



# **Bericht der BTM** über die Amtsperiode 2016 – 2017

## 1. Allgemeines

### 1.1. Zuständigkeit

Mit der am 22. Juni verabschiedeten Teilrevision des Urheberrechtsgesetzes<sup>1</sup> (URG) wurde ein Umgehungsverbot (Art. 39a URG) für technische Massnahmen (TM) wie Zugangs- oder Kopierkontrollen eingeführt, die im Bereich der Digitaltechnologie und insbesondere im Internet urheberrechtlich geschützte Inhalte vor unerlaubten Verwendungen schützen. Durch die Anwendung solcher TM können indessen Werkverwendungen beeinträchtigt werden, die das URG im Rahmen der Schutzausnahmen ausdrücklich erlaubt. Art. 39b URG sieht deshalb vor, dass eine Fachstelle die Auswirkungen von TM auf die Schranken des Urheberrechts (Art. 19 – 28 URG) beobachtet und im Bedarfsfall zwischen den Nutzern bzw. Konsumenten und den Anwendern von TM vermittelt, um eine einvernehmliche Lösung zu ermöglichen.

Gleichzeitig mit dem Beschluss über ihre Inkraftsetzung dieser Regelung hat der Bundesrat gestützt auf Artikel 16e der Urheberrechtsverordnung<sup>2</sup> (URV) den Beobachter für TM mit Wirkung ab dem 1. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2011 gewählt. Nach seiner Wiederwahl für die Legislaturperiode 2012 bis 2015 wurde er mit Bundesratsbeschluss vom 18. Dezember 2015 für weitere zwei Jahre also bis 31. Dezember 2017 in diesem Amt bestätigt. Ab dem 1. Januar 2018 hat das Institut für Geistiges Eigentum (Institut/IGE) die Aufgaben der Beobachtungsstelle übernommen<sup>3</sup>.

### 1.2. Berichterstattung

Der Beobachter hat dem Bundesrat gemäss Artikel 16f Absatz 3 URV jeweils nach Ablauf der vierjährigen Amtsperiode Bericht erstattet und die Öffentlichkeit wurde über die Homepage der BTM informiert. Der vorliegende Bericht des Beobachters über die Jahre 2016 und 2017 richtet sich in erster Linie an das IGE, das seine Aufgaben übernommen hat. Die Informationen über die Tätigkeit der Fachstelle sind nun auf der Homepage des Instituts zu finden<sup>4</sup>.

### 1.3. Organisation und Finanzen

Die BTM erfüllt ihre Aufgaben unabhängig. Sie war bis Ende 2017 nur in administrativer Hinsicht dem Institut zugeordnet, das auch die Kosten der Fachstelle trug. Eine auf Artikel 16e Absätze 2 und 3 URV gestützte Vereinbarung konkretisierte die administrative Zuordnung der BTM zum IGE und regelte insbesondere die Kostentragung durch das Institut. Der Beschäftigungsgrad des Beobachters betrug wie in der vorangegangenen Amtsperiode 30 Prozent.

---

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

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

<sup>3</sup> Siehe Art. 16e URV in der Fassung vom 29. September 2017.

<sup>4</sup> Siehe <https://www.ige.ch/de/etwas-schuetzen/urheberrecht/beobachtungsstelle.html>.

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

## **2. Die Amtsperiode 2016 – 2017 im Überblick**

Während der Beobachter in seiner ersten Amtsperiode hauptsächlich mit der Prüfung von Meldungen gemäss Artikel 16g URV beschäftigt war, befasste er sich in seiner zweiten Amtsperiode schwerpunktmässig mit zwei umfangreichen Untersuchungen über die Auswirkungen von TM auf den bibliothekarischen Leihverkehr und das digitale Fernsehen.

Der schon in der zweiten Amtsperiode festgestellte Trend, wonach die Anzahl der Beanstandungen stetig abnimmt, hat sich in der dritten Amtsperiode fortgesetzt. Im Fokus der Beobachtungstätigkeit stand weiterhin die Entwicklung im Bereich der elektronischen Wissensvermittlung und beim digitalen Fernsehen. Daneben hat sich die grenzüberschreitende Portabilität von urheberrechtlich geschützten Inhalten zu einem neuen Schwerpunktthema entwickelt. Die BTM befasste sich zudem mit dem strafrechtlichen Schutz von TM<sup>5</sup> und hat dabei erneut<sup>6</sup> festgestellt, dass gestützt auf Art. 69a Abs. 1 Bst. a URG Strafbefehle ergehen, obwohl dem Täter bei der Umgehung der TM die Absicht fehlt, eine Urheberrechtsverletzung zu begehen und damit der Straftatbestand der Strafnorm gar nicht erfüllt ist.

