach wie vor nur von einer zugelassenen Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden (Kollektivverwertung).

<sup>99</sup> Vgl. Gemeinsamer Tarif 10 (2013-2017), Ziff. 2.

## 2.4.2 Massnahmen zur Gewährleistung eines angemessenen und den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutzes

### Art. 5 *Nicht geschützte Werke*

*Buchstabe c* stellt sicher, dass amtliche Dokumente vom urheberrechtlichen Schutz ausgenommen sind. Amtliche Dokumente sind Informationen, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet sind, sich im Besitz der Behörde befinden, von der sie stammen, und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffen. Darunter fallen auch Dokumente, welche behördenextern erstellt, anschliessend jedoch in ein Dokument der Behörde integriert wurden. All diese Dokumente müssen von ihrem Sinn und Zweck her gemeinfrei bleiben. Rein verwaltungsinterne Dokumente hingegen, die nicht öffentlicher Natur sind, fallen nicht unter *Buchstabe c*.

### Art. 13 *Vermieten und Verleihen von Werkexemplaren*

Schriftsteller erhalten für den Verkauf eines Buches an eine Privatperson dieselbe Vergütung, wie wenn sie das Buch an eine Bibliothek veräussern, obwohl das Buch in der Bibliothek viel intensiver genutzt wird. Die Mitgliedstaaten der EU (aber auch weitere Länder wie Kanada, Israel, Neuseeland und Australien) sehen deshalb vor, dass für die Nutzungen in der Bibliothek eine Vergütung zu bezahlen ist.

Bisher hat die Schweiz von der Einführung des Verleihrrechts abgesehen. Es wurde befürchtet, dass die Vergütung zulasten des Anschaffungsbudgets der Bibliotheken gehen würde; zum Nachteil von jungen Autoren und Nischenautoren. Diese Befürchtung scheint sich in den Nachbarstaaten, die eine Bibliothekstantieme kennen, nicht bewahrheitet zu haben.

Mit dem ersten Inverkehrbringen eines Werkexemplars ist das Recht zur Verbreitung grundsätzlich erschöpft (ausgenommen sind Computerprogrammen). Solche Werkexemplare dürfen deshalb ohne Zustimmung des Rechteinhabers weiterverbreitet werden. Der Rechteinhaber verfügt weder über ein ausschliessliches Ausstellungsrecht noch über ein ausschliessliches Vermiet- und Verleihrrecht. Das geltende Recht sieht aus Billigkeitserwägungen einen Vergütungsanspruch der Rechteinhaber beim Vermieten von Werkexemplaren vor. Dieser Vergütungsanspruch wird mit der Ergänzung in *Absatz 1* auf das Verleihen, bei welchem die Werkexemplare zum unentgeltlichen Gebrauch überlassen werden, ausgedehnt. Er ist aber nur anwendbar, wenn das Verleihen als Haupt- oder Nebentätigkeit erfolgt. Damit wird der Verleih von Bibliotheken erfasst, nicht aber der gelegentlichen Verleih im Kreis von Verwandten oder Freunden.

### Art. 19 *Verwendung zum Eigengebrauch*

Wer heute beispielsweise Musik online kauft, darf seine Käufe gemäss den Nutzungsbedingungen des Verkäufers oft auf mehreren Geräten verwenden. Gleichzeitig bezahlt der Konsument beim Kauf dieser Geräte eine Leerträgervergütung, die in den Kaufpreis eingerechnet ist, was zu Mehrfachzahlungen bei den Urheberrechtsvergütungen führt. Die Neufassung von Artikel 19 Absatz 3<sup>bis</sup> soll sicherstellen, dass solche Mehrfachzahlungen nicht mehr vorkommen.

In der Teilrevision des URG im Jahre 2008 wurde ein neuer Artikel 19 Absatz 3<sup>bis</sup> geschaffen. Der Artikel sollte Mehrfachzahlungen für Vervielfältigungen zum Eigengebrauch in denjenigen Fällen ausschliessen, in denen die Vervielfältigung durch das Herunterladen einer Datei über ein lizenziertes Angebot erfolgt. Wenn ein Musikstück online gekauft und auf einem Gerät gespeichert wird, ist keine Vergütung geschuldet. Der geltende Artikel 19 Absatz 3<sup>bis</sup> ist diesbezüglich klar.

Bei der Frage, ob der auf einer Online-Plattform bezahlte Kaufpreis auch die Herstellung der durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen erlaubten Anzahl Folgekopien abdeckt, gibt es jedoch weiterhin unterschiedliche Ansichten. Seitens der Rechteinhaber wurde argumentiert, dass Mehrfachvergütungen gar nicht möglich seien. Der Konsument bezahle einzig bei der Nutzung von Bezahltdiensten. Schuldner der Leerträgervergütung sei nicht der Konsument, sondern der Hersteller oder der Importeur der Leerträger. Ausserdem sei die Regelung in Artikel 19 zwingend. Regelungen der Bezahltdienste, welche beispielsweise die gleichzeitige Nutzung auf fünf Geräten (Computer, MP3-player, Tablet, usw.) und damit vier Folgekopien vorsähen, seien deshalb nichtig. Die Gegenseite wendet ein, dass diese Argumente formaljuristisch seien. Die Leerträgervergütung werde auf den Konsumenten überwältigt, weshalb er am Ende dennoch mehrfach für dasselbe bezahle. Darüber hinaus spiele es keine Rolle, ob Regelungen über die Nutzung von Folgekopien nichtig seien. Entscheidend sei, dass diese in den Preis eingerechnet werden.

Im Entwurf wird der Geltungsbereich von Artikel 19 Absatz 3<sup>bis</sup> hinsichtlich der verschiedenen Vervielfältigungen im Zusammenhang mit dem Herunterladen von erlaubterweise über On-demand-Dienste bereitgestellten Werken für die Zukunft klargestellt. Die heutige Regelung ist in Bezug auf die (ersten) durch das Herunterladen hergestellten Vervielfältigungen eindeutig. Die Klarstellung betrifft ausschliesslich ihre Anwendung auf weitere Vervielfältigungen.

Um zu verhindern, dass Privatkopien von über Online-Plattformen erworbenen Werken Gegenstand einer vertraglich vereinbarten Zahlung *und* einer Vergütung im Zusammenhang mit einer der Kollektivverwertung unterstellten gesetzlichen Lizenz werden, wird im Entwurf vorgeschlagen, die Vergütung nach Artikel 20 Absatz 3 auf die Fälle zu beschränken, in denen die Privatkopien nicht Teil der den Internetnutzern und -nutzerinnen von der Plattform angebotenen Dienstleistung sind. Diese Lösung wird auch von der AGUR12 befürwortet. Konkret führt sie zu einer Änderung von Artikel 19 Absatz 3<sup>bis</sup>, die in diesen Fällen die Vergütungsfolge von Artikel 20 ausschliesst, und zu einer Anpassung der Vergütungsberechnung, ohne jedoch den Grundsatz des bewährten Systems infrage zu stellen.

#### *Art. 22b Nutzung von verwaisten Werken*

Bei verwaisten Werken müssen Nutzungen nicht unterbleiben, weil der Urheber sie verbietet, sondern weil er unbekannt oder nicht auffindbar ist und deswegen keine Erlaubnis eingeholt werden kann. Besonders betroffen sind Fotografien in öffentlich zugänglichen Archiven, welche aus Nachlässen bedeutender Persönlichkeiten stammen. Während der Abgebildete bekannt ist, ist der Fotograf längst in der Obskurität verschwunden und die Fotografie kann mangels Zustimmung des Fotografen nicht zur Illustration von Biografien usw. verwendet werden.

Schätzungen gehen davon aus, dass bis zu 90 Prozent der Werke in Bibliotheken verwaist sind.<sup>100</sup>

Die Schweiz hat frühzeitig eine Regelung zur Nutzung von verwaisten Werken geschaffen. Die Praxis hat jedoch gezeigt, dass die Bestimmung zu eng und zu sehr auf die Sendeunternehmen zugeschnitten ist. Das soll mit einer angemessenen Ausweitung der bestehenden Urheberrechtsschranke korrigiert werden.

Diese Bestimmung schafft einen rechtlichen Rahmen für die Nutzung von sogenannten verwaisten Werken. Dieser Begriff wird in *Absatz 1* definiert. Die Kriterien für die Charakterisierung eines Werks als verwaist gelten ungeachtet der Art oder des Trägers für alle Werke im Sinne des URG: Erstens darf die Schutzdauer noch nicht abgelaufen sein (vgl. Art. 29 bis 32), und zweitens müssen die Rechtsinhaber oder Rechtsinhaberinnen unbekannt oder unauffindbar sein. Der Nutzer bzw. die Nutzerin hat die notwendigen Recherchen durchzuführen. Die Recherchepflicht gilt als erfüllt, wenn der Nutzer bzw. die Nutzerin im Rahmen einer Recherche die für die entsprechende Werkkategorie massgeblichen Datenbanken abgefragt hat und der Rechtsinhaber oder die Rechtsinhaberin gestützt darauf nicht bestimmt werden kann oder unauffindbar ist. Er bzw. sie trägt die Beweislast dafür, dass er bzw. sie die notwendigen Recherchen durchgeführt hat und dabei der Rechtsinhaber oder die Rechtsinhaberin unbekannt oder unauffindbar geblieben ist (Art. 8 ZGB<sup>101</sup>). Da sich die Recherchemöglichkeiten laufend verändern, werden die jeweils massgeblichen Verzeichnisse sinnvollerweise im massgebenden Tarif (aktuell im Gemeinsamen Tarif 13) festgehalten. Heute müsste eine Recherche beispielsweise folgendes umfassen: für monographische Werke die massgeblichen Buchhandelsverzeichnisse der lieferbaren Bücher, die Kataloge von Nationalbibliotheken, das globale ISBN-Register und das elektronische Telefonbuch; für visuelle Werke der bildenden Kunst, Fotografien oder Illustrationen das Künstlerverzeichnis der deutschen VG Bild Kunst und die Datenbanken von Keystone, Sikart, Foto.ch sowie die elektronischen Telefonbücher.

Mit *Absatz 1* wird das heute auf verwaiste Werke in Ton- und Tonbildträgern anwendbare System beibehalten und sein Anwendungsbereich ausgedehnt. Verwertungsgesellschaften werden im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) zur individuellen Verwertung von verwaisten Werken legitimiert. Es handelt sich damit um eine unechte Schranke. Die Worte «so lange» stellen auch klar, dass das Wiederauftauchen des Rechtsinhabers oder der Rechtsinhaberin den Status als verwaistes Werk beendet.

Der Rechtsinhaber bzw. die Rechtsinhaberin ist verpflichtet, seine bzw. ihre Rechte nach den Regeln von Treu und Glauben auszuüben (Art. 2 ZGB). Die Beendigung des Status als verwaistes Werk wirkt sich auf künftige Sachverhalte aus. Eine von der zuständigen Verwertungsgesellschaft bereits erlaubte Verwertung ist nicht betroffen. Hat jemand beispielsweise die Berechtigung erhalten, eine Auflage eines Buches zu drucken, so ist diese Auflage nicht von einer allfälligen Beendigung der Kollektivverwertung durch den Rechtsinhaber bzw. die Rechtsinhaberin betroffen. Mit Blick auf eine zweite Auflage, müsste man dann allerdings mit dem Rechtsinhaber bzw. der Rechtsinhaberin direkt verhandeln. Bei einem

<sup>100</sup> SAMUELSON, PAMELA / URBAN, JENNIFER M. / HANSEN, DAVID R. / HASHIMOTO, KATHRYN / HINZE, GWEN, Solving the Orphan Works Problem for the United States, 37 Colum. J.L. & Arts 1 (2013), S. 5 Fn 14.

<sup>101</sup> SR 210.

Dauerschuldverhältnis müsste sich der Rechtsinhaber bzw. die Rechtsinhaberin eine Nutzung des Werkes bis zum Zeitpunkt gefallen lassen, auf den eine Beendigung der Nutzung aufgrund einer Interessenabwägung vernünftigerweise erfolgen kann. Für eine anschliessende Nutzung müsste man auch hier mit dem Rechtsinhaber bzw. der Rechtsinhaberin direkt verhandeln.

In den Buchstaben a bis c werden die Nutzungsvoraussetzungen für verwaiste Werke festgelegt. Laut Buchstabe a muss das zur Nutzung bestimmte Werkexemplar sich in Beständen von öffentlichen oder öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Sammlungen und Archive oder in Beständen von Archiven der Sendeunternehmen befinden. Damit sind die öffentlich zugänglichen Kollektionen der Institutionen, die das kollektive Gedächtnis aufbewahren, sowie gemäss der zurzeit gültigen Regel auch die Werke der nicht direkt öffentlich zugänglichen Archive von Sendeunternehmen abgedeckt. Buchstabe b verlangt, dass die zu nutzenden Werkexemplare in der Schweiz hergestellt, vervielfältigt oder zugänglich gemacht wurden. Schliesslich verlangt Buchstabe c, dass die Verwendung von einer zugelassenen Verwertungsgesellschaft erlaubt wird. Damit der Nutzer von den Verwertungsgesellschaften eine Nutzungserlaubnis bekommt, muss er glaubhaft machen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 22b erfüllt sind. Die Regelung überschneidet sich in gewissem Rahmen mit der Auskunftspflicht der Nutzer gegenüber die Verwertungsgesellschaften (Art. 51). Im Kontext der Verwendung von verwaisten Werken kommt ihr aber eine Kontrollfunktion zu.

*Absatz 2* betrifft andere Werke und Werkteile, welche in einem verwaisten Werk im Sinne von Absatz 1 integriert sind. Er unterstellt ihre Nutzung denselben Voraussetzungen, die für die Nutzung von verwaisten Werken gelten. Diese Regelung orientiert sich an der geltenden Bestimmung, welche die Nutzung von Archivwerken der Sendeunternehmen regelt (vgl. Art. 22a Abs. 2). Will jemand zum Beispiel einen Bildband nutzen, dessen Rechtsinhaber bzw. Rechtsinhaberin unbekannt oder unauffindbar ist, sind jedoch von allen oder einzelnen Fotografien im Bildband der Rechtsinhaber bzw. die Rechtsinhaberin bekannt, so kann *Absatz 1* nicht auf das ganze Werk Anwendung finden. Fotografien sind für die Eigenart eines Bildbandes bestimmend. Die Einholung der Verwendungsrechte an den einzelnen Fotografien kann nicht damit umgangen werden, dass der Rechtsinhaber bzw. die Rechtsinhaberin des Bildbandes unbekannt oder unauffindbar ist. Ist dagegen bspw. in einem Gedichtband, dessen Rechtsinhaber bzw. Rechtsinhaberin unbekannt oder unauffindbar ist, eine Fotografie vorhanden, welche für die Eigenart des Buches nicht bestimmend ist, so wird diese gemeinsam mit dem Gedichtband von *Absatz 1* erfasst.

In *Absatz 3* wird klargestellt, dass der Rechtsinhaber bzw. die Rechtsinhaberin Anspruch auf eine Vergütung für die vergangene Nutzung seines bzw. ihres Werks hat. Die Höhe der Vergütung ist auf die von der Verwertungsgesellschaft erhobenen Vergütungen begrenzt.

*Absatz 4* sieht vor, dass bei Verwendung einer grossen Anzahl von Werken Artikel 43a Anwendung findet. Will beispielsweise eine Bibliothek ihre umfangreiche Plakatsammlung digitalisieren, so kann sie auf der Basis von Artikel 43a die entsprechende Berechtigung einholen. Dabei spielt es keine Rolle, ob innerhalb der grossen Masse von zu nutzenden Werken einzelne Werke verwaist sein könnten. Da Artikel 43a vorsieht, dass die Verwertung über eine Verwertungsgesellschaft erfolgt und die damit zusammenhängenden

Vereinbarungen den Anforderungen von Artikel 55 bis 60 genügen müssen, entstehen den (unbekannten) Rechteinhabern keine Nachteile.

#### *Art. 24 Archivierungs- und Sicherungsexemplare*

Die neue Formulierung von *Absatz 1<sup>bis</sup>* nimmt eine inhaltliche Anpassung an Artikel 22*b* und Artikel 24*e* vor. Damit sind in allen drei Artikeln sowohl öffentlich zugängliche als auch öffentliche Institutionen erfasst.

#### *Art. 24d Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken*

Die elektronische Datenverarbeitung schliesst regelmässig Vervielfältigungen mit ein. Daraus folgt, dass das Vervielfältigungsrecht des URG vor allem in der Forschung unerwünschte Barrieren verursacht. Die neue Regelung soll diese Hindernisse ausräumen. Auf internationaler Ebene<sup>102</sup> und in der EU<sup>103</sup> wurden ähnliche Anpassungen andiskutiert. Es erscheint indessen nicht als sinnvoll, die Entwicklung auf internationaler Ebene abzuwarten. Die Wissenschaftsschranke kann für den Forschungsstandort Schweiz einen wesentlichen Vorteil bringen und ihn weiter stärken.

Die Regelung in *Absatz 1* trägt den Erfordernissen der heutigen wissenschaftlichen Forschungstätigkeit Rechnung, indem sie urheberrechtlich relevante Vervielfältigungs- und Bearbeitungshandlungen, die technisch bedingt sind, vom Schutz ausnimmt. Unter wissenschaftlicher Forschung wird die systematische Suche nach neuen Erkenntnissen innerhalb verschiedener wissenschaftlicher Disziplinen verstanden. Die Forschung muss nicht ausschliesslich einen wissenschaftlichen Zweck verfolgen. Es ist denkbar, dass ein Forschungsprojekt unbeabsichtigt auch anderen Zielen dient. Wichtig ist, dass die wissenschaftliche Forschung Hauptzweck der Arbeiten bleibt.

Die Herstellung der Vervielfältigungen und deren Bearbeitung müssen im Hinblick auf die Forschungstätigkeit technisch bedingt sein. Die Kopie muss also im Rahmen eines technischen Verfahrens zur Forschung anfallen, oder hergestellt und bearbeitet werden, um ein technisches Verfahren zur Forschung überhaupt anwenden zu können. Unter die Schutzschranke fallen z.B. Vervielfältigungen und Bearbeitungen, die beim «Text und Data Mining» erforderlich sind. Dieses Verfahren bedingt dauerhafte Vervielfältigungshandlungen, im Gegensatz zu den unter Artikel 24a geregelten Fällen vorübergehender Vervielfältigung. Dementsprechend ist die Schranke nicht nur auf kurzzeitige, sondern auch auf permanente Vervielfältigungen anwendbar. Zudem erlaubt sie die Vervielfältigung und Bearbeitung ganzer Werke. Damit trägt sie dem Umstand Rechnung, dass normalerweise nicht im Voraus bekannt ist, in welchem Teil eines Werks sich die für die Forschungsarbeit wesentlichen Informationen befinden. Nicht von der Ausnahmeregelung erfasst sind Vervielfältigungen, die lediglich dazu dienen, zusätzliche Kosten für den Erwerb weiterer Werkexemplare zu vermeiden.

<sup>102</sup> WIPO, Provisional Working Document towards an Appropriate International Legal Instrument (in whatever form) on Limitations and Exceptions for Educational, Teaching and Research Institutions and Persons with other Disabilities containing Comments and Textual Suggestions, SCCR/26/4 PROV., S. 33.

