

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

Per E-Mail an: revision_urg@ipi.ch

8. April 2016

Stellungnahme zur Vernehmlassung zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (URG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 haben Sie uns eingeladen, zur Revision des Urheberrechtsgesetzes (URG) Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economie suisse hat bei seinen Mitgliedern – bestehend aus 100 Branchenverbänden, 20 kantonalen Handelskammern sowie grösseren Einzelunternehmen – eine Konsultation durchgeführt und nimmt gestützt darauf aus einer übergeordneten gesamtwirtschaftlichen Sicht Stellung. Wir konzentrieren uns auf eine grundsätzliche, branchenübergreifende Beurteilung der Vorlage, da durch unsere Mitglieder aufgrund ihrer spezifischen Interessen und Betroffenheit von den geplanten Massnahmen zur Pirateriebekämpfung unterschiedliche Akzente gesetzt wurden. Bezüglich der spezifischen Anliegen der direkt betroffenen Kreise verweisen wir auf die separaten Eingaben unserer besonders betroffenen Mitglieder, insbesondere eBay, ICT Switzerland, ifpi Schweiz, SWICO, Swisscom, Swissdigital, Verband Schweizer Medien (VSM) und Verband Schweizer Privatradios (VSP). Wir unterstützen die entsprechenden Anliegen, soweit sie der nachstehenden Stellungnahme nicht widersprechen.

Zusammenfassung:

Kernanliegen der Revision ist es, die Online-Piraterie zu bekämpfen. economie suisse unterstützt generell die wirksame Durchsetzung von Immaterialgüterrechten und entsprechend auch des Urheberrechts. Die Massnahmen zur Durchsetzung dürfen aber nicht überschliessend sein. Soweit bei der Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen im Internet Lücken bestehen,

sind diese zu schliessen, wobei die legitimen Interessen aller Beteiligten austariert werden müssen. Die im Vorentwurf vorgeschlagenen Massnahmen sind in weiten Teilen praxisfremd, kompliziert und kostentreibend. Wir erachten sie als unverhältnismässig und zur Eindämmung der Piraterie teilweise unwirksam. In dieser Form lehnen wir daher die Massnahmen ab und beantragen eine grundlegende Überarbeitung anhand der Erwägungen in dieser Stellungnahme. Die Wirtschaft braucht konstruktive, praxistaugliche und einfach umsetzbare Lösungen im Umgang mit Urheberrechten. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht ist die Funktionsfähigkeit des Internets als zentrale Infrastruktur der Wirtschaft und der Informationsgesellschaft dabei prioritär.

Insgesamt kritisieren wir, dass der Vorentwurf in diversen Punkten – gerade auch bei Regelungsgegenständen, bei denen die Teilnehmenden der AGUR 12 eine grundsätzliche Einigung erzielt hatten – über die Empfehlungen der AGUR 12 hinausgehen.

Explizit begrüssen wir hingegen die Regelungen betreffend der Abschaffung der Mehrfachbelastung auf Leerträger, die Verwendung von verwaisten Werken sowie die Verwendung von Werken zu wissenschaftlichen Zwecken.

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Das Urheberrecht hat wie die anderen Rechte des geistigen Eigentums eine wichtige Anreizfunktion für Investitionen. Die Anpassung des URG an das digitale Zeitalter ist von entsprechender wirtschaftlicher Relevanz. Hierbei muss ein Ausgleich der verschiedenen Interessen gefunden werden. Die anbietenden Unternehmen sind auf einen griffigeren Rechtsschutz angewiesen, um rascher und effizienter gegen Online-Piraterie vorgehen zu können. Aus Sicht der nutzenden Unternehmen darf der für die Wirtschaft wichtige Zugang zu Informationen nicht behindert werden; das gilt im Übrigen auch für die Forschung im universitären Umfeld. Ebenso zu berücksichtigen sind die Anliegen der Bereitsteller von Infrastruktur, denen eine Vermittlerrolle zukommt. Massnahmen zur Durchsetzung von Urheberrechten müssen gesetzesmässig und verhältnismässig sein, in den Verfahren müssen die rechtsstaatlichen Grundsätze gewährleistet sein, und Verfahrenskosten haben grundsätzlich diejenigen zu tragen, welche die Massnahmen zur Durchsetzung ihrer spezifischen Rechte in Anspruch nehmen.

Das Internet ist eine zentrale Infrastruktur der Wirtschaft, die mit der rasant fortschreitenden Digitalisierung immer mehr an Bedeutung gewinnen wird. Daher müssen Regulierungen, die das Internet betreffen, stets aus einer Gesamtoptik und nicht unter dem Aspekt von Individualinteressen betrachtet werden. Schutz-, Durchsetzungs- und Kommunikationsinteressen müssen in eine Balance gebracht werden. Im Zweifelsfall muss der Funktionsfähigkeit des Internets Vorrang zukommen. Daran misst *economiesuisse* alle Regulierungen, unabhängig davon ob sie als Gesetze oder Selbstregulierung formuliert sind. Generell sind freiwillige Massnahmen und Vereinbarungen unter den Marktteilnehmern gesetzlichen Regeln vorzuziehen. Sie sind meist einfacher sowie effizienter umzusetzen und ermöglichen eine schnellere und aktivere Anpassung an veränderte Marktverhältnisse als gesetzlich verankerte Normen. Gerade wegen der Schnelligkeit der Internettechnologien ist überdies auf eine technologieneutrale Gesetzesterminologie zu achten. Die individuelle Verwertung von Urheberrechten ist grundsätzlich der Kollektiven vorzuziehen. Mehrfachbelastungen für die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Inhalten sind zu vermeiden.

Insgesamt braucht die Wirtschaft konstruktive, praxistaugliche und einfach umsetzbare Lösungen im Umgang mit Urheberrechten. Der Staat darf die Entwicklung neuer (legaler) Geschäftsmodelle nicht durch rigide einseitige Vorschriften behindern oder verunmöglichen.