Auch in der dritten Amtsperiode bezogen sich die wenigen eingegangenen Meldungen hauptsächlich auf Online-Angebote für Musik und Filme sowie auf den Empfang von TV-Programmen, soweit sie überhaupt den auf die Beobachtung von TM im Sinne von Art. 39a URG beschränkten Zuständigkeitsbereich der BTM betrafen. Die entsprechenden Abklärungen der BTM haben wie schon in der Vergangenheit ergeben, dass Verwendungsbeschränkungen meistens nicht durch die Anwendung von TM sondern durch technische Probleme oder Fehlmanipulationen verursacht werden. In den seltenen Fällen, in denen es tatsächlich um eine TM im Sinne von Art. 39a Abs. 2 URG ging, erwies sich der damit verbundene Eingriff in die Schutzausnahmen als verhältnismässig und damit als gerechtfertigt. Es handelte sich dabei meistens um Kopiersperren zur Bekämpfung der Piraterie, die gemäss der Praxis der BTM jedenfalls dann nicht zu beanstanden sind, wenn sie die Möglichkeit des Kopierens zum Eigengebrauch nicht vollständig ausschliessen<sup>7</sup>.

## **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 und die Fachstelle ist angehalten, die eingegangenen Meldungen zu prüfen (vgl. Art. 16g Abs. 2 URV). In der Amtsperiode 2016 – 2017 sind bei der BTM insgesamt sieben Meldungen eingegangen. In drei Fällen erklärte sich die BTM als nicht zuständig, weil es dabei um Fragen ging, die nicht die Anwendung von TM sondern die Verwendung urheberrechtlich geschützter Inhalte im digitalen Umfeld betrafen. Eine Meldung betraf die Übernahme von Elementen aus einer Homepage durch einen Konkurrenten

---

<sup>5</sup> Siehe Art. 69a Abs. 1 und 2 URG.

<sup>6</sup> Siehe dazu Tätigkeitsbericht der BTM über die Amtsperiode 2012 – 2015, Ziff. 2, Abs. 4 u. 5.

<sup>7</sup> 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](http://www.btm.admin.ch/dam/data/btm/taetigkeitsberichte/ber_btm_2008_2011-d.pdf)).

und auch die anderen beiden Fälle bezogen sich auf vermeintliche Urheberrechtsverletzungen, deren Beurteilung den ordentlichen Gerichten obliegt.

In den übrigen vier Fällen wurden zwar durch TM hervorgerufene Verwendungsbeschränkungen beanstandet, aber zwei davon betrafen Zugangskontrollen von Bezahldiensten, die primär dem Schutz des Geschäftsmodells des Anbieters dienen und diesbezüglich nicht der Kontrolle der BTM unterstehen. Die Fachstelle setzt sich zwar auch in solchen Fällen für eine Berücksichtigung von Konsumentenangelegenheiten ein. Dafür blieb aber in den vorliegenden Fällen kein Spielraum, weil dabei die Zugangskontrollen an sich und nicht ihre Anwendungsmodalitäten beanstandet wurden und sich aus der Schutzausnahme des Eigengebrauchs kein Anspruch auf Gratiszugang zu einem Bezahldienst ableiten lässt.