<sup>103</sup> EU-KOMMISSION, Licenses for Europe, Ten pledges to bring more content online, S. 8 ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113\\_ten-pledges\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_ten-pledges_en.pdf)).

Die den Forschungsverfahren vorgelagerte Verwertung der Werke wird durch die Schranke nicht berührt. Ausserdem darf das Resultat der Forschungsarbeit das Originalwerk nicht ersetzen. Da aber in der Regel viele einzelne Werke in ein Forschungsergebnis einfließen, wird das kaum je der Fall sein. *Absatz 2* sieht vor, dass den Urheberinnen und Urhebern für das Vervielfältigen und Bearbeiten ihrer Werkexemplare ein Vergütungsanspruch zusteht, der gemäss *Absatz 3* nur über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann.

Die Norm bezieht sich ausschliesslich auf die wissenschaftliche Forschung und umfasst einzig das Vervielfältigungs- und das Bearbeitungsrecht. Der enge Tatbestand und der vorgesehene Vergütungsanspruch für die Urheberinnen und Urheber grenzen die Schranke auf bestimmte Sonderfälle ein, welche weder die normale Verwertung der verwendeten Werke noch die Interessen der Urheber in unzumutbarer Weise beeinträchtigen. Damit entspricht diese Schutzschranke den internationalen Anforderungen des Drei-Stufen-Tests nach Artikel 9 Absatz 2 RBÜ, Artikel 13 TRIPS und Artikel 10 WCT.

Im Gegensatz zu vergleichbaren Regelungen auf europäischer Ebene (wie z.B. Art. 5 Abs. 3 Bst. a Urheberrechtsrichtlinie<sup>104</sup> oder Art. 6 Abs. 2 Bst. b Datenbankrichtlinie 96/9/EG) unterscheidet die Norm nicht zwischen kommerziellen und nicht kommerziellen Zwecken. Im Hinblick auf die oftmals nicht nur einem einzigen Zweck dienenden Forschungstätigkeiten und die verschiedenen Formen ihrer Finanzierung, stellt die Unterscheidung ein impraktikables Kriterium dar. Soll z.B. ein staatlich finanziertes Forschungsprojekt einer Hochschule, das ein kommerziell verwertbares Ergebnis liefert, als Forschung mit einem kommerziellen oder mit einem nicht kommerziellen Zweck angesehen werden? Und was gilt bei einem Forschungsprojekt einer Nichtprofitorganisation, das von einem Privatwirtschaftsunternehmen finanziert wird?

Computerprogramme sind gemäss *Absatz 4* von der vorliegenden Schranke nicht erfasst. Um Forschung, insbesondere «Text und Data Mining», betreiben zu können, müssen spezifische Computerprogramme entwickelt werden. Diese Entwicklung ist komplex, aufwändig und mit Investitionen verbunden. Es bleibt den Urhebern vorbehalten, über die Verwendung ihrer Programme zu bestimmen, damit weitere Entwicklungen und entsprechende Investitionen gefördert werden.

#### *Art. 24e Bestandesverzeichnisse*

Das mit Artikel 24e vorgeschlagene «Verzeichnisprivileg» lehnt sich an das Archivprivileg gemäss Artikel 24 Absatz 1<sup>bis</sup> an, mit welchem der Gesetzgeber den Schritt ins digitale Zeitalter bereits im Jahre 2008 vollzogen hat. Im Sinne einer Vervollständigung soll nun Artikel 24e die auszugsweise Wiedergabe von Werken und Werkexemplaren in Bestandesverzeichnissen in einem eng umschriebenen Umfang erlauben, sofern und soweit dies der Erschliessung und Vermittlung der Bestände dient. Damit wird der übliche Arbeitsprozess von Gedächtnisinstitutionen auch im URG abgebildet und vergütungsfrei ermöglicht. Diese Regelung ist im Interesse an einer verbesserten öffentlichen Zugänglichkeit von Wissen und Kultur notwendig. Durch digital optimierte Bestandesverzeichnisse erhalten viele wissenschaftliche und kulturelle Erzeugnisse erst die notwendige Aufmerksamkeit, um von potentiellen Nutzenden überhaupt wahrgenommen zu werden. Dies

<sup>104</sup> Vgl. Fn 58.

erweitert ihre Auswertungsmöglichkeiten und dient insofern den Interessen der Urheber wie der Nutzer gleichermaßen. Indes soll durch die Voraussetzungen in *Absatz 1* und die Spezifizierung in *Absatz 2* der vorgeschlagenen Bestimmung verhindert werden, dass ein eigentlicher Werkgenuss möglich ist und die normale Verwertung der Werke (z.B. der Handel mit Büchern, Bildwerken und Filmen) beeinträchtigt wird. Dadurch wird Artikeln 9 Ziffer 2 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst<sup>105</sup> Rechnung getragen.

Dabei gilt es einen Ausgleich zwischen dem Schutz wirtschaftlicher Interessen Berechtigter, dem Schutz der Urheber vor Entstellung ihrer Werke sowie dem öffentlichen Informationsinteresse zu finden. Das Format, die Auflösung, die Dauer oder weitere relevante Parameter der Werkwiedergabe sollen in einer Weise reduziert sein, dass eine kommerzielle Weiternutzung der Werke aus dem Verzeichnis heraus verunmöglicht wird. Dennoch dürfen die Parameter genügend ausgeprägt sein, dass die Verzeichnisse ihren Informationszweck erfüllen und die gezeigten Werke als solche grundsätzlich wahrnehmbar bleiben.

Der Begriff «Bestandsverzeichnis» ist in einem weiten und technologieneutralen Sinn zu verstehen und umfasst jede heutige und zukünftige Form eines öffentlich zugänglichen Verzeichnisses, digital wie analog, online wie offline. Darunter fallen auch die im herkömmlichen Sinne als «Onlinekataloge» bezeichneten Verzeichnisse. Ebenso ist die Form der wiedergegebenen Werke nicht relevant. Somit können Werke in analoger oder digitaler Form als auch rein digitale Werke (namentlich *digital born works*) in Verzeichnissen wiedergegeben werden. Der Begriff der Öffentlichkeit bezieht sich im ersten Fall auf *öffentlich zugängliche* Sammlungen (z.B. Bibliotheken, Museen, private Ausstellungen) und im zweiten Fall auf Institutionen mit *öffentlicher* Trägerschaft, die nicht zwingend öffentlich zugänglich sein müssen (z.B. Bundeskunstsammlung, Literaturarchive, Staatsarchive).

Was unter «kurzer Auszug» zu verstehen ist, wird unter *Absatz 2* für bestimmte Werksgattungen in einer nicht abschliessenden Liste näher spezifiziert. Bei Werken der bildenden Kunst sowie fotografischen und anderen visuellen Werken im Sinne von *Absatz 2* Buchstabe c dürfen in Bestandsverzeichnissen Gesamtansichten der Werke in Form kleinformatiger Bilder mit geringer Auflösung angezeigt werden. Entsprechendes gilt für Cover von Sprachwerken sowie von musikalischen, filmischen und audiovisuellen Werken. Unter Berücksichtigung des Informationszwecks lassen sich bezüglich Auflösungsgrad und Bildformat keine festen Vorgaben formulieren: wesentlich ist, ob das gezeigte Werk noch als solches erkennbar ist, ohne kommerziell weiterverwendet werden zu können.

Bei Sprachwerken im Sinne von *Absatz 2* Buchstabe a sind umfassendere Wiedergaben des eigentlichen Textinhalts ausgeschlossen, da über den Informationszweck hinausgehend. Deshalb dürfen neben dem Cover nur bestimmte ausgewählte Werkteile mit Informationsfunktion gezeigt werden, das heisst Titel, Frontispiz, Inhalts- und Literaturverzeichnis, Umschlagseiten sowie verfügbare Zusammenfassungen wissenschaftlicher Werke (*abstracts*).

Filmwerke, Musikwerke und audiovisuelle Werke können gemäss *Absatz 2* Buchstabe b ebenfalls auszugsweise wiedergegeben werden. Soweit Rechteinhaber – beispielsweise die Urheber selber oder Produktionsfirmen und Verlage –

<sup>105</sup> Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Stockholm, vom 14. Juli 1967, SR **0.231.14**.

Werkausschnitte selbst bereits zugänglich gemacht haben, namentlich offizielle Trailer von Filmen oder Online-Ausschnitte von Tonträgern, so können in Bestandsverzeichnissen diese Ausschnitte wiedergegeben werden. Ebenso ist die Wiedergabe eines Ausschnitts in reduzierter Auflösung (z.B. bei Filmen) bzw. in reduziertem Format (z.B. bei Musikwerken) zulässig. Es wird der Praxis überlassen sein, die Grenzen der zulässigen Wiedergabe konkret zu bestimmen. Aus heutiger Sicht könnte die Grenze für die maximal zulässige Dauer einer Wiedergabe beispielsweise bei 10 Prozent der Gesamtdauer des Werks, längstens aber 30 Sekunden liegen. Filmstills können in geringer Anzahl pro Film ebenfalls wiedergegeben werden. Soweit audiovisuelle Werke verschiedene unterscheidbare Teile umfassen – etwa Beiträge einer TV-Sendung –, können von jedem Teil Auszüge in Verzeichnissen wiedergegeben werden.

Für in Absatz 2 nicht erwähnte gegenwärtige oder zukünftige Werkarten, beispielsweise Werke, die primär in digitaler Form entstehen und verwendet werden (*digital born works*), gelten zu den obigen Ausführungen analoge Gesichtspunkte. So sind Gedächtnisinstitutionen aufgrund der neuen Bestimmung etwa berechtigt, zwecks Vermittlung archivierter Webseiten Momentaufnahmen (*snapshots*) anzufertigen und diese, im Sinne eines Ausschnitts, in Verzeichnissen wiederzugeben, allerdings ohne Bild- und Tonfunktion bei integrierten audiovisuellen Werken, für welche die Kriterien gemäss Absatz 2 Buchstabe c gelten.

#### *Art. 37a Rechte des Herstellers oder der Herstellerin von Pressefotografien*

Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 714 (E. 2.3) klargestellt, dass die statistische Einmaligkeit der Bildgestaltung und nicht die Einmaligkeit des Ereignisses oder der Sache, z.B. die Momentaufnahme eines gesellschaftlichen Ereignisses, Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz ist. Der Entscheid ist korrekt. Schliesslich geht es im Urheberrecht um den Schutz von Literatur und Kunst (und damit um den Schutz des gestalterischen und kreativen Prozesses) und nicht um den Schutz des Motivs. Er ist aber insofern problematisch, als er die Pressefotografien weitgehend schutzlos lässt, weil bei ihnen die Berichterstattung und damit das Motiv im Vordergrund steht. Mit der Anerkennung eines eingeschränkten, wettbewerbsrechtlich ausgestalteten Leistungsschutzrechts an der Pressefotografie wird diese ungerechtfertigte Schutzlücke geschlossen.

*Absatz 1* bezieht sich auf das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht. Hersteller und Herstellerinnen von Pressefotografien haben das ausschliessliche Recht, ihre Fotografien in jeglicher Form (als Fotodruck, auf Speicherkarten, auf CD-ROM etc.) zu vervielfältigen. Sie haben ausserdem das Recht, ihre Fotografien in einen Computer einzuspeichern und davon Kopien herzustellen. Pressefotografien existieren heute vor allem in elektronischer Form, z.B. digital auf der Speicherkarte der Fotokamera. Sinn und Zweck von *Absatz 1* ist es, sowohl die Herstellung von physischen als auch von elektronischen Kopien zu erfassen.

Des Weiteren haben Hersteller und Herstellerinnen von Pressefotografien das ausschliessliche Recht darüber zu entscheiden, ob Exemplare ihrer Fotografien überhaupt in Umlauf gebracht werden dürfen, und wenn ja, auf welche Weise. Das Verbreitungsrecht erfasst sowohl die kommerzielle (z.B. Verkauf), als auch die nichtkommerzielle (z.B. Schenkung) Veräusserung. Das Anbieten, Veräussern oder sonst wie Verbreiten von Pressefotografien bezieht sich sowohl auf Originale als auch auf Vervielfältigungsexemplare. Elektronische Veräusserungshandlungen, wie

z.B. der Vertrieb über das Internet, fallen unter den Begriff des «sonst wie Verbreitens».

Die in *Absatz 1* enthaltene Aufzählung der Rechte der Hersteller und Herstellerinnen von Pressefotografien ist abschliessend.

*Absatz 1* definiert die zeitliche Geltung der ausschliesslichen Rechte der Hersteller und Herstellerinnen von Pressefotografien anhand des Kriteriums der Aktualität. Damit lehnt sich *Absatz 1* gedanklich an Artikel 28. Bei Pressefotografien besteht eine grössere Gefahr der Übernahme, solange sie aktuell und damit von Interesse für die Berichterstattung sind. Die Rechte haben deshalb ab der Herstellung der Fotografie solange Bestand, wie diese für die verfolgte aktuelle Berichterstattung von Interesse ist. Während dieser Zeit sollen die Hersteller und Herstellerinnen ihre Fotografien bestmöglich verwerten können. Sobald das Kriterium der Aktualität nicht mehr erfüllt ist, erlöschen die Ausschliesslichkeitsrechte. Das gilt selbst dann, wenn eine Fotografie später, im Lichte anderer Entwicklungen, neue Bedeutung erhält und aus diesem Grund (wieder) als aktuell angesehen werden könnte. Das erneute Aufleben der Rechte des Herstellers oder der Herstellerin der Pressefotografie in solchen Fällen würde zu Rechtsunsicherheiten führen. Eine Fotografie wäre abwechslungsweise Gegenstand von ausschliesslichen Rechten des Pressefotografen und freier Verwendbarkeit. Nicht vom Schutzbereich erfasst sind zudem Fotografien, die erst einige Zeit nach ihrer Herstellung erstmalig für die aktuelle Berichterstattung von Interesse sind. Der Schutz des Herstellers oder der Herstellerin von Pressefotografien ist rein leistungsschutzrechtlicher Natur. Deshalb werden den Herstellern keine spezifischen, über die allgemeinen Persönlichkeitsrechte hinausgehenden Persönlichkeitsrechte eingeräumt.

Die in *Absatz 1* vorgesehenen ausschliesslichen Rechte für Hersteller und Herstellerinnen von Pressefotografien gelten nur in Bezug auf Fotografien, die keinen Werkcharakter aufweisen. Eine individuelle Pressefotografie ist als Werk im Sinne von Artikel 2 geschützt. Unter den Begriff der Pressefotografie nach *Absatz 2* fallen Fotografien, die den Zweck haben, journalistische Beiträge zu illustrieren oder fotografisch Bericht zu erstatten. Sie zeigen in bildhafter Weise Hintergründe der Politik und Kultur sowie anderer Bereiche von gesellschaftlichem Interesse (z.B. Sport oder Wirtschaft). Berichtersteller ist der Hersteller oder die Herstellerin der Pressefotografie.

Im deutschen Recht sind auch «Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden» geschützt. Darunter fallen z.B. Infrarot- oder Röntgenstrahlenbilder, Bilder auf einem digitalen Speicher und einzelne Fernsehbilder. Das schweizerische Urheberrechtsgesetz ist technologieneutral ausgestaltet. Also spielt es für den Schutz keine Rolle, ob ein Bild in digitaler oder analoger Form, ausgedruckt oder nicht, auf einem Negativfilm oder auf einem digitalen Speicher vorliegt. Auch heute noch unbekannt, aber künftig denkbare «fotografieähnliche» Erzeugnisse sind von der Norm erfasst, solange sie den verlangten Zweck erfüllen.

#### 4. Titel: Verwertungsgesellschaften

##### 1. Kapitel: Bewilligungspflicht und Bundesaufsicht

###### Art. 40: Bewilligungspflicht

*Absatz 1* legt fest, wer einer Bewilligung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) bedarf. Die in *Buchstaben a* und *b* aufgeführten Gebiete entsprechen den bereits der Geschäftsführungsaufsicht unterstellten Verwertungsbereichen und durften bis jetzt ebenfalls nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden. Die Ergänzung in *Absatz 1 Buchstabe c* trägt formal den neuen Vergütungsansprüchen in Artikel 24d Rechnung. Die Vergütungsansprüche für das Verleihen und die Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken werden durch die bestehenden Verweise miterfasst. Die *Absätze 2* und *3* entsprechen materiell den bisherigen *Absätzen 2* und *3*.

###### Art. 41: Bundesaufsicht

Wer einer Bewilligung des IGE bedarf, untersteht neu generell der Bundesaufsicht. Die Bereiche der «zwingenden kollektiven Verwertung» gehören wie bisher zur Aufsichtstätigkeit. Neu unterstehen aber auch die Bereiche der «freiwilligen kollektiven Verwertung» der Bundesaufsicht. Artikel 41 führt also zu einer Ausdehnung der Aufsichtstätigkeit. Mit der Einführung einer umfassenden Kontrolle erfolgt eine Angleichung an die in unseren Nachbarländern (wie z.B. in Deutschland, Österreich und Frankreich) bestehenden Normen. Diese Lösung erlaubt eine umfassende und lückenlose Kontrolle der Tätigkeiten der Verwertungsgesellschaften. Sie ist gerechtfertigt, weil eine staatliche Bewilligung zur Verwertungstätigkeit die Stellung der einzelnen Verwertungsgesellschaften sowohl gegenüber den Rechteinhabern als auch den Werknutzern stärkt. Wer von einer staatlichen Bewilligung profitieren will, muss im Gegenzug eine umfassende Unterstellung unter die Geschäftsführungsaufsicht des IGE akzeptieren. Die Aufsicht über die Tarife erfolgt durch die Eidgenössische Schiedskommission (Art. 55-60).

##### 2. Kapitel: Freiwillige Kollektivverwertung

###### Art. 43a

Mit Artikel 43a wird nach nordischem Vorbild die Rechtsfigur der sogenannten «Extended Collective License» oder erweiterten Kollektivlizenz eingeführt. Die Verwendung des Begriffs «freiwillige Kollektivverwertung» erfolgt aus gesetzessystematischen Gründen. Nach *Absatz 1* können die Verwertungsgesellschaften für eine grössere Anzahl von Werken (innerhalb der von ihnen verwalteten Werkkategorien) eine Lizenz erteilen. Ob eine «grössere Anzahl» von Werken vorliegt, wird im Einzelfall beurteilt. Eine fixe, für alle Werkkategorien allgemeingültige Grenze kann nicht festgelegt werden. Diese Zahl dürfte in der Praxis beispielsweise für Bücher grösser sein als für Filme. Diese Lizenz kann sich sogar auf Werke erstrecken, deren Rechteinhaber nicht der Verwertungsgesellschaft angeschlossen sind. Will ein Rechteinhaber nicht, dass seine Werke im Sinne von *Absatz 1* verwertet werden, kann er das der Verwertungsgesellschaft mitteilen

(Abs. 2). Diese Option steht allen Rechteinhaberinnen und -inhabern offen. Wie bei Artikel 22b hat eine Beendigung der Verwertung nach Artikel 43a Absatz 2 Auswirkungen auf künftige Sachverhalte. So kann die Verwertungsgesellschaft für neue Nutzungsanfragen, welche das Werk des betreffenden Rechteinhabers bzw. der betreffenden Rechteinhaberin beinhalten, darüber keine Erlaubnis nach Absatz 1 mehr erteilen. Im Fall von Dauerschuldverhältnissen muss auch nach Treu und Glauben beurteilt werden, auf welchen Zeitpunkt hin die Nutzung zu beenden ist und eine weitere Nutzung mit dem Rechteinhaber- bzw. der Rechteinhaberin verhandelt werden muss.