Insbesondere nicht, um in erster Linie bestehende Modelle zu schützen und (veraltete) Strukturen zu erhalten. Wettbewerbsverzerrungen sind zu vermeiden.

Generell kritisch beurteilen wir, dass der Vorentwurf in diversen Punkten – gerade auch bei Regelungsgegenständen, bei denen die Teilnehmenden der AGUR 12 eine grundsätzliche Einigung erzielt hatten – über die Empfehlungen der AGUR 12 hinaus geht. Es ist überraschend, dass zuerst ein für alle Beteiligten zeit- und kostenaufwendiger Dialog durchgeführt wird und danach die Vorlage ohne ersichtlichen Grund gemeinsam entwickelte Resultate nicht berücksichtigt.

2. Beurteilung der Massnahmen zur Bekämpfung von Online-Piraterie (Art. 62a ff. VE-URG)

Das Kernanliegen der Revision ist es, die Durchsetzbarkeit von Urheberrechten im Online-Bereich zu stärken. Heute anerkanntermassen bestehende Hindernisse sollen durch eine Anpassung des URG an das digitale Zeitalter beseitigt werden.

economiesuisse anerkennt das Ziel, Online-Piraterie zu bekämpfen. Das Risiko für Folgeverletzungen ist bei illegal ins Internet gestellten Werken (Filme, Musik, Texte) hoch. Urheberrechtsmissbräuche führen bei den Urhebern sowie der nachgelagerten Urheberrechtsindustrie zu Verdiensteinbussen. Deren Anliegen, wirksam dagegen vorgehen zu können, ist berechtigt. Geistiges Eigentum hat nur einen Wert, wenn der Rechteinhaber (Urheber und Leistungsschutzberechtigte) sein Recht wirksam gegenüber potenziellen Verletzern durchsetzen kann. Auch im Internet muss eine effiziente Durchsetzung von Rechten gewährleistet sein. In der Schweiz wird der Download von Inhalten aus illegaler Quelle als zulässiger Privatgebrauch gewertet (hier drängt sich auch keine Veränderung auf, zumal kollektive Tarife für Speichernutzungen bestehen). Mit dem "Logistep"-Entscheid des Bundesgerichts vom 8. September 2010 (BGE 136 II 508) wurde aber die Nachforschung bei Urheberrechtsverletzungen – und damit die Rechtsdurchsetzung – aus datenschutzrechtlichen Gründen erschwert.

Der Bundesrat will daher eine klare gesetzliche Grundlage zur Bekämpfung von Urheberrechtsmissbräuchen im Internet schaffen, mit der die legitimen Interessen aller Beteiligten austariert werden und die heutige gesetzliche Lücke geschlossen wird. Weil sich die von der AGUR12 empfohlenen Massnahmen über die Verfahrensparteien, d.h. über Rechteinhaber und Verletzer hinaus auch auf Dritte auswirken, **müssen die Rechte und Pflichten sämtlicher betroffener Akteure eindeutig definiert werden.** Direkt betroffen sind insbesondere die Internetserviceprovider (ISP), bei denen technisch am einfachsten angesetzt werden kann und denen aus diesem Grund umfangreiche Mitwirkungspflichten auferlegt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zivilrechtliche Ansprüche im Grundsatz von Privaten über die Gerichte durchgesetzt werden müssen, notfalls mittels provisorischer Massnahmen. Wenn nun mit der Urheberrechtsrevision eine Sonderregelung geschaffen wird, indem den Intermediären Mitwirkungspflichten übertragen werden, so ist darauf zu achten, dass von diesem Grundsatz so wenig wie möglich abgewichen wird.

Die vorgesehene (temporäre oder dauerhafte) Entfernung von Netzinhalten und Netzsperrern tangieren zudem die Freiheit und Offenheit des Internets. **Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht ist die Funktionsfähigkeit des Internets als zentrale Infrastruktur der Wirtschaft und der Informationsgesellschaft prioritär.** Eingriffe müssen daher verhältnismässig sein und so ausgestaltet werden, dass unerwünschte Auswirkungen auf die sich legal verhaltenden Betroffenen minimal sind.

Die im Entwurf vorgeschlagenen Massnahmen zur Pirateriebekämpfung erfüllen das Verhältnismässigkeitserfordernis nicht. Hier sehen wir erheblichen Nachbesserungsbedarf. Die

Bestimmungen zielen wohl auf einen Interessenausgleich ab; sie sind jedoch in weiten Teilen praxisfremd, kompliziert und wirken dabei kostentreibend. Einfache Lösungen sind letztlich auch deshalb notwendig, weil das Gesetz nicht nur von den Spezialisten der Anspruchsgruppen, sondern auch von den Bürgerinnen und Bürgern und der Politik nachvollzogen werden können soll. Weiter bezweifeln wir die Wirkung der Massnahmen im Kampf gegen die Internetpiraterie zumindest zum Teil.

2.1 Pflichten für Hosting Provider beim zentralisierten System: Take-down, Stay-down; Selbstregulierung (Art. 66 b und c VE-URG)

Nach Art. 66b VE-URG muss der Hosting Provider auf Mitteilung (Notice) des Rechteinhabers den mutmasslich rechtsverletzenden Inhalt vom Server sperren/entfernen (Take-down, Abs. 1). Gleichzeitig muss er die Mitteilung an den Kunden, der das betreffende Werk ins Internet gestellt hat, weiterleiten und ihn darüber informieren, dass er die Möglichkeit hat, der Sperrung/Entfernung zu widersprechen und dass diesfalls seine Identität bekannt gegeben wird (Abs. 2). Widerspricht der Kunde, wird das Werk umgehend wieder hochgeladen, bis die Angelegenheit vor Gericht geklärt werden konnte (Abs. 3). Erfolgt kein Widerspruch oder wird das Werk nach dem Gerichtsverfahren wieder gesperrt/entfernt, muss der Hosting Provider im Rahmen des technisch Machbaren und wirtschaftlich Zumutbaren verhindern, dass das Werk erneut über seine Server angeboten wird (Stay-down, Abs. 4). Diese Pflicht soll nicht gelten für Hosting Provider, die einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) angeschlossen sind (Art. 66c Abs. 2 VE-URG). Einer SRO können sich allerdings nur Hosting Provider mit Sitz in der Schweiz anschliessen (Art. 66c Abs. 1 VE-URG).

