

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundeshaus West
3003 Bern

(per E-Mail an: Revision_URG@ipi.ch)

Bern, 29. März 2016

Vernehmlassung zur Revision des Urheberrechtsgesetzes (E-URG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 hat das EJPD im Auftrag des Bundesrats die Vernehmlassung über die Vorlage zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (URG) – nachfolgend die „Revisionsvorlage“ oder „E-URG“ – eröffnet.

Mit dem vorliegenden Vernehmlassungsbeitrag äussern wir uns innert angezeigter Frist:

1. Vernehmlassungsinteresse

Als Interessenvertreter von Unternehmen, die Internet Service-Dienstleistungen in der Schweiz anbieten sind wir von der Revisionsvorlage direkt und stark betroffen (wir verwenden generell den Oberbegriff „Internet-Service-Provider“ und unterscheiden nachfolgend wo notwendig zwischen den in der Revisionsvorlage verwendeten Unterkategorien „Hosting-Service-Provider“ und „Access-Service-Provider“).

Ein wesentlicher Teil der Revisionsvorlage bezieht sich auf Massnahmen zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen im Internet bzw. auf Massnahmen zur Durchsetzung von Urheberrechten bei einer Nutzung über das Internet, die eine Reihe neuer gesetzlicher Pflichten für Internet-Service-Provider und unserer Internetabonnenten vorsehen (nachfolgend die „Massnahmen“). Diese Massnahmen sind rein regulatorischer Natur und knüpfen an der blossen Tätigkeit als Internet-Service-Provider oder an der Tatsache einer Internetabonnement-Vertragsbeziehung zu einem von uns vertretenen Unternehmen an. Eine Verletzungshandlung bzw. ein widerrechtliches Verhalten in Bezug auf ein Urheber- oder Leistungsschutzrecht ist dazu keine Voraussetzung.

Gleichzeitig sollen durch diese Massnahmen die Konsumenten, d.h. die Endkunden der von uns vertretenen Unternehmen und die Urheberrechtsnutzer, unter keinen Umständen kriminalisiert werden. Dementsprechend hält die Revisionsvorlage konsequenterweise am seit der URG-Revision 2008 unbestrittenen Grundsatz des geltenden Urheberrechtsgesetzes fest, wonach es für den Privatgebrauch von Urheberrechten nicht darauf ankommt, ob als Kopiervorlage eine legale oder illegale Quelle benutzt wird (vgl. BBl 2006, 3430, zu Art. 19 Abs. 3bis URG; vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 11. Dezember 2015; Erl. Bericht zum E-URG, S. 37).

Die Massnahmen greifen a) in verfassungsmässig geschützte Rechte der von uns vertretenen Unternehmen], der Endkunden der von uns vertretenen Unternehmen und von anderen Dritten (z.B. das Fernmeldegeheimnis, die Informations- und Wirtschaftsfreiheit; vgl. dazu auch EuGH-Urteil in Rs. C-314/12 vom 27. März 2014), b) in EMRK-relevante Garantien (vgl. EGMR-Urteil Nr. 3111/10 vom 18. Dezember 2012) sowie c) in unverändert weitergeltende Prinzipien des materiellen Urheberrechts (zulässiger Privatgebrauch gemäss Art. 19 URG ungeachtet der Rechtmässigkeit der Bereitstellung) ein.

Einerseits sind die von uns vertretenen Unternehmen deshalb mit Blick auf die unbedingt zu wahrende Rechtssicherheit auf sehr präzise und klare gesetzliche Vorgaben, umfassende Haftungsbefreiungsklauseln und ebenso umfassende Kostendeckungsgarantien angewiesen. Andererseits erwarten wir bei der Gesetzgebung im Bereich der von der AGUR und nun von der Revisionsvorlage vorgeschlagenen Massnahmen generell sehr sorgfältige Überlegungen mit Blick auf die Einhaltung des verfassungsmässig garantierten Verhältnismässigkeitsprinzips.

Unser nachfolgender Vernehmlassungsbeitrag bezieht sich ausschliesslich auf die von der Revisionsvorlage vorgeschlagenen Massnahmen zur Gewährleistung eines angemessenen und den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutzes sowie auf Bestimmungen, von welchen die von uns vertretenen Unternehmen direkt betroffen sind.

2. Vorbemerkungen

2.1 Zusammensetzung und Empfehlungen der AGUR 12

Die grossen Access-Service-Provider mit Sitz in der Schweiz haben sich an der Diskussion über Massnahmen zur Gewährleistung eines angemessenen und den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutzes in der Vergangenheit immer konstruktiv beteiligt und lehnen die entsprechenden Forderungen der Urheberrechtsinhaber nicht einfach ab.

Aus unserer Sicht war und ist aber wichtig, dass derart komplexe Themen unter gleichberechtigtem Einbezug aller „Stakeholder“ bearbeitet werden. Wir haben dementsprechend die Gründung der AGUR im Herbst 2012 durch das EJPD begrüsst, waren aber überrascht, als die mit regulatorischen Neuerungen aus „Gründen der Effizienz bei der Rechtsdurchset-

zung“ in die Pflicht zu nehmenden Unternehmen (bzw. deren Industrieverbände) nicht eigenständig in die Gruppe aufgenommen worden sind. Das auf ein entsprechendes, abschlägig beantwortetes Gesuch hin gelieferte Argument, indirekt wäre eine Vertretung dieser Unternehmen und Verbände u.a. über Economiesuisse oder über den Dachverband der Urheberrechtsnutzer DUN sichergestellt, vermögen auch heute noch nicht zu überzeugen.

Dass am Ende zumindest an den Sitzungen zur Diskussion von Massnahmen eine Präsenz der grossen Access-Service-Provider als „Experten“ zugelassen wurde, ermöglichte unseres Erachtens erst die Abgabe von Grundsätzen für die Erarbeitung einer Revisionsvorlage unter dem Vorbehalt der detaillierten Prüfung von Rechtmässigkeit, Verhältnismässigkeit und anderen Interessenabwägungen. Wir haben uns mit den Empfehlungen der AGUR auseinandergesetzt und diese ernst genommen. Unsere Stellungnahme unter nachfolgender Ziff. 3 orientiert sich deshalb auch an den AGUR-Empfehlungen, die im Kontext der einzelnen Artikel des E-URG noch einmal „pro memoria“ dargestellt werden.

Die vom Bundesrat präsentierte Revisionsvorlage ist im Kontext der AGUR und der AGUR-Empfehlungen aufgrund der folgenden grundsätzlichen Punkte nicht optimal:

- In Bezug auf Empfehlungen, um die in der AGUR sehr hart gerungen worden ist (z.B. Massnahme gegen Peer-to-Peer-Missbräuche, Stay Down-Verpflichtungen von Hosting Providern, umfassende Haftungsbefreiung für verpflichtete Internet-Service-Provider), enthält die Revisionsvorlage gravierende Abweichungen zu Lasten der Internet-Service-Provider. Für uns sind diese Abweichungen unverständlich und der Sache nicht förderlich.
- Wir haben den Eindruck, dass mit den Empfehlungen der AGUR teilweise willkürlich gearbeitet worden ist. Dort, wo es im Kontext politischer Forderungen opportun war, hielt sich der Bundesrat akribisch an die AGUR-Empfehlungen (z.B. wurde die fehlende Kostenentschädigung für die Hosting-Service-Provider anlässlich der Urheberrechtstagung des Forums für Kommunikationsrecht am 24. Februar 2016 in Bern seitens des IGE damit begründet, eine entsprechende Empfehlung fehle im AGUR-Schlussbericht); dort, wo eine AGUR-Empfehlung z.B. der bundesrätlichen Absicht der „Nicht-Kriminalisierung“ entgegensteht, wurde eine AGUR-Empfehlung ignoriert und stattdessen auf eine Regelung zurückgegriffen, die in der AGUR explizit verworfen worden ist (z.B. Warnsystem mit doppelter Abmahnung gemäss Art. 66g E-URG).
- In Bezug auf die sorgfältige Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips ist insbesondere festzuhalten, dass die in der Revisionsvorlage vorgeschlagenen Massnahmen für alle ca. 500 Internet-Access- und ca. 120 Hosting-Service-Anbieter in der Schweiz ungeachtet ihrer Grösse und ihres Marktvolumens zu gelten haben, entsprechend die Verhältnismässigkeitsprüfung vor allem auch die Interessen der kleinen Internet-Service-Provider in gebührendem Mass zu berücksichtigen hat. Den vom EuGH z.B. für die Gewährleistung der Rechtmässigkeit von Internetsperren vorgeschlagenen Weg, wonach dem Access-Service-Provider die konkret zu ergreifende Massnahme nicht gesetzlich vorgeschrieben werden darf, sondern sich jeder Access-Service-Provider für

die Umsetzung jener Massnahmen entscheiden kann, die seinen Ressourcen und Möglichkeiten am besten entsprechen (EuGH-Urteil in Rs. C-314/12 vom 27. März 2014), lehnen wir strikte ab. Ein solcher Ansatz führt tatsächlich zur Bildung kleiner „Piraten-Inseln“ bzw. zur Trennung von Access-Service-Providern in eine Gruppe, die Internetseiten sperren muss, und in eine Gruppe, die keine Seiten sperren muss.

- Ob das Prinzip der Verhältnismässigkeit unter den vorgenannten generellen Prämissen insbesondere bei den Art. 66b E-URG (Pflichten von Anbietern „abgeleiteter Kommunikationsdienste“ gemäss E-BÜPF) und bei Art. 66g E-URG (Zustellung von zwei aufklärenden Hinweisen über ein Jahr hinweg) gewahrt ist, stellen wir in Abrede.

2.2 Zusammenfassende Einschätzungen zur Revisionsvorlage

2.2.1 Ziel der Nicht-Kriminalisierung

Mit den vorgeschlagenen Massnahmen kommt gemäss Revisionsentwurf ein Zivilgericht im Zusammenhang mit der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen im Internet nur in Ausnahmefällen ins Spiel, obschon die Revisionsvorlage gestützt auf die AGUR-Empfehlungen dafür antritt, die hoheitliche Rechtsdurchsetzung verbessern zu wollen. Das erscheint auf den ersten Blick paradox, ist aber berechtigt, wenn man gleichzeitig dem Kredo verpflichtet sein will, die Konsumenten mit den Massnahmen keinesfalls „kriminalisieren“ zu wollen. Das Anliegen der „Nicht-Kriminalisierung“ von Internetabonnementskunden und Urheberrechtsnutzern beurteilen wir als berechtigt.

2.2.2 Zielkonflikte der Nicht-Kriminalisierung

Mit Hinweisen bei DNS-Sperren sollen z.B. Konsumentinnen und Konsumenten, die offensichtlich illegaler Quelle Werke konsumieren wollen, lediglich auf ihr Verhalten aufmerksam gemacht werden (Art. 66f E-URG).

Das ist eine rein politisch-moralische Erziehungsmassnahme und kein Hinweis auf ein rechtlich zu beanstandendes Verhalten eines Urheberrechtsnutzers, weil das Verhalten vom gleichen Gesetz auch in Zukunft nicht für illegal befunden wird.

