



Tätigkeitsbericht der BTM über die Amtsperiode 2012 – 2015



Inhaltverzeichnis

1. Allgemeines.....	3
1.1. Zuständigkeit.....	3
1.2. Organisation und Finanzen.....	3
2. Die zweite Amtsperiode im Überblick.....	4
3. Die Untersuchung der eingegangenen Meldungen.....	5
3.1. Die Beanstandung von TM zum Schutz von Online-Angeboten.....	5
3.2. Die Beanstandung von TM im TV-Bereich.....	7
4. Von Amtes wegen durchgeführte Untersuchungen.....	8
4.1. Die Anwendung von TM bei der elektronischen Wissensvermittlung.....	8
4.1.1. Einleitung.....	8
4.1.2. Das Ergebnis der Umfrage bei den Bibliotheken.....	9
a) Der Stellenwert der E-Publikationen.....	9
b) Das Nebeneinander von E- und Printmedien.....	10
c) Die Anschaffung von E-Medien.....	10
d) Der Zugriff auf die E-Medien der Bibliotheken.....	10
e) Die Zugangs- und Anwendungsbeschränkungen.....	10
4.1.3. Analyse der Untersuchungsergebnisse.....	11
a) Beurteilung der Zugangsbeschränkungen.....	12
b) Beurteilung der Kopierschutzmassnahmen.....	12
4.2. Digitales Fernsehen: Verschlüsselung von TV-Programmen.....	13
4.2.1. Einleitung.....	13
4.2.2. Die Auswirkungen der Verschlüsselung auf Artikel 22 URG.....	14
4.2.3. Die Auswirkungen der Verschlüsselung auf Art. 19 URG.....	15
4.2.4 Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse.....	17
5. Fazit der Amtsperiode 2012 – 2015.....	17
6. Ausblick.....	19



1. Allgemeines

1.1 Zuständigkeit

Das Urheberrechtsgesetz¹ (URG) enthält ein Umgehungsverbot (vgl. Art. 39a URG) für technische Massnahmen (TM) wie Zugangs- oder Kopiersperren, die im Bereich der Digitaltechnologie und insbesondere im Internet urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen vor unerlaubten Verwendungen schützen. Die Anwendung von umgebungsgeschützten TM kann aber unter Umständen dazu führen, dass Werkverwendungen beeinträchtigt werden, die das Gesetz im Rahmen der Urheberrechtsschranken ausdrücklich erlaubt. Eine Fachstelle soll deshalb die Auswirkungen von TM auf die urheberrechtlichen Schutzausnahmen beobachten und im Bedarfsfall zwischen den Nutzern bzw. Konsumenten und den Anwendern von TM vermittelnd tätig werden, um eine einvernehmliche Lösung zu ermöglichen (vgl. Art. 39b URG).

Diese Regelung ist im Rahmen der Teilrevision des URG vom 22. Juni 2007 verabschiedet worden. Gleichzeitig mit dem Beschluss über ihre Inkraftsetzung hat der Bundesrat gestützt auf Artikel 16e der Urheberrechtsverordnung² (URV) den Beobachter für TM mit Wirkung ab dem 1. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2011 gewählt. Nach Artikel 16f Absatz 3 URV hat die Fachstelle dem Bundesrat periodisch Bericht zu erstatten. Mit Beschluss vom 24. November 2011 hat er den ersten Bericht der BTM über die Periode vom 1. Juli 2008 bis zum 30. Juni 2011 zur Kenntnis genommen. Der vorliegende Bericht an den Bundesrat bezieht sich auf die zweite Amtsperiode (1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2015) des Beobachters.

1.2. Organisation und Finanzen

Die BTM erfüllt ihre Aufgaben unabhängig. Sie ist in administrativer Hinsicht dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (Institut/IGE) zugeordnet, das auch die Kosten der Fachstelle trägt.

Die Vereinbarung, welche gestützt auf Artikel 16e Absätze 2 und 3 URV die administrative Zuordnung der BTM zum IGE konkretisiert und insbesondere die Kostentragung durch das Institut regelt, hat eine Änderung erfahren. Gestützt auf die Erfahrungen aus der ersten Amtsperiode ist der Beschäftigungsgrad des Beobachters von 20 auf 30 Prozent angehoben worden.

Das Budget, welches die BTM jährlich für ihre Ausgaben erstellt, bewegt sich in der Grössenordnung von CHF 75'000.–. Es richtet sich nach den Richtlinien des Instituts und ist von diesem zu genehmigen. Das Geschäftsjahr der Fachstelle bezieht sich in Übereinstimmung mit demjenigen des IGE jeweils auf die Periode vom 1. Juli bis zum 30. Juni.

¹ Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, in der Fassung vom 1. Juli 2008; SR 231.1.

² Verordnung vom 26. April 1993 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, in der Fassung vom 1. Juli 2008; SR 231.11.

2. Die zweite Amtsperiode im Überblick

In seiner ersten Amtsperiode war der Beobachter hauptsächlich mit der Prüfung von Meldungen gemäss Artikel 16g URV beschäftigt, welche die Anwendung von TM in Bezug auf ihre Auswirkungen auf die Schutzausnahme des Eigengebrauchs zum Gegenstand hatten. Es gab zwar auch in der zweiten Amtsperiode eine ganze Reihe solcher Beanstandungen, den Schwerpunkt der Tätigkeit bildeten aber zwei umfangreiche Untersuchungen, welche die BTM auf eigene Initiative durchgeführt hat. Analysiert wurden die Auswirkungen der Anwendung von TM auf die Schutzausnahmen im Bereich des bibliothekarischen Leihverkehrs und beim digitalen Fernsehen.

Die in der zweiten Amtsperiode eingegangenen Meldungen bezogen sich hauptsächlich auf Online-Angebote für Musik und Filme sowie auf den Empfang von TV-Programmen. Die Abklärungen der BTM haben ergeben, dass die beanstandeten Eingriffe in die Urheberrechtsschranken in der Regel nicht auf die Anwendung von TM im Sinne von Artikel 39a URG, sondern auf andere Ursachen wie technische Probleme oder Fehlmanipulationen zurückzuführen waren. Und in denjenigen Fällen, in denen die Anwendung von TM tatsächlich zu einer Beeinträchtigung der Schutzausnahmen geführt hat, erwies sich der entsprechende Eingriff unter Berücksichtigung der Interessenlage als verhältnismässig und somit als gerechtfertigt. Es handelte sich meistens um Kopierschutzsysteme zur Bekämpfung der Piraterie. Diese Systeme sind gemäss der Praxis der BTM dann nicht zu beanstanden, wenn sie die Möglichkeit des Kopierens zum Eigengebrauch nicht vollständig ausschliessen³. Zum Teil betrafen die Meldungen aber auch die Anwendung von TM, für deren Beurteilung die BTM gar nicht zuständig ist; weil sie nicht unter den Umgehungsschutz von Artikel 39a URG fallen, auf den sich die Beobachtungstätigkeit bezieht⁴.

Abgesehen von ihrer Beobachtungstätigkeit hat die BTM auch an verschiedenen Ämterkonsultationen teilgenommen. Sie hat sich in diesem Zusammenhang insbesondere mit der Vorlage zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes befasst, die im Dezember 2015 in die Vernehmlassung überwiesen wurde. Ihre Aufmerksamkeit galt dabei hauptsächlich den neuen Schutzausnahmen, die sie unter dem Gesichtspunkt der Anwendung von TM geprüft und zu denen sie konstruktive Änderungsvorschläge eingebracht hat.

Darüber hinaus erteilte die BTM Rechtsauskünfte an Private und Behörden. Sie hat sich ausserdem mit der Rechtsprechung zum Schutz von TM befasst und dabei festgestellt, dass seit dem am 1. Juli 2008 erfolgten Inkrafttreten von Artikel 39a URG erst zwei Urteile ergangen sind. Es handelt sich um zwei Strafbefehle der Staatsanwaltschaft des Kantons Uri, wonach das Anbieten und Anwenden eines Cardsharing-Systems zur unbefugten Entschlüsselung von codierten Pay-TV-Programmen als eine Verletzung des Umgehungsverbots von TM im Sinne von Artikel 69a Absatz 1 Buchstabe a URG geahndet wurde. Die Anwendung dieser Strafnorm setzt voraus, dass sich die Umgehungshandlung auf eine TM bezieht, die dazu bestimmt und geeignet ist, einen unerlaubten Eingriff in die Urheberrechte zu verhindern. Zudem muss die Umgehung der TM in der Absicht vorgenommen werden, eine Urheberrechtsverletzung zu begehen.

³ Siehe Tätigkeitsbericht der BTM über die Legislaturperiode vom 1. Juli 2008 bis 30. Juni 2011, Ziff. 3.1, vierter Absatz (http://www.btm.admin.ch/dam/data/btm/taetigkeitsberichte/ber_btm_2008_2011-d.pdf).

⁴ Siehe dazu auch Ziff. 4, zweiter Absatz.