Die Regelung soll gemäss erläuterndem Bericht für Hosting Provider „im weitesten Sinn“ gelten. Aufgrund der unglücklich gewählten Terminologie ist sie potenziell auf einen sehr weiten Kreis von Unternehmen anwendbar.

economiesuisse fordert die Streichung von Art. 66 b und c VE-URG. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb ausgerechnet der Bereich von Hosting-Dienstleistungen, der nicht dem FMG untersteht und in welchem deshalb Selbstregulierungsmassnahmen möglich sind, am kompliziertesten geregelt werden soll. Die vorgeschlagene Regelung schafft mehr Probleme, als dass von ihr ein Nutzen für die Bekämpfung der Piraterie ausgehen würde. Sie geht mit einer *gesetzlichen* Take-down-Verpflichtung für alle Hosting Provider im weitesten Sinn (und nicht nur für jene, deren Geschäftsmodell offensichtlich auf Rechtsverletzungen durch die Nutzer angelegt ist oder die solche absichtlich fördern) sowie einer Stay-down-Verpflichtung, die als Ansatzpunkt ebenfalls für alle Anbieterinnen gilt und eine aktive Angebotsüberwachung notwendig macht, weit über die Empfehlungen der AGUR12 hinaus. Diese ausgeweiteten Pflichten belasten die Unternehmen unverhältnismässig. Der administrative Zusatzaufwand kann vor allem für Start-Ups investitionshemmend wirken und Markteintritte verhindern. **Auf eine zusätzliche Regulierung sollte verzichtet werden. Für Hosting Provider gibt es bereits die wirksame Selbstregulierung** der Swiss Internet Industry Association (SIMSA). Die Branchenvereinbarung wird regelmässig evaluiert und auch externe Gremien wie die AGUR12 bestätigen dessen Funktionieren und Nutzen. An dieser Selbstregulierung soll festgehalten werden. Sie sollte auch nicht zum Gegenstand eines formellen Gesetzes gemacht werden, da der Selbstregulierung – wo sie möglich ist – der Vorrang gegenüber einer staatlichen Regulierung zu geben ist.

Sollte dennoch am vorgesehenen Ansatz festgehalten werden, beantragen wir eine Überarbeitung unter Berücksichtigung folgender Punkte:

- **Zur Terminologie des Hosting Providers: Der umständliche Begriff „Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste“ sollte auf keinen Fall Eingang ins URG finden. Hier ist der Begriff überschüssend und schädlich.** Der VE-URG übernimmt den Begriff „Anbieterinnen von abgeleiteten Kommunikationsdiensten“ aus dem BÜPF (Art. 66b Abs. 1 VE-URG). Darunter sind „Anbieterinnen von Diensten, die gestützt auf Fernmeldedienste (d.h. IP-basiert) eine Einweg- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen“ zu verstehen (Art. 2 Abs. 2 lit. c BÜPF). Cloud-Storage-Dienste, die das Hochladen von Dokumenten für den privaten Gebrauch ermöglichen, könnten ebenso betroffen sein wie auch reine Server-Hosting-Dienste, VoIP-Telefonie und Messaging-Dienste. Betroffen können selbst Restaurants oder Postautos sein, die Ihren Gästen über WLAN Zugang zum Internet ermöglichen. **Der gewählte Begriff ist potentiell uferlos und es ist bereits heute nicht klar, wo die Abgrenzung verläuft. Eine Übernahme des Begriffs vom BÜPF ins URG ist auch deshalb verfehlt, weil die beiden Gesetze gänzlich andere Zwecke verfolgen. Im URG muss der Begriff des Hosting Providers klar abgegrenzt definiert werden. Dies gilt umso mehr, als den Anbieterinnen im URG nicht nur Duldungspflichten, sondern weitgehende Mitwirkungspflichten auferlegt werden.**

Sehr problematisch erscheint uns auch, dass einerseits wegen des sehr weiten persönlichen Geltungsbereichs von Art. 2 Abs. 2 lit. c BÜPF unzählige interaktive oder kollaborative Web 2.0-Dienste potenziell von Art. 66b VE-URG erfasst werden, dass die Bestimmung aber andererseits eigentlich auf das Modell klassischer Hosting Provider gemünzt zu sein scheint. Dies wird in Art. 66b Abs. 3 Satz 3 deutlich, wo Pflichten zur Bekanntgabe der Identität der Nutzer statuiert werden. In der Regel werden aber solche Web 2.0-Dienste den gesetzlich vorgesehenen Pflichten (Mitteilung an Kunden über Take-down mit Information über Widerspruchsmöglichkeit, Bekanntgabe der Identität des Kunden für gerichtliche Klärung) gar nicht nachkommen können, weil sie die Identität der Plattform-Nutzer nicht kennen (für Internetnutzer kann es sehr gute datenschutz- und persönlichkeitsrechtlich motivierte Gründe geben, anonym zu bleiben). Folglich bliebe offenbar nur eine Sperrung von Inhalten, die dann aber ohne Widerspruchsmöglichkeit und gerichtliche Beurteilung erfolgen würde, was aus rechtsstaatlichen Gründen zu vermeiden ist.