In die gleiche Richtung zielt die Abweichung von der AGUR-Empfehlung betreffend die Anzahl zu versendender Warnhinweise bei Urheberrechtsverletzungen über sog. Peer-to-Peer-Verletzungen, ehe eine gerichtliche Anordnung der Identifikation des Internetanschlusskunden durch einen Internet-Access-Provider überhaupt erst erfolgen darf (vgl. Art. 62a Abs. 2 lit. a Ziff. 3 E-URG). Aus Angst, dass ein einmalig elektronischer Hinweis in der „täglichen Flut von Emails untergehen, im Junkmail-Filter hängen bleiben oder aus anderen Gründen nicht beachtet werden“ könnte (so der Erl. Bericht zum E-URG, S. 81), und dass sich dann ein Bürger einer ungerechtfertigten gerichtlichen Anordnung ausgesetzt sehen könnte, schlägt der Bundesrat in der Revisionsvorlage zwei Hinweise innert einer bestimmten Frist vor, wovon der zweite mit eingeschriebener Briefpost zu versenden ist. Der Bundesrat spricht von einer Anpassung des Urheberrechts an die digitale Welt bzw. von einer „Modernisierung des Urheberrechts“ (vgl. Medienmitteilung vom 11. Dezember 2015; Erl.

Bericht zum E-URG, S. 36: „Kernstück der Vorlage bildet die Modernisierung des Urheberrechts, um einen den neuen Technologien entsprechenden Urheberrechtsschutz zu gewährleisten.“), scheint aber demgegenüber für den Schutz der Bürger vor einer Kriminalisierung der Wirksamkeit der digitalen Information im Gegensatz zur analogen Briefpost grundlegend zu misstrauen. Der Bundesrat irrt, wenn er mit einem zweimaligen Versand von Warnhinweisen das rechtliche Problem gelöst haben will, dass der Urheberrechtsverletzer nicht identisch zu sein braucht mit dem Internetabonnenten (vgl. so aber Erl. Bericht zum E-URG). Er schiebt damit lediglich das Einsetzen der neuen spezialgesetzlichen Kausalhaftung des Internetanschlusshalters zeitlich hinaus (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.2.3).

Hinzu kommt, dass mit der Idee einer Zweifachmahnung auch die Aussage, Massnahmen zur Pirateriebekämpfung hätten deshalb bei den Internet-Service-Providern anzusetzen, weil diese „rasch und gezielt handeln“ könnten (vgl. erneut nur die Medienmitteilung vom 11. Dezember 2015, oder Erl. Bericht zum E-URG, S. 19, mit der Feststellung der AGUR 12: „Für eine erfolgreiche Pirateriebekämpfung ist ein rasches Vorgehen unabdingbar.“, und S. 36: „Deshalb sieht die Vorlage eine einfache und effiziente Pirateriebekämpfung vor.“), unterlaufen wird.

Die Massnahme, welche sich an Nutzer richten soll, die eben nicht nur legal aus illegaler Quelle konsumieren, sondern auch illegal Bereitgestelltes illegal weiterverbreiten, bedarf mehr als 12 Monate, ehe die angekündigte Novelle der Vorlage – die Möglichkeit eines Zivilverfahrens gegen einen Internetanschlusskunden – ihre tatsächliche Wirkung entfalten kann. Das ist korrekterweise im Sinn der „Nicht-Kriminalisierung“ der Urheberrechtskonsumenten, obschon bei einem Peer-to-Peer-Vergehen tatsächlich Urheberrechte verletzt werden. Der Haken daran ist aber, dass die Komplexität und die Dauer der vorgerichtlichen Massnahme die Urheberrechtsinhaber geradezu offensiv in die parallel weiter mögliche strafrechtliche Verfolgung treibt. Bei genauer Betrachtung führt eine solche Massnahme schon deshalb zum Gegenteil, nämlich der „Kriminalisierung“ von Internetabonnenten.

Auch hier ist beachtlich, dass die in die Pflichtnahme des Internetanschlusskunden aus rein regulatorischem Grund erfolgt, weil der Internetanschlusskunde nicht der tatsächliche Urheberrechtsverletzer sein muss. Er soll – gleich wie die Internet-Access-Provider – grundsätzlich nur deshalb in die Pflicht genommen werden, weil er der Kunde des Internet-Access-Providers ist, der den Anschluss vor illegalen Aktivitäten (von wem auch immer) ausreichend zu schützen hat. Das ist die Einführung einer spezialgesetzlichen zivilrechtlichen Kausalhaftung.

2.2.3 Überwachung von Internetabonnenten und deren kausale Verantwortlichkeit

Die mit dem doppelten Warnhinweis-Modell provozierte, aber nicht gewollte „Kriminalisierung“ wirkt doppelt:

- Ein einmal abgemahnter Internetanschlusskunde muss bis zum allfälligen Versand einer zweiten Mahnung auf eine Beobachtungsliste gesetzt werden, und

- Art. 66g E-URG arbeitet methodisch mit der gesetzlichen Fiktion, bei der sich bei ausbleibendem Stopp der Urheberrechtsverletzungen über einen abgemahnten Internetanschluss der Internetanschlusshaber deshalb „schuldig macht“, weil er zu wenig unternimmt, um die Verwendung seines von ihm unterhaltenen Internetanschlusses für Urheberrechtsverletzungen zu verhindern.

Wie ausgeführt, muss der Internetanschlusskunde mit dem Urheberrechtsverletzer grundsätzlich nichts zu tun haben, ergo auch hier nicht die Urheberrechtsverletzung Gegenstand der gesetzlichen Verpflichtung ist, sondern allein die Tatsache, dass die ins Visier der zivilrechtlichen Rechtsverfolgung kommende Person Partei eines Internetanschlussvertrags ist (vgl. dazu Erl. Bericht zum E-URG, S. 81).

Die vom EuGH verbotene Inhaltsüberwachung des Access-Service-Providers bei der Internet-Kommunikation (vgl. EuGH, Rs. C-70/10) wird dadurch einfach zum Internetanschlusskunden verschoben. Das führt zu einer spezial-gesetzlichen Normierung einer zivilrechtlichen „Endkunden-Providerhaftung“, die heute über Art. 50 OR und Art. 333 ZGB geregelt ist, und die mit der Revisionsvorlage deutlich verschärft wird, weil damit ein zivilrechtlicher Spezial-Kausalhaftungstatbestand für den Internetanschlusshaber geschaffen wird. Das ist vor dem Hintergrund der Schlussfolgerungen des Bundesrats im ebenfalls am 11. Dezember 2015 veröffentlichten Bericht über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern nicht konsistent.

Die Aussage des Bundesrats, die vorgeschlagene Lösung solle die aktuelle Situation verbessern (Erl. Bericht zum E-URG, S. 37), ohne insbesondere die Parteien von Internetabonnementsverträgen, d.h. die Endkunden der von uns vertretenen Unternehmen, zu kriminalisieren, erachten wir demnach als nicht zutreffend. Eine Massnahme die über die AGUR-Empfehlung hinausgeht, lehnen wir jedenfalls ab. Die Verhältnismässigkeit einer Umsetzung der AGUR-Empfehlung ist – wie im AGUR-Bericht festgehalten – detailliert zu untersuchen.

2.2.4 Ablehnung einer „stay down“-Verpflichtung von Hosting-Service-Providern

Der gesetzliche Regelungsvorschlag zum „stay down“ sollte gemäss Stossrichtung der AGUR 12-Empfehlung die „schwarzen Schafe“ treffen, die systematische Urheberrechtsverletzungen zum Gegenstand ihres Geschäftsmodells machen, und sich nicht einer in der Schweiz ansässigen Selbstregulierungsorganisation anschliessen:

Art. 66b E-URG trifft nun nicht nur spezifische Fälle von Hosting Providern, „die Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden zum Geschäftsmodell gemacht haben“, sondern – zumindest und als „point de départ“ – alle „Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste nach Artikel 2 Buchstabe c des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 200“ (BÜPF) und damit weit mehr als klassische „Hosting Provider“ in der Schweiz. Gemäss Art. 2 lit. c E-BÜPF sind mit "Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste" Anbieterinnen jeglicher Dienste gemeint, die gestützt auf ip-basierte Fernmeldedienste Ein- oder Mehrweg-Kommunikation ermöglichen. Cloud

Storage-Dienste, die das Hochladen von Dokumenten für den privaten Gebrauch ermöglichen, sind ebenso erfasst wie auch reine Server Housing-Dienste, VoIP Telefonie- und Messaging-Dienste. Betroffen können auch Betreiber von Restaurants oder Postautos sein, die ihren Gästen über WLAN den Zugriff zum Internet ermöglichen. Wo die Grenze liegt, weiss (noch) niemand genau. Der Begriff ist potentiell uferlos.

Das war in der AGUR weder beabsichtigt, noch ist eine solche gesetzliche Regelung opportun. Auf eine weitere Regulierung der „weissen Schafe“, die klassische Hosting-Provider-Dienste anbieten, ist zu verzichten; es gibt dazu eine wirksame Selbstregulierung der SIMSA (Swiss Internet Industry Association), die vom Bundesrat gemäss seinem Bericht über „Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern“ (S. 100, oberster Punkt) ausdrücklich begrüsst wird. Der Verweis auf Art. 2 lit. c E-BÜPF ist falsch und ohnehin abzulehnen. Wenn wider Erwarten an einer Hosting Provider-Regulierung festgehalten werden sollte, dann ist der Begriff „Hosting-Service-Anbieter“ im urheberrechtlich zu verstehenden Sinn präzise zu formulieren.

Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass der Bundesrat selbst eine Kodifizierung des SIMSA-Systems ablehnt (vgl. seinen Bericht „Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern“ vom 11. Dezember 2015, S. 62 f.), weil er vor allem bei kleineren Hosting-Service-Providern die Gefahr einer überschüssigen Inhaltsentfernung und damit einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit der Konsumenten befürchtet. Es ist deshalb nicht erklärbar, weshalb der Bundesrat in der Revisionsvorlage eine regulatorische Lösung vorschlägt, von der er – gleichentags – selbst abrät. Die Vorlage derart widersprüchlicher Gesetzesmaterialien ist für die zu diesem Themenbereich absolut notwendig zu gewährleistende Rechtssicherheit aus unserer Sicht sehr gefährlich und schadet der Glaubwürdigkeit der Revisionsvorlage im Hinblick auf deren spätere Inkraftsetzung (auch einer allfällig total überarbeiteten Fassung) nachhaltig.

2.2.5 Einführung von Urheberverwaltungsrecht und Unterordnung von materiellen Widerrechtstatbeständen

Die mit den Massnahmen einhergehenden Pflichten der Internet-Service-Provider sind rein regulatorische Pflichten und folgen der grundlegenden Annahme, dass man die Lösung von Rechtsdurchsetzungsproblemen bei Internetsachverhalten bei der Verpflichtung insbesondere von Internet-Access-Providern sieht, die sozusagen am „ewigen“ analogen Pol eines digitalisierten Vertriebs- und Konsumsystems immer lokal bzw. national greifbar sind.

Dieser sehr einfache Praktikabilitäts- und Effizienzaspekt mag dazu führen, dass im Zusammenhang mit Rechtsdurchsetzungsproblemen bei Internetsachverhalten gar keine anderen Lösungsansätze in Betracht gezogen werden (z.B. Verpflichtung von Unternehmen, welche Systeme für die bargeldlose Zahlungsabwicklung bereitstellen, Werbeverbote für „Piratenplattformen“, etc.). Das hat aber mit einer eingehenden Verhältnismässigkeitsprüfung nichts zu tun.