Eine Zugangskontrolle, die in erster Linie den Gratisempfang des Abonnementsfernsehens (Pay-TV) verhindert, kann zwar insofern unter den Umgehungsschutz von Artikel 39a URG subsumiert werden, als sie das Sendeunternehmen auch vor einem Eingriff in seine urheberrechtlichen Befugnisse schützt. Die Umgehung der Verschlüsselung mit dem Cardsharing-System erfolgte aber, um das Bezahlsystem des Diensteanbieters auszuschalten und nicht in der Absicht, eine Urheberrechtsverletzung vorzunehmen. Die Voraussetzungen für eine Verurteilung nach Artikel 69a URG waren somit nicht erfüllt. Auf die Bestrafung der Umgehung einer Zugangskontrolle des Abonnementsfernsehens ist vielmehr Artikel 150^{bis} StGB ausgerichtet, der das Herstellen und Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote unter Strafe stellt.

3. Die Untersuchung der eingegangenen Meldungen

Wer vermutet, dass TM missbräuchlich angewendet werden, kann dies gemäss Artikel 16g Absatz 1 URV der BTM schriftlich melden. Die Fachstelle ist angehalten, die eingegangenen Meldungen zu prüfen (vgl. Art. 16g Abs. 2 URV). In der Amtsperiode 2012 – 2015 sind bei der BTM insgesamt 20 Meldungen eingegangen. In zwei Fällen erklärte sich die BTM als nicht zuständig. In einem Fall ging es um Cyber-Mobbing und eine weitere Meldung betraf die angeblich unerlaubte Verwendung von Office-Software in einem Betrieb. In sieben Fällen hat sich herausgestellt, dass die Beanstandungen Verwendungsbeschränkungen betrafen, die nicht durch die Anwendung von TM im Sinne von Artikel 39a Absatz 2 URG verursacht wurden. In der Regel war den betroffenen Konsumenten in diesen Fällen schon damit geholfen, dass ihnen die BTM die Ursache des Problems aufzeigen konnte.

Elf Meldungen bezogen sich auf Nutzungsbeschränkungen, die durch die Anwendung von TM verursacht wurden. Drei davon betrafen aber TM, die der Anbieter von urheberrechtlich geschützten Inhalten nicht zum Schutz der Urheberrechte, sondern zum Schutz seines Geschäftsmodells angewendet hatte. Solche TM (wie z. B. die Zugangskontrolle zum Schutz von Bezahldiensten) fallen dann unter das Umgehungsverbot von Artikel 39a URG, wenn sie auch unerlaubte Eingriffe in die Urheberrechte verhindern. In ihrer Funktion als Massnahmen zum Schutz von Geschäftsbedingungen, bei deren Festlegung auch die Anbieter von urheberrechtlich geschützten Inhalten nicht an die Schranken des Urheberrechts gebunden sind, sind TM indessen weder umgehungsgeschützt noch der Missbrauchskontrolle durch die BTM unterstellt. Die Fachstelle setzt sich aber auch in diesen Fällen für eine möglichst faire und transparente Anwendung von TM ein⁵.

Somit haben sich nur acht Meldungen auf TM im Sinne von Artikel 39a URG bezogen, die von der BTM gemäss Artikel 39b URG auf ihre Auswirkungen auf die Schranken des Urheberrechts zu untersuchen sind. Die Abklärungen, ob eine missbräuchliche Anwendung (vgl. Art. 16f Abs. 1 URV) von TM vorliegt, bezogen sich in fünf Fällen auf Beanstandungen aus dem Online-Bereich und in drei Fällen auf das digitale Fernsehen.

3.1. Die Beanstandung von TM zum Schutz von Online-Angeboten

Die Meldungen betrafen sowohl Onlinedienste, die Musik und audiovisuelle Werke zum Download anbieten, als auch sogenannte Streaming-Dienste. Beim Streaming stellt der Anbieter den Konsumenten sein Musik- oder Filmrepertoire für eine bestimmte Zeitspanne gratis oder gegen Entgelt zur Verfügung, während die von Download-Anbietern bezogenen

⁵ Siehe Tätigkeitsbericht 2008 – 2011, Ziff. 6.

Musik- oder Filmdateien dem Konsumenten gehören. Bei den Onlinediensten kommen TM in der Form von Zugangskontrollen und Kopierschutzvorrichtungen zur Anwendung, welche die Verwendung urheberrechtlich geschützter Inhalte vor allem im Rahmen der Schutzausnahme des Eigengebrauchs gemäss Artikel 19 URG beeinträchtigen können.

Bei den Onlinediensten, die Musik gegen Entschädigung zum Download anbieten, sind Kopiersperren allerdings kein Thema mehr⁶. In diesem Bereich treten zwar immer noch Verwendungsbeschränkungen auf, die aber nicht auf die Anwendung von Kopierschutzvorrichtungen, sondern auf andere Ursachen zurückzuführen sind. In einem Fall wurde z. B. beanstandet, dass ein bei iTunes gekaufter Song gar nicht heruntergeladen werden konnte. Hingegen war es dem Kunden in einem anderen Fall nicht möglich, die gegen Entgelt heruntergeladene Musik abzuspielen. Diese Beeinträchtigungen waren auf technische Probleme zurückzuführen, die gestützt auf die Abklärungen der BTM behoben werden konnten. Eine missbräuchliche Anwendung von TM zum Schutz vor unerlaubten Werkverwendungen lag somit nicht vor. Es hat sich vielmehr gezeigt, dass die Online-Angebote nicht immer mit den von den Konsumenten verwendeten Geräten kompatibel sind und bei der rasanten Entwicklung der Kommunikationstechnologie die Benutzerfreundlichkeit gelegentlich auf der Strecke bleibt.

Anders als bei den Download-Angeboten kommen bei den Streaming-Angeboten nicht nur beim Film, sondern auch bei der Musik Kopierschutzvorrichtungen zur Anwendung. Mit der Streaming-Technologie werden die Werke direkt hör- und sichtbar gemacht, ohne dass der Kunde sie herunterladen muss. Das Streaming ermöglicht zwar auch eine Speicherung auf den Geräten der Kunden, aber die gesicherten Dateien werden nach Ablauf des Abonnements automatisch gelöscht. Verschiedene Konsumenten haben das zu Unrecht als eine Beeinträchtigung der Urheberrechtsschranke des Eigengebrauchs beanstandet. Die BTM hat dazu wie folgt Stellung genommen:

- Die Sperrvorrichtung der Streaming-Dienste greift zwar in eine Schutzausnahme des Urheberrechts ein, weil sie das gemäss Artikel 19 URG erlaubte Vervielfältigen von Werken zum Eigengebrauch verunmöglicht. Sie entspricht aber dem legitimen Bedürfnis der Streaming-Anbieter, ihr einer Gebrauchsüberlassung entsprechendes Geschäftsmodell gegenüber dem Verkaufsgeschäft der Download-Anbieter abzugrenzen. Unter diesen Umständen kann ihnen auch nicht zugemutet werden, ihre Kopiersperren in Anlehnung an die frühere Praxis der Download-Dienste so einzurichten, dass die Herstellung einzelner Kopien für den Eigengebrauch möglich bleibt.
- Wer Musik oder Filme über einen Streaming-Dienst bezieht, hat keinen Anspruch darauf, die ihm für eine bestimmte Zeit zur Verfügung gestellten Werke herunterzuladen und zu behalten. Das stünde im Widerspruch zur angebotenen Dienstleistung. Die Schutzausnahme des Eigengebrauchs nimmt zwar die Privatsphäre vom Urheberrechtsschutz aus, aber sie verpflichtet niemanden dazu, dem Konsumenten geschützte Inhalte so anzubieten, dass er sie zum eigenen Gebrauch vervielfältigen kann. Andererseits hindert das Umgehungsverbot von Artikel 39a URG den Konsumenten aber auch nicht daran, den Kopierschutz eines Streaming-Dienstes zu umgehen, um eine Privatkopie herzustellen (vgl. Art. 39a Abs. 4 URG).

⁶ Siehe Tätigkeitsbericht BTM 2008 – 2011, Ziff. 4.1.

Bei den Online-Angeboten ist es auch im audiovisuellen Bereich zu zwei Beanstandungen gekommen. Sie betrafen Filme, die nicht in der Standard Definition (SD-Version), sondern in der teureren HD-Technologie⁷ und dem damit verbundenen HDCP-Verschlüsselungssystem⁸ zum Download oder als Stream angeboten werden. Es hat sich gezeigt, dass diese zum Schutz der Filme vor unerlaubten Verwendungen eingesetzte HDCP-Technologie unter Umständen über ihr Ziel hinausschiessen und den bestimmungsgemässen Gebrauch der Filme durch die Download- oder Streaming-Kunden beeinträchtigen könnte. Ein Kunde von iTunes war z. B. nicht in der Lage, einen in HD-Version bezogenen Film im Familien- und Freundeskreis anzuschauen, weil sich HD-Filme offenbar nur über TV-Bildschirme und Projektoren (Beamer) wiedergeben lassen, die auf die HDCP-Verschlüsselung abgestimmt sind. Sogar ein Konsument, der mit einem Gerät von Apple ausgestattet war, hat sich darüber beschwert, dass er einen von iTunes bezogenen HD-Film nicht abspielen konnte.