- **Notice-and-Take-down-Verfahren: Es bräuchte bestimmte formale und inhaltliche Mindestvorgaben für die Verletzungsmitteilung an den Hosting Provider** (z.B. Absender, Zusicherung von Berechtigung, genaue Bezeichnung der beanstandeten Inhalte, Begründung der Unzulässigkeit etc.). Ansonsten könnten ohne jede Begründung die Löschung von missliebigen Inhalten erwirkt werden. Das Instrument des unmittelbaren Take-down würde geradezu zum Missbrauch einladen. Es dürfte auch von Personen verwendet werden, die sich aus anderen Gründen an Inhalten stören (etwa wegen behaupteter Verletzung von Persönlichkeitsrechten oder unlauteren Wettbewerbs oder aus Konkurrenzgründen).
- **Die Stay-Down-Verpflichtung beurteilen wir als unverhältnismässig.** Sie sollte der Stossrichtung der AGUR12 zufolge die schwarzen Schafe unter den Hosting Providern treffen, die systematische Rechtsverletzungen ihrer Kunden zum Geschäftsmodell machen. Die im Entwurf vorgesehene gesetzliche Pflicht zum Stay-down trifft nun jedoch, entgegen der Diskussion in der AGUR12, als Ausgangspunkt alle Hosting Provider (im sehr weiten Sinne des BÜPF). In diesem Punkt müsste die Regelung wieder auf den Konsens der AGUR12 beschränkt werden.
- **Ausländischen Hosting Providern – die mit ihren Diensten durchaus in den Anwendungsbereich des Schweizer URG gelangen können – ist der Weg, sich einer Selbstregulierungsorganisation anzuschliessen, verschlossen** (Art. 66 c Abs. 1 VE-URG). Dadurch werden sie Anbieterinnen, deren Geschäftsmodell auf der Förderung systematischer

Verletzungen aufbaut, gleichgestellt und **in fragwürdiger Weise diskriminiert** (Art. 8 und 27 BV sowie Prinzip der Inländerbehandlung nach Art. XVII Allgemeines Abkommen über den Dienstleistungshandel der WTO [GATS]).

- **Der Umstand, dass der Umfang der Stay-down-Verpflichtung nicht näher umschrieben ist („im Rahmen des technisch Machbaren und wirtschaftlich Zumutbaren“), schafft regulatorische Risiken für die Unternehmen.** Je nach Umfang der Pflichten wird der Betrieb eines sozialen Netzwerks, eines Video- oder eines Musikdiensts (wie z.B. Soundcloud) wirtschaftlich schnell unattraktiv oder unmöglich. Ausserdem würde die Regelung die in der Schweiz domizilierten Anbieterinnen benachteiligen, da die Gefahr besteht, dass Kunden zu ausländischen Providern wechseln, die keinen vergleichbaren Pflichten unterliegen. Die Stay-Down-Pflicht würde die Schweiz als IT-Standort schwächen.
- **Es bleibt auch unklar, wie ein Hosting Provider der Stay-down-Verpflichtung technisch nachkommen soll.** Automatisierte Verfahren, welche Inhalte ausreichend treffsicher aus einem Angebotsbestand entfernen oder fernhalten, gibt es anerkanntermassen nicht. Ebenso erscheint eine Verpflichtung, den gesamten Angebotsbestand fortwährend auf mögliche neuerliche gleichartige Verstösse hin zu untersuchen, unverhältnismässig. In der Europäischen Union etwa wäre eine solche Verpflichtung unvereinbar mit Art. 15 der E-Commerce-Richtlinie, der eine Pflicht zur generellen Überwachung der gespeicherten Inhalte ausschliesst. Ohne aber sämtliche von Dritten zur Speicherung neu hochgeladenen Inhalte auf bestimmte, mit früher gemeldeten Inhalten übereinstimmende Merkmale hin zu überprüfen, kann einer Stay-Down-Verpflichtung nicht nachgekommen werden. Insofern sich die vorgeschlagene Regelung im Widerspruch zu den Haftungsbegrenzungen der E-Commerce Richtlinie stellt, würde der Standort Schweiz für die Internetwirtschaft gegenüber der EU an Attraktivität verlieren.
- **Überdies sollte auf die Übernahme der deutschen Rechtsprechung der "Störerhaftung" verzichtet werden, umso mehr, als diese in der EU einzigartig ist und als europarechtlich problematisch angesehen wird.** Eine Übernahme der „Störerhaftung“ würde dazu führen, dass die in Deutschland ausufernde Haftung für Intermediäre und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit auch in die Schweiz Einzug hält, obwohl aufgrund neuerer EuGH-Rechtsprechung Tendenzen erkennbar sind, wonach der BGH seine Rechtsprechung in diesem Bereich wieder korrigiert.

2.2 Pflichten für Access Provider beim zentralisierten System: Zugangssperren bei offensichtlich widerrechtlichen Piraterieseiten (Art. 66d VE-URG)

Der Vorentwurf sieht die Anordnung von IP- und DNS-Blocking-Massnahmen vor: Macht ein „Angebot“ ein Werk „in offensichtlich widerrechtlicher Weise“ zugänglich und kann nicht auf den Hosting Provider zugegriffen werden, kann der Rechteinhaber beim IGE beantragen, dass der Zugang zu diesem Angebot durch den Access Provider gesperrt wird. Dieser Rückgriff auf den Access Provider stellt eine Eskalationsstufe dar in Fällen, in denen der Rechteinhaber vom Hosting Provider keine Entfernung des Inhalts (Take down) verlangen kann, weil dieser seine Herkunft verschleiert oder den Sitz im Ausland hat.

economiesuisse lehnt Internetsperren grundsätzlich und insbesondere auch im URG ab. Sie bedeuten quasi eine Internetzensur und können technisch leicht umgangen werden. Überdies besteht immer die Gefahr eines Overblockings, d.h. dass ungewollt auch legale Inhalte unzugänglich werden. Gemäss dem erläuternden Bericht besteht ausserdem die Gefahr, dass

Massnahmen zur Umgehung von Zugangssperren die Stabilität des Internets beeinträchtigen können. Angesichts dieser verschiedenen Probleme verneinen wir die Verhältnismässigkeit der vorgesehenen Sperren. Der von ihnen erhoffte Nutzen vermag ihre Nachteile nicht zu überwiegen.