Schliesslich hat auch die Untersuchung der beiden Meldungen, die sich auf die Anwendung von TM im Sinne von Art. 39a URG bezogen, keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Beeinträchtigung der Schutzausnahmen ergeben (siehe Art. 16f Abs. 1 URV). In beiden Fällen wurden dynamische Kopierschutzvorrichtungen beanstandet, mit denen das Kopieren geschützter Inhalte sowohl mengenmässig als auch in zeitlicher oder örtlicher Hinsicht eingeschränkt werden kann. Die BTM hat bereits in den vorangehenden Amtsperioden die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten solcher TM untersucht. Sie ist dabei zum Ergebnis gekommen, dass solche TM zur Bekämpfung der Piraterie nicht zu beanstanden sind, wenn sie das gesetzlich erlaubte Kopieren zum Eigengebrauch gemäss Art. 19 Abs. 1 und 2 URG zwar einschränken, aber nicht vollständig ausschliessen. Gemäss dieser Praxis war weder gegen die TM von Streaming-Diensten etwas einzuwenden, wonach die geschützten Inhalte nur für eine bestimmte Zeit heruntergeladen werden können, noch war das von Diensteanbietern verwendete System zum zeitverschobenen Sendeempfang zu beanstanden, wonach das Aufnehmen von Sendungen auf einen externen Speicher nicht möglich ist.

### **3. Von Amtes wegen durchgeführte Untersuchungen**

#### **3.1. Die Anwendung von TM bei der elektronischen Wissensvermittlung**

In ihrem zweiten Tätigkeitsbericht hat die BTM über ihre Untersuchung Bericht erstattet, die sie im Bereich des bibliothekarischen Leihverkehrs durchgeführt hat, um die Auswirkungen der Anwendung von TM auf die elektronische Wissensvermittlung beurteilen zu können. Sie ist dabei zum Ergebnis gekommen, dass bei E-Publikationen zwar sowohl Zugangskontrollen als auch Kopierschutzvorrichtungen eingesetzt werden, aber diese TM zu keiner Beeinträchtigung der Schutzausnahmen führen, die aus der Sicht der BTM zu beanstanden wäre.

In dieser Untersuchung hat sich die BTM auch mit den Dokumentlieferdiensten der Bibliotheken befasst, die ihren Benutzern off- oder online mit Kopien von Beiträgen aus Fachzeitschriften beliefern. Das Bundesgericht hat gestützt auf die Schutzausnahme des Vervielfältigens zum Eigengebrauch (Art. 19 Abs. 2 URG) entschieden, dass die Bibliotheken diese Dienstleistung anbieten dürfen, obwohl sie damit die Onlineportale von Verlagen konkurrenzieren<sup>8</sup>. In diesem Zusammenhang hat sich die Frage gestellt, ob diese vom Bundesgericht als zulässig beurteilte Informationspraxis der Bibliotheken allenfalls durch die Anwendung von TM unterbunden werden könnte, um die Online-Dienste der Verlage zu schützen, die den Abruf von Beiträgen aus ihren Publikationen ebenfalls anbieten. Die BTM hat deshalb den bibliothekarischen Leihverkehr in ihrer dritten Amtsperiode im Auge behalten. Sie konnte

---

<sup>8</sup> Siehe Urteil des Bundesgerichtes vom 28.11.2017, BGer 4A\_295/2014.

aber keine Anhaltspunkte finden, wonach die durch die Schutzausnahmen des Eigengebrauchs legitimierte Dokumentenlieferdienste der Bibliotheken durch die Anwendung von TM behindert würden.

### **3.2. Digitales Fernsehen: Verschlüsselung von TV-Programmen**

In ihrer zweiten Amtsperiode hat die BTM die Praxis der Privatsender, ihre HD-Signale zu verschlüsseln, um sie den Betreibern von Kabelnetzen und ähnlichen Einrichtungen mit gewissen Auflagen zur Verfügung zu stellen, aus der Sicht der Kabelnetzbetriebe und ihrer Abonnenten untersucht. Sie ist dabei zum Ergebnis gekommen, 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.

In der dritten Amtsperiode wurde sie mit der Frage konfrontiert, ob die Verschlüsselung des HD-Signals durch die Privatsender eine TM ist, die unter den Umgehungsschutz von Art. 39a URG fällt und was das für die Weiterverbreitung der Programme gemäss Art. 22 Abs. 1 URG bedeuten würde. In diesem Fall wäre die zur Verbreitung des codierten HD-Signals erforderliche Entschlüsselung grundsätzlich verboten bzw. von der Zustimmung des Sendeunternehmens abhängig. Umgehungsgeschützt sind gemäss Art. 39a Abs. 2 URG TM, die dazu bestimmt und geeignet sind, unerlaubte Verwendungen urheberrechtlich geschützter Inhalte zu verhindern. Dies trifft offenbar für die Verschlüsselung von HD-Signalen nur bedingt zu, weil das Signal mit der ersten Einspeisung in ein Kabelnetz entschlüsselt wird und dort von anderen Nutzern unverschlüsselt abgegriffen werden kann. Davon abgesehen, könnten die Privatsender den Diensteanbietern, die Sendungen im Rahmen der Ausnahmeregelung von Art. 22 URG nutzen, das Umgehungsverbot allenfalls entgegenhalten, wenn diese anstelle der unverschlüsselten SD-Signale die verschlüsselten HD-Signale übernehmen würden.