Es hat sich aber herausgestellt, dass die bei HD-Filmen beanstandeten Gebrauchseinschränkungen ebenfalls auf technische Gegebenheiten – und zwar auf die fehlende Interoperabilität zwischen der HDCP-Technologie und den Wiedergabegeräten – und nicht auf eine missbräuchliche Anwendung des Verschlüsselungssystems zurückzuführen sind. Die BTM ist der Meinung, dass auf dieses Problem mindestens mit einer besseren Kundeninformation reagiert werden sollte. Zwar findet der Kunde, welcher über seinen PC HD-Filme bezieht, auf der Homepage von iTunes den folgenden Hinweis: "Um diesen Artikel in HD abspielen zu können, müssen sowohl Ihr Computer als auch Ihr Display HDCP unterstützen". Wer aber HD-Filme via iPhone, iPad oder iPod touch bezieht, wird offenbar nicht entsprechend informiert. Die BTM hat iTunes deshalb angehalten, diese Informationslücke zu schliessen.

3.2. Die Beanstandung von TM im TV-Bereich

Das von Intel entwickelte HDCP-Verschlüsselungssystem zum Schutz der Übertragung von Audio- und Video-Dateien ist in Europa für HDTV bereits Standard. Es soll einerseits das Abgreifen geschützter Inhalte zwischen Sender und Empfänger verhindern und andererseits in der Funktion einer Kopierschutzvorrichtung das Speichern und Aufzeichnen geschützter Inhalte einschränken, was zu Eingriffen in den Verwendungsfreiraum führen kann, der den Konsumenten beim Empfang von Sendungen gemäss der Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs zusteht. Die BTM ist in drei Meldungen angehalten worden, zu prüfen, ob die durch die Kopierschutzvorrichtung des HDCP-Verschlüsselungssystems verursachten Einschränkungen verhältnismässig oder missbräuchlich sind.

Eine Konsumentin meldete der BTM, dass sie mit den auf die Festplatte ihres Aufnahmegeräts aufgenommenen Fernsehsendungen keine DVD brennen konnte. Die Abklärungen haben ergeben, dass dieser Umstand nicht auf einen Bedienungsfehler zurückzuführen war. Vielmehr stand diese Funktion auf dem verwendeten Aufnahmegerät von Samsung gar nicht zur Verfügung. Der Verkäufer des Geräts hatte die Kundin diesbezüglich offenbar falsch informiert. Es wäre aber auch denkbar, dass nicht eine TM im beanstandeten Aufnahmegerät, sondern der Kopierschutz des HDCP-Systems verhindert hatte, dass die aufgezeichneten Sendungen auf eine DVD gebrannt werden können. Die Frage nach den Auswirkungen einer TM auf die Schutz Ausnahmen ist jedenfalls unabhängig davon zu beantworten, ob diese TM zur Übertragungs- oder zur Aufnahmetechnologie gehört.

⁷ *Hochauflösende Technologie mit besserer Bildqualität.*

⁸ *High-bandwidth Digital Content Protection (HDCP).*

Die Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs ist allgemein gehalten. Sie unterscheidet nicht zwischen der Aufzeichnung von Sendungen auf den Speicher eines Videorecorders zum zeitverschobenen Empfang und der Herstellung externer Kopien unter Verwendung einer DVD. Beides ist grundsätzlich erlaubt, wenn die Aufzeichnung im privaten Kreis verwendet wird. Obwohl die Kopierschutzvorrichtung den Gebrauch eines Videorecorders zum zeitverschobenen Sendeempfang in keiner Weise beeinträchtigt und lediglich das Brennen von digitalen Datenträgern verhindert, greift sie also in die Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs ein. Dieser Eingriff kann aber nicht als missbräuchlich bezeichnet werden. Die TM ist nämlich so ausgestaltet worden, dass sie einerseits den Rechteinhabern durch die Unterdrückung externer Kopien einen wirksamen Schutz vor der Piraterie bietet und andererseits mit der Möglichkeit des zeitverschobenen Sendeempfangs dem Endverbraucher genügend Spielraum für die Verwendung von Sendungen zum Eigengebrauch bietet. Unter diesen Umständen ist der sich aus der Anwendung des HDCP-Kopierschutzsystems ergebende Eingriff in die Schutz Ausnahmen durchaus verhältnismässig⁹.

In den beiden anderen Meldungen, die sich auf das digitale Fernsehen bezogen, wurde ebenfalls die Beschränkung der Aufnahmemöglichkeiten beim Empfang von TV-Sendungen beanstandet, die in HD-Qualität ausgestrahlt werden. Wie oben bereits dargelegt, kann aber die in dem HDCP-Verschlüsselungssystem zum Schutz vor der Piraterie enthaltene Kopiersperre nicht als missbräuchlich angesehen werden. Indem diese TM lediglich das Herstellen von externen Kopien unterdrückt, ohne die Verwendung von Videorecordern zum zeitverschobenen Sendeempfang zu beeinträchtigen, trägt sie der Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs in angemessener Weise Rechnung. Zu diesem Schluss ist die BTM auch in ihrer amtlichen Untersuchung über das digitale Fernsehen gekommen¹⁰.

4. Von Amtes wegen durchgeführte Untersuchungen

4.1. Die Anwendung von TM bei der elektronischen Wissensvermittlung

4.1.1. Einleitung

Dem Tätigkeitsbericht über ihre erste Amtsperiode ist zu entnehmen, dass die BTM eine Untersuchung über die Anwendung von TM im Bereich der elektronischen Wissensvermittlung an die Hand genommen hat¹¹. Die Untersuchung soll darüber Aufschluss geben, ob TM, mit denen der Zugang zu und die Verwendung von elektronischen Medien (E-Books, E-Journals sowie Datenbanken) gesteuert wird, die Ausübung von Urheberrechtsschranken im Bereich der Lehre und Forschung beeinträchtigen.

Schon bei der Einführung des Schutzes für TM im Rahmen der Teilrevision des URG von 2007 hatten Bildungs- und Forschungsinstitutionen entsprechende Befürchtungen geäußert, die durch ein im Auftrag der BTM verfasstes Gutachten¹² insofern bestätigt wurden, als im Ausland bereits solche Probleme aufgetreten sind. Auch in der von Bundesrätin Simonetta Sommaruga einberufenen Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR12) wurde die Meinung vertreten, dass für die Wissenschaft wichtige Schutz Ausnahmen wie das Zitatrecht im Online-

⁹ Gemäss der Praxis der BTM stellt eine TM zur Bekämpfung der Piraterie jedenfalls dann keine missbräuchliche Beeinträchtigung des Eigengebrauchs dar, wenn sie das Aufzeichnen von Sendungen lediglich auf bestimmte Technologien beschränkt (siehe Tätigkeitsbericht der BTM 2008 – 2011, Ziff. 3.4).

¹⁰ Siehe Ziff. 5.3.2, dritter Absatz.

¹¹ Siehe Tätigkeitsbericht BTM 2008 – 2011, Ziff. 4.4.

¹² Siehe sic! 5/2010, S. 329 ff.

Bereich nicht mehr gewährleistet sind, weil ihre Ausübung durch die Anwendung von TM blockiert werden kann. Gemäss dem Ende 2013 von der AGUR12 vorgelegten Schlussbericht¹³ sollte deshalb sogar geprüft werden, ob die Anwendung von TM zu verbieten ist, wenn sie die Nutzung von Urheberrechtsschranken behindert¹⁴.

Um die Situation in der Schweiz bezüglich der Auswirkungen von TM auf die elektronische Wissensvermittlung abzuklären, wollte die BTM eine empirische Untersuchung im universitären Bereich durchführen. Es ist ihr aber nicht gelungen, eine Universität für die Realisierung eines empirischen Forschungsprojekts zu gewinnen. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass die Anwendung von TM zumindest im universitären Bereich kaum Probleme verursacht. Diese Vermutung ist insofern zu relativieren, als das vorerwähnte Gutachten gezeigt hat, dass TM, die bei den E-Medien Verwendungsbeschränkungen verursachen, im Bildungs- und Forschungsbereich nicht danach hinterfragt werden, ob sie die Ausübung der auf die Wissensvermittlung ausgerichteten Schutzausnahmen des Urheberrechts beeinträchtigen.

Mit Unterstützung der Hochschulbibliotheken konnte die BTM die Auswirkungen von TM auf die elektronische Wissensvermittlung immerhin im Bereich des bibliothekarischen Leihverkehrs näher untersuchen. Zu diesem Zweck wurde mit der Unterstützung einer aus Vertretern der Hochschulbibliotheken zusammengesetzten Arbeitsgruppe ein Fragebogen ausgearbeitet, der sich an eine ähnliche Untersuchung anlehnt, die an der Universität Cambridge¹⁵ durchgeführt worden ist. Fünf der acht an der Umfrage beteiligten Hochschulbibliotheken haben den Fragebogen ausgefüllt.