Gemäss Absatz 3 finden die Vorschriften über die Tarife (Art. 55-60) auf Artikel 43a Anwendung. Dies gilt auch für Vereinbarungen, welche nicht als Tarife ausgestaltet sind. In der Praxis wird es sich zeigen, ob im Bereich von Artikel 43a mehrheitlich bilaterale Vereinbarungen geschlossen werden oder ob eher auf neue Tarife gesetzt wird. Öffentliche Institutionen werden möglicherweise den Abschluss einer bilateralen Vereinbarung einem Tarif vorziehen. In allen Fällen unterstehen die getroffenen Regelungen der Genehmigung der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK).

#### *Art. 48 Grundlagen der Verteilung*

Der neue Absatz 1<sup>bis</sup> sieht vor, dass das IGE ein ihm vorgelegtes Verteilungsreglement auf seine Angemessenheit prüft. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die einzelnen Pflichten der Verwertungsgesellschaften in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen können. Beispielsweise impliziert die Gleichbehandlungspflicht eine möglichst hohe Verteilgenauigkeit der eingenommenen Vergütungen, was aber zu einem höheren Verwaltungsaufwand und damit zu einer wirtschaftlich unzuweckmässigeren Verwaltung führen kann. Daraus ergibt sich eine Konfliktsituation. Wie dagegen vorgegangen werden kann, liegt im Ermessen der jeweiligen Verwertungsgesellschaft. Es soll in der Prüfung zur Genehmigung der Verteilungsreglemente Berücksichtigung finden.

#### *Art. 51*

Absatz 1<sup>bis</sup> ergänzt die bereits bestehende Auskunftspflicht der Werknutzer gegenüber den Verwertungsgesellschaften. Er setzt die Empfehlung der AGUR12 zum Ausbau der elektronischen Verwaltung um. Die AGUR12 ist der Auffassung, dass das Potential zur weiteren Senkung der Verwaltungskosten durch einen konsequenten Ausbau der elektronischen Rechteverwaltung ausgeschöpft werden soll. Dazu gehört auch eine Pflicht der Nutzer, die erforderlichen Auskünfte (Art. 51) in einem dem Stand der Technik entsprechenden, elektronischen Format zu erteilen, das von der jeweiligen Verwertungsgesellschaft direkt für die Verteilung verwendet werden kann. Angesichts des raschen Wandels der Technik ist eine Auflistung der zulässigen Formate im Urheberrechtsgesetz nicht sinnvoll. Die Verwertungsgesellschaften sollen deshalb im Rahmen der Tarifverhandlungen mit den Nutzern nicht nur über die Vergütungen Verhandlungen führen, sondern auch über die zur Verwertung erforderliche Datenerhebung und dabei die zulässigen elektronischen Formate in den Tarifen festlegen.

Die Empfehlung der AGUR12 zum Ausbau der elektronischen Verwaltung umfasst auch die Pflicht der Verwertungsgesellschaften, die unter Artikel 51 erhobenen Daten untereinander auszutauschen, damit die Nutzer ihre Daten nicht mehrfach

melden müssen. *Absatz 1<sup>ter</sup>* schafft die entsprechende gesetzliche Grundlage. Die Verwertungsgesellschaften können sich allerdings nur in denjenigen Fällen auf die gesetzliche Grundlage stützen, in denen diese Auskünfte zur Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlich sind. Ein darüber hinausgehender Datenaustausch erfordert hingegen das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Artikel 13 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992<sup>106</sup> über den Datenschutz (DSG).

#### *Art. 53            Umfang der Aufsicht*

Bisher beschränkte sich das IGE bei der Prüfung von Entscheide und Handlungen der Verwertungsgesellschaften auf eine reine Rechtskontrolle. *Absatz 1* sieht neu vor, dass das IGE auch eine Angemessenheitsprüfung vornehmen kann. Unangemessenheit liegt vor, wenn eine Verwertungsgesellschaft zwar innerhalb des ihr eingeräumten Ermessensspielraums handelt, sie das Ermessen aber in einer Weise ausübt, das der konkreten Sachlage nicht gerecht wird.

#### *Art. 62            Leistungsklagen*

Die Nichterfüllung durch die Anbieterinnen von abgeleiteten Kommunikationsdiensten ihrer neuen Pflichten zu «take down» und «stay down» (Art. 66b und 66c) stellt eine Gefährdung von Urheber- oder verwandten Schutzrechten dar. In einem solchen Fall sollen die betroffenen Rechteinhaber zivilrechtlich gegen die Anbieterinnen von abgeleiteten Kommunikationsdiensten vorgehen können. Die Ergänzung von *Absatz 1<sup>bis</sup>* auf die Verletzung der Pflichten nach Artikeln 66b und 66c dient lediglich der Klarstellung, wie diese neuen Pflichten durchgesetzt werden können. Werden die Pflichten hingegen erfüllt, greift der Ausschluss der Verantwortlichkeit gemäss Artikel 66k Absatz 1.

#### *Art. 62a           Gerichtliche Anordnung der Identifikation von Teilnehmern und Teilnehmerinnen bei Rechtsverletzungen im Internet*

Grundsätzlich können und sollen die Rechteinhaber bei Verletzung ihrer Urheberrechte gegen den Verletzer direkt vorgehen. Im Zusammenhang mit dem Internet ergeben sich allerdings besondere Probleme. Urheberrechtsverletzungen im Internet haben ein grosses Schadenspotential und können zu zahlreichen Folgeverletzungen durch weitere Internetnutzer führen, welche diese Inhalte teilen oder sonst wie weiterverbreiten. In diesen Fällen ist ein rasches Vorgehen unabdingbar. Die von der AGUR12 empfohlenen Massnahmen zur Pirateriebekämpfung konzentrieren sich deshalb grundsätzlich auf die rasche Unterbindung von Urheberrechtsverletzungen im Internet. Sie setzen dabei auf die Unterstützung der Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten<sup>107</sup> (vgl. Art. 66b ff.). Die privaten Internetnutzer, d.h. jene die das System für sich selber nutzen, sollen hingegen nach Möglichkeit nicht belangt werden.

<sup>106</sup> SR 235.1

<sup>107</sup> Zu den Begriffen «Anbieterinnen von Fernmeldediensten» und «Anbieterinnen von abgeleiteten Kommunikationsdiensten» s. Ziff. 1.3.

In Peer-to-Peer-Netzwerken der zweiten Generation<sup>108</sup> verbindet sich die Software direkt mit anderen Nutzern, weshalb kein zentralisierter Server mehr erforderlich ist. Eine Unterstützung durch die Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten ist in solchen Fällen nicht möglich. Es besteht kein zentraler Serverbetreiber mehr, der in der Lage wäre, die urheberrechtsverletzenden Inhalte zu entfernen. Ein Blocking wäre unverhältnismässig, da der Zugang zu den Rechnern zahlreicher Nutzer von Peer-to-Peer-Netzwerken blockiert werden müsste. Das wiederum würde mehrheitlich dazu führen, dass diese Nutzer keine E-Mails mehr erhalten und sich keine Informationen über das Internet mehr beschaffen könnten. Die positiven Seiten einer solchen Blockierung stünden in keinem Verhältnis zu den damit verbundenen nachteiligen Folgen. Deshalb soll in diesen Fällen, d.h. bei schwerwiegenden Urheberrechtsverletzungen, vom System nach Art. 66b ff., das auf die Unterstützung von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten basiert, abgewichen und gegen die Nutzer direkt vorgegangen werden können (Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 und Abs. 4). Da Zivilverfahren gegen Unbekannte nicht möglich sind, sollen die Teilnehmer identifiziert werden können, deren Anschlüsse für die Verletzung verwendet wurden.

Mit der auf schwerwiegende Fälle beschränkten Teilnehmeridentifizierung in Zivilverfahren erfolgt ein Paradigmenwechsel. Eine Teilnehmeridentifizierung ist unter geltendem Recht grundsätzlich nur bei Strafverfahren möglich (Art. 14 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000<sup>109</sup> betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF]; Ausnahme: Notsuche nach vermissten Personen, vgl. Art. 3 BÜPF). Urheberrechtsverletzungen sind strafbar (Art. 67-70). Eine Teilnehmeridentifizierung ist damit in einem Strafverfahren möglich. Das hat dazu geführt, dass Strafverfahren allein zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche angestrebt wurden.<sup>110</sup>

Die Alternative zur Teilnehmeridentifizierung in Zivilverfahren wäre, die entsprechenden Strafverfahren konsequent durchzuführen. Das würde allerdings bedeuten, dass ein Teil der Bevölkerung polizeiliche Durchsuchungen und die Beschlagnahme von Computer und Computerspeicher zur Beweissicherung dulden müsste. Dieses Vorgehen wäre letztlich für die Internetnutzer eine viel einschneidendere Massnahme. Ausserdem würde es zu einer erheblichen Belastung der Strafverfolgungsbehörden führen. Die Alternative ist deshalb kein gangbarer Weg.

Das Recht der EU schreibt die Teilnehmeridentifizierung in Zivilverfahren nicht vor. Allerdings sieht die Richtlinie 2004/48/EG vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Durchsetzungsrichtlinie)<sup>111</sup> zivilrechtliche Massnahmen vor, die ins Leere laufen würden, wenn die Teilnehmeridentifizierung,

<sup>108</sup> Bei zentralen Datenaustauschsystemen der ersten Generation verbinden sich die einzelnen Nutzer mittels eines zentralen (Host-)Servers miteinander. Sämtliche Dateien, die der Nutzer freigibt, werden indiziert und auf einem zentralen Server verwaltet. Aufgrund der serverseitigen Indexierung ist es sinnvoll und effizient, dass sich die Rechteinhaber gegen den Betreiber des Servers wenden, um den zentralen Indexserver abschalten zu lassen. Im Verfahren gegen die Musiktauschbörse Napster konnte so vorgegangen und der zentrale Server abgeschaltet werden.

<sup>109</sup> SR 780.1

<sup>110</sup> EIDG. DATENSCHUTZ- UND ÖFFENTLICHKEITSBEAUFTRAGTER, 15. Tätigkeitsbericht 2007/2008, S. 37.

<sup>111</sup> ABl. L 157 vom 30.4.2004, S. 45.

die eine Durchsetzung erst möglich macht, unzulässig wäre.<sup>112</sup> So ist beispielsweise in Deutschland und Österreich eine Identifizierung der Teilnehmer in Zivilverfahren möglich.

Die neue Bestimmung zu den Leistungsklagen ist eine Konsequenz aus BGE 136 II 508 (Logistep), in welchem das Bundesgericht den Gesetzgeber mit dem Hinweis, es sei dessen Sache, «die notwendigen Massnahmen zu treffen, um einen den neuen Technologien angepassten Urheberrechtsschutz zu gewährleisten», aufgefordert hat, tätig zu werden. Für eine zivilrechtliche Durchsetzung von Urheberrechten bei der Nutzung von Peer-to-Peer-Netzwerken muss der Rechtsinhaber den Inhaber des Internetanschlusses bzw. den Teilnehmer identifizieren können. Dazu braucht der Rechtsinhaber bestimmte Randdaten (IP-Adresse, Datum, -Uhrzeit und Zeitraum der Zugänglichmachung des geschützten Werks) und den elektronischen Fingerabdruck (Hashwert) der angebotenen, urheberrechtlich geschützten Werke. Das Bundesgericht hat im Logistep-Entscheid festgehalten, dass es sich bei den IP-Adressen im konkreten Fall um Personendaten im Sinne von Artikel 3 Buchstabe a DSGVO handelt. Die zivilrechtliche Nutzung der IP-Adressen erfordert somit eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Letztere wird insbesondere durch Artikel 66j geschaffen. Artikel 66j regelt dabei, unter welchen Voraussetzungen eine rechtmässige Datenbearbeitung vorliegt.

Das Bundesgericht hat im Logistep-Entscheid des Weiteren angemerkt, dass eine Interessenabwägung vorzunehmen und dem Datenschutz gegenüber dem Schutz des Urheberrechts nicht generell der Vorrang einzuräumen ist. Mit der Beschränkung auf schwerwiegende Urheberrechtsverletzungen (*Abs. 2 Bst. a Ziff. 1* und *Abs. 4*) wird dieser Abwägung Rechnung getragen. Gleichzeitig wird sichergestellt, dass das Fernmeldegeheimnis gegenüber privaten Internetnutzern nur in Ausnahmefällen aufgehoben wird, und dass die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht mit Identifikationsanordnungen überschwemmt werden. Nach *Absatz 2 Buchstabe a Ziffer 1* sind die schwerwiegenden Urheberrechtsverletzungen indessen nur glaubhaft zu machen. Die gerichtliche Beurteilung über das Vorliegen einer Urheberrechtsverletzung kann nicht Gegenstand des Verfahrens zur Teilnehmeridentifikation sein. Sie ist vielmehr im anschliessenden Zivilverfahren gegen den Teilnehmer, dessen Anschluss für das fehlbare Verhalten verwendet wurde, zu klären.

*Absatz 2 Buchstabe a Ziffer 2* beschränkt das Auskunftsrecht auf Rechtsverletzungen über Peer-to-Peer-Netzwerke.

*Absatz 2 Buchstabe a Ziffer 3* verlangt, dass vorgängig zwei aufklärende Hinweise (Art. 66g) zugestellt werden und stellt damit sicher, dass nur Teilnehmern identifiziert werden, die ihren Pflichten vorsätzlich (d.h. mit Wissen und Willen) nicht nachkommen. Dadurch kann auch dem Problem entgegengewirkt werden, dass der Verletzer von Urheberrechten (d.h. der Nutzer des Datenaustauschsystems) nicht zwingend mit dem Teilnehmer identisch ist. Das könnte beispielsweise bei einer studentischen Wohngemeinschaft der Fall sein, in der alle denselben Internetanschluss benutzen, aber lediglich ein Mitbewohner über Peer-to-Peer-Netzwerke unerlaubt Werke zugänglich macht. Der Teilnehmer erhält einen, und wenn weiterhin schwerwiegende Urheberrechtsverletzungen festgestellt werden,

<sup>112</sup> OBERGFELL, EVA INES / HERBORT, NINA ELISABETH, Der Drittauskunftsanspruch gegen Access-Provider gemäss § 101 Abs. 1 und 2 S. 1 Nr. 3 UrhG - ein gesetzgeberisches Glanzstück oder Stückwerk, ZGE/IPJ (2013), S. 494.

einen zweiten aufklärenden Hinweis und weiss deshalb, dass über seinen Anschluss Missbrauch betrieben wird. Er hat die Chance, seinen Anschluss zu prüfen, zu schützen und mit den anderen Nutzern zu sprechen. Bleibt er untätig, nimmt er wenigstens in Kauf (sog. Eventualvorsatz), dass über seinen Anschluss weiterhin Missbrauch betrieben wird. Indem die betroffenen Teilnehmer vor einer allfälligen Identifikation durch zwei aufklärende Hinweise über die möglichen Folgen ihres Handelns informiert werden, haben sie die Möglichkeit, die Identifikation durch eine Verhaltensänderung abzuwenden.

*Absatz 2 Buchstabe b* stellt des Weiteren klar, dass die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht zu einer Vorratsdatenspeicherung verpflichtet werden. Eine Teilnehmeridentifikation kann demnach nur erfolgen, wenn die entsprechenden Daten bei der Anbieterin von Fernmeldediensten noch vorhanden sind.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen nach *Absatz 2* wird die Teilnehmeridentifikation vom zuständigen Zivilgericht im Summarverfahren angeordnet. Die ZPO wird mit einer entsprechenden Bestimmung ergänzt (vgl. Art. 250a ZPO). Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach den geltenden Regeln der ZPO. Der Antragsteller hat glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind. Eine Tatsache ist glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn es das Gericht noch für möglich hält, dass sie sich nicht verwirklicht hat (BGE 130 III 321 E. 3.3).

Nach *Absatz 3* sind die Kosten der Identifizierung von der verletzten Person zu tragen. Die Anbieterin von Fernmeldediensten hat dazu einen klagbaren Anspruch. Wenn sich die Parteien über die Höhe der Entschädigung nicht einigen können, wird diese gerichtlich festgelegt. Es wird von einem vollen Kostenersatz ausgegangen, sofern die Kosten ausgewiesen sind und in einem für solche Handlungen üblichen Rahmen liegen. Dabei wird das Gericht insbesondere berücksichtigen, dass die Anbieterinnen von Fernmeldediensten lediglich in einem technischen Aspekt in ein Verfahren einbezogen werden.

*Absatz 4* zeigt auf, in welchen Fällen von einer schwerwiegenden Urheberrechtsverletzung auszugehen ist. Zum einen ist an Internetnutzer zu denken, die sehr grosse Kataloge von Werken anbieten, die in der Schweiz auf rechtmässigem Weg zugänglich oder erhältlich sind. Als in der Schweiz rechtmässig zugängliches Angebot gilt beispielsweise auch eines aus den USA, das in der Schweiz rechtmässig bezogen werden kann. Es wird somit nicht verlangt, dass der Anbieter Sitz in der Schweiz hat. Wann «eine grosse Anzahl von Werken oder anderen Schutzobjekten» vorliegt, werden die Gerichte im Einzelfall entscheiden müssen. Mit der gewählten Formulierung soll aber klargestellt werden, dass der Grundsatz, dass auf die Kriminalisierung der Internetnutzer verzichtet wird, nicht unterwandert werden soll. Im Fokus stehen Fälle, wie derjenige, der vor wenigen Jahren in der Schweiz zu behandeln war und im Rahmen dessen behauptet wurde, dass ab einem privaten Internetanschluss zu einem bestimmten Zeitpunkt rund 13'000 verschiedene Musikdateien zum weltweiten Herunterladen angeboten worden waren. Das Kriterium der Zugänglichkeit oder Erhältlichkeit «in der Schweiz» ergibt sich automatisch aus dem im Urheberrecht geltenden Territorialitätsprinzip. Zum anderen sind Fälle erfasst, in denen noch unveröffentlichte Filme, beispielsweise als Vorabkopien in DVD-Qualität, über solche dezentralisierten Netzwerke angeboten werden. Der Film «The Hobbit» ist

beispielsweise nach Auftauchen einer Vorabversion innerhalb von zwei Tagen über 2 Millionen Mal über Piraterieseiten heruntergeladen worden<sup>113</sup>.

### *1a. Kapitel Pflichten der Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten*

Der Einbezug der Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten ist das Kernstück der Massnahmen zur Verbesserung der Situation der Künstlerinnen und Künstler. Die Nähe zum Inhalt ist massgebend für den Umfang der Mitwirkungspflichten.

Die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste (Hosting Provider im weitesten Sinn) können auf ihren Servern Speicherplatz zur Verfügung stellen, damit die Nutzer Dokumente, Datenbestände oder Internetseiten speichern und veröffentlichen können. Keine Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste kann ein solches Angebot betreiben, ohne dass über ihre Server vereinzelt urheber- oder nachbarrechtsverletzende Inhalte zum Abruf bereitgehalten werden.