Hinzu kommt, dass die Frage der rechtlichen Verantwortlichkeit letztlich möglichst ausgeblendet werden soll, um einerseits dem Ruf nach mehr Regulierung und andererseits dem Kredo der „Nicht-Kriminalisierung“ gerecht werden zu können. Diese Grundkonzeption findet sich in der Revisionsvorlage sowohl bei Massnahmen wieder, die durch Hosting-Service-Provider (Art. 66b Abs. 1 E-URG), als auch bei Massnahmen, die durch Access-Service-Provider vollstreckt werden müssen (Art. 66d Abs. 2 E-URG):

Im ersten Fall reicht eine rein subjektive Einschätzung des „Verletztseins“ eines Rechteinhabers für die Auslösung der beschriebenen Eliminierungsmassnahme. Im zweiten Fall ist immerhin eine Glaubhaftmachung gegenüber einer staatlichen Behörde erforderlich, was zu begrüssen ist. Während im zweiten Fall das Missbrauchspotenzial durch sich in ihren Rechten beeinträchtigte Rechteinhaber durch deren Kostenträgungsverpflichtung (Art. 66d Abs. 3 E-URG) wohl im Zaum gehalten wird, fehlt im ersten Fall jegliches Gegengewicht zur erheblichen Missbrauchsgefahr. Das erstaunt bei einem Konzept, welches bewusst Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechtsbereiche in Kauf nimmt, ohne dass vor einer Massnahme eine umfassende Prüfung eines tatsächlichen Verhaltens auf dessen Rechtswidrigkeit nach Schweizer Recht stattfindet.

Die von uns vertretenen Unternehmen sind der Auffassung, dass die Umsetzung solcher rechtspolitischer Beweggründe mit grösster Sorgfalt zu erfolgen hat und entsprechende Regulierungen dem strengen Grundsatz folgen müssen, dass Eingriffe in die Kommunikation – wenn immer möglich – nur unter Beachtung des Rechtsweges durch eine staatliche Behörde angeordnet werden können. Access- und Hosting Service-Anbieter oder die damit zusammenhängende Selbstregulierungsorganisation zu „Hilfspersonen“ von staatlichen Behörden mit Aufgaben zur „Rechtsanwendung“ zu machen, ist aus der Sicht eines modernen Rechtsstaates zweifelhaft. Diese Hilfspersonen stehen unter ständigem Druck, bei der Erfüllung ihrer regulatorischen Pflichten etwas falsch machen zu können. Diese Angst nährt am Ende wiederum die nicht gewollte Kriminalisierung der Konsumenten.

2.2.6 Konzept der Haftungsbefreiung und Kostentragung

Wir begrüssen die Stossrichtung der Revisionsvorlage, dass als Gegenstück zu den neuen verwaltungsrechtlichen Pflichten der Internet-Service-Provider in Art. 66k E-URG Regelungen zur Haftungsbefreiung vorgeschlagen werden.

Die Bestimmungen in Art. 66k E-URG sind aber missverständlich, weil sie die Interpretation zulassen, dass sich insbesondere die Hosting-Service-Provider nur dann auf die Haftungsbefreiung berufen können, wenn die gesetzlichen Pflichten – in casu die Entfernung von tatsächlich rechtswidrigen Angeboten – eingehalten worden sind. Führt eine spätere Feststellung dazu, dass „überschiessend“ entfernt oder geblockt worden ist, kann und darf das auf die Wirkung der Haftungsbefreiung jedenfalls keinen Einfluss haben. Die Haftungsbefreiung muss sämtliche Vorgänge rund um die Erfüllung der urheberverwaltungsrechtlichen Pflichten umfassen.

Die für Access-Service-Provider vorgesehene Schadloshaltung von Kosten im Zusammenhang mit der Umsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten wird ebenfalls begrüsst, muss konsequenterweise aber auch für die Hosting-Service-Provider gelten. Es gibt keinen Grund, diese für die anfallenden Kosten nicht ebenfalls zu entschädigen.

Weiter ist im Zusammenhang mit der Kostentragung generell sicherzustellen, dass entsprechende Beträge vor der Ausführung einer urheberverwaltungsrechtlichen Massnahme sichergestellt sind. Dies ist im E-URG nur schon deshalb vorzusehen, um im vorgeschlagenen Konzept a) die Missbrauchsgefahr zu limitieren und b) Interventionen in der Praxis wirklich nur auf grobe Verletzungsfälle beschränkt zu halten.

2.2.7 Fazit und Befürchtung

Ob der vom Bundesrat beabsichtigte Spagat zwischen Verbesserung der Rechtsschutzes und Nicht-Kriminalisierung insbesondere von Internetabonnenten mit der aktuellen Revisionsvorlage gelingt, stellen wir in Abrede.

Gesamthaft ist zu befürchten, dass der Aufwand für die Internet-Service-Provider und damit auch für die zur Kostentragung verpflichteten Urheber gross, die Wirkung der vorgeschlagenen Massnahmen zur Bekämpfung der wirklich schwergewichtigen „Urheberrechtspiraten“ aber insgesamt bescheiden sein wird.

2.3 Hauptantrag

Wir sind nach wie vor bereit, uns an einer Diskussion über die Verbesserung von zivilrechtlichen Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten bei Internetsachverhalten zu beteiligen. Voraussetzung dazu ist aber, dass man die Revisionsvorlage entlang der vorstehenden und nachfolgenden Bemerkungen und Einschätzungen noch einmal überarbeitet, entsprechend wir Ihnen hauptsächlich folgendes beantragen:

Die Vorlage sei zur Überarbeitung zurückzuweisen. Es sei eine Expertengruppe unter Einbezug der von den vorgeschlagenen Massnahmen direkt betroffenen Unternehmen und Verbände einzusetzen.

3. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen der Revisionsvorlage

Werden nachfolgend bei den „Anträgen“ Stellen im Gesetzestext durchgestrichen, so sollen diese für die Endversion der URG-Revision gelöscht werden. Fett markierte Stellen sollen im Gesetzestext ergänzt werden.

Die nachfolgend pro memoria aufgeführten AGUR-Abschnitte stammen aus dem Schlussbericht der AGUR vom 28. November 2013 und gelten als Zitate. Sie werden nachfolgend nicht einzeln als Zitate bezeichnet.

3.1 Art. 19 Abs. 1 Bst. c, Abs. 3 Bst. a und Abs. 3bis E-URG (Abschaffung der Mehrfachbelastung)

¹ Veröffentlichte Werke dürfen zum Eigengebrauch verwendet werden. Als Eigengebrauch gilt:

c. Betrifft nur den französischen Text.

³ Ausserhalb des privaten Kreises nach Absatz 1 Buchstabe a sind nicht zulässig:

a. Betrifft nur den französischen Text.

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

3.1.1 Anträge

- Abs. 3bis ist wie folgt zu ändern:

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

3.1.2 Begründung

Wir begrüssen die Klarstellung dieses Artikels. Wer in legalen Download-Shops über das Internet einkauft, bezahlt bereits dort für die erlaubten Kopien individuell. Dass für diese Kopien künftig nicht mehr zusätzlich auch noch die tariflichen Abgaben bezahlt werden müssen, ist plausibel und richtig. Damit wird eine Doppel- und Mehrfachbelastung der Urheberrechtsnutzer bei den Leerträgerabgaben verhindert.

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 in der Revisionsvorlage auf Art. 20 Abs. 3 URG und damit auf die Leerträgervergütung beschränkt. Folgerichtig wäre aber, dass diese Mehrfachbelastungen auch bei anderen Lizenzen künftig abgeschafft werden.

3.2 Art. 43a E-URG (freiwillige Kollektivverwertung)

¹ Verwertungsgesellschaften können für die Verwendung einer grösseren Anzahl von Werken und geschützten Leistungen die ausschliesslichen Rechte, für deren Verwertung sie nicht der Bewilligungspflicht von Artikel 40 Absatz 1 unterstehen

auch für Rechtsinhaber und -inhaberinnen wahrnehmen, die keiner Verwertungsgesellschaft angeschlossen sind.

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

³ Auf vertragliche Vereinbarungen über die Verwertung der ausschliesslichen Rechte nach Absatz 1 finden die Vorschriften über die Tarife (Art. 55-60) Anwendung.

3.2.1 Anträge

Keine.

3.2.2 Begründung

Wir sehen ein Bedürfnis, grosse Mengen an Werken zugänglich zu machen und begrüßen die Einführung einer freiwilligen Kollektivverwertung. Der neue Artikel ermöglicht solche Massendigitalisierungsprojekte von Beständen, ohne dass aufwändig jedes einzelne Werk abgeklärt werden muss. Wir erachten es als richtig, dass mit den Verwertungsgesellschaften über die Nutzung von umfangreichen Beständen Verträge abgeschlossen werden können. Da selbst Werke eingeschlossen werden können, von denen die Rechteinhaber gar nicht der Verwertungsgesellschaft angeschlossen sind, erachten wir den Vorschlag weiter als eine pragmatische Lösung. Es werden damit Massendigitalisierungsprojekte ermöglicht, ohne dass der Nutzer eine aufwändige Rechteabklärung vornehmen muss.

Allerdings erscheint uns die Formulierung nicht ganz klar. Es ist nicht eindeutig umschrieben, was erlaubt ist. Somit ist fraglich, ob die freiwillige Kollektivverwertung auch tatsächlich zur Anwendung kommen wird, zumal diese auch nur gegen Vergütung erteilt, und die Höhe der Vergütung nicht zwingend über gemeinsame Tarife festgelegt werden muss, sondern der Vertragsfreiheit unterliegt.

3.3 Art. 51, Art. 52 und Art. 53 E-URG

3.3.1 AGUR 12-Empfehlung

Das Potential zur weiteren Senkung der Verwaltungskosten durch einen konsequenten Ausbau der elektronischen Rechteverwaltung soll ausgeschöpft werden. Dazu sollen nicht nur vereinfachte elektronische Meldesysteme für die Nutzer gehören, sondern auch eine Pflicht derselben, die erforderlichen Auskünfte (Art. 51 URG) in einem dem Stand der Technik entsprechenden, elektronischen Format zu erteilen, das von der jeweiligen Verwertungsgesellschaft direkt für die Verteilung verarbeitet werden kann. Ebenso soll zwischen den Verwertungsgesellschaften der Datenaustausch ermöglicht werden und zwar insbesondere, wenn dadurch

vermieden werden kann, dass die Nutzer mehrfach Daten melden müssen, obwohl die Verwertungsgesellschaften insgesamt bereits darüber verfügen.

Die AGUR 12 erachtet die Senkung der Verwaltungskosten als wichtig. Die Verwaltungskosten gehen zwar zu Lasten der Rechteinhaber, aber auch die vergütungspflichtigen Nutzer haben ein Interesse daran, dass die von Ihnen bezahlten Vergütungen möglichst den Rechteinhabern zukommen. Die im Vorfeld der AGUR 12 geforderte Festsetzung der Verwaltungskostenhöhe ist jedoch kein gangbarer Weg. Die Verwaltungskostenhöhe ist stark abhängig vom verwalteten Repertoire. Ihre einheitliche Festsetzung könnte deshalb zu einer unerwünschten Quersubventionierung führen und sich nachteilig auf kulturelle Nischen und auf das Schweizer Repertoire auswirken.

3.3.2 Gesetzesbestimmungen

Art. 51 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} E-URG

^{1bis} Die Werknutzer und -nutzerinnen haben Auskünfte in einem elektronischen Format zu erteilen, das dem Stand der Technik entspricht und eine automatische Datenverarbeitung zulässt. Die Verwertungsgesellschaften bezeichnen die zulässigen Formate in den Tarifen (Art. 46).

^{1ter} Verwertungsgesellschaften dürfen die nach diesem Artikel erhaltenen Auskünfte anderen Verwertungsgesellschaften, die über eine Bewilligung des IGE verfügen, weiterleiten, soweit dies zur Ausübung ihrer Tätigkeit erforderlich ist.

Art. 52 E-URG

Das IGE beaufsichtigt die Verwertungsgesellschaften.

Art. 53 Abs. 1 E-URG

¹ Das IGE überwacht die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften und prüft sie auf ihre Angemessenheit. Es sorgt dafür, dass die Verwertungsgesellschaften ihren Pflichten nachkommen. Es prüft und genehmigt den Geschäftsbericht.