Das Ergebnis der Umfrage der BTM ist allerdings insofern zu relativieren, als der Fragebogen nicht auf den Grundlagen der empirischen Sozialforschung aufgebaut ist. Um wirklich verlässliche und aussagekräftige Informationen zu erhalten, wäre eine Untersuchung durch Fachleute mit einer ausgewiesenen empirischen Methodenkompetenz erforderlich. Aus der Umfrage der Fachstelle sollten sich aber zumindest Anhaltspunkte dafür ergeben, in welchem Masse die Anwendung von TM zum Schutz von E-Publikationen die Ausübung der Schutzausnahmen beeinträchtigt.

4.1.2. Das Ergebnis der Umfrage bei den Bibliotheken

a) Der Stellenwert der E-Publikationen

Die Hochschulbibliotheken verwenden in grossem Umfang elektronische Publikationen (E-Journals, E-Books und E-Fachdatenbanken) und der Anteil der E-Medien nimmt gegenüber den Print-Medien stetig zu. Es handelt sich dabei fast ausschliesslich um Online-Publikationen. Elektronische Datenträger werden von den Hochschulbibliotheken hingegen nur selten angeschafft. Die E-Publikationen sind vor allem in den Natur- und Ingenieurwissenschaften einschliesslich Informatik sowie in den Material-, Agrar-, Lebensmittel- und Erdwissenschaften, der Architektur, Medizin und Pharmazie sehr verbreitet. Aber auch im Bereich der Geistes- und Sozialwissenschaften ist eine ständige Zunahme der E-Publikationen festzustellen.

In den Bibliotheken der Technischen Hochschulen entsprechen die Ausgaben für E-Books inzwischen denen für herkömmliche Bücher. In den Universitätsbibliotheken sind die

¹³ Siehe https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/Schlussbericht_der_AGUR12_vom_28_11_2013_DE.pdf.

¹⁴ Siehe Ziff. 9.5.3 des Schlussberichts der AGUR12.

¹⁵ AKESTER, *Technological Accommodation of Conflicts Between Freedom of Expression and DRM: the First Empirical Assessment*, Centre for Intellectual Property and Information Law, Faculty of Law, University of Cambridge, May 2009.

Ausgaben für E-Books offenbar viel geringer, aber sie nehmen stetig zu. Auch bei den Zeitschriften ist der Anteil der E-Publikationen gegenüber den Printmedien in den Bibliotheken der Technischen Hochschulen besonders hoch (fünf- bis zehnmal höher) bzw. viel ausgeprägter als in den Universitätsbibliotheken.

b) Das Nebeneinander von E- und Printmedien

Die Verlage der verschiedenen Fachrichtungen haben zwar unterschiedliche Strategien, in der Regel bieten sie ihre Produkte aber sowohl in elektronischer als auch in gedruckter Form an. Für die Anschaffung der E-Version sprechen verschiedene Gründe. Bei den Periodika ist die E-Version in der Regel früher erhältlich. Ausserdem ist der Zugang zur E-Version zeit- und ortsunabhängig sowie durch mehrere Nutzer gleichzeitig möglich. Hinzu kommt die Möglichkeit des inhaltlichen Browsens zur Navigation und Recherche in den E-Medien, die teilweise auch Hyperlinks und audiovisuelle Medien enthalten.

Zumindest bei Standardwerken werden in der Regel beide Versionen angeschafft und zwar insbesondere deshalb, weil sich die beiden Versionen ergänzen. Die Printversion geht ins Eigentum der Bibliothek über und kann von dieser aufbewahrt sowie an externe Nutzer ausgeliehen werden. Zudem ermöglicht sie das Anfertigen von Kopien für die Bibliotheksbenutzer (Document-Delivery durch die Bibliotheken¹⁶) und zu Archivzwecken.

c) Die Anschaffung von E-Medien

E-Journals sowie elektronische Datenbanken werden hauptsächlich über das Konsortium der Universitätsbibliotheken¹⁷ lizenziert, während E-Books eher direkt bei den Verlagen oder über Aggregatoren¹⁸ erworben werden. Neben dem Konsortium werden auch die "AG elektronische Medien" und die "E-Medienstelle" als Koordinationsstellen für den Ankauf von E-Medien erwähnt. Ausschlaggebend für die Anschaffung von E-Publikationen ist die Nachfrage, aber auch die wissenschaftliche und fachliche Relevanz sowie der Preis spielen eine wichtige Rolle. DRM¹⁹-freie Angebote werden von den Bibliotheken bevorzugt.

d) Der Zugriff auf die E-Medien der Bibliotheken

Die Websites der Bibliotheken und ihre Kataloge geben Auskunft über die vorhandenen E-Medien. Der Online-Zugriff auf die E-Publikationen der Bibliotheken erfolgt über ihre IP-Adresse und ist in der Regel mit jedem Gerätetyp (PC/Thin-Client-Anschluss) möglich. Den Universitätsangehörigen stellen die Hochschulbibliotheken verschiedene Systeme für den "Remote Access" zur Verfügung. Andere Benutzer haben nur bei physischer Präsenz über die in den Bibliotheken eingerichteten Arbeitsplätze Zugriff auf die E-Medien ("Walk-in-User").

e) Die Zugangs- und Anwendungsbeschränkungen

Der Download von Inhalten aus E-Publikationen ist nur auszugsweise erlaubt bzw. möglich und teilweise wird von den Bibliotheken verlangt, den gleichzeitigen Zugriff auf E-Medien auf eine bestimmte Anzahl von Personen zu beschränken. Ausserdem ist die Ausleihe von E-Publikationen zwischen den Bibliotheken untersagt, was zu einer Beschränkung des wissenschaftlichen Informationsaustausches führt.

¹⁶ Die Frage, ob die Praxis des «Document Delivery» der Bibliotheken urheberrechtlich überhaupt zulässig ist, war lange umstritten und musste gerichtlich geklärt werden (siehe dazu Ziff. 5.1.3, Bst. a, zweiter Absatz).

¹⁷ <http://lib.consortium.ch/index.php?lang=0>; das Konsortium koordiniert die elektronische Informationsbeschaffung der Hochschulen.

¹⁸ Dienstanbieter, der digitale Medieninhalte sammelt, aufbereitet und kategorisiert.

¹⁹ Digital Rights Management.

Bei E-Books und Datenbanken gibt es Beschränkungen mittels DRM bzw. mit TM wie Kopierschutzvorrichtungen, während sie bei E-Journals vorwiegend vertraglicher Natur sind. Die Beschränkungen betreffen hauptsächlich den Download. So können bei E-Books nur einzelne Kapitel und bei Periodika nur einzelne Artikel ausgedruckt werden. Die Bibliotheken suchen in Zusammenarbeit mit den Anbietern nach benutzerfreundlicheren Lösungen. Sie machen die wichtigsten Nutzungsbeschränkungen publik und vermeiden die Anschaffung von E-Publikationen mit strengen Nutzungskonditionen.

Teure Angebote mit DRM-Beschränkungen sind für die Bibliotheken uninteressant. Nicht akzeptabel sind Angebote, die nur eine Leseberechtigung ohne Kopiermöglichkeit beinhalten oder welche die Bibliotheken für die Einhaltung der Nutzungsbeschränkungen durch die Benutzer verantwortlich machen. Nutzungsbeschränkungen werden grundsätzlich als kontraproduktiv angesehen. Sie führen dazu, dass gewisse E-Publikationen in den Bibliotheken gar nicht erhältlich sind.

DRM-basierte Nutzungsbeschränkungen sind insbesondere bei E-Books und Lehrbüchern sowie bei Datenbanken verbreitet. Mit TM können die Kopiermöglichkeit, der gleichzeitige Zugriff durch mehrere Personen und die Zugriffszeit begrenzt werden. Die Bibliotheksbenutzer zeigen offenbar wenig Verständnis für solche Beschränkungen. Sie sehen darin eine Behinderung der Wissensvermittlung.

4.1.3. Analyse der Untersuchungsergebnisse

Die Befragung der Hochschulbibliotheken hat ergeben, dass insbesondere im wissenschaftlichen und technischen Bereich die Wissensvermittlung in zunehmendem Masse digital erfolgt. Da sowohl die Anbieter der E-Medien als auch die Bibliotheken und ihre Benutzer die Möglichkeiten der Digitaltechnologie für sich nutzen wollen, werden die herkömmlichen, auf die Printmedien bezogenen Strukturen der Wissensvermittlung in Frage gestellt. Die Verleger entwickeln neue Geschäftsmodelle zur Onlinevermarktung ihrer Produkte, die sie mit Hilfe von DRM-Systemen schützen. Gleichzeitig bemühen sich die Bibliotheken, ihren Benutzern die Informationsbeschaffung durch online angebotene Dienstleistungen zu erleichtern. Daraus können sich Konflikte ergeben, die bereits zu urheberrechtlichen Auseinandersetzungen geführt haben. Im Zentrum stand dabei die Frage, inwieweit die den Verlagen zustehenden Urheberrechte durch die Schutzausnahmen eingeschränkt werden, auf die sich die Bibliotheken bei der Verwendung von urheberrechtlich geschützten Publikationen berufen können.