Das Umgehungsverbot hat allerdings nicht den Zweck, TM zu schützen, mit deren Anwendung Schutzausnahmen ausgeschaltet werden. Es ist kein absolutes Verbot und es soll den Rechteinhabern lediglich Schutz vor Umgehungen bieten, die – als Vorbereitungshandlungen – auf eine Urheberrechtsverletzung ausgerichtet sind. Dementsprechend sieht Art. 39a Abs. 4 URG vor, dass das Verbot für Umgehungshandlungen nicht geltend gemacht werden kann, wenn diese Handlungen zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Werkverwendung vorgenommen werden. Die Privatsender haben allerdings die Möglichkeit, ihre Programme so zu verschlüsseln, dass sie in der Schweiz weder über HD- noch über SD-Signale frei empfangen werden können. In diesem Fall würde die Weiterverbreitung ihrer Programme gemäss Art. 22 Abs. 3 URG nämlich nicht mehr unter die Ausnahmeregelung von Art. 22 Abs. 1 URG fallen und somit wäre die Umgehung der Verschlüsselung zum Zweck der Weitersendung auch nicht mehr durch Art. 39a Abs. 4 vom Umgehungsverbot ausgenommen.

### **3.3. Das Geoblocking und die Portabilität urheberrechtlich geschützter Inhalte**

Gemäss der digitalen Strategie der Schweiz sollen die rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass die schweizerischen Abonnenten von Onlineplattformen wie Netflix, Amazon und Spotify auch bei Auslandsaufenthalten Zugriff auf die Inhalte dieser Dienste haben<sup>9</sup>. Die grenzüberschreitende Portabilität urheberrechtlich geschützter Inhalte (musikalische, audiovisuelle oder literarische Werke) wird insbesondere im audiovisuellen Bereich durch das sog. Geoblocking unterbunden. Das ist eine TM, die Download- und Streaming-

---

<sup>9</sup> Siehe *Strategie Digitale Schweiz, April 2016, S. 10 Ziff. 4.2.3.*

Dienste mit territorial begrenzten Urheberrechtslizenzen anwenden. Sie können damit den Zugang zu ihrem Angebot auf die Konsumenten desjenigen Gebiets bzw. Landes begrenzen, auf die sich ihre Lizenz bezieht. Mit dem Geoblocking verhindert beispielsweise ein sowohl in der EU als auch in der Schweiz tätiger Onlinedienst, dass die Konsumenten aus der EU sein nur für die Schweiz lizenziertes Angebot abonnieren können und er erreicht gleichzeitig, dass seine nur für ein bestimmtes EU-Land lizenzierten Inhalte für Schweizer Konsumenten gesperrt bleiben. Dagegen ist zumindest aus urheberrechtlicher Sicht grundsätzlich nichts einzuwenden.

Das zum Schutz territorial begrenzter Lizenzen eingesetzte Geoblocking hat aber insofern eine überschüssende Wirkung, als es nicht nur den Zugriff auf ausländische Online-Angebote blockiert, sondern den Konsumenten bei Auslandsaufenthalten auch den Zugang zu den von ihnen rechtmässig abonnierten Inhalten sperrt. Das Geoblocking erweist sich somit als Barriere für die grenzüberschreitende Portabilität. Um diese Barriere abzubauen, hat die EU die Online-Dienste mit einer Verordnung<sup>10</sup> dazu verpflichtet, die Portabilität der Inhalte bei Auslandsaufenthalten zu gewährleisten. Das entsprechende Instrument verbietet das Geoblocking aber nur insoweit, als es der grenzüberschreitenden Portabilität im gemeinsamen Binnenmarkt im Wege steht. Für Auslandsaufenthalte der EU-Konsumenten ausserhalb des EU-Raums bleibt die Portabilitätsbarriere somit weiterhin bestehen, weil dadurch das Funktionieren des Binnenmarktes nicht beeinträchtigt wird.