3.3.3 Anträge

- Art. 51 Abs. 1bis E-URG ist wie folgt zu ändern:

^{1bis} Die Werknutzer und -nutzerinnen haben Auskünfte in einem elektronischen Format zu erteilen, das dem Stand der Technik entspricht und eine automatische Datenverarbeitung zulässt. Die Verwertungsgesellschaften **und die Nutzerverbände** bezeichnen die ~~zulässigen~~ **anwendbaren** Formate in den Tarifen (Art. 46).

3.3.4 Begründung

Es ist zu verhindern, dass die Verwertungsgesellschaften den meldepflichtigen Nutzern Verpflichtungen in Bezug auf den Einsatz und die Verwendung bestimmter elektronischer Formate für die Datenverarbeitung geben können.

Nach der Präsentation der Studie über die Kosten der Verwertungsgesellschaften am IGE-Urheberrechtsgespräch vom 14. Januar 2016 wurde der Hintergrund von Art. 51 Abs. 1^{bis} E-URG ersichtlich: Gemäss Bericht soll in Zukunft bei den Kosten der Verwertungsgesellschaften vor allem bei der Verbesserung der automatisierten Datenbearbeitung angesetzt werden. Das ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Art. 51 Abs. 1^{bis} E-URG könnte in unveränderter Form allerdings als gesetzliche Grundlage betrachtet werden, dass die Automatisierungskostengewinne am Ende von den Nutzern bezahlt werden müssen, wenn die Anforderungen zur elektronischen Datenbearbeitung von den Verwertungsgesellschaften unilateral diktiert werden könnten. Das ist unfair und unangemessen.

3.4 Art. 62 und Art. 62a E-URG

3.4.1 AGUR 12-Empfehlung

In der Schweiz befindliche Access Provider sollen auf behördliche Anweisung hin in schwerwiegenden Fällen den Zugang zu Webportalen mit offensichtlich illegalen Quellen über IP- und DNS-Blocking sperren. Die Sperrung bewilligter Inhalte zusammen mit nicht bewilligten Inhalten (Overblocking) ist von der zuständigen Behörde so weit wie möglich zu vermeiden. Sämtliche Sperrmassnahmen sind durch die zuständige Behörde in geeigneter Form öffentlich bekannt zu machen und dürfen die technische Funktionsfähigkeit des IP- oder DNS-Systems nicht gefährden. Die Schranke für schwerwiegende Fälle ist dabei so anzusetzen, dass der Access Provider nicht übermässig Sperrmassnahmen einrichten muss. Die Rechteinhaber sollen die Access Provider für den Aufwand, der ihnen durch die Zugangssperren entstehen, angemessen entschädigen. Die dafür erforderlichen gesetzlichen Grundlagen sind zu schaffen und die Rechtsweggarantie ist zu beachten.

Anbieter, deren Angebot auf Urheberrechtsverletzungen beruht, können sich durch geschickte Standortwahl oder technische Massnahmen der Rechtsverfolgung entziehen. In spezifischen und schwerwiegenden Fällen ist eine IP- oder DNS-Blockierung zur Schadensbegrenzung angezeigt. Die behördliche Anweisung kann durch die Schweizerische Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität KOBIC oder eine entsprechende neue Behördenstelle nach deren Vorbild erfolgen.

Nutzer von P2P-Netzwerken, die in schwerwiegender Weise Urheberrechte verletzen, sollen in wirksamer Weise zivilrechtlich in Anspruch genommen und/oder strafrechtlich verfolgt werden können, wofür eine Identifikation unverzichtbar ist.

Unternimmt ein Anschlussinhaber trotz des Hinweises auf die Urheberrechtsverletzungen (vgl. AGUR 12-Empfehlung in Ziffer 2.9) nichts, um diese zu unterbinden, muss der Access Provider auf behördliche Anordnung hin die Identität des Anschlussinhabers dem Rechteinhaber zum Zweck der zivilrechtlichen Verfolgung bekanntgeben. Die Rechteinhaber sollen die Access Provider für den Aufwand, der ihnen durch die Bekanntgabe der Identität des Anschlussinhabers entsteht, angemessen entschädigen. Die dafür erforderlichen gesetzlichen Grundlagen sind zu schaffen und die Rechtsweggarantie zu beachten; dies namentlich für die Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses im privatrechtlichen Bereich und die dafür notwendige Aufbewahrung und Aufbewahrungsdauer von IP-Adressen zur Identifizierung des Anschlussinhabers. Weitergehende Pflichten bestehen für die Access Provider nicht. Eine solche Regelung würde auch dazu führen, dass die Rechteinhaber die Informationen für ein zivilrechtliches Verfahren direkt erhalten würden, statt sie weiterhin über das Recht der Akteneinsicht im Strafverfahren beschaffen zu müssen. Selbstverständlich würden die bisherigen Möglichkeiten der zivil- und strafrechtlichen Verfolgung bestehen bleiben. Einzig die Bekanntgabe der Identität eines fehlbaren Anschlussinhabers würde von der vorgängigen Zustellung eines aufklärenden Hinweises und von der behördlichen Anordnung abhängig gemacht.

3.4.2 Gesetzesbestimmungen

Art. 62 Abs. 1^{bis} E-URG

^{1bis} Eine Gefährdung von Urheber- oder verwandten Schutzrechten liegt insbesondere vor bei Handlungen nach den Artikeln 39a Absätze 1 und 3 sowie 39c Absätze 1 und 3 und bei Verletzung der Pflichten nach den Artikeln 66b und 66c.

Art. 62a E-URG

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

² Das Gericht verpflichtet die Anbieterin von Fernmeldediensten zur Bekanntgabe der Identität der betreffenden Teilnehmer oder Teilnehmerinnen an die verletzte Person, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Die verletzte Person macht glaubhaft, dass:
 1. eine schwerwiegende Verletzung vorliegt,
 2. die Urheber- oder verwandten Schutzrechte über ein Peer-to-Peer-Netzwerk verletzt wurden, und

3. die Teilnehmer oder Teilnehmerinnen innerhalb der letzten zwölf Monate durch die Anbieterin von Fernmeldediensten zwei aufklärende Hinweise erhalten haben und auf die Folgen der Nichtbeachtung hingewiesen wurden (Art. 66g); und
- b. Die Anbieterin von Fernmeldediensten verfügt über Daten, die eine Identifikation der Teilnehmer oder Teilnehmerinnen noch erlauben.

³ Die verletzte Person hat die Anbieterin von Fernmeldediensten für die Kosten der Identifizierung angemessen zu entschädigen.

⁴ Eine schwerwiegende Verletzung liegt vor, wenn:

- a. ein Werk oder anderes Schutzobjekt vor seiner Veröffentlichung widerrechtlich zugänglich gemacht wurde; oder
- b. eine grosse Anzahl von Werken oder anderen Schutzobjekten, die rechtmässig zugänglich oder erhältlich sind, widerrechtlich zugänglich gemacht wurden.

3.4.3 Anträge

- Art. 62 Abs. 1bis E-URG ist wie folgt zu ändern:

^{1bis} Eine Gefährdung von Urheber- oder verwandten Schutzrechten liegt insbesondere vor bei Handlungen nach den Artikeln 39a Absätze 1 und 3 sowie 39c Absätze 1 und 3 ~~und bei Verletzung der Pflichten nach den Artikeln 66b und 66c.~~

- Art. 62a E-URG ist wie folgt zu ändern:

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

² Das Gericht verpflichtet die Anbieterin von Fernmeldediensten zur Bekanntgabe der Identität der betreffenden Teilnehmer oder Teilnehmerinnen an die verletzte Person, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- c. Die verletzte Person macht glaubhaft, dass:
 1. eine schwerwiegende Verletzung vorliegt,
 2. die Urheber- oder verwandten Schutzrechte über ein Peer-to-Peer-Netzwerk verletzt wurden, und
 3. die Teilnehmer oder Teilnehmerinnen ~~innerhalb der letzten zwölf Monate~~ durch die Anbieterin von Fernmeldediensten **zwei einen** aufklärenden Hinweise erhalten haben und auf die Folgen der Nichtbeachtung hingewiesen wurden (Art. 66g); und
- d. Die Anbieterin von Fernmeldediensten verfügt über Daten, die eine Identifikation der Teilnehmer oder Teilnehmerinnen noch erlauben.

³ Die verletzte Person hat die Anbieterin von Fernmeldediensten für die Kosten der Identifizierung angemessen **und vorgängig** zu entschädigen.

⁴ Eine schwerwiegende Verletzung liegt vor, wenn:

- c. ein Werk oder anderes Schutzobjekt vor seiner Veröffentlichung widerrechtlich zugänglich gemacht wurde; oder
- d. eine grosse Anzahl von Werken oder anderen Schutzobjekten, die rechtmässig zugänglich oder erhältlich sind, widerrechtlich zugänglich gemacht wurden.

- Art. 66j E-URG sei in Art. 62a E-URG in einem Absatz 1bis sinngemäss zu integrieren.

3.4.4 Begründung

3.4.4.1 Leistungsklage (Änderungsantrag betr. Art. 62 Abs. 1bis E-URG)

Die in der Revisionsvorlage vorgeschlagenen neuen regulatorischen Pflichten von Internet-Service-Providern sind verwaltungsrechtlicher Natur.

Es ist methodisch falsch, deren Nicht-Einhaltung mit dem Katalog von Fällen zu kombinieren, die den Urheberrechtsinhabern eine zivilrechtliche Leistungsklage gemäss Art. 62 URG erlauben.

Es ist auch konzeptionell falsch, Zivilgerichte für die Durchsetzung von urheberverwaltungsrechtlichen Pflichten einzuspannen.

Auf die vorgeschlagene Ergänzung kann auch deshalb verzichtet werden, weil die Folgen der verwaltungsrechtlichen Pflichterfüllung bzw. Nicht-Erfüllung durch Internet-Service-Provider in der zukünftigen Bestimmung zur Haftungsfreistellung (Art. 66k E-URG) zusammengefasst werden müssen.

3.4.4.2 Teilnehmeridentifikation (Änderungsanträge betr. Art. 62a E-URG)

Die Teilnehmeridentifikation durch einen Fernmeldedienstanbieter (FDA) ist abhängig von einer schwerwiegenden Urheberrechtsverletzung. Letztlich ist die Teilnehmeridentifikation nur über eine gerichtliche Anordnung möglich, die an hohe Anforderungen geknüpft ist. Ein Gericht kommt dementsprechend im neuen „Pirateriebekämpfungsprozess“ von vornherein nur in Ausnahmefällen ins Spiel. Das entspricht dem Gedanken der AGUR 12-Empfehlung und ist jedenfalls zu begrüßen.

Damit kann verhindert werden, dass die verpflichteten Fernmeldedienstanbieter mit Identifikationsanordnungen (und die Zivilgerichte mit entsprechenden Gesuchen) überschwemmt und das Fernmeldegeheimnis damit dauerhaft unterlaufen wird. Diese Voraussetzung ist in Art. 62a Abs. 4 E-URG richtigerweise „stand alone“ reguliert, d.h. die Tatbestände der schwerwiegenden Verletzung sind gesetzlich geregelt. Diese Voraussetzung

ergibt sich indirekt auch daraus, weil eine für eine Teilnehmeridentifikation notwendige Datenbeschaffung gemäss Art. 66j E-URG überhaupt nur bei einer schwerwiegenden Verletzung von Urheberrechten über Peer-to-Peer-Netzwerke zulässig sein soll. Wie diese für den Datenbeschaffungsakt vorausgesehen werden soll, ist unklar.