Auch um diese Frage ging es bei dem vom Bundesgericht inzwischen entschiedenen Rechtsstreit zwischen Verlegern und Bibliotheken über die elektronischen Dokumentlieferdienste. Die Gerichte hatten darüber zu befinden, ob neben den wissenschaftlichen Verlagen, die über ihre Onlineportale Dokumentlieferdienste einrichten, auch die Bibliotheken ihren Benutzern diese Dienstleistung anbieten dürfen. In erster Instanz wurde entschieden, dass die Bibliotheken die Dokumentlieferdienste der Verleger nicht konkurrieren dürfen, weil sie damit in eine den Verlegern vorbehaltene Verwertung von Urheberrechten eingreifen würden. Das Bundesgericht hat dieses Urteil²⁰ allerdings aufgehoben. Es hat befunden, dass die Schutzausnahme des Eigengebrauchs (vgl. Art. 19 Abs. 2 URG) den Kopien-Versand der Bibliotheken unabhängig davon erlaubt, ob dadurch eine Konkurrenzsituation zwischen Verlegern und Bibliotheken entsteht²¹. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durchbricht somit das durch die Schranke des

²⁰ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. April 2014.

²¹ BGE 140 III 616.

Eigengebrauchs geschützte Informationsinteresse der Allgemeinheit das urheberrechtliche Verwertungsmonopol, auf das sich die Verlage stützen.

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht den Streit über die Auslegung der Schutzausnahme des Eigengebrauchs in Bezug auf die Informationsvermittlung durch die Bibliotheken beendet. Ausserdem hat es die Voraussetzung für eine umfassende Beurteilung der Auswirkungen von TM geschaffen, mit denen die Verlage ihre E-Publikationen vor der Verwendung durch Dritte schützen.

Die Frage, ob die geltenden Schutzausnahmen den Bibliotheken im Umgang mit urheberrechtlich geschützten Informationsträgern genügend Spielraum für die Wissensvermittlung bieten, dürfte sich aber auch im Rahmen der Vorarbeiten zur Teilrevision des URG stellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber von 1992 diesen Spielraum in Bezug auf die Printmedien und die damit verbundene Praxis des Fotokopierens zu Informations- und Dokumentationszwecken definiert hat. Ob dieser in der analogen Welt getroffene Interessenausgleich in einer digitalen Welt weiterhin Bestand hat oder neu austariert werden muss, sollte de lege ferenda jedenfalls geprüft werden.

a) Beurteilung der Zugangsbeschränkungen

Die Umfrage hat ergeben, dass diesbezüglich unterschiedliche Praktiken bestehen. Dazu gehören die Begrenzung der Anzahl von Personen, die in einer Bibliothek gleichzeitig Zugriff auf eine E-Publikation haben sowie die Beschränkung der Zugriffszeit. Zudem ist der für Hochschulbibliotheken eingerichtete "Remote Access" auf den Lehrkörper und die Studenten beschränkt. Die BTM hat solche Zugangsbeschränkungen allerdings nur dann auf ihre Auswirkungen auf die Schutzausnahmen zu kontrollieren, wenn sie auf TM beruhen, die dazu bestimmt sind, E-Publikationen vor urheberrechtlich relevanten Verwendungen zu schützen²². Für die Beurteilung von TM, die im elektronischen Geschäftsverkehr zum Schutz eines Geschäftsmodells eingesetzt werden, ist die BTM hingegen auch dann nicht zuständig, wenn sich das Angebot auf urheberrechtlich geschützte Inhalte bezieht. Es ist bei Zugangskontrollen allerdings nicht einfach zu beurteilen, ob sie lediglich ein Geschäftsmodell (wie z. B. einen Bezahlendienst) schützen oder ob sie dazu dienen, einen Eingriff in die Urheberrechte zu verhindern. Diese Frage stellt sich hier aber insofern nicht, als die erwähnten Zugangsbeschränkungen zu keiner Beeinträchtigung der Schutzausnahmen führen.

Bei den Printmedien bzw. in einem analogen Umfeld ist es den Bibliotheken gar nicht möglich, den Zugang zu ihren Beständen allen Benutzern gleichzeitig und ohne zeitliche Begrenzung zu gewähren. Bei den E-Medien sind dem Zugang zwar auch faktische Grenzen gesetzt, aber mit der Digitaltechnologie haben sich die diesbezüglichen Möglichkeiten wesentlich verbessert. Wenn diese Zugangsmöglichkeiten durch Kontrollsysteme eingeschränkt werden, führt das zwar zu einer Beeinträchtigung der Wissensvermittlung durch die Bibliotheken. Solange dabei aber keine Schutzausnahmen ausgehebelt werden, auf welche sich die Bibliotheken oder ihre Benutzer bei der Verwendung von E-Medien stützen können, ist dagegen aus dem Blickwinkel der BTM nichts einzuwenden. Das gilt auch für die Beschränkung des "Remote Access" von E-Medien auf einen bestimmten Benutzerkreis der Bibliotheken. Die BTM kann jedenfalls die Verlage nicht dazu anhalten, den Bibliotheken ihre E-Publikationen ohne Zugangsbeschränkungen zur Verfügung zu stellen, nur weil es den Bibliotheken die Informationsvermittlung erleichtern würde.

²² Siehe EMANUEL MEYER / CARLO GOVONI, *SIWR II/1*, S. 416, N 1203.

b) Beurteilung der Kopierschutzmassnahmen

TM, die das Kopieren urheberrechtlich geschützter Inhalte aus E-Publikationen beschränken, sind dazu bestimmt, die Rechteinhaber vor unerlaubten Eingriffen in ihre Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte zu schützen. Sie fallen folglich unter den im URG eingerichteten Umgehungsschutz für TM (vgl. Art. 39a URG). Gemäss Artikel 39b URG sind sie damit auch der Beobachtung durch die BTM unterstellt, welche solche TM auf ihre Auswirkungen auf die Schutzausnahmen zu untersuchen hat. Nach der Untersuchungspraxis der BTM sind Kopierschranken grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn sie nicht absolut wirken und einen gewissen Spielraum für die Inanspruchnahme der Schutzausnahmen gewähren.

Aus der Umfrage geht hervor, dass die Kopierschutzvorrichtungen bei E-Publikationen so ausgestaltet sind, dass das auszugsweise Kopieren möglich ist. So können aus E-Books einzelne Kapitel und aus E-Journals einzelne Artikel kopiert werden. Aus der Sicht der BTM bleibt somit genügend Raum für das Kopieren in und durch Bibliotheken, wie es die Schutzausnahme des Eigengebrauchs mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse nach einem möglichst freien Informationsfluss erlaubt (vgl. Art. 19 Abs. 2 und 3 URG).

Diese Kopierschutzvorrichtungen hindern die Bibliotheken auch nicht daran, ihre Benutzer on- oder offline mit Kopien von Beiträgen aus Fachzeitschriften oder von anderen Auszügen aus E-Publikationen zu versorgen. Sie sind folglich auch im Licht des Bundesgerichtsurteils über die Dokumentlieferdienste nicht zu beanstanden. Die Verleger könnten allerdings versuchen, diese Dienstleistung der Bibliotheken mit der Hilfe von TM zu unterbinden. Es ist anzunehmen, dass die Bibliotheken in diesem Vorgehen eine missbräuchliche Beeinträchtigung der Schutzausnahme des Eigengebrauchs sehen und es der BTM melden würden. Die Fachstelle hat beim Vorliegen einer missbräuchlichen Anwendung einer TM zwischen den Betroffenen zu vermitteln, um eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen (vgl. Art. 39b Abs. 1 Bst. b URG i. V. m. Art. 16f Abs. 2 URV). Gegenstand des urheberrechtlichen Umgehungsschutzes und des damit verbundenen Kontrollsystems sind jedoch nur solche TM, die nicht nur dazu geeignet, sondern auch dazu bestimmt sind, Eingriffe in die Urheberrechte zu vermeiden. Wenn also die Verleger eine TM mit dem Ziel anwenden würden, die Bibliotheken an der Vornahme urheberrechtlich erlaubter Werkverwendungen zu hindern, wären sie diesbezüglich zwar nicht der Missbrauchskontrolle durch die BTM unterstellt, sie könnten für diese TM aber auch nicht das Umgehungsverbot von Artikel 39a URG in Anspruch nehmen.