Die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, auf deren Rechner oder Plattform der urheberrechtsverletzende Inhalt gespeichert wurde, sind inhaltsnäher als die Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Sie sind daher besser als diese in der Lage, Urheberrechtsverletzungen zu bekämpfen. Die Pflicht, urheberrechtsverletzende Inhalte aufgrund einer Mitteilung unverzüglich zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, orientiert sich an Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe b der E-Commerce-Richtlinie<sup>114</sup>. Die darüber hinausgehende Pflicht, dafür zu sorgen, dass die betreffenden Werke nicht umgehend wieder unerlaubt hochgeladen werden (sog. «stay down»), folgt einer Empfehlung der AGUR12 und orientiert sich am Entscheid «Alone in the Dark» des deutschen Bundesgerichtshofs.<sup>115</sup>

Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste mit Sitz in der Schweiz können sich von der Pflicht zum «stay down» befreien, indem sie sich einer Selbstregulierungsorganisation, die ebenfalls Sitz in der Schweiz haben muss, anschliessen und sich verpflichten, ihr Geschäftsmodell nicht auf der Förderung systematischer Urheberrechtsverletzungen aufzubauen (Art. 66c). Faktisch dürfte das Anschliessen an eine Selbstregulierungsorganisation zum Normalfall werden. Da es sich nach Einschätzung der AGUR12 generell um vereinzelte Fälle handelt, bei welchen das Geschäftsmodell auf der Förderung systematischer Urheberrechtsverletzungen aufbaut, waren sich die betroffenen Kreise innerhalb der AGUR12 einig, dass eine Selbstregulierung in der Regel ausreicht, um Abhilfe zu schaffen.

Ein zentrales Anliegen im Kontext des Internets ist eine rasche und effiziente Entfernung der Inhalte (grosses Verbreitungs- und damit Schadenspotential von Urheberrechtsverletzungen und deren Folgeverletzungen). Ein solches Vorgehen gestaltet sich allerdings schwierig, wenn die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, auf deren Server sich das Angebot befindet, ihren Sitz im Ausland haben, oder sie ihn verschleiern. Um in diesen Fällen innert nützlicher Frist

<sup>113</sup> [http://www.soaktuell.ch/index.php?page=/news/oscar-verleihung-ist-jeweils-ein-segen-fuer-film-piraten\\_7557](http://www.soaktuell.ch/index.php?page=/news/oscar-verleihung-ist-jeweils-ein-segen-fuer-film-piraten_7557).

<sup>114</sup> Vgl. Fn 62.

<sup>115</sup> Urteil vom 12. Juni 2013 - I ZR 18/11.

reagieren zu können, ist der Urheber auf der Mitwirkung von Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Access Provider) mit Sitz in der Schweiz angewiesen. Unter Berücksichtigung der geringeren Inhaltsnähe gehen die Mitwirkungspflichten der Anbieterinnen von Fernmeldediensten weniger weit. Ihre Pflichten beschränken sich deshalb auf die Mitwirkung bei der Sperrung des Zuganges zu urheberrechtsverletzenden Inhalten bei Vorliegen bestimmter eng beschriebener Voraussetzungen. Im Fokus stehen Internetseiten, welche hauptsächlich Piraterieangebote beherbergen (Piraterieseiten). Nicht anvisiert sind Angebote von vereinzelt widerrechtlich öffentlich zugänglich gemachten Werken oder anderen Schutzobjekten, die sich auf Internetseiten befinden, welche hauptsächlich rechtmässige Inhalte anbieten.

Zur besseren Lesbarkeit wurden die neuen Pflichten der Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten in einem eigenen Kapitel zusammengefasst. Die systematische Einordnung dieser zivil- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen wird bei der Ausarbeitung der Botschaft noch zu überprüfen und anzupassen sein.

#### *Art. 66b Pflichten der Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste*

Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste (Hosting Provider im weitesten Sinn) sind in der Lage, einen ganz entscheidenden Beitrag zur Bekämpfung der Piraterie zu leisten, indem sie dafür sorgen, dass urheberrechtsverletzende Inhalte rasch entfernt oder gesperrt und nicht wieder zugänglich gemacht werden. Bei Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden sind sie nach *Absatz 1* auf Mitteilung des Inhabers von Urheber- oder verwandten Schutzrechten oder einer Behörde hin verpflichtet, die als Verletzung von Urheber- oder verwandten Schutzrechten bezeichneten Inhalte zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren («take down»). *Absätze 1 bis 3* kodifizieren das Verfahren, das von den meisten Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste bereits heute angewendet wird: Auf Mitteilung eines Rechteinhabers oder einer zuständigen Behörde werden in einer ersten Phase die als Verletzung von Urheber- oder verwandten Schutzrechten bezeichneten Inhalte von der Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste sofort entfernt oder gesperrt. Den Kunden, bzw. Anbietern von urheberrechtsverletzenden Inhalten (sog. Inhaltsanbieter) ist umgehend die entsprechende Mitteilung weiterzuleiten. Legt ein Inhaltsanbieter in der Folge Widerspruch gegen die Inhaltssperrung oder -entfernung ein und bezeichnet er ein Zustellungsdomizil in der Schweiz, wird die Sperre unverzüglich aufgehoben bzw. der Inhalt wieder zugänglich gemacht. Der Widerspruch braucht nicht begründet zu werden. Nun liegt es am jeweiligen Rechteinhaber, mittels Einigung oder gerichtlich anzuordnender vorsorglicher Massnahme, die erneute Sperrung bzw. Entfernung des Inhalts zu erwirken und die Angelegenheit anschliessend (gerichtlich) klären zu lassen. Damit dieser das entsprechende Zivilverfahren einleiten kann, wird ihm im Falle eines Widerspruchs die Identität des betroffenen Inhaltsanbieters bekannt gegeben.

Gehören Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste nicht zu einer Selbstregulierungsorganisation, sind sie gemäss *Absatz 4* zudem verpflichtet, dafür zu sorgen, dass erneute Verletzungen der Rechte an den betroffenen Werken unterbleiben («stay down»). Diese Pflicht besteht nur, soweit sie technisch und wirtschaftlich zumutbar und verhältnismässig ist. Eine umfassende Kontrolle der über die Server der Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste zugänglich gemachten Inhalte wäre weder technisch noch wirtschaftlich zumutbar und ist somit

nicht erforderlich. Zudem wäre eine umfassende Kontrolle kaum mit datenschutz- und persönlichkeitsrechtlichen Grundsätzen vereinbar. Eingeschränkte Kontrollmassnahmen können demgegenüber verlangt werden, wie beispielsweise eine umfassende Kontrolle von Link-Ressourcen und die Pflicht, über allgemeine Suchmaschinen mit geeignet formulierten Suchanfragen oder gegebenenfalls auch unter Einsatz von sogenannten Webcrawlern zu ermitteln, ob sich bezüglich der angezeigten Inhalte Hinweise auf weitere rechtsverletzende Links finden.

Bei Verletzung der Pflichten nach Artikel 66b können diese in einem Zivilverfahren gerichtlich durchgesetzt werden (Art. 62 Abs. 1<sup>bis</sup>). Das Verfahren richtet sich nach den geltenden Regeln der ZPO. Im Falle ihrer Erfüllung ist die Verantwortlichkeit hingegen ausgeschlossen (Art. 66k Abs. 1).

#### *Art. 66c      Selbstregulierung von Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste*

Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste mit Sitz in der Schweiz haben die Möglichkeit, sich einer Selbstregulierungsorganisation, die ebenfalls Sitz in der Schweiz haben muss, anzuschliessen. *Absatz 1* orientiert sich an der Selbstregulierung, wie sie in Artikel 24 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19970427/index.html> - [fn 1](#) (Geldwäschereigesetz, GwG)<sup>116</sup> vorgesehen ist. Diese Selbstregulierung ist privatrechtlicher Natur. Im Weiteren sieht *Absatz 1* explizit vor, dass das Geschäftsmodell der Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, welche sich der Selbstregulierungsorganisation anschliessen, nicht auf der Förderung systematischer Urheberrechtsverletzungen aufbauen darf.

Gemäss *Absatz 2* erlassen die Selbstregulierungsorganisationen ein Reglement, das die Pflichten der angeschlossenen Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste festlegt. Dieses Reglement ist ein privatrechtliches Verbandsreglement. Entsprechende Selbstregulierungen bestehen bereits heute. Die Swiss Internet Industry Association (simsa) verfügt beispielsweise über einen Code of Conduct, der die Vorgehensweise bei Verletzungen von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten regelt und damit eine entsprechende Sorgfaltpflicht statuiert. Ausserdem ist er für die Träger des simsa-Gütesiegels «Swiss Quality Hosting» verpflichtend. Der zweite Satz von Absatz 2 stellt klar, dass Artikel 66c als *lex specialis* Artikel 66b Absatz 4 vorgeht. Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, die sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen, haben die ihnen durch Reglement auferlegten Pflichten einzuhalten. Die Pflicht nach Artikel 66b Absatz 4, dafür zu sorgen, dass urheberrechtsverletzende Inhalte nicht erneut über ihre Server angeboten werden («stay down») kommt nicht zur Anwendung.

Das Reglement legt die Sorgfaltpflichten der angeschlossenen Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste fest und muss den Mindestinhalt von *Absatz 3* enthalten. Demgemäss hat das Reglement ein «take down»-Verfahren vorzusehen, welches materiell vergleichbare Pflichten des Verfahrens nach Artikel 66b Absätze 1 bis 3 vorsieht.

Da sich für die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste aus dem Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation Konsequenzen für eine zivilrechtliche Inanspruchnahme ergeben (Ausschluss des «stay down»), sind die Voraussetzungen für Anschluss und Ausschluss ausdrücklich zu regeln. Dabei ist Artikel 2 UWG besondere Beachtung zu schenken. Die Voraussetzungen dürfen nicht dazu führen, dass das Verhältnis zwischen den verschiedenen Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste als Mitbewerberinnen beeinflusst wird. Beispielsweise darf einer einzelnen Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste der Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation nicht verwehrt werden, um sie im Wettbewerb zu benachteiligen.

*Absatz 5* sieht vor, dass das IGE die Aufsicht über die Selbstregulierungsorganisationen ausübt. Die Aufsichtsfunktion des IGE beschränkt sich auf den Bereich der Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen. Insofern betrifft die Aufsicht nicht Situationen, in denen z.B. rein persönlichkeitsrechtliche Aspekte zur Diskussion stehen. Auch die Prüfung der Bestimmungen der Reglemente bezieht sich einzig auf die urheberrechtlich relevanten Normen, namentlich die Vorgaben von *Absatz 3* Buchstaben a-c. Für diese Aufsichtstätigkeit fallen Gebühren nach Artikel 13 Absatz 1 IGEG<sup>117</sup> an.

#### *Art. 66d Sperrung des Zugangs zu Angeboten*

Wenn die Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste ihren Sitz oder Standort im Ausland hat oder ihren Standort verschleiert, kommt die zweite Eskalationsstufe<sup>118</sup> in der Form von Zugangssperren zur Anwendung. Artikel 66d verpflichtet Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Access Provider) mit Sitz in der Schweiz in bestimmten Fällen Zugangssperren einzurichten. Im Hinblick auf das Kriterium der sogenannten Inhaltsnähe, stellt Artikel 66d die zweite Stufe im neu vorgesehenen System der Pirateriebekämpfung dar.

Zugangssperren müssen im Einzelfall verhältnismässig ausgestaltet sein. Das heisst, dass sie im Hinblick auf den zu erreichenden Zweck (Pirateriebekämpfung) geeignet, erforderlich und angemessen sein müssen. Im Fokus stehen somit Internetseiten, welche hauptsächlich Piraterieangebote beherbergen. Demgegenüber wäre die Sperrung einer Internetseite mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht vereinbar, wenn dort unter vielen rechtmässigen Inhalten vereinzelte widerrechtlich öffentlich zugänglich gemachte Werke oder Schutzobjekte zu finden wären.

Das Gesetz äussert sich nicht zur Ausgestaltung der Zugangssperren, da sich diese mit der technischen Entwicklung verändern können. Des Weiteren ist darauf zu achten, dass die gewählte Massnahme aus betrieblicher oder technischer Sicht für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht unverhältnismässig ist. Sollte dies dennoch der Fall sein, steht ihr die Einsprachemöglichkeit nach Artikel 66e Absatz 2 Buchstabe b offen. Nach dem heutigen Stand der Technik dürfte primär IP- oder DNS-Blocking zur Anwendung kommen.

<sup>117</sup> SR 172.010.31

<sup>118</sup> Bei der ersten Eskalationsstufe sind Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste verpflichtet, verletzende Inhalte aus ihren Servern zu entfernen und dafür zu sorgen, dass sie nicht umgehend wieder unerlaubt hochgeladen werden (Art. 66b und 66c).

Beim IP-Blocking sperrt die Anbieterin von Fernmeldediensten den Zugang zu einem Server unter einer spezifischen IP-Adresse. Die Internetnutzer können dann zwar weiterhin auf das Internet zugreifen, nicht aber auf den gesperrten Server. Beim DNS-Blocking ordnet der DNS-Server der Anbieterin von Fernmeldediensten dem fehlbaren Domainnamen nicht mehr die für den Verbindungsaufbau erforderliche IP-Adresse zu. Der Entscheid darüber, ob im konkreten Fall IP-Blocking, DNS-Blocking oder eine Kombination der Blockingmethoden zur Anwendung kommt, dürfte im Wesentlichen von der Frage abhängen, ob eine der Methoden zu einem inakzeptablen Overblocking führen würde. Beim Overblocking tritt insofern ein unerwünschter Nebeneffekt ein, als gleichzeitig mit den widerrechtlichen Inhalten auch rechtmässige Inhalte blockiert werden und damit die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) tangiert wird. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) erachtete im Fall Ahmet Yildirim<sup>119</sup> das Vorgehen der türkischen Behörden als konventionswidrig, weil die türkische Justiz entschieden hatte, Google Sites insgesamt zu blockieren, obwohl nur eine auf Google Sites gehostete Webseite Ziel der Sperranordnung war. Ausserdem wurde der türkischen Justiz zum Vorwurf gemacht, dass sie keine Massnahmen mit weniger einschneidenden Nebeneffekten erwogen hatte.

Zugangssperren sind geeignet, das Auffinden widerrechtlicher Inhalte zu erschweren und stellen deshalb bei gleichzeitig vorhandenen, attraktiven rechtmässigen Alternativen ein wirksames Mittel zur Bekämpfung der Piraterie dar. Sie sind allerdings relativ einfach zu umgehen und bieten somit keinen absoluten Schutz. In der Diskussion der AGUR12 über die Pirateriebekämpfung wurden deshalb noch andere Methoden, vor allem der sogenannte «Follow the Money»-Ansatz, vorgeschlagen. Die Bekämpfung der Piraterie soll hier über die Einbindung der Bezahldienste, der Kreditkartenunternehmen sowie PayPal und der Werbeunternehmen erfolgen. Der Betrieb von Pirateriewebseiten dürfte dadurch nicht mehr lukrativ sein. Diese Alternativen würden zwar vergleichbar effiziente und dabei weniger einschneidende Massnahmen darstellen<sup>120</sup>, sie sind aber zurzeit insgesamt zu wenig ausgereift.

Beim Erlass einer Sperranordnung ist auch zu berücksichtigen, dass Massnahmen zur Umgehung von Zugangssperren die Stabilität des Internets beeinträchtigen können. Sperranordnungen sind auch aus diesem Grund nur als letztes Mittel und mit Zurückhaltung zu erlassen. Das ist auch im Sinne der Empfehlung der AGUR12, wonach die Schranke für schwerwiegende Fälle so anzusetzen ist, dass die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht übermässig Sperrmassnahmen einrichten müssen. Die Sperrmassnahmen haben auch eine Informationsfunktion. Mit der automatischen Weiterleitung auf eine vom IGE zur Verfügung gestellten Informationswebseite werden die Internetnutzer über die Sperrung aufgeklärt und auf die Widerrechtlichkeit des Angebots aufmerksam gemacht.

Das IGE führt eine Liste mit den zu sperrenden Angeboten (*Abs. 2*). Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen den Zugang zu den auf diesen Listen verzeichneten Webseiten sperren (*Abs. 1*). Sperrlisten sind Allgemeinverfügungen, mit denen die Sperrung der aufgeführten Internetseiten angeordnet wird. Die Verfügungen regeln zwar jeweils einen Einzelfall, richten sich aber an eine Vielzahl

<sup>119</sup> EGMR-Urteil Ahmed Yildirim g. Türkei (Fn. 66).

<sup>120</sup> Vgl. den englischen Entscheid *Cartier, Montblanc and Richemont v BSKyB, BT, TalkTalk, EE and Virgin (Open Rights Group intervening)* [2014] EWHC 3354 (Ch).

von Adressaten, nämlich an alle möglicherweise betroffenen Anbieterinnen von Fernmeldediensten.

Die Sperrung wird vom IGE angeordnet, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind (*Abs. 2*): Die zu sperrenden Angebote offensichtlich widerrechtlich zugänglich gemachter Werke und anderer Schutzobjekte müssen in der Schweiz zugänglich sein und die Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste, über deren Server das Angebot erfolgt, muss ihren Sitz im Ausland haben oder ihren Standort verschleiern. Schliesslich müssen die Werke oder anderen Schutzobjekte rechtmässig in der Schweiz zugänglich oder erhältlich sein. Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat die in ihren Urheberrechten verletzte Person in ihrer Mitteilung an das IGE als zuständige Behörde glaubhaft zu machen. Gegen Angebote, die erkennbar von der Schweiz aus betrieben werden, soll direkt vorgegangen werden. Das heisst, die in ihren Urheberrechten verletzte Person hat in einem solchen Fall Mitteilung an die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste zu machen (entsprechend Art. 66*b* Abs. 1 bzw. Art. 66*c* Abs. 3 Bst. b) oder, falls sie die Identität der verletzenden Person kennt, Beseitigungsklage nach Art. 62 Abs. 1 Bst. b zu erheben.

Offensichtlichkeit im Sinne von *Absatz 2 Buchstabe b* ist gegeben, wenn das Angebot ausschliesslich aus widerrechtlich zugänglich gemachten Werken besteht. Des Weiteren werden auch diejenigen Fälle erfasst, in denen vereinzelte rechtmässige Angebote lediglich als «Feigenblatt» dienen, der eigentliche Zweck der Seite jedoch in der Vermittlung von widerrechtlich zugänglich gemachten Werken besteht.

Die Liste mit den zu sperrenden Angeboten ist regelmässig zu aktualisieren. Die erforderliche Häufigkeit kann derzeit nicht abgeschätzt werden. In praktischer Hinsicht wird zwischen dem Interesse der Verletzten an einer möglichst raschen Reaktion bei Sperrgesuchen und dem Anliegen der Anbieterinnen von Fernmeldediensten, nicht übermässig Sperrmassnahmen einrichten zu müssen, abzuwägen sein. Der Bundesrat rechnet zurzeit mit monatlichen Aktualisierungen der Sperrliste, was einen akzeptablen Kompromiss darstellen dürfte.

Der Inhalt der Sperrliste wird so ausgestaltet sein, dass sie den Anbieterinnen von Fernmeldediensten eine problemlose Umsetzung erlaubt. Nach gegenwärtigem Stand dürften für DNS-Sperren die Domainnamen und für das IP-Blocking die IP-Adressen zu veröffentlichen sein. Der notwendige Inhalt kann sich aber aufgrund des technischen Fortschritts ändern.