Sollte dennoch an den Sperren festgehalten werden, wären diese auf ein absolutes Minimum zu beschränken. Eine Sperrung soll nur dann verlangt werden können, wenn eine *schwerwiegende* Verletzung vorliegt. Alles andere wäre mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht vereinbar. Will man ein Overblocking vermeiden, sind die Voraussetzungen, unter denen eine Sperrung verfügt werden kann, explizit zu nennen. Art. 66d Abs. 1 und 2 VE-URG wären so zu präzisieren, dass schon aus dem Wortlaut klar hervorgeht, dass diese Massnahme nur bei schwerwiegenden Verletzungen und Internetseiten, die hauptsächlich Piraterieangebote beherbergen, zur Verfügung steht. Die vorausgesetzte Schwere wäre bezogen auf alle Werke des Angebots zu beurteilen. Ansonsten könnte selbst YouTube gesperrt werden.

Darüber hinaus möchten wir betonen, dass eine derartige Regelung im URG keinesfalls als Präzedenzfall für andere Rechtsbereiche gelten kann, dürften vermutlich die Rufe nach Internetsperren von anderen Anspruchsgruppen nicht lange auf sich warten lassen.

2.3 Pflichten für Access Provider bei dezentralen Tauschsystemen: Aufklärungshinweise, Information und Teilnehmeridentifizierung (Art. 62a, 66g und 66j VE-URG)

Die Vorlage sieht vor, dass ein Rechteinhaber bei schwerwiegenden Urheberrechtsverstössen in P2P-Netzwerken vom Gericht verlangen kann, dass der Access Provider ihm die Identität des Anschlussinhabers für die anschliessende gerichtliche Klärung bekanntgibt. Zuvor müssen drei Verletzungs-Mitteilungen von Rechteinhabern an den Access Provider ergangen sein, und der Access Provider muss erstens dem Teilnehmer zwei aufklärende Warnhinweise zugestellt haben und anschliessend den Rechteinhaber über seine weiteren Möglichkeiten informiert haben.

Wir bezweifeln zwar, dass das Bearbeiten von für die Nachforschung bei Urheberrechtsverletzungen notwendigen Daten überhaupt gegen das Datenschutzgesetz (DSG) verstösst bzw. dass ein entsprechendes datenschutzrechtliches Verbot dem Sinn des DSG entspricht. Denn der Datenschutz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit, und nicht etwa der Verschleierung widerrechtlichen Handelns. Davon abgesehen **anerkennen wir aber die Notwendigkeit einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, um illegal handelnde Nutzer identifizieren zu können. Es ist nicht akzeptabel, dass sich Personen, die widerrechtlich Werke in P2P-Netzwerken anbieten, der Verfolgung aufgrund datenschutzrechtlicher Bestimmungen entziehen können.** Den Rechteinhabern soll es ermöglicht werden, unter Wahrung des Datenschutzes an die Informationen zu gelangen, die sie benötigen, um zivilrechtlich gegen Internetpiraten vorgehen zu können. **Allerdings halten wir den im Vorentwurf vorgesehenen Mechanismus für viel zu schwerfällig und nicht zielführend. Wir beantragen eine Überarbeitung bezüglich nachfolgender Punkte:**

- **Art. 66g VE-URG: Das Mitteilungs- bzw. Hinweisverfahren ist äusserst komplex und sowohl für den Rechteinhaber als auch für den Provider unverhältnismässig aufwendig.** Drei Mitteilungen an den Provider und zwei Hinweise an den Anschlussinhaber entsprechen nicht dem AGUR 12-Kompromiss und – der zweite Hinweis ist mit eingeschriebener Briefpost zu versenden – auch nicht dem digitalen Zeitalter. Zudem zieht sich das dreistufige Verfahren mit einer minimalen Wartefrist von vier Monaten, bevor der zivilgerichtliche Weg offen steht, zu lange hin. Gerade beim Schutz von Primärverwertungen (Art. 62a Abs. 4a VE-URG) ist der grösste Schaden

dann schon entstanden, denn digital verfügbare Werke erzielen in der Praxis die grössten Einnahmen in den ersten Wochen nach ihrer Veröffentlichung.

Nicht praktikabel ist auch, dass die drei Mitteilungen nicht vom gleichen Rechtsinhaber kommen oder das gleiche Werk betreffen müssen. Dadurch wird der Access Provider gezwungen, für jeden Kunden bzw. für jedes Werk ein eigenes Konto zu führen.

- **Art. 66j VE-URG: Für die Limitierung der Berechtigung zur Datenbearbeitung sollte ein anderes Kriterium anwendbar sein, die „schwerwiegende“ Verletzung ist dafür nicht geeignet.** Ziel der Bestimmung ist die Schaffung einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, damit Rechteinhaber die Informationen sammeln können, die sie zur Wahrung ihrer Rechte benötigen (vgl. Art. 66g und Art. 62a VE-URG). Der vorgeschlagene Rechtfertigungstatbestand reicht dafür jedoch nicht aus. In vielen Fällen wird überhaupt erst anhand der gesammelten Daten bzw. (bei dynamischen IP-Adressen) nach der gerichtlich angeordneten Teilnehmeridentifizierung erkennbar, ob es sich um eine schwerwiegende Verletzung handelt. D.h. der Rechteinhaber wird erst nachträglich feststellen können, ob er die Daten erheben durfte.

Beim Selektionskriterium „schwerwiegende Verletzung“ besteht noch eine andere ungelöste Schwierigkeit: Wir begrüssen, dass der Entwurf – dem Willen der AGUR12 entsprechend – die Verfolgung auf schwerwiegende Verletzungshandlungen auf Tauschplattformen beschränkt. Damit wird verhindert, dass ohne vorgängige Triage Warnhinweise „aufs Geratewohl“ versendet werden. Allerdings ist **ungeklärt, wie die materielle Vorprüfung über das Vorliegen einer schwerwiegenden Verletzung erfolgen soll, die nun aber Voraussetzung ist, um den vorgerichtlichen Prozesses in Bewegung zu setzen** (Datenbearbeitung, Meldungen, Warnhinweise, Gesuch um Teilnehmeridentifikation). Es ist richtig, dass der Entwurf diese Prüfung nicht dem Access Provider überantwortet, dieser darf nicht zu einem verlängerten Rechtssprechungsorgan werden. Gleichzeitig ist jedoch für den Rechteinhaber vor der Identifikation eines Anschlusses nicht immer vorab feststellbar, ob dieser für eine schwerwiegende Verletzung verwendet wurde (insbesondere wenn dynamische IP-Adressen verwendet werden).