In Art. 66j E-URG ist hingegen die Voraussetzung der schwerwiegenden Verletzung über Peer-to-Peer-Netzwerke nicht definiert. Es ist davon auszugehen, dass die Tatbestände mit Art. 62a Abs. 4 E-URG identisch sind. Damit die Einheit der Regelung sichergestellt ist und dazu keine Unsicherheiten über mehrere Artikel bestehen, wird empfohlen, die für die Teilnehmeridentifikation notwendige Datenbeschaffung in Art. 62a E-URG zu integrieren und nicht wie vorgesehen separat zu regeln.

3.4.4.3 Kosten

Die vorgesehene Entschädigungspflicht in Art. 62a Abs. 3 E-URG ist zu begrüßen.

Jedoch ist sicherzustellen, dass der Kostenersatz vor der Teilnehmeridentifikation über das zuständige Gericht vorab sichergestellt wird. Wie bei einem zivilgerichtlichen Gerichtskostenvorschuss soll ein FDA erst tätig werden müssen, wenn die geschuldete Entschädigung vorgängig vom Gesuchsteller geleistet worden ist. Es ist zu verhindern, dass Fernmeldediensteanbieter unter Angst, aus der Haftungsbefreiung zu fallen und/oder für Handlungen über Leistungsklagen in Anspruch genommen zu werden, Identifikationen und andere Handlungen vornehmen, und sie im Nachgang sich selbst um den Kostenersatz kümmern müssen.

Eine entsprechende Vorschussregelung ist auch deshalb angezeigt, weil davon auszugehen ist, dass sich hauptsächlich Urheberrechtsinhaber oder Inhaber verwandter Schutzrechte mit Identifikationsgesuchen an hiesige Gerichte wenden, die keinen Sitz in der Schweiz haben.

3.5 Art. 66b und Art. 66c E-URG

3.5.1 AGUR 12-Empfehlung

Hosting Provider sollen auf Anzeige der Rechteinhaber oder einer zuständigen Behörde hin unerlaubt hochgeladene Inhalte entfernen. Dafür eignet sich eine Selbstregulierung, beispielsweise im Sinne des von der Swiss Internet Industry Association (SIMSA) erlassenen „Code of Conduct Hosting“.

Hosting Provider, deren Geschäftsmodell offensichtlich auf Rechtsverletzungen durch die Nutzer angelegt ist oder die durch von ihnen zu verantwortende Massnahmen oder Unterlassungen die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung absichtlich fördern, sollen auf Anzeige des Rechteinhabers hin unerlaubt hochgeladene Inhalte entfernen und zusätzlich das erneute unerlaubte Hochladen solcher Inhalte im Rahmen des Zumutbaren verhindern. Dazu gehört auch eine umfas-

sende Kontrolle von Link-Ressourcen und die Pflicht, über allgemeine Suchmaschinen mit geeignet formulierten Suchanfragen und gegebenenfalls auch unter Einsatz von sogenannten Webcrawlern zu ermitteln, ob sich Hinweise auf weitere rechtsverletzende Links bezüglich der angezeigten Inhalte auf ihrem Dienst finden. Dafür sind die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen zu schaffen.

Hosting Provider, die Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden zu ihrem Geschäftsmodell machen, können nicht durch eine Selbstregulierung erfasst werden. Eine gesetzliche Regelung, die nicht nur eine Verpflichtung zum take down, sondern auch eine Verpflichtung zur Gewährleistung des stay down umfasst, ist in diesen spezifischen Fällen unverzichtbar.

3.5.2 Gesetzesbestimmungen

Art. 66b E-URG

¹ Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste nach Artikel 2 Buchstabe c des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2004 haben auf Mitteilung der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person oder einer zuständigen Behörde den Zugang zu widerrechtlich öffentlich zugänglich gemachten Werken oder anderen Schutzobjekten zu sperren oder diese von ihren Servern zu entfernen.

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

³ Auf Widerspruch des Inhaltsanbieters oder der Inhaltsanbieterin, der oder die ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet, haben Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste umgehend den Zugang zum betreffenden Werk oder anderen Schutzobjekt zu entsperren oder das betreffende Werk oder andere Schutzobjekt wieder auf den Server zu laden, bis die Angelegenheit zwischen den betroffenen Personen oder durch die Gerichte geklärt ist. Hierfür wird die Identität des Inhaltsanbieters der mitteilenden Person bekannt gegeben.

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

Art. 66c E- URG

¹ Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste mit Sitz in der Schweiz können sich einer Selbstregulierungsorganisation mit Sitz in der Schweiz anschliessen. Einer Selbstregulierungsorganisation nicht anschliessen dürfen sich Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, deren Geschäftsmodell auf der Förderung systematischer Urheberrechtsverletzungen aufbaut.

² Die Selbstregulierungsorganisationen erlassen ein Reglement und überwachen die Einhaltung der reglementarischen Pflichten durch die angeschlossenen Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste. Die Pflicht nach Artikel 66b Absatz 4 gilt nicht für angeschlossene Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste.

³ Das Reglement regelt die Voraussetzungen für den Anschluss und Ausschluss von Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste sowie die Pflichten der angeschlossenen Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste. Insbesondere folgende Pflichten müssen den Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste auferlegt werden:

- a. die Pflicht, dem Inhaltsanbieter oder der Inhaltsanbieterin die Mitteilung der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person, wonach dieser oder diese ein Werk oder anderes Schutzobjekt widerrechtlich öffentlich zugänglich gemacht habe, weiterzuleiten und ihn oder sie auf die Möglichkeit des Widerspruchs und dessen Folgen hinzuweisen;
- b. die Pflicht, auf Mitteilung der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person den Zugang zum betreffenden Werk oder anderen Schutzobjekt nach Buchstabe a zu sperren oder dieses vom Server zu entfernen;
- c. die Pflicht, auf Widerspruch eines Inhaltsanbieters oder einer Inhaltsanbieterin, der oder die ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet, umgehend den Zugang zum betreffenden Werk oder anderen Schutzobjekt zu entsperren oder das betreffende Werk oder andere Schutzobjekt wieder auf den Server zu laden, bis die Angelegenheit zwischen den betroffenen Personen oder durch die Gerichte geklärt ist; hierfür wird die Identität des Inhaltsanbieters der mitteilenden Person bekannt gegeben.

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

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

3.5.3 Anträge

- Art. 66b und Art. 66c E-URG sind komplett zu streichen.

- Falls auf eine Regulierung von Hosting-Service-Provider mit Sitz in der Schweiz über eine gesetzliche Pflicht zum Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation wie der SIMSA nicht verzichtet wird, sind die Bestimmungen dem Sinn der AGUR 12-Empfehlung entsprechend komplett zu überarbeiten.
- Auf die Gleichstellung von Hosting-Service-Providern im Kontext der Verbesserung von Urheberrechtsschutzmassnahmen mit der Definition von Anbietern abgeleiteter Kommunikationsdienste i.S.v. Art. 2 lit. c E-BÜPF ist jedenfalls zu verzichten.

3.5.4 Begründung

Will man an einem generellen Regulierungskonzept für Hosting-Service-Provider festhalten, obschon dies der Bundesrat in seinem Bericht über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern vom 11. Dezember 2015 gerade ablehnt (S. 100), weil er namentlich falsche Anreize und eine überschüssende Entfernungspraxis befürchtet, dann muss sich eine Regulierung zwingend auf das Verfahren „Notice and Take Down“ beschränken.

Die Auslösung einer solchen Massnahme muss weiter zumindest auf einer substantiierten Glaubhaftmachung der Urheberrechtsverletzung und auf der Einhaltung dazu erforderlicher formeller Grundprinzipien abgestellt werden, um dem potenziell hohen Missbrauchspotenzial wirksam begegnen zu können. Wenn das der Bundesrat will, dann kann er auch den heutigen Selbstregulierungscode der SIMSA zum Gegenstand eines formellen Gesetzes machen. Das ist aber abzulehnen, weil in der AGUR 12 als Grundsatz die Selbstregulierung dort hochgehalten worden ist, wo eine Selbstregulierung durch geltende Gesetze nicht ausgeschlossen ist.

Entgegen den Diskussionen in der AGUR 12 trifft die gesetzliche Pflicht zum „stay down“ in der Revisionsvorlage nicht nur spezifische Fälle von Hosting Providern, die Urheberrechtsverletzungen ihrer Kunden zum Geschäftsmodell gemacht haben, sondern – zunächst und als „point de départ“ – alle Hosting Provider bzw. alle Anbieterinnen von abgeleiteten Kommunikationsdiensten i.S.v. Art. 2 lit. c E-BÜPF, folglich der gesetzliche Regelungsvorschlag viel weiter geht als die AGUR 12-Empfehlung.

Brisant ist dabei vor allem der Umstand, dass auf ungeprüfte Mitteilung oder blosser Behauptung eines Urheberrechtseinhabers hin (ohne jede Substanziierungspflicht), diesem – nach erfolgtem Widerspruch – die Identität des Kunden offengelegt werden soll. Hier wird es folglich zu unzähligen „Fishing Expeditions“ von angeblich in ihren Urheberrechten verletzten Einsprechern kommen, die mit dem Kundennamen versorgt werden müssen. Das Missbrauchspotenzial dieser beiden Bestimmungen beurteilen wir als sehr hoch.

Die Systematik verkompliziert die Verpflichtungen der Hosting Provider, weil zunächst geklärt werden muss, ob ein angeblicher Verletzer bei einer SRO angeschlossen ist oder nicht. Weiter haben die Urheberrechtseinhaber an der AGUR deutlich gemacht, dass es nur darum

gehe, den Hosting Providern dort eine Stay Down-Verpflichtung zu auferlegen, wo kein Geschäftsdomizil in der Schweiz bestehe (ergo dann mit Sicherheit auch keine SRO-Mitgliedschaft in der Schweiz besteht) und wo es um sehr schwerwiegende und andauernde Verletzungshandlungen der Content-Anbieter gehe. Die Beurteilung dieser schwierigen Frage des „auf Urheberrechtsverletzungen basierenden Geschäftsmodells“ soll nun einfach an die SRO ausgelagert werden.

Es ist nicht nachvollziehbar, dass gerade der Bereich des Angebots von Hosting-Dienstleistungen, welcher im Gegensatz zum Angebot von Internet Access-Dienstleistungen nicht dem Fernmeldegesetz untersteht und Selbstregulierungsmassnahmen deshalb möglich sind, nun am kompliziertesten reguliert werden soll. Dass die Selbstregulierung über den SIMSA-Code seit der Verabschiedung der AGUR-Empfehlungen seine Wirkungen entfaltet hat und vermehrt nicht angeschlossene schwarze Schafe der Hosting-Szene aus der Schweiz weggezogen sind, wird zu Unrecht ausgeblendet.

Beachtlich ist sodann, dass der SIMSA-Code auch in den bilateralen Wirtschaftsbeziehungen zwischen der Schweiz und den USA im November 2015 dazu beigetragen hat, den Vorwürfen von Seiten der USA wirksam entgegenzutreten, man unternehme in der Schweiz gegen Internetpiraterie zu wenig (vgl. dazu Bericht der Arbeitsgruppe des Roundtable zum Urheberrecht im Internet: Diskussion von temporären Massnahmen mit Internetdienstleistern vom 18. Februar 2016).

3.6 Art. 66d und Art. 66e E-URG

3.6.1 AGUR 12-Empfehlung

Vgl. die AGUR 12-Empfehlung in Ziff. 3.4.1.

3.6.2 Gesetzesbestimmungen

Art. 66d E-URG

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

² Das IGE verfügt die Sperrung eines Angebots, indem es dieses auf eine Liste der zu sperrenden Angebote setzt (Sperrliste), wenn die verletzte Person glaubhaft macht, dass die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Das Angebot ist in der Schweiz abrufbar.
- b. Das Angebot macht das Werk oder andere Schutzobjekt in nach diesem Gesetz offensichtlich widerrechtlicher Weise zugänglich.
- c. Die Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste, auf deren Server sich das Angebot befindet, hat ihren Sitz im Ausland oder verschleiert dessen Ort.