Das IGE als zuständige Behörde ist nicht verpflichtet, das Internet zu überwachen, um unbewilligte Angebote zu finden. Es liegt an den verletzten Rechteinhabern, Sperrgesuche einzureichen (*Abs. 1*), die das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sperrung wenigstens glaubhaft machen (*Abs. 2*). Gestützt auf die Gesuche wird das IGE die fraglichen Angebote prüfen und über die Gutheissung des Sperrgesuchs und die Aufnahme in die Sperrliste entscheiden.

Die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens für die Sperrung von Angeboten offensichtlich widerrechtlich zugänglich gemachter Werke bedeutet nicht, dass e contrario eine entsprechende gerichtliche Anordnung als Folge zivilrechtlicher Beseitigungs- und Unterlassungsklagen unzulässig wäre.

Für die bei der Durchführung der Sperrung entstandenen Kosten sind das IGE und die Anbieterinnen von Fernmeldediensten (*Abs. 3*) angemessen zu entschädigen. Es

wird von einem vollen Kostenersatz ausgegangen, sofern die Kosten in einem für solche Handlungen üblichen Rahmen liegen. Das IGE erhebt zu diesem Zweck Gebühren (Art. 13 Abs. 1 IGE<sup>121</sup>).

#### *Art. 66e Eröffnung der Sperrverfügung und Einspracheverfahren*

Die in *Absatz 1* vorgesehene Publikation im Bundesblatt gilt als Eröffnung der Verfügung. Verfügungsadressaten sind die Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Obwohl die Inhaltsanbieter und Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste nicht direkte Verfügungsadressaten sind, sind sie auch von einer Sperrverfügung betroffen, weil der Zugang zu ihrem Angebot gesperrt wird. *Absatz 2* gewährt allen Betroffenen ein Einspracherecht, weshalb sie nach Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968<sup>122</sup> über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) als Parteien gelten. Der Kreis der betroffenen Personen lässt sich damit nicht ohne unverhältnismässigen Aufwand vollständig bestimmen. Der Sharehoster Megaupload, welcher soweit ersichtlich vor allem Piraterieangebote beherbergte, verzeichnete beispielsweise mehr als 150 Mio. registrierte Nutzer.<sup>123</sup> Ausserdem legt es eine ganze Zahl von Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste darauf an, nicht erreicht werden zu können (indem sie beispielsweise ihren Sitz verschleiern). Die Voraussetzungen für die Eröffnung durch eine amtliche Publikation (Art. 36 VwVG) sind damit erfüllt und die Vorgehensweise ist gerechtfertigt. Im Bundesblatt wird nur ein Verweis auf die Webseite des IGE als zuständige Behörde veröffentlicht. Die vollständige Liste wird auf dessen Webseite publiziert. Sobald die Liste veröffentlicht ist, werden die darin aufgeführten Angebote gesperrt. Die Liste wird den nach Artikel 4 Absatz 1 des Fernmeldegesetzes<sup>124</sup> gemeldeten Anbieterinnen von Fernmeldediensten zugestellt. Die direkte Information dieser Parteien rechtfertigt sich in der Praxis angesichts der zeitlichen Begrenzung ihrer Einsprachemöglichkeit (vgl. *Abs. 3 Bst. b*). Wenn der Sitz einer betroffenen Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste ausnahmsweise bekannt ist, kann ihr eine Kopie des publizierten Textes zur Information zugestellt werden.

Das Einspracheverfahren nach Artikel 66e stellt ein Rechtsmittelverfahren dar, das bei derselben Behörde einzuleiten ist, welche bereits die Verfügung erlassen hat. Die Einsprache ist also beim IGE, das die Sperrverfügung erlassen hat, einzureichen. Bevor eine Sperrverfügung erlassen wird, haben die Inhaltsanbieter, die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste und die Anbieterinnen von Fernmeldediensten keine Möglichkeit, sich zum Sachverhalt zu äussern. Mit dem Einspracheverfahren wird deshalb nachträglich insbesondere das rechtliche Gehör gewährt. Damit wird sichergestellt, dass eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden kann.

*Absatz 2 Buchstabe a* wahrt somit nachträglich das rechtliche Gehör der Anbietenden gesperrter Angebote. Es hat sich in der Vergangenheit bereits gezeigt, dass Angebote offensichtlich widerrechtlich zugänglich gemachter Werke zu rechtmässigen Angeboten werden können. Bekanntestes Beispiel dürfte Napster

<sup>121</sup> SR 172.010.31

<sup>122</sup> SR 172.021

<sup>123</sup> <https://www.fbi.gov/news/pressrel/press-releases/justice-department-charges-leaders-of-megaupload-with-widespread-online-copyright-infringement>.

<sup>124</sup> SR 784.10

sein. Napster war eine der ersten Tauschbörsen und wurde der Beihilfe zur Urheberrechtsverletzung schuldig gesprochen. In der Folge konnte Napster jedoch die notwendigen Lizenzen für sein Angebot einholen und ist heute ein rechtmässiger Anbieter. Die von einer Sperrverfügung betroffenen Anbieter können deshalb jederzeit Einsprache erheben, wenn die Voraussetzungen für die Sperre nicht mehr erfüllt sind. Bei Gutheissung der Einsprache wird das betreffende Angebot von der Sperrliste gestrichen. Bei Abweisung der Einsprache wird die Verfügung bestätigt und das betreffende Angebot verbleibt auf der Sperrliste.

*Absatz 2 Buchstabe b* ermöglicht den Anbieterinnen von Fernmeldediensten Einsprache gegen Sperrverfügungen zu erheben, wenn die für die Sperrung des Zugangs zu neu in die Sperrliste aufgenommenen Angeboten erforderliche Massnahme aus betrieblicher oder technischer Sicht unverhältnismässig ist. Die zu ergreifenden technischen Massnahmen können möglicherweise zu kompliziert sein oder zu einem unerwünschten «Overblocking» führen. Die Einsprachefrist von 30 Tagen läuft ab der Veröffentlichung der Sperrverfügung im Bundesblatt (*Abs. 3 Bst. b*).

Gemäss *Absatz 4* hat die Einsprache in der Regel aufschiebende Wirkung. Allerdings kann das IGE der Einsprache die aufschiebende Wirkung beispielsweise aus wichtigen Gründen, die den sofortigen Vollzug der Verfügung erfordern, entziehen. Das ist dann der Fall, wenn z.B. der Zugang zu noch nicht veröffentlichten, widerrechtlich angebotenen Filmen (Previews) gesperrt werden soll und der Anbieter dagegen Einsprache erhebt. Würden die Filme während des Einspracheverfahrens zugänglich bleiben, wäre deren Auswertung stark gefährdet und der Zweck der Verfügung würde vereitelt werden.

Ist gültig Einsprache erhoben worden, überprüft das IGE gemäss *Absatz 5* seine Verfügung. Soweit es dem Einsprachebegehren entsprechen will, kann es entweder die Verfügung in Wiedererwägung ziehen oder einen Einspracheentscheid fällen. An die gestellten Anträge ist das IGE nicht gebunden, was bedeutet, dass auch die Änderung der angefochtenen Verfügung zuungunsten der einsprechenden Partei möglich ist. Im Anschluss an das Einspracheverfahren steht der Weiterzug an das Bundesverwaltungsgericht mittels Beschwerde offen. Das Verfahren folgt den allgemeinen Grundsätzen des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005<sup>125</sup> über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) und des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968<sup>126</sup> über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG).

#### *Art. 66f Information an Teilnehmer und Teilnehmerinnen*

Bei Internetsperren ist für den Internetnutzer nicht unbedingt ersichtlich, dass der Zugang gesperrt ist und keine technische Störung vorliegt. Das kann für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten zu einer erheblichen Mehrbelastung durch Kundenanfragen führen. *Absatz 1* sieht deshalb vor, dass die Sperren auch für die Internetnutzer erkennbar sein müssen. Eine öffentliche Bekanntmachung wurde auch von der AGUR12 empfohlen. Die Bekanntmachung erfolgt nach dem gegenwärtigen Stand der Technik in der Form einer «Stopp-Seite». Über diese Seite werden die Teilnehmer und Teilnehmerinnen (die Internetnutzer) darauf hingewiesen, dass das

<sup>125</sup> SR 173.32

<sup>126</sup> SR 173.32

betreffende Angebot als Piraterieangebot identifiziert und der Zugang zum betreffenden Anbieter auf behördliche Anweisung blockiert wurde.

Der Betrieb der Informationswebseite durch die zuständige Behörde stellt eine objektive Information über die Sperrung und deren Hintergründe sicher. Anbieterinnen von Fernmeldediensten leiten deshalb, soweit möglich, Teilnehmer und Teilnehmerinnen, die auf die gesperrten Angebote zugreifen möchten, auf die betreffende Behördenwebseite weiter.

#### *Art. 66g      Zustellung der aufklärenden Hinweise*

Das neue System zur Pirateriebekämpfung auf dem Internet zielt grundsätzlich nicht auf private Internetnutzer ab. Eine Ausnahme stellt das Vorgehen gegen diejenigen Internetnutzer dar, die über dezentralisierte Datenaustauschsysteme in schwerwiegender Weise Urheberrechte verletzen (Art. 62a). In Übereinstimmung mit den Empfehlungen der AGUR12 sieht die Regelung vor, dass eine gerichtliche Durchsetzung auch in diesen Fällen die Ausnahme bildet. Stellt ein Rechtsinhaber fest, dass der Anschluss eines privaten Internetnutzers (d.h. eines Teilnehmers) für schwerwiegende Verletzungen über Peer-to-Peer-Netzwerke verwendet wird, soll er nur dann Informationen zur Identität des Teilnehmers erhalten und zivilrechtlich gegen ihn vorgehen können, wenn dieser trotz entsprechenden Hinweisen sein Verhalten nicht ändert (Art. 62a Abs. 1).

In einem ersten Schritt sollen Rechteinhaber die zuständige Anbieterin von Fernmeldediensten auffordern, dem betreffenden Teilnehmer einen aufklärenden Hinweis zuzustellen (*Abs. 1*). Während die verwendeten IP-Adressen die Identifizierung der Anbieterin von Fernmeldediensten erlauben, ist die direkte Identifizierung des Teilnehmers nicht möglich. Der Rechteinhaber soll sich deshalb an die zuständige Anbieterin von Fernmeldediensten wenden. Letztere identifiziert über die gemeldeten IP-Adressen den Teilnehmer und informiert ihn über den vom Rechteinhaber festgestellten Sachverhalt, über die Rechtslage und über die Folgen der Nichtbeachtung sowie über die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten. Ist der Teilnehmer gleichzeitig der Rechtsverletzer, kann er sein Verhalten ändern und so die Offenlegung seiner Identität gegenüber den Rechteinhabern und ein Zivilverfahren abwenden. Ist der Teilnehmer nicht der Rechtsverletzer, hat er zu prüfen, ob sein Anschluss gegen die Nutzung durch Dritte gesichert ist, und sicherzustellen, dass sich Dritte (wie z.B. Familienangehörige), die den Anschluss mit Zustimmung des Teilnehmers nutzen, rechtskonform verhalten. Dafür erhält der Teilnehmer eine Frist von zwei Monaten (vgl. *Abs. 2*). Gehen innerhalb dieser Zeit weitere Meldungen über denselben Teilnehmer bei der Anbieterin von Fernmeldediensten ein, unternimmt sie noch keine weiteren Schritte. Erst wenn nach Ablauf dieser zwei Monate noch immer Meldungen eingehen, wird sie erneut tätig.

Stellt die Anbieterin von Fernmeldediensten im Rahmen einer Mitteilungsbearbeitung fest, dass der betreffende Teilnehmer vor zwei Monaten bereits einen ersten aufklärenden Hinweis erhalten hat, stellt sie ihm einen zweiten aufklärenden Hinweis in Papierform zu (*Abs. 2*). Die Zustellung in Papierform erfolgt an die aktuelle bekannte Postadresse des Teilnehmers. Die AGUR12 hatte empfohlen, den Teilnehmer nur einen aufklärenden Hinweis zukommen zu lassen. Der Bundesrat ist jedoch der Auffassung, dass ein einzelner, in der Regel elektronisch zugestellter Hinweis ungenügend ist. Er könnte in der täglichen Flut von E-Mails untergehen, im Junkmail-Filter hängen bleiben oder aus anderen

Gründen nicht beachtet werden. Deswegen sind zwei aufklärende Hinweise vorgesehen, wobei der zweite aus den vorgenannten Gründen in Papierform zu erfolgen hat.

Erfolgt nach Ablauf einer Frist von zwei Monaten seit der Zustellung des zweiten aufklärenden Hinweises und während längstens zwölf Monaten seit der Zustellung des ersten aufklärenden Hinweises eine weitere Mitteilung, informiert die Anbieterin von Fernmeldediensten den Mitteilenden über die bereits erfolgten Hinweise und die Möglichkeit, den Teilnehmer oder die Teilnehmerin zu identifizieren, deren Anschluss für die Verletzung verwendet wurde. Der Mitteilende hat dann die Möglichkeit, vom Zivilgericht zu verlangen, dass dieses die Anbieterin von Fernmeldediensten verpflichtet, den Teilnehmer oder die Teilnehmerin zu identifizieren (Art. 62a Abs. 1). Auch alle nachfolgenden Rechteinhaber, die eine Mitteilung betreffend den gleichen Teilnehmer machen, haben die Möglichkeit, ein Verfahren zur Teilnehmeridentifikation einzuleiten.

Nach einer Frist von zwölf Monaten seit der Zustellung des ersten aufklärenden Hinweises werden alle Mitteilungen zum jeweiligen Teilnehmer durch die Vernichtung der gespeicherten Daten gelöscht (*Abs. 4 Bst. a*).

Legitimiert zur Geschusstellung sind die Rechteinhaber. In der Praxis werden in erster Linie Rechteinhaber, deren Rechte in schwerwiegender Weise verletzt wurden, entsprechende Gesuche stellen. Eine vorgängige Einschränkung der Legitimation auf die schwerwiegend in ihren Rechten Verletzten macht indessen keinen Sinn, weil den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Beurteilung des tatsächlichen Umfangs der Rechtsverletzung nicht auferlegt werden kann. Die Einschränkung der Legitimation erfolgt deshalb erst im Verfahren zur Identifikation der Teilnehmer, das die Glaubhaftmachung einer schwerwiegenden Verletzung der Urheber- oder verwandten Schutzrechte voraussetzt (Art. 62a).

Es ist nicht ausgeschlossen, dass in Ausnahmefällen ein anderer Anschluss als ein Privatanschluss (beispielsweise ein Anschluss einer Unternehmung oder einer Schule) für eine urheberrechtsverletzende Nutzung von Peer-to-Peer-Netzwerken verwendet wird. In diesen Fällen machen aufklärende Hinweise keinen Sinn. Sowohl von Unternehmen als auch von Schulen kann erwartet werden, dass ihnen die Rechtslage bekannt ist und, dass sie die entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen getroffen und ein Nutzungsreglement erlassen haben. Darüber hinausgehende Vorkehrungen würden zu einer mit dem Schutz der Privatsphäre (z.B. Art. 28 ZGB<sup>127</sup>) und dem Arbeitsrecht (z.B. Art. 328b OR und Art. 26 Abs. 1 ArGV<sup>3128</sup>) unvereinbaren Verhaltensüberwachung der Mitarbeiter oder Schüler führen. Sie sind deshalb abzulehnen. Das bedeutet aber nicht, dass die Rechteinhaber in diesen Fällen keine Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung haben. Das neue System soll die in der Regel bevorzugte zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung regeln und die Nachteile des Umwegs über ein Strafverfahren für die Internetnutzer, die Rechteinhaber und auch die Strafverfolgungsbehörden beheben. Die strafrechtliche Rechtsdurchsetzung bleibt möglich und steht den Rechteinhabern in diesen Fällen zur Verfügung.

*Absatz 5* verpflichtet die Rechteinhaber, die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Kosten der Zustellung der aufklärenden Hinweise angemessen zu entschädigen. Diese Entschädigung ist in einem weiten Sinn zu verstehen. Sie

<sup>127</sup> SR 210

<sup>128</sup> SR 822.113

umfasst nicht nur die direkten Kosten für die Zustellung der zwei aufklärenden Hinweise, sondern auch die indirekten Kosten, welche sich aus diesem System ergeben, wie beispielsweise der Mehraufwand des Kundendienstes für die Beratung der Empfänger von aufklärenden Hinweisen. Es wird von einem vollen Kostenersatz ausgegangen, sofern die Kosten ausgewiesen sind und in einem für solche Handlungen üblichen Rahmen liegen. Bei dieser Entschädigung handelt es sich um eine zivilrechtliche Forderung.

Das vorgeschlagene Vorgehen unterscheidet sich grundlegend sowohl vom französischen als auch vom amerikanischen System. In Frankreich stellt eine Behörde die aufklärenden Hinweise zu; die «Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet» (HADOPI). Die Identität des Teilnehmers ist also der Behörden von der ersten Meldung an bekannt. Demgegenüber erfolgt der Versand in der Schweiz durch die Anbieterin von Fernmeldediensten, bei welcher der betreffende Teilnehmer Kunde ist. Anhand der Zuteilung der IP-Adressen ist es möglich, die betreffende Anbieterin von Fernmeldediensten zu identifizieren, ohne dass der Kunde identifiziert wird. Die Identität des Teilnehmers wird allenfalls im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens und erst nach der Zustellung von zwei aufklärenden Hinweisen bekannt. In dieser Hinsicht ist das vorgeschlagene Vorgehen näher am amerikanischen System, bei dem die Hinweise ebenfalls von den Anbieterinnen von Fernmeldediensten zugestellt werden. In den USA erfolgt die Aufklärung über eine gemeinsame Einrichtung der Rechteinhaber und der Anbieterinnen von Fernmeldediensten; dem «Center for Copyright Information». Das amerikanische System unterscheidet sich vom vorgeschlagenen Vorgehen hinsichtlich der Folgen. In den USA sind Massnahmen durch die Anbieterin von Fernmeldediensten vorgesehen. Sie kann beispielsweise die Internetgeschwindigkeit drosseln oder die Teilnahme an einem Online-Urheberrechtskurs anordnen. Im französischen System dürfen sogar Bussen verteilt werden. Die vorgeschlagenen Regelungen sehen keine Straf- oder Erziehungsmassnahmen vor. Vielmehr wird der Teilnehmer als mündiger Bürger behandelt und hat deshalb die Verantwortung für sein Handeln zu übernehmen. Er kann hierzu durch ein Gericht identifiziert werden, was den Weg für eine zivilrechtliche Inanspruchnahme öffnet.

*Art. 66h      Inhalt der Mitteilungen, aufklärenden Hinweise und Informationen*

Mitteilungen, aufklärende Hinweise und Informationen nach Art. 66g haben keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Sie informieren lediglich über die Rechtslage und zeigen die möglichen Folgen auf. Auf kollektiver Ebene besteht aber ein Dreiecksverhältnis mit einem gewissen Konfliktpotential: Die Rechteinhaber haben Interesse an einem raschen, kostengünstigen Verfahren. Die Konsumentenverbände haben Interesse an einer objektiven Information der Internetnutzer. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten haben wiederum ein Interesse daran, dass das Verfahren auf Fälle von schwerwiegenden Verletzungen der Urheber- oder verwandten Schutzrechte beschränkt bleibt, ohne dass ihnen die entsprechende rechtliche Beurteilung auferlegt wird. Um diese verschiedenen Interessen bestmöglich zu wahren, sieht Art. 66h vor, dass der jeweilige Inhalt der Texte gemeinsam durch die Rechteinhaber, die Konsumentenorganisationen und die Anbieterinnen von Fernmeldediensten festgelegt wird.