- **Art. 62a Abs. 4 VE-URG: Die (abschliessende) Definition „schwerwiegenden Verletzung“ ist lückenhaft und daher ungeeignet:** Die erste Fallgruppe greift zu kurz; und für die zweite kann es nicht darauf ankommen, dass die widerrechtlich zugänglich gemachten Werke tatsächlich verfügbar sind. Es sollte entweder die Störung der vorgängigen Auswertung eines Werks oder die grosse Zahl genügen.
- **Art. 66g und j VE-URG: Das URG sollte weiterhin technologieneutral ausgestaltet bleiben.** Der im Vorentwurf verwendete Begriff des „P2P-Netzwerks“ bewirkt eine Festlegung auf eine bestimmte Filesharing-Technologie, die bald schon veraltet sein könnte.

2.4 Haftungsausschluss für ISP

Wir begrüssen, dass als Gegenstück zu den neuen, verwaltungsrechtlichen Pflichten der ISP in Art. 66k VE-URG auch Haftungsausschlüsse vorgeschlagen werden. Wenn den ISP gesetzliche Mitwirkungspflichten auferlegt werden, muss auch ihre Haftungsbefreiung klar und umfassend geregelt sein. Indem die Bestimmung aber auf der Befolgung der komplexen Pflichten aus den vorgängigen Artikeln aufbaut (nur bei der Befolgung entfällt die Haftung), lässt sie Raum für unterschiedliche Interpretationen. Sie sollte daher dahingehend präzisiert werden, dass sichergestellt ist, dass ein ISP,

der die gesetzlichen Pflichten mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt ausführt, für alle Vorgänge rund um die Erfüllung haftungsbefreit ist.

3. Beurteilung weiterer Revisionspunkte

3.1 Verleihrecht / Bibliothekstantieme (Art. 13 VE-URG):

In Verkehr gesetzte Werkexemplare dürfen weiterverbreitet werden. Dazu gehört auch das Vermieten und Verleihen. Heute sieht Art. 13 Abs. 2 lit. c URG explizite keine Vergütung für das unentgeltliche Verleihen von Werkexemplaren vor z.B. in einer Bibliothek vor. Die durch den Verleih entstehende Mehrnutzung im Vergleich zum Kauf von Büchern durch Private wird nicht entschädigt. Die vorliegende Revision des Urheberrechts möchte dies ändern und neu eine Vergütung für das Verleihen einführen.

economiesuisse lehnt diese Bestimmung ab, der geltende Art. 13 URG soll unverändert beibehalten werden. Die Schaffung eines – von der AGUR12 bewusst nicht empfohlenen – neuen Urheberrechts auf den Verleih bedeutet in erster Linie eine Verschiebung des Interessengewichts zulasten der Bibliotheken und Nutzer und zugunsten der Buchverlage. Sie schadet dem freien Wissensaustausch. Bibliotheken fördern grundsätzlich die Informationskompetenz und erfüllen damit einen gesellschaftlichen, kultur- und bildungspolitischen Auftrag. Es ist auch Teil dieses Auftrags, der Allgemeinheit kostengünstigen und möglichst umfassenden Zugang eben zu Information, Wissen und Kultur zu verschaffen. Die Ausleihe in Bibliotheken dürfte ohnehin zu nur geringeren Einnahmen der Urheber führen, da der Zweck der Volksbibliotheken ja gerade darin besteht, Werke gerade jenen Bevölkerungsschichten zugänglich zu machen, die sie sonst nicht kaufen würden. Mit der Anschaffung der Werke bezahlen die Verleihinstitutionen einen Preis und leisten damit eine Entschädigung an die Kunstschaaffenden. Die Erhebung der ausgeliehenen Werke bedeutet mehr Bürokratie. Um eine Verleihgebühr einigermaßen gerecht zu erheben, müsste man die Art und Intensität der Ausleihe erfassen. Das würde die Administration gerade für kleinere Anbieter übermässig erhöhen. Leidtragende sind die öffentlichen Finanzhaushalte bzw. die Steuerzahler, die die Bibliotheken in der Regel finanzieren. Würde eine Verleih-Tantieme eingeführt, ginge das zu Lasten von Neuanschaffungen. Ein weiterer Grund, der gegen die Tantieme spricht ist, dass nicht nur Bücher, sondern auch Werke der Kunst, Fotografie, audiovisueller Kunst darunter fallen würden, so dass auch der Leihverkehr von Museen und ähnlichen Institutionen – sogar von Privatsammlern – betroffen wäre und nebst dem grossen organisatorischen administrativen Aufwand eine entsprechende Kostenlast zur Folge hätte. In diesem Bereich erscheint uns die Tantieme besonders unsinnig, denn im Leihverkehr in der Kunst geht es per se um Originale.

Am Rande erwähnt sei, dass die Formulierung unklar ist: Neben dem Vermieten und Verleihen soll auch das „sonst wie zur Verfügung stellen“ erfasst werden. Es ist unklar, was es nebst Vermieten und Verleihen überhaupt noch für Arten von zur Verfügung stellen gibt. Es kann kaum gemeint sein, dass gar jedes Nutzen der Präsenzbestände – also schon Blättern in einem Buch – umfasst werden.

3.2 Abschaffung der Mehrfachbelastung (Art. 19 Abs. 3^{bis} VE-URG):

economiesuisse begrüsst die Abschaffung der Mehrfachbelastung auf Leerträgern. Zur Verminderung des im digitalen Zeitalter zunehmenden Problems der Potenzial- und Mehrfachbelastungen müssen die Vergütungsgrundsätze an der effektiven Nutzung ausgerichtet werden. Wer in legalen Download-Shops einkauft, bezahlt bereits dort individuell für die erlaubten Kopien. Dass für diese Kopien künftig nicht mehr zusätzlich auch noch die tariflichen Abgaben bezahlt

werden müssen, ist richtig.