4.2. Digitales Fernsehen: Verschlüsselung von TV-Programmen

4.2.1. Einleitung

Verschiedene ausländische Privatsender, deren Programme in der Schweiz über Kabelnetze, Umsetzer und IP-basierte Netze verbreitet werden, strahlen ihre Signale seit einiger Zeit nicht nur in SD-, sondern darüber hinaus auch in der hochauflösenden HD-Qualität aus. Im Unterschied zu den SD-Signalen haben die Privatsender ihre HD-Signale allerdings verschlüsselt. Gestützt auf diese Verschlüsselung kann die Verbreitung der HD-Signale durch die Betreiber von Weitersendeanlagen von Bedingungen abhängig gemacht werden, welche auch die Verwendung der Sendeprogramme durch die Abonnenten solcher Anlagen betreffen können. Das hat die BTM dazu veranlasst, eine Untersuchung durchzuführen. Es galt zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welcher Hinsicht die Privatsender mit der Verschlüsselung ihrer HD-Signale in die Schutzausnahmen eingreifen, welche sich auf das Weiterverbreiten von Sendeprogrammen und deren Verwendung im privaten Bereich beziehen.

Die Untersuchung hat verschiedene Etappen durchlaufen, die der unterschiedlichen Ausrichtung der von der Verschlüsselung betroffenen Schutzausnahmen Rechnung tragen mussten. Dabei stellte sich insbesondere die Frage, inwieweit die Verschlüsselung bzw. die darauf basierenden Verträge in Nutzungen eingreift bzw. eingreifen, die der Kollektivverwertung unterstehen und somit tariflich geregelt sind. Eine gerichtliche Auseinandersetzung über die Tragweite der Schutzausnahme des Privatgebrauchs, die es gemäss dem gemeinsamen Tarif 12 den Diensteanbietern erlaubt, ihren Kunden Speicherplatz zur Aufnahme von Sendeprogrammen zur Verfügung zu stellen, unterstreicht die Relevanz dieser Fragestellung. Die Verschlüsselung der HD-Programmsignale wurde zudem auch unter dem Gesichtspunkt der Technologieneutralität des Urheberrechtsgesetzes beanstandet.

4.2.2. Die Auswirkungen der Verschlüsselung auf Artikel 22 URG

Artikel 22 URG ist eine Schutzausnahme, welche die Ausübung des Weitersenderechts unter gewissen Voraussetzungen der Kollektivverwertung unterstellt. Gegenüber Betreibern von Kabelnetzen und ähnlichen Einrichtungen, die Programme zeitgleich und unverändert weitersenden, kann dieses Recht nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften und gestützt auf einen von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) genehmigten Tarif geltend gemacht werden. Unter diese Regelung fallen auch die Programme der deutschen Privatsender, die in der Schweiz über die SD-Signale²³ empfangbar sind. Sie werden folglich auch von den Gemeinsamen Tarifen 1, 2a und 2b erfasst, die das Weitersenden von Radio- und Fernsehprogrammen in Kabelnetzen, mit Umsetzern sowie mit IP-basierten Netzen abschliessend regeln. Die Betreiber solcher Anlagen weigerten sich deshalb, für die Übernahme der Programme in HD-Qualität²⁴ mit den Privatsendern einen zusätzlichen Vertrag abzuschliessen. Sie sahen in der Verschlüsselung der HD-Signale eine unzulässige Beeinträchtigung der Möglichkeit, Sendeprogramme gestützt auf die Schutzausnahme von Artikel 22 Absatz 1 URG bzw. auf die darauf basierenden Tarife zu verbreiten.

Die BTM hat in einer ersten Stellungnahme festgestellt, dass die Verschlüsselung der HD-Signale durch die Privatsender unter den gegebenen Umständen nicht zu einer Beeinträchtigung der Regelung führt, die der Gesetzgeber mit der Schutzausnahme von Artikel 22 URG für die Verbreitung von Sendeprogrammen durch Kabelnetze getroffen hat. Die Betreiber solcher Anlagen hätten nämlich nach wie vor die Möglichkeit, die Programme der Privatsender unter Verwendung der unverschlüsselten SD-Signale zu verbreiten. Weitere Abklärungen haben bestätigt, dass die Verschlüsselung der HD-Signale die gesetzlich und tariflich geregelte Nutzung des Weitersenderechts weder in quantitativer noch in qualitativer Hinsicht beeinträchtigt.

Eine qualitative Beeinträchtigung könnte allenfalls darin gesehen werden, dass den Betreibern von Kabelnetzen nur die SD-Signale unverschlüsselt zur Verfügung stehen. Es gilt jedoch festzuhalten, dass sich weder aus der Schutzausnahme von Artikel 22 Absatz 1 URG noch aus den Tarifen, die sich auf das Weitersenden von Radio- und Fernsehprogrammen beziehen, der Anspruch ableiten lässt, die Sendeprogramme in HD-Qualität zu übernehmen. Ein solcher Anspruch ergibt sich auch nicht aus dem Grundsatz der Technologieneutralität, wonach bei der Beurteilung einer Nutzungshandlung die dabei angewendete Technologie

²³ SD(TV) ist die Abkürzung für Standard Definition TV und steht für Videoauflösungen, wie sie bereits beim analogen Fernsehempfang üblich sind.

²⁴ HD(TV) ist die Abkürzung für High Definition TV; hochauflösendes Fernsehen, das sich durch eine bessere Auflösung auszeichnet.

keine Rolle spielt²⁵. Für die Anwendung von Artikel 22 Absatz 1 URG ist relevant, ob ein Radio- oder Fernsehprogramm in der Schweiz empfangbar ist; dagegen ist es unerheblich, welche Signaltechnologie (SD oder HD) verwendet wird. Würden die HD-Signale ebenfalls unverschlüsselt ausgestrahlt, wären sie gemäss dem Grundsatz der Technologieneutralität auch derselben Regelung unterstellt.

Die Sendeunternehmen verwenden verschiedene Technologien und es ist ihnen unbenommen, ihre Programme zu verschlüsseln, um sie vor unbefugten Verwendungen zu schützen²⁶ oder um sie in Form des Abonnementsfernsehens anzubieten. Verschlüsselte Sendeprogramme, die in der Schweiz nicht frei empfangbar sind, fallen gemäss Artikel 22 Absatz 3 URG nicht unter die in Absatz 1 desselben Artikels vorgesehene Ausnahmeregelung. Mit der Verschlüsselung haben die Privatsender ihre Programme in HD-Qualität somit dem Anwendungsbereich von Artikel 22 Absatz 1 URG entzogen. Daneben finden aber auf die in SD-Qualität weiterhin unverschlüsselt ausgestrahlten und deshalb für private Haushalte empfangbaren Programme nach wie vor die Weitersendetarife Anwendung. Durch die Verschlüsselung der HD-Signale wird somit die in Artikel 22 Absatz 1 URG für das zeitgleiche und unveränderte Weitersenden in der Schweiz empfangbarer Sendeprogramme vorgesehene Ausnahmeregelung nicht beeinträchtigt.

In der Zwischenzeit konnten sich die Privatsender mit den Kabelnetzbetreibern offenbar auf eine Übernahme der Sendeprogramme in HD-Qualität einigen. Gestützt auf die Strafbestimmung von Artikel 70 URG (Unerlaubte Geltendmachung von Rechten) wäre allenfalls zu prüfen, ob die Privatsender mit diesem Vertrag Weitersenderechte geltend machen, die von den Dienst Anbietern bereits über die Weitersendetarife abgegolten werden. Dafür ist aber nicht die BTM sondern gemäss Artikel 73 URG das IGE zuständig.

4.2.3. Die Auswirkungen der Verschlüsselung auf Art. 19 URG²⁷

Das mit den HD-Signalen verbundene Verschlüsselungssystem besteht aus verschiedenen Komponenten. Es ist ein dynamisches System, mit dem nicht nur der Zugang zum Signal, sondern auch die Verwendung der Sendeprogramme durch den Endverbraucher kontrolliert werden kann. Übernehmen die Betreiber von Kabelnetzen die Programme der Privatsender in der verschlüsselten HD-Qualität, so wird das Aufzeichnen der Sendungen durch die Kabelabonnenten auf ein geschlossenes System von aufeinander abgestimmten Empfangsgeräten und Speichermedien beschränkt. Ausserdem verhindert das Verschlüsselungssystem das Ausblenden von Werbeblöcken beim Abspielen der Aufzeichnungen (sog. Unterbinden des "Ad-Skipping").

Soweit die Verschlüsselung das Spulen und Springen beim Abspielen von Aufzeichnungen und damit das "Ad-Skipping" verhindert, ist sie nicht darauf ausgerichtet, unerlaubte Verwendungen von Sendungen oder von anderen urheberrechtlich geschützten Programminhalten zu unterbinden. Sie soll vielmehr das Ausblenden von Werbung verunmöglichen, um das auf Werbeeinnahmen basierende Geschäftsmodell der Privatsender zu schützen. Die Verschlüsselung fällt somit bezüglich des "Ad-Skipping" weder unter den Umgehungsschutz von Artikel 39a URG noch unter die auf umgehungsgeschützte TM beschränkte Kontrolle durch die BTM (vgl. Art. 39b Abs. 1 Bst. a URG). Gemäss den Beurteilungskriterien der BTM wäre eine TM, soweit sie beim Aufzeichnen von Sendungen

²⁵ Siehe BGE 140 II 616, E. 3.4.1; BARRELET / EGLOFF, *Urheberrecht*, 3. Aufl., Art. 10, N 7a.