Der Einbezug der Konsumentenorganisationen stellte in der AGUR12 eine wesentliche Voraussetzung dar, der die Rechteinhaber zugestimmt haben. Ein

Verband gilt als Konsumentenorganisation, wenn seine Tätigkeit von gesamtschweizerischer Bedeutung ist und er sich gemäss seinen Statuten ausschliesslich dem Schutz der Konsumenten widmet. Diese Einschränkung wurde von der AGUR12 nicht gefordert. Die zusätzlichen Kriterien wurden dennoch in die Bestimmung aufgenommen, um ein unerwünschtes Ausufern der Beschwerdemöglichkeit und ein Annähern an eine Populärbeschwerde zu verhindern. Diese Kriterien erfüllen in der Praxis folgende Konsumentenorganisationen: Associazione consumatrici della Svizzera italiana (ACSI), Fédération romande des consommateurs (FRC), Konsumentinnenforum Schweiz (KF) und Stiftung für Konsumentenschutz (SKS).

#### *Art. 66i Fachstelle für Koordination*

Gestützt auf die guten Erfahrungen mit der in der Teilrevision des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 2008 neu geschaffenen Beobachtungsstelle für technische Massnahmen (Art. 39b) soll zur Koordination und Schlichtung von Konflikten zwischen den Verbänden der Rechteinhaber, der Konsumenten und der Anbieterinnen von Fernmeldediensten eine vergleichbare Fachstelle eingesetzt oder das Aufgabengebiet der bestehenden Beobachtungsstelle für technische Massnahmen erweitert werden. Angesichts der Nähe der Aufgabenbereiche der beiden Fachstellen erscheint eine Erweiterung des Tätigkeitsgebiets der Beobachtungsstelle für technische Massnahmen als sinnvoll.

Die Fachstelle nimmt die ihr gemäss Absatz 2 übertragenen Aufgaben wahr. Sie koordiniert insbesondere die gemeinschaftliche Erarbeitung des jeweiligen Inhalts der Mitteilungen, der beiden aufklärenden Hinweise und der Informationen nach Artikel 66h.

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

Der BGE 136 II 508 (Logistep) hat zu Unsicherheiten betreffend die Zulässigkeit der Datenbearbeitung durch die in ihren Rechten verletzten Urheber geführt. Die Datenbearbeitung ist nach Auffassung des EDÖB zulässig, wenn sichergestellt ist, dass die Datenerhebung und -speicherung nicht über das hinausgeht, was absolut notwendig ist, um (beim voraussichtlich örtlich zuständigen Behörde) Strafanzeige gegen mutmassliche Urheberrechtsverletzer zu erstatten; und wenn die Rechteinhaber die Beschaffung der Personendaten und den Zweck ihrer Bearbeitung für die betroffenen Personen möglichst erkennbar machen. Dazu müssen sie insbesondere auf ihren Webseiten an leicht zugänglicher und auffindbarer Stelle das Verfahren und ihre Vorgehensweise (einschliesslich detaillierter Angaben zu Art und Umfang der gesammelten Daten) vollständig offen legen und deutlich machen, dass Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden können. Zudem müssen die Datensammlungen ordnungsgemäss beim EDÖB registriert werden, wenn regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet oder regelmässig Personendaten an Dritte bekannt gegeben werden.<sup>129</sup>

Der neue Artikel 66j schafft die gewünschte Klarheit, indem ausdrücklich geregelt wird, welche Daten von der in ihren Rechten verletzten Personen zur Bekämpfung

<sup>129</sup> EidG. DATENSCHUTZ- UND ÖFFENTLICHKEITSBEAUFTRAGTER, 19. Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 47.

schwerwiegender Verletzungen der Urheber- oder verwandten Schutzrechte über Peer-to-Peer-Netzwerke, und unter welchen Bedingungen, nach den Vorgaben des EDÖB bearbeitet werden dürfen.

Der Rechtsinhaber soll nur diejenigen Daten beschaffen und bearbeiten dürfen, die er für die Bekämpfung der Verletzungen von Urheber- oder verwandten Schutzrechten objektiv tatsächlich benötigt. Es handelt sich um die in *Absatz 1 Buchstaben a-c* abschliessend aufgeführten Daten. Gemäss *Absatz 2* darf auch die Datenerhebung und -speicherung nicht über das hinausgehen, was für die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen notwendig ist. Das heisst, es dürfen keine Daten zu beispielsweise Werbe- oder Marktforschungszwecken erhoben werden. Die Dauer der Datenspeicherung hat sich ebenfalls am Gesichtspunkt der Notwendigkeit zu orientieren.

*Absatz 3* stellt sicher, dass jede Datenbearbeitung, insbesondere auch die Datenbeschaffung, transparent erfolgt. Jede Datenbeschaffung und weitere Datenbearbeitung muss für die betroffene Person leicht erkennbar sein. Die Datenbearbeiter sind deshalb verpflichtet, von sich aus der Öffentlichkeit den Zweck, die Art und den Umfang der Datenbearbeitung bekannt zu geben. Das kann beispielsweise in geeigneter Form auf der Internetseite des Datenbearbeiters erfolgen.<sup>130</sup>

*Absatz 4* übernimmt den nach dem DSGVO geltenden Grundsatz, wonach die beschafften Daten gegen unbefugte Bearbeitung geschützt werden müssen. Die Datenbearbeiter sind also verpflichtet, ein umfassendes und ganzheitliches Sicherheitskonzept aufzubauen. Dafür kann auf die Vorgaben des DSGVO und der Verordnung vom 14. Juni 1993<sup>131</sup> zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG) verwiesen werden.

Die Bestimmungen des DSGVO sind für die gesamte Datenbearbeitung nach diesem Artikel zu beachten.

#### *Art. 66k Ausschluss der Verantwortlichkeit*

Die Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten sollen weder zivil- noch strafrechtlich für Schäden verantwortlich gemacht werden können, die aus der Wahrnehmung ihrer Pflichten nach URG entstehen können. Insbesondere sollen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht belangt werden, wenn sie auf gerichtlicher Anordnung nach Artikel 62a die Identität von Kunden oder Kundinnen bekannt gegeben haben, deren Anschlüsse für Rechtsverletzungen im Internet genutzt wurden. Die Kunden und Kundinnen der Anbieterinnen von Fernmeldediensten sollen zudem keine Vertragsverletzung geltend machen können, wenn aufgrund der ordnungsgemäss umgesetzten Sperrmassnahmen Internetinhalte nicht mehr zugänglich sind. Schliesslich sollen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für eine allfällige Verletzung ausservertraglicher Pflichten nicht verantwortlich gemacht werden können, wenn die Verletzung aufgrund der Einhaltung der gesetzlichen Pflichten erfolgte. Das gilt entsprechend auch für die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, wenn sie ihren gesetzlichen oder regulatorischen Pflichten nachkommen. Die Anbieterinnen von Fernmelde-

<sup>130</sup> Vgl. EidG. DATENSCHUTZ- UND ÖFFENTLICHKEITSBEAUFTRAGTER, 19. Tätigkeitsbericht 2011/2012, S. 47.

<sup>131</sup> SR 235.11

und abgeleiteten Kommunikationsdiensten sollen nicht für Urheberrechtsverletzungen durch ihre Teilnehmer bzw. durch ihre Inhaltsanbieter verantwortlich sein.

Der Bundesrat hat in seinem Bericht vom 9. Oktober 2013 «Rechtliche Basis für Social Media» in Erfüllung des Postulats Amherd 11.3912 vom 29. September 2011 das EJPD beauftragt, die Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Providern und Betreibern von Internetplattformen zu prüfen. Eine interdepartemental zusammengesetzte Arbeitsgruppe hat diese Frage untersucht und ist zum Schluss gekommen, dass keine allgemeine zivilrechtliche Haftungsordnung für das Internet erforderlich ist. Der Haftungsausschluss gemäss Artikel 66k bezieht sich ausschliesslich auf die Ansprüche der Rechteinhaber, Inhaltsanbieterinnen und Inhaltsanbieter sowie Teilnehmerinnen und Teilnehmer gegen die Anbieterinnen von Fernmelde- und abgeleiteten Kommunikationsdiensten mit Bezug auf Handlungen, die zur Erfüllung ihrer neu geschaffenen Pflichten erforderlich waren.

## 2.5 Änderungen übrigen Rechts

*Bundesgesetz vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG)*<sup>132</sup>

### *Art. 13a      Aufsichtsabgabe*

Für Aufsichtsverfahren, die einer Verwertungsgesellschaft individuell zurechenbar sind, werden Gebühren erhoben. So stellt das IGE den Aufwand für die Bewilligungserteilung, für die jährliche Prüfung der Geschäftsberichte und für die Genehmigung von Verteilreglementen in Rechnung. Allgemeine Aufwände, wie die Aus- und Weiterbildung der Aufsichtsbehörde, der Informationsaustausch oder die Ausarbeitung von Weisungen und Stellungnahmen, können den Verwertungsgesellschaften nach geltendem Recht nicht auferlegt werden. Diese Kosten können ihnen nur als Gruppe und nicht individuell zugerechnet werden. Damit den Verwertungsgesellschaften auch die allgemeinen Aufwände auferlegt werden können, ist eine Grundlage im formellen Gesetz erforderlich. Diese Grundlage soll nun geschaffen werden, damit die Aufsichtskosten zukünftig verursachergerecht getragen werden.

Abgaben werden beispielsweise im Bereich der Banken- und Versicherungsaufsicht und bei der Aufsicht über Stau- und Kernanlagen erhoben. Die Regelungen zeichnen sich dadurch aus, dass die Kosten vollständig durch die Beaufsichtigten getragen werden. Im Gegensatz zu den Kosten eines Aufsichtsverfahrens im Einzelfall lassen sich die durch allgemeine Aufsichtstätigkeiten verursachten Kosten nicht einer einzelnen Verwertungsgesellschaft, sondern nur allen beaufsichtigten Gesellschaften als Gruppe zurechnen. Der Kreis der Abgabepflichtigen deckt sich mit dem Kreis derjenigen Personen, denen die Verwendung der Abgabe zugutekommt (qualifizierte Gruppenäquivalenz<sup>133</sup>), hier den Verwertungsgesellschaften. Sie sind die Verursacher der Aufsichtstätigkeit und haben folgerichtig die entsprechenden Kosten zu tragen.

<sup>132</sup> SR 172.010.31

<sup>133</sup> Vgl. VPB 64.25, S. 355ff.

Die Abgabe, welche von den fünf Verwertungsgesellschaften zu tragen ist, soll jährlich nach Massgabe der angefallenen Aufsichtskosten festgesetzt werden, die nicht durch Gebühren gedeckt sind. Die Aufsicht durch das IGE bedarf einer Vollzeitstelle. Die Übertragung sämtlicher Aufsichtskosten wird insgesamt weniger als ein halbes Prozent der Verwaltungskosten der Verwertungsgesellschaften ausmachen. Die Aufsichtsabgabe stellt damit kaum eine zusätzliche Belastung dar. Durch ihre Aufteilung entsprechend den Tarifeinnahmen wird sichergestellt, dass die jeweilige Verwertungsgesellschaft den Anteil der Aufsichtskosten trägt, der dem Umfang ihrer geschäftlichen Aktivitäten entspricht. Nicht massgebend für die Aufteilung sind die Einnahmen der Verwertungsgesellschaften, welche in den nicht bewilligungspflichtigen Bereichen erzielt werden.

*Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG)*<sup>134</sup>

#### *Art. 14 Zeugeneinvernahme*

Nach der geltenden Regelung in Artikel 14 VwVG sind Zeugeneinvernahmen durch die Schiedskommission nicht möglich. Im Rahmen der Diskussionen zur Vereinfachung des Tarifgenehmigungsverfahrens wurde von der AGUR12 empfohlen, die im Tarifgenehmigungsverfahren zulässigen Beweismittel zu erweitern, damit die Schiedskommission falls notwendig auch Zeugen hören kann. Die neue Regelung in Artikel 14 VwVG schafft die nötige Grundlage dazu.

*Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG)*<sup>135</sup>

#### *Art. 83 Ausnahmen*

Ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts kann grundsätzlich an das Bundesgericht weitergezogen werden. Im Rahmen der AGUR12 wünschten Interessenvertreter sowohl der Nutzer als auch der Rechteinhaber eine Verkürzung des Instanzenzugs. Die Bestrebungen nach einer Vereinfachung des Tarifgenehmigungsverfahrens fanden insgesamt Unterstützung. Die zu ergreifenden Massnahmen hat die AGUR12 aber offengelassen. Die neue Regelung in Artikel 83 BGG trägt diesem Anliegen Rechnung. Wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, soll jedoch der Weiterzug an das Bundesgericht möglich bleiben. Die neue Buchstabe w von Artikel 83 BGG wurde entsprechend formuliert. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung kann beispielsweise vorliegen, wenn die Anwendbarkeit von Tarifen auf neue Technologien zur Diskussion steht. Demgegenüber wird der Frage nach der genauen Vergütungshöhe eines Tarifs kaum «grundsätzliche Bedeutung» zukommen. Im Wesentlichen kommt es darauf an, dass die Beurteilung für die Rechtsprechung im Allgemeinen von besonderer Wichtigkeit ist, und nicht unbedingt für den einzelnen Beschwerdeführer.

<sup>134</sup> SR 172.021

<sup>135</sup> SR 173.110

*Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO)*<sup>136</sup>

*Art. 250a Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*

Ob die Voraussetzungen für die gerichtliche Anordnung der Identifikation von Teilnehmern und Teilnehmerinnen nach Artikel 62a URG erfüllt sind, prüft das zuständige Zivilgericht nach Artikel 250a ZPO im Summarverfahren. Der Antragsteller (i.e. der Rechteinhaber) hat die Erfüllung der Voraussetzungen lediglich glaubhaft zu machen. Die Identifikation öffnet den Weg für eine Zivilklage des Rechteinhabers gegen den Teilnehmer wegen (schwerwiegender) Verletzung seiner Urheber- oder verwandten Schutzrechte. Die letztere Klage wird im ordentlichen Verfahren beurteilt. In diesem Verfahren reicht das Glaubhaftmachen nicht: der Rechtsinhaber muss die Verletzung seiner Rechte beweisen.

*Bundesgesetz vom 26 Juni 1998 über die Archivierung (Archivierungsgesetz, BGA)*<sup>137</sup>

*Art. 9 Grundsatz der freien Einsichtnahme und Schutzfrist*

Das Bundesarchiv hat den Auftrag, als archivwürdig bewertete Unterlagen zu archivieren und der Öffentlichkeit Einsicht in das Archivgut zu gewähren. Absatz 3 stellt sicher, dass das Bundesarchiv diesen Auftrag auch bei urheberrechtlich geschütztem Archivgut in zeitgemässer Form wahrnehmen kann. So soll das Bundesarchiv künftig unter anderem die Möglichkeit erhalten, dieses Archivgut in irgendeiner Form zugänglich zu machen.

### **3 Auswirkungen**

#### **3.1 Auswirkungen auf den Bund**

##### **3.1.1 Finanzielle Auswirkungen**

Die mit dem Verleihrecht und der Schranke der Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken verbundenen Vergütungsansprüche haben Mehrkosten beim Betrieb von Bibliotheken, Archiven und Forschungseinrichtungen zur Folge. Für den Bund als Betreiber verschiedener Bibliotheken und Archive (z.B. der Schweizerischen Nationalbibliothek) sowie als Mitfinanzierer der Eidgenössischen Technischen Hochschulen ergeben sich daraus Mehrkosten für die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke. Darüber hinaus entstehen für den Bund keine weiteren Kosten.

<sup>136</sup> SR 272

<sup>137</sup> SR 152.1

### **3.1.2 Personelle Auswirkungen**

Die Führung der Sperrlisten (Art. 66d Abs. 2) und die Einrichtung einer Koordinationsstelle als Verbindung zwischen den Rechteinhaber, den massgebenden Konsumentenorganisationen und den Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Art. 66i) haben Personalkosten in der Höhe von je einer Teilzeitstelle zur Folge. Die Sperrliste soll durch das IGE geführt werden. Die Aufgaben der Koordinationsstelle sollen von der Beobachtungsstelle für technische Massnahmen (BTM) übernommen werden. Damit hat das Vorhaben keine personellen Konsequenzen für den Bund. Das IGE führt als ausgelagerte Einheit des Bundes eine eigene Rechnung und seine Aufwände werden vollständig mit Gebühren finanziert. Es trägt auch die Kosten der BTM, die administrativ dem IGE zugeordnet ist.

Die geplante Erweiterung der Tarifaufsicht auf vertragliche Vereinbarungen über die nicht bewilligungspflichtige Verwertung ausschliesslicher Rechte nach Artikel 43a (freiwillige Kollektivverwertung) könnte allerdings zu einer Mehrbelastung der Eidgenössischen Schiedskommission führen. Personalkosten in der Höhe von einer Teilzeitstelle können entstehen, wenn von der neu geschaffenen freiwilligen Kollektivverwertung in der Praxis rege Gebrauch gemacht werden sollte.

## **3.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft**

### **3.2.1 Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns**

Der Kulturgütermarkt ist von diversen (partiellen) Marktversagen geprägt, die dazu führen, dass es aus gesellschaftlicher Sicht zu einer Unterversorgung an Werken kommt. Mit dem Instrument des Urheberrechts lassen sich diese Phänomene korrigieren. Das Urheberrecht weist dem Urheber ein Eigentumsrecht an seinem Werk zu. Es ermöglicht ihm, andere für eine gewisse Zeit von der Verwertung, Vervielfältigung, Verbreitung etc. seines Werks auszuschliessen. Dadurch kann er die Investitionen, welche er für die Schaffung des Werks getätigt hat, wieder einspielen. Gleichzeitig hat der Urheber einen Anreiz, für die Kreation weiterer Werke Zeit und Mittel aufzuwenden. Dank dem Urheberrecht werden also den auf dem Kulturgütermarkt gehandelten Werken Eigenschaften verliehen, die dazu führen, dass dieser Markt im gesellschaftlich wünschbaren Rahmen funktioniert.<sup>138</sup>

Jeder Eingriff in einen Markt führt aber auch zu Verzerrungen und zu nicht erwünschten Effekten (z.B. gewollt zu Preisen, die über dem eigentlichen Gleichgewichtspreis liegen). Diese Preise sorgen zwar für diejenigen Anreize, welche für die gewünschte Kulturgüterproduktion notwendig sind. Gleichzeitig verursachen sie aber einen Wohlfahrtsverlust für die Gesellschaft. Konsumentinnen und Konsumenten, die bereit wären, sich ein solches Gut zum Marktpreis zu leisten, sehen beim künstlich erhöhten Preis von einem Kauf ab. Der entsprechende Eingriff muss also so gestaltet sein, dass der gesellschaftliche Gewinn aus der erhöhten

<sup>138</sup> Für ökonomische Literatur zum Thema Urheberrecht vgl. u.a. LANDES, WILLIAM M. / POSNER, RICHARD A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge (2003), Harvard University Press; CORRIGAN, RAY / ROGERS, MARK (2005), *The Economics of Copyright*, in: *World Economics*, Vol. 6, No. 3, S. 153-174; LÉVÊQUE, FRANÇOIS / MÉNIÈRE, YANN (2004), *The Economics of Patents and Copyright*, The Berkeley Electronic Press, S. 61-81.