Allerdings ergeben sich nicht nur bei den Leerträgern unerwünschte Mehrfachbelastungen.

Wissenschaftliche Bibliotheken, die ihren Nutzern lizenzierte Zeitschriften, E-Books und andere elektronische Werke anbieten, bezahlen in ihren Lizenzverträgen explizit bereits für den Download und das Vervielfältigen. Dennoch müssen sie zusätzlich die tariflichen Abgaben (Kopier- und Speichertarif) nach Art. 20 Abs. 2 URG bezahlen, wenn sie den Artikel ausdrucken oder speichern. Der Bundesrat hat die Abschaffung der Mehrfachbelastung aus für uns unerklärlichen Gründen auf Art. 20 Abs. 3 URG und damit auf die Leerträgervergütung beschränkt. **Folgerichtig wäre, dass diese Mehrfachbelastungen auch bei anderen Lizenzen künftig abgeschafft werden.**

3.3 Verwendung von verwaisten Werken (Art. 22b Abs. 1 VE-URG)

economiesuisse begrüsst die Ausweitung der geltenden Regelung für verwaiste Werke auf alle Werkkategorien grundsätzlich. Verwaiste Werke sind Werke, deren Rechteinhaber unbekannt oder unauffindbar sind. Da dessen Zustimmung nicht eingeholt werden kann, ist eine rechtmässige Nutzung solcher Werke nur im Rahmen einer gesetzlichen Ausnahme möglich. Die heute geltende Ausnahme in Art. 22b URG ist nur auf verwaiste Ton- oder Tonbildträger anwendbar und entspricht den heutigen Bedürfnissen nicht mehr. Denn die Problematik betrifft alle Kategorien von verwaisten Werken, und sie wird durch die neuen Informationstechnologien, die den Zugang zu solchen Werken wesentlich vereinfachen, zusätzlich verschärft. Bibliotheken und Archive erhalten Gesuche zur Vervielfältigung alter Zeitschriften, Monografien und Fotografien aus ihren Sammlungen und müssen diese ablehnen, weil sie die Zustimmung Rechteinhaber nicht einholen können. Erschwert ist auch die Massendigitalisierung der Sammlungen von Institutionen. Mit der erweiterten Regelung können verwaiste Werke einfacher zugänglich gemacht werden. **Allerdings sollte die vorgesehene Bewilligungspflicht durch eine Meldepflicht ersetzt werden. Zudem soll der Nutzer glaubhaft machen müssen, dass er alles zur Identifizierung des Rechtsinhabers Zumutbare erfolglos unternommen hat.**

3.4 Verwendung zu wissenschaftlichen Zwecken (Wissenschaftsschranke) (Art. 24d VE-URG):

economiesuisse begrüsst die neue Wissenschaftsschranke grundsätzlich. Texte und Rohdaten sind wichtige Quellen für die Wissenschaft. Mit der Digitalisierung sind in den letzten Jahren neue Möglichkeiten entstanden, Daten und Informationen zu verknüpfen und Texte schneller und präziser zu analysieren und zu verarbeiten. Das geltende URG erwähnt die wissenschaftliche Forschung in den Schrankenbestimmungen nicht explizit. Forschende stehen vielfach vor der Frage, ob sie eine Einwilligung vom Rechteinhaber benötigen, was sich als zeit- und kostenintensive Bremse entpuppen kann. Die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 24d URG will die Vervielfältigung und Bearbeitung eines Werks zum Zweck wissenschaftlicher Forschung ermöglichen, wenn das durch die Anwendung eines technischen Verfahrens (Text und Data Mining, TDM) bedingt ist. Wir stimmen dem Bundesrat zu, dass die Wirtschaft im digitalen Zeitalter eine spezifische Regelung braucht, um unerwünschte Barrieren bei der wissenschaftlichen Forschung zu eliminieren. Dadurch wird der Forschungsstandort Schweiz gestärkt. **Die in Art. 24d Abs. 2 und 3 VE-URG vorgesehene Vergütung lehnen wir jedoch ab.** Damit würde eine neue Mehrfachvergütung eingeführt: Nachdem zuerst die als Grundlage für TDM erforderlichen Lizenzen für wissenschaftliche Datenbanken, E-journals und andere elektronische Medien mit öffentlichen Geldern erworben wurden, müsste dann für deren Nutzung im Rahmen der Wissenschaftsschranke noch einmal mit öffentlichen Geldern bezahlt werden.

3.5 Bestandesverzeichnisse (Art. 24e VE-URG)

economiesuisse begrüsst diese Bestimmung. Mit dieser neuen Schrankenregelung wird den Vermittlern wie Bibliotheken, Archiven und Museen ermöglicht, ihre Aufgaben auch im digitalen Zeitalter erfüllen zu können, indem sie ihre Online-Kataloge mit Auszügen, Covers u.a. anreichern dürfen. Damit können die Angebote gezielt öffentlich gemacht werden. Das dient auch den Urhebern. Diese Schrankenregelung war bereits innerhalb der AGUR12 unbestritten. Die Einigung betraf gerade auch die Tatsache, dass die Schranke vergütungsfrei ist, was wir besonders begrüßen. Die Regelung darf allerdings nicht zu Einschränkungen der bestehenden Zitierfreiheit führen, da dies hinsichtlich anderer Nutzungen (z.B. Suchmaschinen) schädlich sein könnte.