²⁶ Die werbefinanzierten Privatsender befürchten eine unkontrollierte Verbreitung ihrer Programme über das Internet sowie die Ausschlichtung teurer Sendungen bei gleichzeitiger Unterdrückung der Werbung (siehe Spiegel Online «Insider packen aus: Warum verschlüsseln die Privatsender?»).

²⁷ Art. 19 URG regelt die Schranke des Eigengebrauchs.

lediglich das Ausblenden der in der Sendung enthaltenen Werbung verunmöglicht, jedenfalls nicht als eine Beeinträchtigung der Schutzausnahme des Eigengebrauchs zu beanstanden, auf die sich der Kabelabonnent bei der Verwendung von Sendungen berufen kann.

Das Verschlüsselungssystem enthält jedoch auch eine Kopierschutzvorrichtung. Sie führt dazu, dass der Kabelabonnent die in HD-Qualität weiterverbreiteten Programme der Privatsender nur in einem geschlossenen System von Aufnahmegeräten verwenden kann. Solche Kopierschutzvorrichtungen, mit denen die Sendeunternehmen urheberrechtlich relevante Programminhalte vor unerlaubten Verwendungen schützen können²⁸, stehen unter dem Umgehungsverbot von Artikel 39a URG. Gemäss Artikel 39b URG sind sie folglich auch auf ihre Auswirkungen auf die Schutzausnahmen zu untersuchen. Im vorliegenden Fall unterbindet der Kopierschutz zwar bestimmte Aufnahmetechnologien, er lässt den Kabelabonnenten aber die Möglichkeit, Sendungen für den zeitverschobenen Empfang aufzuzeichnen. Unter diesen Umständen führt der mit dem Verschlüsselungssystem der Privatsender verbundene Kopierschutz nicht zu einer missbräuchlichen Beeinträchtigung der Schutzausnahme des Eigengebrauchs, auf die sich der Kabelabonnent berufen kann.

Im Bereich des Kabelfernsehens sind es vor allem die Dienstanbieter, welche ihren Abonnenten in Verbindung mit der Zuleitung von Fernsehprogrammen die technische Infrastruktur zur Aufzeichnung von Sendungen bzw. von ganzen Sendeprogrammen zur Verfügung stellen; und zwar gestützt auf Artikel 19 Absatz 2 URG, der unter gewissen Voraussetzungen²⁹ die Mitwirkung von Dritten beim Vervielfältigen zum Eigengebrauch erlaubt. Die Dienstanbieter schulden den Rechteinhabern dafür allerdings eine Vergütung³⁰, die gestützt auf den Gemeinsamen Tarif 12 (Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR³¹) geltend gemacht und nach der Nutzungsintensität der Angebote (werkbezogene oder programmbezogene Aufzeichnungen) abgestuft wird.

Die Untersuchung der BTM hat ergeben, dass die Kopierschutzvorrichtung der Privatsender der im Bereich des Kabelfernsehens üblichen Gebrauchsüberlassung von Speichermedien zur Aufzeichnung geschützter Inhalte von Fernsehprogrammen nicht im Wege steht. Sie ist somit auch in Bezug auf diejenigen Betreiber von Kabelnetzen nicht zu beanstanden, welche ihren Kunden den zeitverschobenen Sendeempfang im Rahmen der Schutzausnahme des Eigengebrauchs ermöglichen und dafür die tariflich vorgesehene Vergütung bezahlen.

Die für die Beurteilung der Auswirkungen des Kopierschutzes relevante Frage, ob die von den Dienstanbietern praktizierte Gebrauchsüberlassung von Speichermedien zur Aufzeichnung von TV-Sendungen überhaupt unter die Schutzausnahme des Eigengebrauchs fällt, war lange umstritten. Die ESchK hat sie in ihrer Entscheid vom 17. Dezember 2012 betreffend die Genehmigung des Gemeinsamen Tarifs 12 zwar bejaht³², der Entscheid wurde aber angefochten. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 27. Juni 2014 die Rechtsauffassung der ESchK indirekt bestätigt, indem es auf die Beschwerde gegen den Genehmigungsentscheid nicht eingetreten und dieser danach in Rechtskraft erwachsen ist.

²⁸ Unter Umständen sind sie durch Lizenzvereinbarungen mit der Filmindustrie sogar dazu gezwungen.

²⁹ Siehe Art. 19 Abs. 3 URG.

³⁰ Siehe Art. 20 Abs. 2 URG.

³¹ Virtual Personal Video Recorder.

³² Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die ESchK Rechtsfragen, die sich im Rahmen eines Tarifgenehmigungsverfahrens stellen, vorfrageweise zu prüfen.

4.2.4. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

Gegenstand dieser Untersuchung war die Praxis der Privatsender, ihre HD-Signale zu verschlüsseln, um sie den Betreibern von Kabelnetzen und ähnlichen Einrichtungen für die Weiterverbreitung an ihre Abonnenten unter anderem mit der Auflage zur Beibehaltung der Kopierschutzvorrichtung zur Verfügung zu stellen. Die in mehreren Etappen durchgeführte Untersuchung hat ergeben, dass diese Praxis – soweit sie sich überhaupt auf TM im Sinne von Artikel 39a URG bezieht – im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Schutzausnahmen nicht zu beanstanden ist.

Die Schutzausnahme von Artikel 22 Absatz 1 URG unterstellt das Weitersenderecht für die zeitgleiche und unveränderte Weiterleitung in der Schweiz empfangbarer Sendeprogramme dem Zwang der Kollektivverwertung. Das bedeutet, dass die Dienstanbieter solche Programme gestützt auf die entsprechenden Tarife an ihre Kunden weiterverbreiten dürfen. Diese Tarife erfassen auch die Programme der Privatsender, soweit sie über SD-Signale unverschlüsselt ausgestrahlt werden und somit in der Schweiz empfangbar sind. Es ist den Sendeunternehmen jedoch unbenommen, ihre Programme zu verschlüsseln und sie so der Anwendung der für das Weitersenderecht geltenden Ausnahmeregelung zu entziehen (vgl. Art. 22 Abs. 3 URG). Die Verschlüsselung der in HD-Qualität ausgestrahlten Programme stellt somit keine TM dar, mit der die Privatsender in missbräuchlicher Weise in den Anwendungsbereich der Schutzausnahme von Artikel 22 Absatz 1 URG und die darauf basierenden Tarife eingreifen.

Mit dem Verschlüsselungssystem der Privatsender ist eine Kopierschutzvorrichtung verbunden, die bei der Weiterverbreitung der Programme in HD-Qualität zur Anwendung kommt. Dieser Kopierschutz ist auf seine Auswirkungen auf die Schutzausnahme des Eigengebrauchs untersucht worden. Es hat sich gezeigt, dass er zwar bestimmte Aufzeichnungstechnologien unterbindet, aber dass noch genügend Spielraum für das Aufzeichnen von geschützten Programminhalten zum zeitverschobenen Sendeempfang bleibt. Der Kopierschutz hindert die Dienstanbieter auch nicht daran, ihren Kunden gestützt auf Artikel 19 Absatz 2 URG die dafür erforderliche Infrastruktur zur Verfügung zu stellen. Die Kopierschutzvorrichtung, mit der die Privatsender die Inhalte ihrer in HD-Qualität gesendeten Programme vor unrechtmässigen Verwendungen schützen, ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden. Sie kann jedenfalls nicht schon deshalb als missbräuchlich bezeichnet werden, weil sie der gemäss Artikel 19 URG erlaubten Werkverwendung zum Eigengebrauch gewisse Grenzen setzt³³.

5. Fazit der Amtsperiode 2012 – 2015

Die Prüfung der (nicht sehr zahlreich) eingegangenen Meldungen hat ergeben, dass nur wenige die Anwendung von TM betroffen haben. Meistens waren es technische Probleme oder mangelhafte Kundeninformationen der Anbieter, die den Konsumenten daran gehindert haben, urheberrechtlich geschützte Inhalte im Rahmen der Schutzausnahmen zu verwenden. In den wenigen Fällen, in welchen eine gewisse Beeinträchtigung der Schutzausnahmen durch TM festzustellen war, stellte sich jedoch heraus, dass sie durch den Zweck der TM gerechtfertigt war und somit nicht als missbräuchlich angesehen werden konnte. Das gilt auch für diejenigen TM, welche nicht zum Schutz der Urheberrechte,

³³ Gemäss der Praxis der BTM stellt eine TM zur Bekämpfung der Piraterie jedenfalls dann keine missbräuchliche Beeinträchtigung des Eigengebrauchs dar, wenn sie das Aufzeichnen von Sendungen lediglich auf bestimmte Technologien beschränkt (siehe Tätigkeitsbericht der BTM 2008 – 2011, Ziff. 3.4).

sondern von den Dienst Anbietern zum Schutz ihrer Geschäftsmodelle eingesetzt worden sind, und die an sich weder unter den Umgehungsschutz von Artikel 39a URG fallen noch der Missbrauchskontrolle durch die BTM unterstellt sind.