Produktion und Verbreitung von Werken grösser ist als der volkswirtschaftliche Verlust, welcher z.B. aus den künstlich erhöhten Preisen entsteht. Insbesondere zwei Kategorien von Massnahmen dienen der Korrektur dieser gesellschaftlich negativen Auswirkung des Urheberrechts:

- (1) *Schranken*: An verschiedenen Stellen im URG ist vorgesehen, den Ausschluss der Nutzung von fremden Werken unter gewissen Voraussetzungen trotz allgemeinem Verbot zuzulassen. Dadurch sollen unter anderem Handlungen ermöglicht werden, welche ohne die entsprechende Schranke die Produktion von neuen Werken zu stark einschränken würden<sup>139</sup>. Zudem sind Schranken dort sinnvoll, wo das Urheberrecht zu prohibitiv hohen Transaktionskosten führen und so die Verbreitung von Werken gänzlich verunmöglichen würde<sup>140</sup>.
- (2) *Kollektive Verwertung*: Es gibt Situationen, in denen es zwar theoretisch möglich ist, aber ökonomisch unsinnig wäre, für jede Nutzung eines Werks individuell eine Lizenz auszuhandeln<sup>141</sup>. In solchen Fällen ist es sinnvoll, Werke kollektiv zu verwerten. Die kollektive Verwertung kommt ausserdem zum Einsatz, wenn die individuelle Durchsetzung des Urheberrechts aus praktischen Gründen nicht möglich ist<sup>142</sup>.

Ziel jeder Revision des Urheberrechts ist es somit, die neuen Regeln so zu gestalten, dass die Balance zwischen Kosten und Nutzen bei allen Beteiligten gewährt bleibt und schliesslich die volkswirtschaftlichen und gesellschaftlichen Vorteile für alle überwiegen.

### **3.2.2 Auswirkungen auf einzelne gesellschaftliche Gruppen Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber**

Die Urheberinnen und Urheber profitieren von der Einführung des Verleihrrechts. Es kann mit zusätzlichen Einnahmen von rund CHF 1,7 Mio., abzüglich der Verwaltungskosten der Verwertungsgesellschaften, gerechnet werden (vgl. Ziffer 3.2.3). Des Weiteren ist zu erwarten, dass den Urheberinnen und Urhebern aus der Abgeltung für die Schranke für die Verwendung verwaister Werke zusätzliche Mittel zufließen werden. Ausserdem versprechen sie sich eine Steigerung des Umsatzes aufgrund der neuen Verpflichtung der Internetdiensteanbieterinnen, widerrechtliche Inhalte zu sperren. Darüber hinaus kommt der bessere Schutz von Pressefotografien ebenfalls den entsprechenden Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern zugute.

Aufgrund der Neuregelungen bei der Leerträgervergütung, dem Verzeichnisprivileg und allenfalls der neuen Forschungsschranke zum Text und Data Mining (TDM) ist damit zu rechnen, dass die entsprechenden Einnahmen der Urheberinnen und Urheber geringer ausfallen werden. Im Zusammenhang mit der Forschungsschranke zum TDM kann aber die Verwertungsgesellschaft einen Vergütungsanspruch

<sup>139</sup> Das Zitatrecht (vgl. Art. 25 URG) ist z.B. Voraussetzung für das Verfassen wissenschaftlicher Artikel. Ein weiteres Beispiel ist die Schranke für die Verwendung zum Eigengebrauch (vgl. Art. 19 URG).

<sup>140</sup> Ein Beispiel ist der Einsatz von Werken in Bildungsinstitutionen. Müsste für jedes Kopieren eines Arbeitsblatts aus einem Lehrbuch eine Lizenz erworben werden, würden die Transaktionskosten prohibitiv hoch. Die Nutzung der entsprechenden Werke würde verunmöglicht.

<sup>141</sup> Vgl. das Beispiel in Fn 140.

<sup>142</sup> Z.B. als Ausgleich für die entgangenen Einnahmen der Urheber aufgrund der Schranke für die Verwendung zum Eigengebrauch.

geltend machen. Dabei ist zu beachten, dass es sich bei den Rechteinhaberinnen und Rechteinhabern nicht um eine homogene Gruppe handelt. Es wird also Gewinner und Verlierer geben. Insgesamt halten sich die Verschiebungen aber in bescheidenem Rahmen.

Die Verwertungsgesellschaften als Vertreter der Urheberinnen und Urheber werden dank der Standardisierung von Softwareschnittstellen und der Auskunftspflicht der Werknutzer ihren Verwaltungsaufwand verringern können. Zudem erhalten sie neue Verwertungsmöglichkeiten im Bereich der wissenschaftlichen Nutzung grosser Textdatensammlungen und der Verwendung von verwaisten Werken.

### **Werkvermittlerinnen und Werkvermittler**

Diejenigen Hostingdienstleister, die der bestehenden Selbstregulierung der Branche nicht beitreten, müssen künftig den Zugriff auf Inhalte, die gemäss einer vom IGE geführten Liste nicht lizenziert und somit widerrechtlich sind, sperren und entsprechende aufklärende Hinweise versenden. Der Aufwand für das Versenden der aufklärenden Hinweise wird von den Rechteinhabern übernommen.

### **Konsumentinnen und Konsumenten**

Konsumentinnen und Konsumenten gehören zur Nachfrageseite des Kulturgütermarkts. Sie sind an einem möglichst grossen Angebot und niedrigen Preisen interessiert. Wie in jedem Markt kommt auch im Kulturgütermarkt ein grosses Angebot nur dann zustande, wenn die Urheberinnen und Urheber damit rechnen können, dass sie ihre Investitionen mit mindestens kostendeckenden Preisen amortisieren können. Dieser Zusammenhang ist bei einem Teil der Konsumentinnen und Konsumenten etwas in Vergessenheit geraten. Das gilt insbesondere für den Bereich der digitalen Angebote, die über das Internet zugänglich sind. Der Download ab offensichtlich illegaler Quelle wird zwar künftig nicht mehr möglich sein. Das führt aber mittel- und langfristig dazu, dass das bestehende Niveau des legalen Angebots aufrechterhalten bleibt. Konsumentinnen und Konsumenten, die ab offensichtlich illegaler Quelle Werke herunterladen wollen, werden mit aufklärenden Hinweisen auf ihr Verhalten aufmerksam gemacht. Die entsprechenden Kosten werden von den Rechteinhabern getragen.

Wer künftig Speichermedien kauft, profitiert direkt von der Anpassung der gesetzlichen Grundlage für die Leerträgervergütung.

Die Vertreterinnen und Vertreter der Wissenschaft erhalten die Möglichkeit, grosse Textbestände technisch zu analysieren, auch wenn diese urheberrechtlich geschützt sind. Zudem werden sie davon profitieren, dass die Bibliotheken ihre Verzeichnisse künftig mit Titelseiten und Inhaltsverzeichnissen der Werke anreichern dürfen. Ausserdem dürften sie von der grösseren Verfügbarkeit verwaister Werke einen positiven Nutzen haben.

### **Kleine und mittlere Unternehmen (KMU)**

Bei vielen Teilnehmern am Kulturgütermarkt handelt es sich um KMU. Sie sind unterschiedlich von den Änderungen betroffen, je nachdem zu welcher Kategorie von Akteuren sie gehören. Insgesamt haben aber alle ein Interesse an Rahmenbedingungen, die den modernen Gegebenheiten entsprechen. Das Gesamtpaket ist sowohl zwischen den verschiedenen Anspruchsgruppen als auch gesamtwirtschaftlich ausgeglichen. Die Auswirkungen auf die KMU werden insgesamt entsprechend gering sein.

### 3.2.3 Beurteilung einzelner konkreter Massnahmen

Die Massnahmen und deren Auswirkungen lassen sich grob in folgende drei Kategorien unterteilen:

#### Massnahmen im Interesse der Rechteinhaber

##### *Verleihrecht*

Die Einführung eines Verleihrechts wird die Budgets der Bibliotheken in der Schweiz belasten. Ein Vergleich mit Deutschland, wo die Bibliothekstantieme bereits eingeführt wurde, zeigt, dass mit Kosten in der Höhe von rund CHF 1,7 Mio. zu rechnen ist<sup>143</sup>. Das entspricht in etwa den CHF 1,9 Mio. (CHF 1,4 Mio. zuzüglich Teuerung), die der Bundesrat in der Botschaft zur Urheberrechtsrevision von 1989<sup>144</sup> berechnet hat<sup>145</sup>.

##### *Schutz von Pressefotografien*

Pressefotografinnen und Pressefotografen sowie die verschiedenen Abnehmer ihrer Bilder sind in der Regel an einer langfristigen Geschäftsbeziehung interessiert. Beide Geschäftspartner bauen im Laufe der Zeit eine Reputation auf, die unabhängig von staatlichen Regeln dafür sorgt, dass in den Verhandlungen für beide Seiten gangbare Kompromisse gefunden werden. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Markt für Pressefotografie gut funktioniert. Das Aufkommen der digitalen Verbreitung von Fotografien hat jedoch dazu geführt, dass Trittbrettfahrer sich über die eingespielten Regeln hinwegsetzen und auf Kosten anderer aktuelles Bildmaterial unentgeltlich verwenden. Diesem Vorgehen will die vorgeschlagene Gesetzesrevision einen Riegel schieben.

Welche monetären Auswirkungen diese Regeländerung haben wird, ist nicht genau zu beziffern. Ein Pressebild kostet zwischen gut CHF 200<sup>146</sup> und mehreren tausend Franken<sup>147</sup>. Es ist zwar damit zu rechnen, dass aktuelle Pressebilder (z.B. in Internet-Blogs) keine Verwendung mehr finden. Ob es allerdings zu einer Steigerung des Umsatzes mit neuen Pressebildern, das heisst zu einer Erhöhung des Einkommens der Pressefotografen, kommen wird, ist ungewiss.

<sup>143</sup> Die Bibliothekstantieme in Deutschland macht rund 7 % des Umsatzes der VG Wort (bzw. 7,5 % des Umsatzes ohne Bibliothekstantieme) aus (vgl. Geschäftsbericht 2014 der VG Wort). 7,5 % des Umsatzes der ProLitteris entsprechen CHF 1,7 Mio.

<sup>144</sup> Vgl. BBl 1989 III 477 insb. 490. Gemäss LIK-Teuerungsrechner des Bundesamtes für Statistik betrug die Teuerung des Landesindexes für Konsumentenpreise zwischen 1989 und 2013 38,2 %.

<sup>145</sup> In einem Blogbeitrag vom 26. Juni 2015 kommt Rudolf Mumenthaler, Vorstandsmitglied der Bibliothek Information Schweiz (BIS), dem nationalen Verband der Bibliotheken, zu ähnlich hohen Kosten. Er geht – analog zu den 4 Cent in Deutschland – von 4 Rappen Tantieme pro Ausleihe aus. Bei rund 44,1 Millionen Ausleihen ergibt das Kosten von CHF 1,8 Mio., die er für verkraftbar hält: «Die reine Höhe der Tantieme nach deutschem Modell wäre für die Schweiz nicht erschreckend hoch [...]». Er gibt aber zu bedenken, dass der Betrag bei den öffentlichen Bibliotheken (ohne Universitätsbibliotheken) rund 6 % des Medienetats ausmachen würde.

<sup>146</sup> Vgl. die Empfehlung des Journalistenverbands impressum zu den Mindestentgelten für Fotografien.

<sup>147</sup> Vgl. z.B. die fünfstelligen Summen, um die im Fall «Nicolas Hayek» des Handelsgerichts Aargau vom 29. August 2012 gestritten wurde (sic! 2013, S. 344 ff.).

### *Weitere Massnahmen*

Die Auskunftspflicht der Werknutzer gegenüber den Verwertungsgesellschaften führt dazu, dass für den Datenaustausch einheitliche Softwarestandards gelten werden. Infolgedessen fallen die Verwaltungskosten der Verwertungsgesellschaften geringer aus, was schliesslich zu höheren Zahlungen zugunsten der Urheber führt. Gegebenenfalls müssen die Werknutzer ihre Software anpassen, was mit Kosten verbunden ist.

### **Massnahmen zur besseren Durchsetzung der bestehenden Rechte**

Den Hostingdienstleister wird vorgeworfen, dass sie mit der von ihnen bereitgestellten Infrastruktur der Piraterie Vorschub leisten. Die Überwachung der bei ihnen abgelegten Inhalte kann aufwändig sein. Brancheninsider schätzen für grosse Anbieter einen Personalaufwand von bis zu 15 Vollzeitstellen. Der Branchenverband Swiss Internet Industry Association (SIMSA) reagierte auf die Vorwürfe mit einem Code of Conduct, dem die meisten seiner 68 Mitglieder angeschlossen sein dürften<sup>148</sup>. Da der Code of Conduct die neu zu implementierenden Regeln bereits umfasst, ändert sich die Situation lediglich für diejenigen Unternehmen, die den Code of Conduct bisher nicht unterschrieben haben. Dies dürfte bei diversen kleineren Unternehmen der Branche der Fall sein. Sie werden die entsprechenden Sorgfaltspflichten einführen müssen, was mit einigem Aufwand verbunden sein wird.

Die Administration der Liste mit den zu sperrenden Angeboten und die Koordination der Aufklärungshinweise an die Benutzerinnen und Benutzer wird insgesamt rund eine 60 Prozent-Stelle beim IGE beanspruchen. Da sich das IGE selbst finanziert, werden keine Steuergelder in Anspruch genommen.

Der Aufwand, den die Hostingdienstleister mit dem Zustellen der aufklärenden Hinweise haben werden, wird von den Rechteinhabern entschädigt. Letztere werden die Hinweise beantragen (und finanzieren), solange sich ihr Umsatz damit mindestens im Umfang der Kosten erhöht. Ein Rückgang der Anträge wäre somit ein eindeutiges Signal für das Nachlassen der Piraterie.

### **Massnahmen (Schranken) im Interesse der Öffentlichkeit**

#### *Leerträgervergütung*

In der Regel ist Musik, die auf ein Speichermedium kopiert wird, nicht ausdrücklich für einen solchen Kopiervorgang lizenziert. Diese Form der Nutzung wird durch die Leerträgervergütung kollektiv abgegolten. Direkte Downloads aus einem Internet-Musik-Shop wie iTunes, Amazon oder Exlibris hingegen wurden bei der Festlegung der Höhe der Leerträgervergütung bereits berücksichtigt. Beim Kauf eines Musikstücks im Internet wird in der Regel auch die Lizenz erworben, das Stück auf mehreren Geräten abzuspeichern. Insbesondere iTunes aber auch Amazon erlauben solche Mehrfachspeicherungen. Je nach Quelle hat iTunes bei den Musikdownloads

<sup>148</sup> Im Jahresbericht 2014 der SIMSA (vgl. S. 21) ist die Rede von 40 zum Code of Conduct befragten Unternehmen. Allerdings umfasst gemäss dem Betriebs- und Unternehmensregister des Bundesamtes für Statistik die Branche «Datenverarbeitung, Hosting und damit verbundene Tätigkeiten» (NOGA 631100) 304 institutionelle Einheiten.

einen Marktanteil von 60 bis 75 Prozent<sup>149</sup>. Bei Amazon liegt der Anteil bei rund 20 Prozent. Demzufolge kann davon ausgegangen werden, dass fast 90 Prozent der Downloads Mehrfachlizenzen beinhalten. Für die zusätzlichen Speicherungen ist aber darüber hinaus die Leerträgervergütung geschuldet. Diese Doppelzahlung wird durch die Neuregelung künftig vermieden.

Eine Studie zum Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys zeigt, dass rund ein Viertel der Daten auf einem Handy von einem PC stammen oder direkt aus dem Internet kommen<sup>150</sup>. Bei rund 70 Prozent der Daten dürfte es sich um Musik handeln<sup>151</sup>. Davon ist knapp 10 Prozent bezahlte (d.h. lizenzierte) Musik direkt aus dem Internet<sup>152</sup>.

Der Anteil der auf ein Handy kopierten Musik, die einer Doppelzahlung unterliegt, beträgt somit rund 8 Prozent.

*Schranke für die Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken*

Eine monetäre Bewertung der Auswirkungen ist nicht möglich. Die Folgen für die Urheber dürften jedoch gering sein, da TDM Handlungen nur in Bezug auf

149 Vgl. z.B. <http://www.zdnet.de/88159483/analyst-itunes-kommt-bei-digitaler-musik-auf-einen-marktanteil-von-74-prozent/> (Seite besucht am 30.07.2015) oder <http://www.macprime.ch/news/article/itunes-store-hat-60-marktanteil-in-der-schweiz> (Seite besucht am 30.07.2015). Weitere wichtige Anbieter im Schweizer Markt sind Amazon und Exlibris.

150 Vgl. SPICIGER-CARLSSON, PETER / IMHOF, STEPHANIE, Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys, Zürich (2011), gfs. Zwei Drittel der Daten auf einem Handy sind selbst gemacht (Fotos). Die restlichen 10 % werden nicht weiter spezifiziert.

151 Es ist davon auszugehen, dass es sich bei denjenigen Daten auf einem PC, die ab Datenträgern wie CDs sowie aus dem Internet stammen, hauptsächlich um Musik handelt. Gemäss einer Umfrage (vgl. Fn 150) kommen rund 70 % der Daten auf einem PC aus diesen Quellen, namentlich 40 % ab CDs und dergleichen sowie 30 % aus dem Internet. Bei einem Teil dürfte es sich auch um audiovisuelle Daten handeln. Der genaue Anteil geht aus den vorliegenden Angaben aber nicht hervor.

152 Insgesamt werden rund 14 % der Daten auf einem Handy vom PC überspielt und 10 % stammen direkt aus dem Internet. Der grösste Teil der restlichen Daten machen mit dem Gerät selbst gemachte Fotos aus. Rund 70 % der Daten, die vom PC überspielt werden, und rund 67 % der Daten, die direkt vom Internet heruntergeladen werden, dürften Musik sein. Insgesamt stellen also knapp 70 % der vom PC oder vom Internet bezogenen Daten Musik dar. Davon stammen rund 10 % aus direkt über das Internet lizenzierten Quellen.

Wird davon ausgegangen, dass beim Kauf über das Internet Fünferlizenzen erworben werden, und wird berücksichtigt, dass nur die erste lizenzierte Kopie von der Leerträgervergütung ausgenommen ist, heisst das, dass für vier Fünftel dieser 10 % doppelte Lizenzgebühren bezahlt werden. Dementsprechend müsste für 8 % der direkt vom Internet heruntergeladenen Musik die Leerträgervergütung angepasst werden.