3.6 Leistungsschutzrecht für Hersteller von Pressefotografien (Art. 37a VE-URG):

economiesuisse lehnt diese Sonderregelung ab. Die urheberrechtliche Schutzwürdigkeit eines Werkes ist in Art. 2 URG festgelegt, wo der Werkbegriff umschrieben wird. Danach sind Bilder nur geschützt, wenn sie individuell gestaltet sind und eine gewisse Schöpfungshöhe erreichen. Bei der dokumentarischen Pressefotografie ist dies gelegentlich umstritten. Nun soll eine Spezialregelung geschaffen werden, unter anderem, weil sich das Bundesgericht hinsichtlich der Individualität und der Schutzwürdigkeit von Pressefotografien unterschiedlich geäußert hat (Bob Marley in BGE 130 III 168 contra Wachmann Meili in BGE 130 III 714). Der vorgeschlagene Artikel würde keine Klärung bei der Abgrenzung von geschützten und nicht geschützten Fotografien bringen. Die Begriffe „journalistischer Beitrag“ und „aktuelle Berichterstattung“ sind – gerade angesichts der sich rasch entwickelnden Formen neuer Medien – unscharf und schaffen Rechtsunsicherheit. Vereinzelt Missbräuche im Pressewesen durch einige schwarze Schafe rechtfertigen es nicht, ein insgesamt bewährtes und dogmatisch in sich geschlossenes System aufzuheben und einen neuen, noch nicht durchdachten Weg zu beschreiten. Mit dem geltenden URG sowie Art. 5 lit. c UWG, der die Verwertung marktreife Arbeitsergebnisse eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren untersagt, ist der gegenwärtige Bildschutz im Medienbereich ausreichend sichergestellt. Die Privilegierung einer Werkkategorie, der Pressefotografie, gegenüber allen anderen Fotografien ist zudem sachlich nicht nachvollziehbar: Warum sollen Hersteller anderer Arten von geistigen Schöpfungen ohne Schöpfungshöhe nicht auch geschützt sein? Der neue Art. 37a VE-URG könnte sich damit als Einfallstor für Ansprüche weiterer Berufsgruppen erweisen; es wäre schwer zu begründen, warum für diese nicht auch Sonderrechte zugestanden werden sollten.

3.7 Bundesaufsicht und Umfang der Aufsicht (Art. 41 VE-URG, Art. 48 Abs. 1 und 1^{bis}, Art. 53 VE-URG)

Aufgrund der faktischen Monopolsituation der Verwertungsgesellschaften sind Transparenz und eine griffige staatliche Aufsicht grundsätzlich zu begrüßen, wobei jedoch bei der Ausgestaltung der Aufsicht das Kosten-Nutzen-Verhältnis zu berücksichtigen ist.

3.8 Erweiterte Kollektivlizenz (Art. 43a VE-URG)

economiesuisse unterstützt den vorgeschlagenen Art. 43a VE-URG nicht. Wir befürchten eine unnötige Ausdehnung der kollektiven Rechteverwaltung. Auf keinen Fall darf mit einem solchen Modell in den Bereich funktionierender Individualverwertung eingegriffen werden. Zudem werden die Rechteinhaber durch die Opt-out-Regelung bevormundet. Bei verwaisten Werken, bei denen die Erlaubnis des Urhebers nicht eingeholt werden kann, könnte der Mechanismus allenfalls Sinn machen. Insgesamt ist jedoch nicht klar, ob damit nicht die Rechtsunsicherheit erhöht als Rechtssicherheit

geschaffen wird. **Wir beantragen, dass die Vor- und Nachteile dieses neuen Instruments ausführlicher geklärt werden, damit sich die Konsequenzen einer allfälligen Einführung besser beurteilt lassen.**

3.9 Auskunftspflicht für Werknutzer (Art. 51 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} VE-URG):

economiesuisse lehnt diese Bestimmung ab. In der vorliegenden Form könnte sie als gesetzliche Grundlage verstanden werden, dass die Nutzer die Automatisierungsgewinne bezahlen sollen, während die Verwertungsgesellschaften die Anforderungen zur elektronischen Datenverarbeitung unilateral diktieren können. Dies würde zu einem einseitigen Mehraufwand in nicht abschätzbarem Ausmass zulasten der Werknutzer führen. Es ist zu verhindern, dass die Verwertungsgesellschaften die Anforderungen an das elektronische Format einseitig festlegen können, zumal es wegen der raschen technologischen Entwicklungen häufig zu Anpassungen kommen dürfte. Falls überhaupt ein Formzwang vorgesehen werden soll, sollen stattdessen Verwertungsgesellschaften und Nutzer anwendbare Formate in den Tarifen festlegen, und es sollte bei der Nutzung der entsprechenden elektronischen Formate ein Rabatt auf die Tarife gesprochen werden könnte (Anreizsystem). In jedem Fall dürfte sich eine allfällige Mitwirkungspflicht nun auf vorhandene Informationen beziehen.

Unabhängig von der Formatfrage **plädieren wir für eine anderweitige Ergänzung von Art. 51 URG, mit der Verwertungsgesellschaften in bestimmten Fällen gesetzlich verpflichtet werden, den Nutzern bestimmte notwendige Daten zur Verfügung zu stellen:** In der Praxis stehen den Nutzern nicht immer alle Informationen zur Verfügung, um die in einem Tarif vorgesehenen Meldungen erstellen zu können. Radiosender etwa verfügen bei älteren Songs sowie Musiktiteln aus den Sparten Schlager, Volksmusik, Country oder Klassik teilweise nicht über alle erforderlichen Zusatzinformationen, sodass sie diese Daten zuerst unter grossem Aufwand recherchieren müssten. Bei den Verwertungsgesellschaften hingegen sind diese Daten vollständig elektronisch vorhanden. In solchen Fällen sollen die Nutzer entweder nur diejenigen Daten liefern müssen, über die sie verfügen; oder die Verwertungsgesellschaften sollen gesetzlich verpflichtet sein, den Nutzern die vorhandenen, notwendigen Daten elektronisch und unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

3.10 Limitierung der ständig steigenden Tarifvergütungen:

Wir unterstützen die Forderung des DUN betreffend der Eindämmung der kontinuierlich und quasi automatisch steigenden gesetzlich geschuldeten Urheberrechtstarifabgaben.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse

Thomas Pletscher
Mitglied der Geschäftsleitung

Dr. Marlis Henze
Projektleiterin Wettbewerb & Regulatorisches