- d. Das Werke oder andere Schutzobjekt ist von der Schweiz aus rechtmässig zugänglich oder rechtmässig erhältlich.

³ Die in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Personen haben die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Kosten der Sperrung angemessen zu entschädigen.

Art. 66e E-URG

¹ Das IGE veröffentlicht die Sperrliste und deren regelmässige Aktualisierungen mittels Verweis im Bundesblatt und stellt diese den nach Artikel 4 Absatz 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 registrierten Anbieterinnen von Fernmeldediensten zu. Die Veröffentlichung im Bundesblatt gilt als Eröffnung der Sperrverfügung.

² Gegen die Sperrverfügungen können Einsprache erheben:

- a. die von der Verfügung betroffenen Inhaltsanbieter und Inhaltsanbieterinnen und Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, namentlich wenn sie das betroffene Angebot aufgehoben oder den Zugang dazu in der Schweiz mit geeigneten technischen Massnahmen unterbunden haben;
- b. die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, wenn aus betrieblicher oder technischer Sicht die Massnahmen unverhältnismässig sind, die für die Sperrung des Zugangs zu Angeboten, die neu in die Sperrliste aufgenommen worden sind, erforderlich sind.

³ Die Einsprachen sind innert der folgenden Fristen schriftlich beim IGE einzureichen:

- a. Einsprachen nach Absatz 2 Buchstabe a: jederzeit;
- b. Einsprachen nach Absatz 2 Buchstabe b: innert 30 Tagen ab Eröffnung der Sperrverfügung.

⁴ Die Einsprachen haben aufschiebende Wirkung. Das IGE kann anordnen, dass einer Einsprache keine aufschiebende Wirkung zukommt.

⁵ Das IGE ist bei der Prüfung einer Einsprache nicht an die gestellten Anträge gebunden.

3.6.3 Anträge

- Art. 66d E-URG ist wie folgt zu ändern:

¹ Wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht **schwerwiegend** verletzt wird (**Art. 62a Abs. 4**), kann vom IGE verlangen, dass es die Anbieterinnen von Fernmeldediensten mit Sitz in der Schweiz verpflichtet, den Zugang zu Angeboten von Werken und anderen Schutzobjekten zu sperren.

² Das IGE verfügt die Sperrung eines Angebots, indem es dieses auf eine Liste der zu sperrenden Angebote setzt (Sperrliste), wenn die verletzte Person glaubhaft macht, dass die folgenden Voraussetzungen **kumulativ** erfüllt sind:

- a. Das Angebot ist in der Schweiz abrufbar.
- b. Das Angebot macht das Werk oder andere Schutzobjekte in nach diesem Gesetz offensichtlich widerrechtlicher Weise zugänglich.
- c. ~~Die Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste,~~ **Der Anbieter**, auf deren Server sich das Angebot befindet, hat ~~ihren~~**seinen** Sitz im Ausland oder verschleiert dessen Ort.
- d. Das Werk oder andere Schutzobjekt ist von der Schweiz aus rechtmässig zugänglich oder rechtmässig erhältlich.
- e. **Das Angebot besteht in überwiegendem Mass aus Werken und anderen Schutzobjekten, deren Inhaber gemäss den Voraussetzungen in Abs. 2 ebenfalls berechtigt sind, die Sperrung des Angebots zu verlangen.**

³ Die in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Personen haben die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Kosten der Sperrung angemessen **und vorgängig** zu entschädigen.

⁴ **Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten setzen vom IGE verfügte Sperren ohne Beurteilung der für eine Sperrung notwendigen Voraussetzungen gemäss Abs. 2 um.**

- Art. 66e E-URG ist wie folgt zu ändern:

¹ Das IGE veröffentlicht die Sperrliste und deren regelmässige Aktualisierungen mittels Verweis im Bundesblatt und stellt diese den nach Artikel 4 Absatz 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 registrierten Anbieterinnen von Fernmeldediensten zu. Die Veröffentlichung im Bundesblatt gilt als Eröffnung der Sperrverfügung.

² Gegen die Sperrverfügungen können Einsprache erheben:

- a. die von der Verfügung betroffenen Inhaltsanbieter und Inhaltsanbieterinnen und Anbieterinnen **von Hosting-Dienstleistungen** ~~abgeleiteter Kommunikationsdienste~~, namentlich wenn sie das betroffene Angebot aufgehoben oder den Zugang dazu in der Schweiz mit geeigneten technischen Massnahmen unterbunden haben;
- b. die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, wenn aus betrieblicher oder technischer Sicht die Massnahmen unverhältnismässig sind, die für die Sperrung des Zugangs zu Angeboten, die neu in die Sperrliste aufgenommen worden sind, erforderlich sind.

³ Die Einsprachen sind innert der folgenden Fristen schriftlich beim IGE einzureichen:

- a. Einsprachen nach Absatz 2 Buchstabe a: jederzeit;
- b. Einsprachen nach Absatz 2 Buchstabe b: innert ~~30~~**60** Tagen ab Eröffnung der Sperrverfügung.

⁴ Die Einsprachen haben aufschiebende Wirkung. Das IGE kann anordnen, dass einer Einsprache keine aufschiebende Wirkung zukommt.

⁵ Das IGE ist bei der Prüfung einer Einsprache nicht an die gestellten Anträge gebunden.

⁶ **Kommt das IGE im Rahmen einer Einsprache nach Absatz 2 Buchstabe b zum Schluss, dass die Sperrung des Zugangs zu einem Angebot aus betrieblicher oder technischer Sicht unverhältnismässig ist, entfaltet ein solcher Entscheid generell-abstrakte Wirkung für alle verpflichteten Fernmeldediensteanbieter.**

⁷ **Bis zur rechtskräftigen Erledigung einer Einsprache gemäss Absatz 2 Buchstabe b kann ein verpflichteter Fernmeldediensteanbieter von keiner anderen staatlichen Behörde zur Sperrung des Angebots angehalten werden.**

3.6.4 Begründung

3.6.4.1 DNS-Sperren von illegalen Angeboten

Zur rein regulatorischen Natur dieser Bestimmung weisen wir darauf hin, dass die vorgeschlagenen Zugangssperren aus einer rein schweizerischen Urheberrechtsperspektive die Wertungen des materiellen Urheberrechts aus Sicht des Urheberrechtsnutzers und Konsumenten unterlaufen.

Das von den Fernmeldediensteanbietern zu sperrende Angebot soll den Zugang zu einem bestimmten, in der Schweiz abrufbaren Angebot verhindern bzw. erschweren. Wie bereits unter Ziffer 2 vorstehend erwähnt, ist dieser Zugang für den damit verhinderten oder erschwerten Privatgebrauch nach geltendem und auch revidiertem Urheberrecht selbst dann zulässig, wenn das zu sperrende Angebot offensichtlich widerrechtlich in der Schweiz über Internet abrufbar ist.

Mit Art. 66d und Art. 66e E-URG werden Ausnahmetatbestände von Art. 19 URG geschaffen. Ziel ist es, mit einer Sperre den Urheberrechtskonsum aus offensichtlich illegaler Quelle zukünftig zu verunmöglichen. In der Lehre wird deshalb die Meinung vertreten, dass die angedachten Zugangssperren von vornherein nicht in Frage kommen können, solange Art. 19 URG nicht nach deutschem Vorbild angepasst werde; man treffe ansonsten die Werknutzer, die sich rechtmässig verhalten, wenn sie zum Privatgebrauch auf das zu sperrende Angebot greifen (Cyrill P. Rigamonti, Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberrecht?, sic! 3/2016, 117 ff., 129). Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang, dass die so bestraften Werknutzer sich nicht nur rechtmässig verhalten, sondern mit der Bezahlung verschiedenster Kollektivverwertungstarife diese Nutzung auch abgelden. Konsequenterweise müsste deshalb die Einführung einer Sperrmöglichkeit von illegalen Angeboten zu einer Senkung

jener Tarife führen, bei deren Berechnung eine Nutzung aus illegaler Quelle mitberücksichtigt wird.

Die Sperrung von Angeboten kann durch den Rechteinhaber gemäss Revisionsvorlage grundsätzlich bereits verlangt werden, wenn er „nur“ verletzt und nicht „schwerwiegend verletzt“ ist. Offenbar wurde bei dieser Massnahme auf dieses generelle Qualifikationskriterium verzichtet, weil die vom Rechteinhaber glaubhaft zu machenden Kriterien gemäss Art. 66d Abs. 2 E-URG letztlich dazu führen, dass die Anforderungen an eine Sperrung hoch sein sollen.

Diese Interpretation ergibt sich ansatzweise aus dem erläuternden Bericht und aus Abs. 2 lit. b, wo als Voraussetzung das „in offensichtlich widerrechtlicher Weise“-Zugänglichmachen definiert ist. Das reicht für eine klare Regulierung aber nicht aus und Art. 66d Abs. 1 und Abs. 2 E-URG sind redaktionell dahingehend zu verbessern, damit bereits aus dem Wortlaut die teleologische Stossrichtung ersichtlich wird, gemäss welcher mit dieser Massnahme ausschliesslich Internetseiten im Fokus stehen, „welche hauptsächlich Piraterieangebote beherbergen“ (vgl. Erl. Bericht zum E-URG, S. 76). Alles andere wäre gemäss Bundesrat mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht vereinbar.

Das Thema „Overblocking“ ist hier zentral: Ohne explizite Nennung der weiteren Voraussetzungen „Vorliegen einer schwerwiegenden Verletzung“ und der „Internetseite, welche hauptsächlich Piraterieangebote beherbergt“ könnte selbst YouTube gesperrt werden. Die Schwierigkeit beim Tatbestand ist folglich, dass sich die zwingend und klar vorauszusetzende Schwere des Falles nicht nur auf einen Rechteinhaber (als potentieller Antragssteller) bezieht, sondern über alle angebotenen Werke hinweg (d.h. verschiedene Rechteinhaber sind betroffen) relevant sein muss, um eine DNS-Sperre rechtfertigen zu können. Entsprechend ist Art. 66d Abs. 2 lit. e E-URG wie vorgeschlagen mit einer weiteren kumulativ zu erfüllenden Voraussetzung zu ergänzen.

Beachtlich ist hierzu auch, dass das Kriterium der „schwerwiegenden Verletzung“ in Art. 62a E-URG für die gerichtliche Anordnung der Teilnehmeridentifikation als Voraussetzung erwähnt und in Art. 62a Abs. 4 E-URG auch inhaltlich definiert ist. Das ist grundsätzlich positiv, weil am Kriterium der „schwerwiegenden Verletzung“ auch die Zustellung von Warnhinweisen aufgehängt wird. Auch die Teilnehmeridentifizierung ist nur bei schwerwiegenden Verletzungen möglich. Gleiches gilt für die dafür notwendige Datenbearbeitung durch die Rechteinhaber (vgl. sogleich Art. 66j E-URG).

Die Allgemeinwirkung eines positiven Einspracheentscheids des IGE (Vorschlag zu Art. 66e Abs. 6 E-URG) wird mit der absoluten Pflicht begründet, die in der Schweiz tätigen Access-Provider absolut gleich zu behandeln, damit über die vorgeschlagene Regulierung über unterschiedliche Verhältnismässigkeitsbrillen nicht Marktverzerrungen begünstigt werden.