Auch die von der BTM auf eigene Initiative durchgeführten Untersuchungen haben die Befürchtungen nicht bestätigt, wonach die Anwendung von TM zum Schutz von urheberrechtlich relevanten Inhalten die Schranken des Urheberrechts ernsthaft beeinträchtigen würden. Sowohl im Bereich der Wissensvermittlung durch die Bibliotheken als auch beim digitalen Fernsehen führen Verschlüsselungssysteme zwar zu gewissen Problemen. Soweit diese Systeme urheberrechtlich geschützte Inhalte vor unerlaubten Verwendungen bewahren, erwies sich die aus ihrer Anwendung ergebende Beeinträchtigung der Schutzausnahmen als verhältnismässig. Darüber hinaus dienen sie jedoch auch dem Schutz von neuen Geschäftsmodellen der Verleger von E-Publikationen sowie der Sendeunternehmen. Sie bewegen sich diesbezüglich aber ausserhalb des urheberrechtlichen Umgehungsschutzes und der darauf beschränkten Kontrollfunktion der BTM.

Zwar können auch TM, die nicht unter den Umgehungsschutz von Artikel 39a URG fallen, zu einer Beeinträchtigung einer nach den Schranken des Urheberrechts erlaubten Verwendung von Schutzobjekten führen. Deshalb hat die BTM schon in ihrer ersten Berichterstattung festgehalten, dass sie sich bei der Prüfung von Meldungen im Interesse der Nutzer und Konsumenten nicht auf die Anwendung von umgehungsgeschützten TM beschränkt. Die Anwendung von TM zum Schutz eines Geschäftsmodells ist aber legitim und zwar unabhängig von ihren Auswirkungen auf die Urheberrechtsschranken. Denn bei der Festlegung seines Geschäftsmodells ist ein Dienstanbieter weder in der analogen noch in der digitalen Welt an die urheberrechtlichen Schutzausnahmen gebunden. Die BTM setzt sich aber dafür ein, dass Verwendungsbeschränkungen, die sich aus der Anwendung von TM zum Schutz von Geschäftsmodellen ergeben, transparent gemacht bzw. den Kunden erkennbar und nachvollziehbar kommuniziert werden.

In der Praxis ist es allerdings oft schwierig, die Zweckbestimmung einer TM zu erkennen. In gewissen Fällen dient sie sowohl dem Schutz der Urheberrechte als auch dem Schutz eines Geschäftsmodells. So bewahrt z. B. das Verschlüsselungssystem eines Online-Anbieters von Musik einerseits seinen Bezahl dienst und andererseits auch die von ihm angebotenen Werke vor unerlaubten Verwendungen. Dementsprechend hat die BTM bei der Beurteilung der Auswirkungen einer solchen TM auf die Schutzausnahmen dieser Doppelfunktion Rechnung zu tragen.

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung von TM zu einer Kollision mit denjenigen Schutzausnahmen führen kann, welche eine bestimmte Nutzung dem Zwang der Kollektivverwertung unterstellen. Die Untersuchung der Verschlüsselung von HD-Programmen der Privatsender hat gezeigt, dass in einem solchen Fall eine unerlaubte Geltendmachung von Rechten im Sinne von Artikel 70 URG vorliegen könnte, was aber nicht durch die BTM zu beurteilen ist. Dafür ist gemäss Artikel 73 URG das IGE zuständig.

Schliesslich ist festzuhalten, dass die BTM die Auswirkungen von TM auf die Urheberrechtsschranken nicht oder allenfalls nur mit Vorbehalten beurteilen kann, wenn die Tragweite der betroffenen Schutzausnahme umstritten ist. So war die BTM bereits zweimal auf eine gerichtliche Klärung angewiesen. Sie betraf in beiden Fällen die Auslegung der Schutzausnahme des Eigengebrauchs in Bezug auf die Möglichkeit, Kopien durch Dritte herstellen zu lassen. Als die BTM die Anwendung von TM im Bereich der Online-

Publikationen untersuchte, war umstritten, ob der elektronische Versand von Kopien der Bibliotheken unter die vorerwähnte Schutzausnahme fällt. Und bei der Untersuchung des Verschlüsselungssystems der Privatsender stellte sich die Frage, welche Hilfestellung die Dienstanbieter ihren Kabelabonnenten beim Aufzeichnen von Sendungen zum Eigengebrauch geben dürfen.

In ihrem ersten Bericht hat die BTM festgehalten, dass sie bei ihrer Tätigkeit auf keine Beeinträchtigungen der Urheberrechtsschranken gestossen ist, die es rechtfertigen würden, dem Bundesrat gestützt auf Artikel 39b Absatz 2 URG zu beantragen, die Fachstelle mit Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen auszustatten. An dieser Situation hat sich nichts geändert. Die BTM hat zwar auch in ihrer zweiten Amtsperiode dazu beigetragen, Konflikte abzubauen, welche durch die Anwendung von TM zwischen den Nutzern bzw. Konsumenten und den Anbietern von urheberrechtlich geschützten Inhalten entstanden sind. Die Beanstandungen bezogen sich aber mehrheitlich auf Probleme der Konsumenten im Online- und TV-Bereich, die nicht durch die Anwendung von TM im Sinne von Artikel 39a Absatz 2 URG verursacht worden sind und somit eigentlich gar nicht in die Zuständigkeit der BTM fallen.

Auch den beiden Untersuchungen der BTM im Bereich der digitalen Wissens- und Informationsvermittlung ist zu entnehmen, dass sich die Anwendung von TM zum Schutz von Urheberrechten in ihren Auswirkungen auf die Urheberrechtsschranken als eher harmlos erwiesen hat. Das zeigt sich auch daran, dass die BTM seit der Aufnahme ihrer Tätigkeit im Juli 2008 noch kein einziges Mal als Vermittlerin im Sinne von Artikel 39b Absatz 1 Buchstabe b URG intervenieren musste, um eine missbräuchliche Anwendung von TM abzuwenden.

6. Ausblick

In Anbetracht der rasant fortschreitenden Entwicklung im Bereich der Digitaltechnologie lässt das Ergebnis der bisherigen Beobachtungstätigkeit zwar nicht den Schluss zu, dass die Anwendung von TM auch in Zukunft zu keinen nennenswerten Problemen führen wird. Es spricht aber einiges dafür, dass der Gesetzgeber das Missbrauchspotential von TM anlässlich der Teilrevision des URG von 2007 stark überschätzt hat. Unter diesen Umständen wäre de lege ferenda sogar die Abschaffung der BTM in Betracht zu ziehen.

Die Vorlage zur Teilrevision des URG, welche der Bundesrat im Dezember 2015 in die Vernehmlassung überwiesen hat, sieht allerdings nicht die Aufhebung von Artikel 39b URG vor, wonach der Bundesrat eine Fachstelle zur Beobachtung der Auswirkungen von TM auf die Schranken des Urheberrechts einsetzt. Sie erwähnt vielmehr die Möglichkeit, das Aufgabengebiet der BTM zu erweitern. So könnte die BTM die Koordinations- und Schlichtungsaufgaben übernehmen, welche mit den neuen Massnahmen zur Bekämpfung der Internetpiraterie verbunden sind. In den Erläuterungen zu der entsprechenden Bestimmung wird festgehalten, dass eine Übernahme der vorerwähnten neuen Aufgaben durch die BTM deshalb als sinnvoll erscheint, weil sie nah an ihrer gegenwärtigen Tätigkeit liegen³⁴.

³⁴ Siehe Erläuternder Bericht zu zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu Änderungen des Urheberrechtsgesetzes, S. 84, Art. 66i (https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Urheberrecht/d/modernisierung_urheberrecht_2015_d/Erlaeutender_Bericht_DE.pdf).

Dieses Vorgehen hätte einerseits den Vorteil, dass Schwankungen im Arbeitsvolumen (wie sie bei der BTM auftreten) von einer grösseren, mit unterschiedlichen Aufgaben betrauten Behörde besser kompensiert werden könnten. Andererseits würde die Möglichkeit der Nutzer und Konsumenten fortbestehen, sich an eine Fachstelle zu wenden, falls die Anwendung von TM in Zukunft doch noch zu Problemen führen sollte. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass mit der aktuellen Teilrevision des URG neue Schutzausnahmen geschaffen werden sollen. So enthält der Gesetzesentwurf insbesondere eine Ausnahme zugunsten der Verwendung von Werken zu wissenschaftlichen Zwecken, welche durch die Anwendung von TM beeinträchtigt werden könnte. Inhalt und Ausrichtung des Revisionsvorhabens sprechen somit eher für einen Ausbau der BTM, die in Anbetracht der anspruchsvolleren und attraktiveren Aufgaben auch leichter zu besetzen wäre.