In tabellarischer Darstellung:

Quelle der Daten	In % der Daten ab PC und Internet	Anteil Musik	Umrechnung in gleiche Grössenordnung, um PC- und Internet-Anteil vergleichbar zu machen	
ab PC: 14%	= 58%	70%	70% von 58% = 40%	
ab Internet: 10%	= 41%	67% (46% nicht lizenziert, 21% lizenziert)	46% von 41% = 20% 21% von 41% = 9%	→ 60% nicht lizenziert → knapp 10% direkt lizenziert

Quelle: SPICIGER-CARLSSON, PETER / IMHOF, STEPHANIE, Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys, Zürich (2011), gfs.

rechtmässig akquirierte Werke erlaubt sind und damit ihre Verwertung nicht beeinträchtigt ist. Zudem zielt das TDM nicht auf ein Lesen der Werke und damit nicht auf einen Werkgenuss ab, sondern auf eine Verarbeitung der darin enthaltenen Daten. Daten sind nicht Gegenstand des Urheberrechtsschutzes und es soll auch kein Schutz wissenschaftlicher Daten über den vom TRIPS-Abkommen vorgesehenen Testdatenschutz im Rahmen der Marktzulassung von pharmazeutischen oder agrochemischen Erzeugnissen (vgl. Art. 39 Abs. 3 des TRIPS-Abkommens) hinaus über das Urheberrecht geschaffen werden. Allfällig entgangene Verkaufserlöse werden mit einer noch auszuhandelnden Vergütung kollektiv abgegolten. Ausserdem ermöglicht die Schranke dem Wissenschaftsstandort Schweiz an Attraktivität zu gewinnen. Das gilt nicht nur für die Natur-, sondern insbesondere auch für die Sozialwissenschaften<sup>153</sup>.

#### *Verwaiste Werke*

Verwaiste Werke sind Werke, die urheberrechtlich geschützt sind, deren Urheberin oder Urheber aber nicht mehr (oder nicht mit vertretbarem Aufwand) aufzufinden ist. Eine britische Studie<sup>154</sup> schätzt den Umfang an verwaisten Werken in den öffentlichen Sammlungen des Vereinigten Königreichs auf 5 bis 10 Prozent der Bestände. Diese Zahl dürfte für die Schweiz in einer ähnlichen Grössenordnung liegen, das heisst rund 6 Millionen Medien in Schweizer Bibliotheken dürften verwaiste Werke darstellen<sup>155</sup>. Bisher ist die Nutzung von verwaisten Werken lediglich im audiovisuellen Bereich möglich. Sie ist der Kollektivverwertung unterstellt. Im Jahre 2012 haben die Verwertungsgesellschaften damit Einnahmen in der Höhe von CHF 300 erzielt<sup>156</sup>. Die Erweiterung der Schranke für die Nutzung von verwaisten Werken auf alle Werkkategorien (also insbesondere auch auf Bücher) ermöglicht einerseits deren Verbreitung und andererseits die Abgeltung der Nutzung über die kollektive Verwertung. Die zusätzlichen Einnahmen dürften sich aber auf geringem Niveau bewegen. Die Einführung einer analogen Regelung in Grossbritannien am 29. Oktober 2014 hat zwar den Zugang zu 91 Millionen Werken geschaffen<sup>157</sup>. Bis Ende Juli 2015 sind jedoch erst 276 Gesuche für die Nutzung von verwaisten Werken eingegangen<sup>158</sup>.

#### *Weitere Massnahmen*

Die Umsetzung der internationalen Verträge von Peking und Marrakesch hat keinerlei finanzielle Auswirkungen auf die Volkswirtschaft, da die entsprechenden Regelungen in der Schweiz bereits Praxis sind.

<sup>153</sup> Vgl. z.B. den Artikel «Geist unter Strom. 'Digital Humanities' und die Geisteswissenschaften» in der NZZ vom 20. Juli 2015, S. 35.

<sup>154</sup> Vgl. KORN, NAOMI, In from the Cold: An assessment of the scope of 'Orphan Works' and its impact on the delivery of services to the public, Cambridge 2009, JISC. Die British Library geht sogar davon aus, dass 40 % ihrer urheberrechtlich geschützten Werke verwaist sind; vgl. The Economist vom 2. Mai 2013, «Orphan works: No longer limbo», <http://www.economist.com/blogs/babbage/2013/05/orphan-works> (Seite besucht am 30.07.2015).

<sup>155</sup> Insgesamt stellten die Schweizer Bibliotheken 2013 fast 82 Millionen Medien zur Verfügung (vgl. die Bibliotheksstatistik des Bundesamtes für Statistik).

<sup>156</sup> Vgl. ESchK (2013), Beschluss vom 19. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 13, Nutzung von verwaisten Rechten (Ton- und Tonbildträger).

<sup>157</sup> Vgl. <https://www.gov.uk/government/news/uk-opens-access-to-91-million-orphan-works> (Seite besucht am 30.07.2015).

<sup>158</sup> Vgl. das «orphan works register» des britischen IP-Office, <https://www.orphanworkslicensing.service.gov.uk/view-register/> (Seite besucht am 30.07.2015).

Das Verzeichnisprivileg ermöglicht den Bibliotheken, Titelseiten und Inhaltsverzeichnisse von geschützten Werken in ihre Datenbanken aufzunehmen. Daraus ergibt sich für die Nutzerinnen und Nutzer der Bibliothekskataloge ein Mehrwert. Es ist auch davon auszugehen, dass ein attraktiverer Katalog zu mehr Ausleihen führt. Ein Verzeichnisprivileg würde die Rechteinhaber auch finanziell an dieser Attraktivität teilhaben lassen.

### **3.2.4 Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft**

Der «Kulturgütermarkt» ist, wie die Analysen in den Ziffern 3.2.2 und 3.2.3 zeigen, sehr heterogen. Eine nationale Statistik, die ihn als Ganzes erfasst, existiert nicht. Eine Studie zum Beitrag der immaterialgüterrechtsintensiven Branchen in Europa<sup>159</sup>, die kürzlich erschienen ist, geht davon aus, dass «copyright-intensive industries» für 4,2 Prozent des Bruttoinlandsprodukts der EU verantwortlich sind. Das dürfte in etwa auch für die Schweiz zutreffen. Die geschätzten aktuellen Umsätze und die künftige Entwicklung einiger Teilmärkte des Schweizer Kulturgütermarkts können dem Swiss Entertainment and Media Outlook 2014-2018<sup>160</sup> entnommen werden. Für den gesamten Musikmarkt mit einem Volumen von CHF 897 Mio. (2013) wird ein Wachstum von 2014 bis 2018 um durchschnittlich 1,6 Prozent im Jahr prognostiziert. Beim Filmmarkt mit einem Umsatz von CHF 508 Mio. im Jahre 2013 (und einem Schrumpfen im Vergleich zum Vorjahr um 7,8 Prozent) geht die Studie von einem jährlichen Rückgang von durchschnittlich 0,6 Prozent im selben Zeitraum aus.

Auf diese Zahlen werden die vorgeschlagenen Änderungen keinen nachweisbaren Einfluss haben. Letztere sind mehrheitlich sehr spezifisch und wirken auf eher kleine Teilmärkte ein (z.B. auf den Markt für aktuelle Pressefotografien). Dennoch tragen die Änderungen zu einem besseren Funktionieren der jeweiligen Märkte bei. Ausserdem sind bescheidene Effekte auf andere Teile der Volkswirtschaft zu erwarten. Z.B. wird die Möglichkeit, grosse noch urheberrechtlich geschützte Datenbestände technisch zu analysieren, Auswirkungen auf die Attraktivität der Schweiz als Forschungsstandort haben.

Da ein grosser Teil der Wertschöpfung insbesondere im Tonträger- und Filmmarkt ausserhalb der Schweiz anfällt<sup>161</sup>, werden auch ausländische Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber von der Sperrpflicht und den aufklärenden Hinweisen profitieren. Insgesamt stellen die vorgeschlagenen Änderungen eine ausbalancierte Anpassung des Urheberrechts an das digitale Zeitalter dar. Sie ermöglichen, dass der gesellschaftlich erwünschte Umfang an kulturellen Werken auch künftig erwartet werden kann. Sowohl der zu erwartende zusätzliche Nutzen als auch die entsprechenden Kosten sind auf alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Kulturgütermarkts relativ gleichmässig verteilt.

<sup>159</sup> Vgl. EPO, OHIM (2013), Intellectual property rights intensive industries: contribution to economic performance and employment in the European Union, S. 61 f.

<sup>160</sup> Vgl. PwC (2015), Swiss Entertainment and Media Outlook 2014-2018.

<sup>161</sup> Vgl. z.B. den Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulats 10.3263 Savary, S. 9 f.

### **3.3 Alternative Regelungen**

Es besteht immer die Möglichkeit, die Situation beim Status Quo zu belassen. Die AGUR12 hat sich aber klar für eine Modernisierung des Urheberrechts ausgesprochen. Dementsprechend ist der Status quo kein gangbarer Weg.

### **3.4 Zweckmässigkeit im Vollzug**

Die vorgeschlagenen Änderungen sind teils mit zusätzlichem administrativem Aufwand verbunden. Dieser wird bei den neuen Pflichten der Hostingdienstleister zu einem grossen Teil vom IGE getragen. Zudem sind die Anreizstrukturen möglichst so ausgelegt, dass der zusätzliche Aufwand von denjenigen zu übernehmen ist, die sich davon einen höheren Nutzen versprechen. Sollte die Massnahme keine Wirkung zeigen, ist davon auszugehen, dass sie relativ schnell eingestellt wird. Bei der Umsetzung anderer Massnahmen (z.B. beim Verleihrecht oder bei der Forschungsschranke) kann auf die bestehende Infrastruktur der Verwertungsgesellschaften zurückgegriffen werden.

## **4 Verhältnis zur Legislaturplanung und zu nationalen Strategien des Bundesrates**

### **4.1 Verhältnis zur Legislaturplanung**

Der Entwurf ist weder in der Botschaft vom 25. Januar 2012<sup>162</sup> zur Legislaturplanung 2011-2015 vorgesehen, noch im Bundesbeschluss vom 15. Juni 2012<sup>163</sup> über die Legislaturplanung 2011-2015 angekündigt. Er ist aber in der Legislaturplanung 2015-2019 vorgesehen und der Leitlinie 1, Ziel 2<sup>164</sup> zugeordnet.

### **4.2 Verhältnis zu nationalen Strategien des Bundesrates**

Der Bundesbeschluss über die Legislaturplanung 2011-2015 nennt als Massnahme zur Erreichung des Ziels 17<sup>165</sup> auch die Verabschiedung der Kulturbotschaft 2016-2019. Die Kulturbotschaft (S. 42) anerkennt im Kapitel zur Literatur, dass die Digitalisierung zu neuen Herausforderungen führt. Es sei deshalb wichtig, dass die Schweiz die technologischen Entwicklungen in diesem Bereich genau verfolge und sich aktiv daran beteilige. Dazu gehöre auch der Schutz der Urheberrechte.

Die Vorlage trägt diesem Anliegen Rechnung. Sie geht allerdings insoweit über die in der Kulturbotschaft formulierte Massnahme hinaus, als dass alle Urheber und nicht nur die Autoren und Übersetzer betroffen sind.

<sup>162</sup> BBl 2012 481

<sup>163</sup> BBl 2012 7155

<sup>164</sup> Die Schweiz sorgt für bestmögliche wirtschaftliche Rahmenbedingungen im Inland und unterstützt so ihre Wettbewerbsfähigkeit.

<sup>165</sup> Die gesellschaftliche Kohäsion wird gestärkt und gemeinsame Werte werden gefördert.

## **5 Rechtliche Aspekte**

### **5.1 Verfassungsmässigkeit**

#### **5.1.1 Vertrag von Peking und Vertrag von Marrakesch**

In Bezug auf die Genehmigung und Umsetzung des Vertrags von Peking und des Vertrags von Marrakesch stützt sich der Entwurf auf Artikel 54 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV), wonach die auswärtigen Angelegenheiten Sache des Bundes sind. Des Weiteren überträgt Artikel 184 Absatz 2 BV dem Bundesrat die Kompetenz, völkerrechtliche Verträge zu unterzeichnen und zu ratifizieren. Schliesslich überträgt Artikel 166 Absatz 2 BV der Bundesversammlung die Kompetenz, völkerrechtliche Verträge zu genehmigen; ausgenommen sind die Verträge, für deren Abschluss auf Grund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag der Bundesrat zuständig ist (siehe auch Artikel 24 Absatz 2 ParlG und Artikel 7a Absatz 1 RVOG).

#### **5.1.2 Gesetzesvorlage zur Modernisierung des Urheberrechts**

Die Grundlagen für die Änderungen des Urheberrechtsgesetzes ergeben sich aus den Artikeln 95, 122 und 123 BV<sup>166</sup>.

### **5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz**

#### **5.2.1 Vertrag von Peking und Vertrag von Marrakesch**

Das Freihandelsabkommen vom 6. Juli 2013<sup>167</sup> zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Volksrepublik China umfasst ein Kapitel über den Schutz der Rechte an geistigem Eigentum (Kapitel 11 und Anhang J). Artikel 11.3 Absatz 2 enthält eine «Best-Endeavour»-Klausel, nach der die Vertragsparteien alle erforderlichen Schritte unternehmen, um den Vertrag von Peking zu ratifizieren oder ihm beizutreten. Das Freihandelsabkommen wurde von der Bundesversammlung am 20. März 2014 genehmigt<sup>168</sup> und ist am 1. Juli 2014 in Kraft getreten. Mit der Ratifizierung des Vertrags von Peking erfüllt die Schweiz folglich auch diese Verpflichtung.

Kein völkerrechtliches Abkommen verpflichtet die Schweiz, den Vertrag von Marrakesch zu ratifizieren. Die Verpflichtungen dieses Vertrags stehen im Einklang mit den von der Schweiz eingegangenen internationalen Verpflichtungen, insbesondere im Rahmen der Berner Übereinkunft und des TRIPS-Abkommens. Der Vertrag enthält insbesondere ein Kriterium (Artikel 11), das dem in Artikel 9 Absatz 2 der Berner Übereinkunft verankerten und in Artikel 13 des TRIPS-Abkommens übernommenen Drei-Stufen-Test für Urheberrechtsbeschränkungen entspricht.

#### **5.2.2 Gesetzesvorlage zur Modernisierung des Urheberrechts**

Die vorgeschlagenen Änderungen haben keine Auswirkungen auf internationale Verpflichtungen der Schweiz.

<sup>166</sup> SR 101

<sup>167</sup> SR 0.946.292.492

<sup>168</sup> Vgl. Bundesbeschluss vom 20. März 2014 (AS 2014 1315).

### 5.3 Erlassform

Nach Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 1 bis 3 BV unterstehen völkerrechtliche Verträge in folgenden Fällen dem Referendum: wenn sie unbefristet und unkündbar sind (Ziff. 1), wenn sie den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (Ziff. 2) oder wenn sie wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Ziff. 3).

Die beiden WIPO-Verträge können jederzeit gekündigt werden. Die Kündigung tritt ein Jahr nach Erhalt der Notifizierung durch den Generaldirektor der WIPO in Kraft (Art. 28 BTAP und Art. 20 des Vertrags von Marrakesch). Jeder Mitgliedstaat der WIPO kann Partei dieser Verträge werden (Art. 23 BTAP und Art. 15 des Vertrags von Marrakesch). Da die Schweiz seit dem 26. April 1970 Mitglied der WIPO ist, kann sie die beiden Verträge ratifizieren, und diese Ratifizierung bedeutet nicht den Beitritt zu einer internationalen Organisation. Folglich sind die Ziffern 1 und 2 von Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d BV nicht auf diese Verträge anwendbar.

Nach Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV unterstehen völkerrechtliche Verträge, die «wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen» erfordert, ebenfalls dem fakultativen Referendum. In Anlehnung an Artikel 22 Absatz 4 ParlG gilt eine Bestimmung eines Staatsvertrags dann als «rechtsetzend», wenn sie auf unmittelbar verbindliche und generell-abstrakte Weise Pflichten auferlegt, Rechte verleiht oder Zuständigkeiten festlegt. Unter wichtigen Bestimmungen sind solche zu verstehen, die gemäss Artikel 164 Absatz 1 BV im innerstaatlichen Recht in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen wären. Laut Artikel 164 Absatz 1 Buchstabe c BV gehören die grundlegenden Bestimmungen über die Rechte und Pflichten von Personen zu dieser Kategorie.

Der Vertrag von Peking erweitert im Wesentlichen den Schutz des WPPT für die ausübenden Künstler auf die Schauspieler. Der schweizerische Gesetzgeber ging über die für die Umsetzung des WPPT im Schweizer Recht damals notwendigen Anforderungen hinaus und gewährte den Schauspielern und ausübenden Künstlern den gleichen Schutz. Somit wurde die auf internationaler Ebene herrschende Ungleichbehandlung auf nationaler Ebene beseitigt. Obwohl die Ratifizierung des Vertrags von Peking heute keine Änderung des Schweizer Rechts erfordert, enthält der Vertrag wichtige rechtsetzende Bestimmungen. Er umfasst nicht nur allgemeine, sondern auch Self-Executing-Bestimmungen (z.B. Art. 5 und 10 BTAP). Folglich untersteht der Bundesbeschluss zur Genehmigung seiner Ratifizierung dem fakultativen Referendum.

Der Vertrag von Marrakesch enthält im Wesentlichen Pflichten für den Gesetzgeber der Vertragsparteien. Im Schweizer Urheberrecht gibt es bereits heute eine Schranke zugunsten von Menschen mit Behinderungen (vgl. Art. 24c). Ihr Anwendungsbereich erstreckt sich unter anderem auf Blinde sowie Seh- und Lesebehinderte. Obwohl diese Bestimmung die meisten Verpflichtungen des Vertrags abdeckt, ist eine Änderung für die Einfuhr von Werkexemplaren in einer zugänglichen Form nötig (vgl. Erläuterungen in Ziffer 2.4.1). Der Vertrag von Marrakesch enthält also Bestimmungen, die der Form des Bundesgesetzes bedürfen. Ferner ist der Geltungsbereich der Schranke in Übereinstimmung mit dem Vertrag von Marrakesch genauer zu umschreiben. Daraus folgt, dass der Vertrag dazu wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthält. Entsprechend ist der

Bundesbeschluss zur Genehmigung seiner Ratifizierung dem fakultativen Referendum zu unterstellen.

#### **5.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse**

Die Kriterien für ein qualifiziertes Mehr im Sinne von Artikel 159 Absatz 3 BV sind nicht erfüllt. Es ist keine Unterstellung unter die Ausgabenbremse erforderlich.

#### **5.5 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen**

Artikel 66i überträgt dem Bundesrat die Kompetenz, die Organisation und das Verfahren der Schlichtungsstelle auf Verordnungsstufe zu regeln. Die Delegation trägt dem Spielraum Rechnung, den das RVOG<sup>169</sup> dem Bundesrat in der Organisation der Bundesverwaltung einräumt (Art. 8 RVOG).

Artikel 13a Absatz 3 der vorgeschlagenen Ergänzung des IGEG delegiert dem Bundesrat die Befugnis, die Bemessung der Aufsichtsabgabe näher zu regeln. Es geht dabei u.a. um die Regelung der Bemessungsgrundlagen. Die Delegation an den Bundesrat entlastet das Gesetz und rechtfertigt sich damit, dass der Bundesrat den konkreten Umständen besser Rechnung tragen und flexibler auf Änderungen der Verhältnisse reagieren kann.

#### **5.6 Datenschutz**

Artikel 66j klärt den zulässigen Umfang der Datenbearbeitung zur Bekämpfung von Verletzungen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte über Peer-to-Peer-Netzwerke. Die Bestimmung lässt die Rechte und Pflichten des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG)<sup>170</sup> unberührt.

Die Umsetzung des Vertrags von Peking und des Vertrags von Marrakesch hat keinerlei Auswirkungen in Sachen Datenschutz.

<sup>169</sup> SR 172.010

<sup>170</sup> SR 235.1