3.6.4.2 Beurteilung von glaubhaftgemachten Voraussetzungen

In den Erläuterungen zum Revisionsentwurf (vgl. Erl. Bericht zum E-URG, S. 80) führt der Bundesrat betreffend „Unverhältnismässigkeit“ bei der Umsetzung einer Sperrmassnahme zu Art. 66e Abs. 2 lit. b E-URG aus, die zu ergreifenden technischen Massnahmen können möglicherweise zu kompliziert sein oder zu einem unerwünschten „Overblocking“ führen. Der letzte Teil ist missverständlich und der Verweis auf ein Overblocking methodisch falsch und gefährlich.

Es muss zwingend verhindert werden, dass Fernmeldediensteanbieter in irgendwelcher Form zu Garanten eines behördlich nicht gesperrten Internets werden, ergo sie im Zuge der Umsetzung einer vom IGE angeordneten Sperr-Massnahme in keiner Weise zur Überprüfung von dazu erforderlichen Voraussetzungen verpflichtet sind, ob es mit einer Sperrung zu einem unerwünschten Overblocking kommt und damit die Massnahme gestützt auf die „Unverhältnismässigkeitseinrede“ nicht umgesetzt werden darf. Die Prüfung und ein Entscheid über die glaubhaft gemachten Voraussetzungen sind ausschliesslich Sache des IGE. Art. 66d ist entsprechend mit dem vorgeschlagenen Abs. 4 zu ergänzen.

3.6.4.3 Kosten

Auch hier ist die vorgesehene Entschädigungspflicht in Art. 66d Abs. 3 E-URG zu begrüssen.

Jedoch ist auch hier sicherzustellen, dass der Kostenersatz vor der Aufnahme auf die Sperrliste über das IGE vorab sichergestellt wird. Ein Fernmeldediensteanbieter soll erst dann tätig werden müssen, wenn die geschuldete Entschädigung vorgängig geleistet worden ist.

3.7 Art. 66g E-URG

3.7.1 AGUR 12-Empfehlung

Eine zu umfassende Rechtsdurchsetzung ist problematisch und wird als aggressiv empfunden, weil die Internetnutzer oftmals über die Rechtslage im Unklaren sind. Vorgängige aufklärende Hinweise können hier Abhilfe schaffen. Deshalb soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass die Access Provider auf Hinweis der Rechteinhaber oder einer zuständigen Behörde den Inhabern von Internetanschlüssen, über welche P2P-Netzwerke genutzt wurden, die in schwerwiegender Weise Urheberrechte verletzen, einen einmaligen aufklärenden Hinweis zustellen. Die Rechteinhaber sollen die Access Provider für den Aufwand, der ihnen durch die Zustellung der Hinweise entsteht, angemessen entschädigen. Als Folge davon wird der Anschlussinhaber nach Erhalt eines aufklärenden Hinweises zur Verhinderung einer zivilrechtlichen Mithaftung im Wiederholungsfall verpflichtet sein, den Weitergebrauch seines Anschlusses für Rechtsverletzungen über P2P-Netzwerke in angemessener Weise zu schützen. Die dafür erforderlichen gesetzlichen Grundlagen sind zu schaffen und die Rechtsweggarantie zu beachten; insbesondere müssen die ISP und die Konsumentenorganisationen die Möglichkeit haben,

sich bei einem Hinweis seitens der Rechteinhaber an die zuständige Behörde zu wenden.

3.7.2 Art. 66g E-URG

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

² Erfolgt frühestens nach zwei Monaten und spätestens nach zwölf Monaten seit der Zustellung des ersten aufklärenden Hinweises eine zweite Mitteilung einer in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person oder einer zuständigen Behörde, so stellen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten den betroffenen Teilnehmern und Teilnehmerinnen einen zweiten aufklärenden Hinweis zu. Dieser muss in Papierform zugestellt werden.

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

⁴ Wenn innerhalb der Frist nach Absatz 3:

- a. keine dritte Mitteilung erfolgt, so werden alle Mitteilungen, welche den entsprechenden Teilnehmer oder die entsprechende Teilnehmerin betreffen, gelöscht;
- b. eine dritte Mitteilung erfolgt, so werden die Mitteilungen nach Abschluss des Identifikationsverfahrens (Art. 62a) gelöscht.

⁵ Die in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Personen haben die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Kosten der Zustellung der aufklärenden Hinweise und der damit verbundenen Kosten angemessen zu entschädigen.

3.7.3 Anträge

- Art. 66g E-URG ist wie folgt zu ändern:

¹ Auf **schriftliche und begründete** Mitteilung der in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person oder einer zuständigen Behörde stellen die An-

bieterinnen von Fernmeldediensten den Teilnehmern und Teilnehmerinnen, deren Anschluss für eine schwerwiegende Verletzung (**Art. 62a Abs. 4**) der Urheber- oder verwandten Schutzrechte über Peer-to-Peer-Netzwerke verwendet werden, einen **ersten einmaligen** aufklärenden Hinweis zu. Dieser kann elektronisch übermittelt werden. **Anbieterinnen von Fernmeldediensten prüfen ausschliesslich, ob die Mitteilung der verletzten Person schriftlich begründet ist.**

² ~~Erfolgt frühestens nach zwei Monaten und spätestens nach zwölf Monaten seit der Zustellung des ersten aufklärenden Hinweises eine zweite Mitteilung einer in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Person oder einer zuständigen Behörde, so stellen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten den betroffenen Teilnehmern und Teilnehmerinnen einen zweiten aufklärenden Hinweis zu. Dieser muss in Papierform zugestellt werden.~~

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

^{4a} ~~Wenn innerhalb der Frist nach Absatz 3:~~

- a. ~~keine dritte Mitteilung erfolgt, so werden alle Mitteilungen, welche den entsprechenden Teilnehmer oder die entsprechende Teilnehmerin betreffen, gelöscht;~~
- b. ~~eine dritte Mitteilung erfolgt, so werden die Mitteilungen nach Abschluss des Identifikationsverfahrens (Art. 62a) gelöscht.~~

⁵³ Die in ihrem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzten Personen haben die Anbieterinnen von Fernmeldediensten für die Kosten der Zustellung ~~des~~ aufklärenden Hinweises und der damit verbundenen Kosten angemessen **und vorgängig** zu entschädigen.

- Art. 66g E-URG in der oben angepassten Form sei dahingehend zu ergänzen, dass die für eine Mitteilung erforderliche schwerwiegende Verletzung vor dem Versand vom IGE summarisch geprüft wird, bevor die Anbieterinnen von Fernmeldediensten zum Versand an die betroffenen Teilnehmer und Teilnehmerinnen verpflichtet sind.
- Die in den Art. 62a E-URG, Art. 66g E-URG und Art. 66j E-URG erwähnte Voraussetzung der Schwere einer im Raum stehenden Verletzung von Urheber- und verwandten Schutzrechten muss zwischen den einzelnen Artikeln besser abgestimmt werden.

3.7.4 Begründung

Art. 66g E-URG hat mit der Empfehlung des Schlussberichts der AGUR 12 und den dazu geführten Diskussionen nichts mehr zu tun.

Dass dieses „neue“ System in der vorgeschlagenen Ausgestaltung die in der Regel bevorzugte zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung regeln soll, mag zutreffen. Dass damit aber die Nachteile des Umwegs über ein Strafverfahren für die Internetnutzer, die Rechteinhaber und auch die Strafverfolgungsbehörden behoben werden, wird bezweifelt.

Solange die Berechtigung zur Datenbearbeitung in Art. 66j E-URG unabhängig vom Ziel eines Zivilverfahrens ist und auch der Vorbereitung von Strafverfahren dienen kann, wird der strafrechtliche Weg weiterhin beschritten werden. Damit kommt es weiter zur nicht gewollten Lawine von Strafverfahren gegen Internetnutzer, die spätestens dann hängen bleiben, wenn nicht bewiesen werden kann, wer einen in Frage stehenden Internetanschluss tatsächlich genutzt hat.

Es ist ein dreistufiges Informationsverfahren, eine Lösungsverpflichtung in Bezug auf die an einen Nutzer geschickten Warnhinweise sowie der Versand eines Hinweises in Papierform vorgesehen. Zusammen mit dem Vorschlag, wonach Teilnehmeridentifikationen für ein Zivilverfahren überhaupt nur bei schwerwiegenden Verletzungen zulässig sind, zeugt dieses Verfahren von der Absicht, Konsumenten, die Urheberrechte verletzen, möglichst nicht behelligen zu wollen. Demgegenüber wird der Aufwand der Fernmeldedienstanbieter gross und die Wirkung zur Bekämpfung der schwergewichtigen Piraten klein sein.

Weiter ist unklar, wer prüft, ob eine – in gleicher Weise wie bei Art. 62a E-URG geforderte – schwerwiegende Verletzung über Peer-to-Peer-Plattformen vorliegt, die Voraussetzung für die Zustellung der Mitteilung und die vorgängige Erhebung der Daten sein muss, welche den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Identifikation eines Teilnehmers oder einer Teilnehmerin erlauben.

Gemäss den Erläuterungen wurde die Legitimation bewusst nicht eingeschränkt, weil den Fernmeldedienstanbietern diese Beurteilung gerade nicht auferlegt werden kann. Letzteres ist korrekt. Wird die Legitimation für Warnhinweise aber nicht eingeschränkt, ist das Missbrauchspotential enorm hoch. Es ist voraussehbar, dass damit die von der AGUR und vom Bundesrat gewollte Beschränkung auf die Verfolgung schwerwiegender Verletzungshandlungen von Urheberrechtsnutzern (hier die Weiterverbreitung von illegal im Internet für den Konsum bereitgestellten Werken ausserhalb des privaten Kreises) unterlaufen wird. Es werden nicht nur in ihren Urheber- und verwandten Schutzrechten angeblich verletzte Personen die Zustellung von Warnhinweisen verlangen wollen, sondern auch Personen, die sich in lauterkeits- oder persönlichkeitsrechtlicher Hinsicht verletzt fühlen.

Es ist demzufolge falsch, wenn der Bundesrat im erläuternden Bericht (S. 82) feststellt, eine vorgängige Einschränkung der Legitimation auf schwerwiegend in ihren Rechten verletzte Personen mache keinen Sinn.

Es wäre dann auch zu fragen, wie die verletzte Person überhaupt an die für die Zustellung des aufklärenden Hinweises notwendigen Daten für die interne Teilnehmeridentifikation des Access-Service-Providers gelangen kann. Denn die Erhebung der entsprechenden Daten setzt gemäss Art. 66j E-URG bereits eine schwerwiegende Verletzung voraus. Das funktioniert nicht. Wenn erst im Zuge von Art. 62a E-URG eine Prüfung der Schwere einer im Raum stehenden Verletzung erfolgt, dann müsste konsequenterweise die Datenbearbeitung gemäss Art. 66j E-URG ungeachtet der Schwere einer Verletzungshandlung über Peer-to-Peer-Plattformen zulässig sein.

Wenn nicht geklärt ist, wer die grundsätzlich erforderliche Schwere einer Verletzung abklärt, bevor der Prozess (Datenbearbeitung, Zustellung von Warnhinweisen, gerichtliches Gesuch um Teilnehmeridentifikation) in Bewegung gesetzt wird, dann werden am Ende dennoch Warnhinweise ohne vorgängige Triage „aufs Geratewohl“ hin versandt werden. Dies mit der Wirkung, dass die Masse der bearbeiteten Daten und der Warnhinweise unbeabsichtigt hoch sein wird und viele unbescholtene Internetabonnementskunden verärgert werden. Wenn das ein Fernmeldediensteanbieter unterbinden will, dann bleibt am Ende wiederum nichts anderes übrig, als eine materielle Vorprüfung vornehmen zu müssen. Genau das war aber von der AGUR 12 nicht gewollt:

Es waren sich alle Stakeholder einig, dass ein Fernmeldediensteanbieter nicht zu einem verlängerten „Rechtssprechungsorgan“ werden darf.

In technischer Hinsicht ist sodann unklar, ob und wie ein Rechteinhaber herausfinden kann, ob eine Verletzung letztlich tatsächlich über eine P2P-Plattform erfolgt.

3.7.5 Kosten (Art. 66g Abs. 5):

Gemäss den Erläuterungen des Bundesrats zu E-URG (S. 83) soll es sich bei diesem Kostenersatz um eine zivilrechtliche Forderung handeln. Damit verbunden ist wohl die Ansicht, dass die mit den urheberverwaltungsrechtlichen Pflichten belastete Anbieterin von Fernmeldediensten diese Kosten selber über den Zivilrechtsweg geltend machen muss, falls die verletzte Person nicht freiwillig leistet.

Das ist nicht akzeptabel: Auch diese Kosten sind vor dem Versand einer Mitteilung entweder direkt an die verpflichtete Anbieterin von Fernmeldediensten oder an das IGE zu leisten. Weiter kann es sich hierbei nicht um eine zivilrechtliche Forderung handeln, sondern um eine Entschädigung für die Ausübung von verwaltungsrechtlichen Pflichten (vgl. dazu Ziff. 3.4.4.3).

3.8 Art. 66j E-URG

3.8.1 AGUR 12-Empfehlung

Rechteinhaber sollen für die Ermittlung von Urheberrechtsverletzungen Internetverbindungsdaten (insbesondere dynamische und statische IP-Adressen) bearbeiten dürfen, soweit sie sich an die Vorgaben des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) halten.

Die gesetzlichen Grundlagen sind – soweit erforderlich – zu schaffen.

3.8.2 Art. 66j E-URG

¹ Werden Urheber- oder verwandte Schutzrechte über Peer-to-Peer-Netzwerke schwerwiegend verletzt, so darf die verletzte Person zur Bekämpfung dieser Verletzung die folgenden Daten erheben und speichern:

- a. die IP-Adresse des Teilnehmers oder der Teilnehmerin, dessen oder deren Anschluss für die Verletzung verwendet wurde;
- b. das Datum und die Uhrzeit der Zugänglichmachung der Werke und anderer Schutzobjekte sowie die Dauer, während der das Werk oder andere Schutzobjekt zugänglich war;
- c. den elektronischen Fingerabdruck des Werks oder des anderen Schutzobjekts.

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

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

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

3.8.3 Anträge

- Art. 66j E-URG ist wie folgt zu ändern:

¹ Werden Urheber- oder verwandte Schutzrechte über Peer-to-Peer-Netzwerke ~~schwerwiegend~~ verletzt, so darf die verletzte Person zur Bekämpfung dieser Verletzung die folgenden Daten erheben und speichern:

- a. die IP-Adresse des Teilnehmers oder der Teilnehmerin, dessen oder deren Anschluss für die Verletzung verwendet wurde;
- b. das Datum und die Uhrzeit der Zugänglichmachung der Werke und anderer Schutzobjekte sowie die Dauer, während der das Werk oder andere Schutzobjekt zugänglich war;
- c. den elektronischen Fingerabdruck des Werks oder des anderen Schutzobjekts.

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

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

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

⁵ **Gestützt auf die gemäss diesem Artikel bearbeiteten Daten, darf eine gemäss Art. 66g verpflichtete Anbieterin von Fernmeldediensten für die Zustellung eines aufklärenden Hinweises eine Teilnehmeridentifikation vornehmen.**

- Für die Limitierung der Berechtigung zur Datenbearbeitung sei an anderes Kriterium als die „Schwere“ der Verletzung von Urheber- oder verwandten Schutzrechten zu definieren.

3.8.4 Begründung

Wir unterstützen die gesetzliche Regelung einer Datenbearbeitung zum Zweck der Verfolgung von Rechtsverletzungen.

Es ist unverständlich, weshalb sich eine Person, die mit dem Upload von Privatkopien auf eine Plattform mit einem Adressatenkreis ausserhalb des privaten Kreises, hinter dem Datenschutzrecht verstecken soll.

Die Datenbearbeitung soll nur bei schwerwiegenden Verletzungen möglich sein; diese Limitierung deckt sich nicht mit der AGUR-Empfehlung. *E contrario* darf die verletzte Person in leichten Fällen gar keine Datenbearbeitung vornehmen und damit auch nicht das „Rohmaterial“ für die Zustellung eines Warnhinweises oder eines gerichtlichen Teilnehmeridentifikationsgesuchs erstellen. Eine Beurteilung der Schwere einer Verletzung kann aber gemäss unserem Verständnis erst dann erfolgen, wenn die Datenbearbeitung im Hinblick auf die Verletzung bzw. deren Verfolgung gemacht worden ist.

Wenn man die Datenbearbeitung zu Gunsten der Konsumenten limitieren will, dann geht es nicht um die Schwere der mit der Datenbearbeitung aufgedeckten Verletzung, sondern um das Vorliegen eines entsprechenden Verdachtsmoments. Wie ein solcher in einem Gesetz festgelegt werden soll, ist allerdings fraglich.

Weiter ist in Art. 66j explizit vorzusehen, dass eine gemäss Art. 66g verpflichtete Fernmeldediensteanbieterin gestützt auf die von einem Rechteinhaber erhobenen Daten berechtigt ist, die für den aufklärenden Hinweis notwendige interne Teilnehmeridentifikation vorzunehmen.

3.9 Art. 66k E-URG

3.9.1 AGUR 12-Empfehlung

Neben den Pflichten der Provider (Access-, Suchmaschinen-, Hosting-Provider) ist auch deren Schutz – nach Befolgung dieser Pflichten – in Form von Haftungsbefreiungs- und klaren Verantwortlichkeitsbestimmungen gesetzlich zu regeln. Entsprechend der eCommerce-Richtlinie der EU sind zivilrechtliche Ansprüche wie Schadenersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gegen Access Provider und Suchmaschinenbetreiber sowie deren Strafbarkeit ausgeschlossen, wenn ein Access Provider oder Suchmaschinenbetreiber die Übermittlung (der abgefragten Information) nicht veranlasst, den Empfänger der übermittelten (bzw. abgefragten) Informationen nicht auswählt und die übermittelten (bzw. abgefragten) Informationen weder auswählt noch verändert. Gleiches gilt für den Hosting Provider, wenn er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat oder unverzüglich, nachdem er diese Kenntnis erhalten hat, tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Den Providern sollen auch keine Verpflichtungen auferlegt werden, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu suchen, die auf rechtswidrige Tätigkeiten hinweisen. Insbesondere auch im Zusammenhang mit Massnahmen gemäss Ziff. 9.3.2 bis 9.3.7 sind für die Access und Hosting Provider Haftungsfreistellungsbestimmungen ausdrücklich gesetzlich vorzusehen. So muss beispielsweise klar sein, dass ein Access Provider nicht für eine Handlung zur Verantwortung gezogen werden kann, die er in Erfüllung der Ziff. 9.3.2 bis 9.3.7 vorgenommen hat. Die Haftungsbefreiung muss dabei sowohl für die Inanspruchnahme durch die Rechteinhaber wie auch bei ausservertraglicher und vertraglicher Inanspruchnahme durch die Kunden und die Betreiber von Internetseiten gelten. Die dafür erforderlichen gesetzlichen Grundlagen sind zu schaffen.

3.9.2 Art. 66k E-URG

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

- a. Urheberrechtsverletzungen durch ihre Inhaltsanbieter und Inhaltsanbieterinnen;
- b. eine Verletzung vertraglicher oder ausservertraglicher Pflichten.

² Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die ihre Pflichten nach den Artikeln 62a Absatz 2, 66d Absatz 2 und 66g wahrnehmen, können nicht verantwortlich gemacht werden für:

- a. Urheberrechtsverletzungen durch ihre Teilnehmer und Teilnehmerinnen;
- b. eine Umgehung der Sperrmassnahmen;
- c. eine Verletzung vertraglicher oder ausservertraglicher Pflichten.

3.9.3 Anträge

- Die Haftungsbefreiung der Internet-Service-Provider sei entsprechend der eCommerce-Richtlinie der EU zu regulieren und Art. 66j E-URG jedenfalls wie folgt zu ändern:

¹Anbieterinnen **von Fernmeldediensten und anderen Internet Service-Diensten abgeleiteter Kommunikationsdienste**, die ihre Pflichten nach den Artikeln 66b und 66c Absätze 2 und 3 wahrnehmen, können nicht verantwortlich gemacht werden für:

- c. **Urheber- und Leistungsschutzrechtsverletzungen** durch ihre Inhaltsanbieter und Inhaltsanbieterinnen;
- d. **Urheber- und Leistungsschutzrechtsverletzungen durch ihre Kunden;**
- e. eine Verletzung vertraglicher oder ausservertraglicher **sowie anderweitig geregelter Pflichten infolge der Ausübung ihrer Verpflichtungen gemäss diesem Kapitel.**

²Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die ihre Pflichten nach den Artikeln 62a Absatz 2, 66d Absatz 2 und 66g wahrnehmen, können nicht verantwortlich gemacht werden für:

- d. ~~Urheberrechtsverletzungen durch ihre Teilnehmer und Teilnehmerinnen;~~
- e. ~~eine Umgehung der Sperrmassnahmen;~~
- f. ~~eine Verletzung vertraglicher oder ausservertraglicher Pflichten.~~

3.9.4 Begründung

Bezüglich der Konzeption der Haftungsbefreiung der Internet-Service-Provider bestand bei allen involvierten Stakeholdern der AGUT Einigkeit.

Wenn Massnahmen zur Verbesserung der Rechtsverfolgung bei Internet-Sachverhalten gesetzlich geregelt werden sollen, dann sind Internet-Service-Provider Hilfspersonen der staatlichen Rechtsdurchsetzungs- und Rechtsverfolgungsorgane. Sie sind „Umsetzer“ von Handlungen, für die sie in keiner Weise Risiken auf sich nehmen müssen. Das ist die eine Seite der „Haftungsbefreiung“.

Die vorgeschlagene Formulierung dieser urheberverwaltungsrechtlichen Haftungsbefreiung greift dann nicht, wenn ein Internet-Service-Provider Inhalte blockiert, die er nicht hätte blockieren sollen, da sich diese gemäss vorgeschlagenem Wortlaut nur auf die Wahrnehmung gesetzlicher Pflichten beruht. Gleiches gälte, wenn der Access-Provider ein Angebot nicht sperrt, weil er sich mit einer Einsprache aus betrieblichen und wirtschaftlichen Gründen gegen die Sperrung wehrt, mit dieser Einsprache am Ende aber unterliegt. Das entspräche nicht dem Sinn der AGUR-Empfehlung und ist abzulehnen.

Die Kernbotschaft der zivilrechtlichen Haftungsbefreiung ist allerdings die Klärung der Frage, ob ein Internet-Service-Provider, und insbesondere ein Access-Service-Provider wie

die Anbieterin eines entsprechenden Fernmeldedienstes, zivilrechtlich für Handlungen verantwortlich sein kann, die Inhaltenanbieter oder Nutzer in widerrechtlicher Weise vornehmen. Diese Frage ist gesetzlich zu klären und Art. 66j E-URG entsprechend zu ergänzen. Der ergänzte Art. 66j E-URG geht als *Lex Specialis* den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen vor.

4. Unterstützende Verweise auf Vernehmlassungsbeiträge Dritter

Im Zusammenhang mit Art. 66b und 66c E-URG verweisen wir auf den Vernehmlassungsbeitrag der SIMSA.

Wir danken für Ihre Aufmerksamkeit und die Beachtung unserer gestellten Anträge.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Dr. Simon Osterwalder
Geschäftsführer



Stefan Flück
Leiter Rechtsdienst