Im Unterschied zur EU führt das Geoblocking in der Schweiz in keiner Weise zu einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes. Es ist folglich in einem anderen Kontext zu beurteilen. Ein Anknüpfungspunkt kann der im URG geregelte Umgehungsschutz für TM und die darauf bezogene Kontrollfunktion der BTM<sup>11</sup> sein. In diesem Kontext stellt sich nämlich die Frage, wie eine Sperrvorrichtung, welche die grenzüberschreitende Portabilität verhindert, aus urheberrechtlicher Sicht zu beurteilen ist. Bei der Beantwortung dieser Frage ist vorerst zu prüfen, ob das Geoblocking als eine TM im Sinne von Art. 39a Abs. 2 URG anzusehen ist, weil die Zuständigkeit der BTM gemäss Art. 39b Abs. 1 Bst. a URG auf die Beurteilung von umgehungsgeschützten TM beschränkt ist.

Gemäss Art. 39a Abs. 2 URG erfasst der Umgehungsschutz solche TM, die sowohl dazu bestimmt als auch geeignet sind, urheberrechtlich relevante Inhalte vor unerlaubten Verwendungen zu schützen. Die erste Voraussetzung erfüllt das Geoblocking, indem es die Rechteinhaber vor einem unerlaubten Eingriff in ihr territorial abgegrenztes Lizenzierungssystem schützt. Die zweite Voraussetzung kann auch als erfüllt angesehen werden. Obwohl die TM ständig verbessert werden, gibt es Möglichkeiten sie zu umgehen. Ihre Wirksamkeit wird dadurch aber nicht grundsätzlich in Frage gestellt, weil die Umgehung doch ein gewisses Mass an technischer Versiertheit voraussetzt, die nicht jedermann mitbringt. Es ist folglich davon auszugehen, dass die Prüfung der Auswirkungen des Geoblocking auf die Portabilität von urheberrechtlich geschützten Inhalten in die Zuständigkeit der BTM fällt.

Gegen Ende der Amtsperiode 2016 – 2017 hat die BTM eine entsprechende Untersuchung in Angriff genommen, in die sie auch die Konsumentenorganisationen, die Verbände der Rechteinhaber sowie die Verwertungsgesellschaften einbezogen hat. Die Untersuchung soll zeigen, ob und gegebenenfalls welche Massnahmen getroffen werden müssten, um die grenzüberschreitende Portabilität von urheberrechtlich geschützten Inhalten für die Abonnenten von Online-Diensten zu gewährleisten. Sie dürfte bis Mitte 2018 abgeschlossen sein und

---

<sup>10</sup> EU-VO vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt.

<sup>11</sup> Siehe Art. 39a URG in Verbindung mit Art. 39b URG.

ihre Ergebnisse werden in eine Berichterstattung des Instituts einfließen, das die Beobachtungsstelle zu Beginn des laufenden Jahres übernommen hat.

### **3. Fazit der Amtsperiode 2016 – 2017**

Die Prüfung der eingegangenen Meldungen und die von der BTM durchgeführten Untersuchungen haben ergeben, dass der Zugang zu urheberrechtlich geschützten Inhalten sowohl im Online-Bereich als auch beim digitalen Fernsehen immer noch mit gewissen Problemen verbunden ist. Diese Probleme betrafen allerdings nur selten die Anwendung von TM im Sinne von Art. 39a Abs. 1 URG und dort, wo dies der Fall war, konnte die BTM keine missbräuchliche Beeinträchtigung der urheberrechtlichen Schutzausnahmen feststellen. Das gilt auch für den weiterhin untersuchten Bereich der elektronischen Wissensvermittlung. Die Befürchtung, dass die vom Bundesgericht als zulässig anerkannte Praxis der Bibliotheken, ihren Benutzern Kopien von Beiträgen aus Fachzeitschriften online zuzustellen, durch Verschlüsselungssysteme gestört werden könnte, hat sich jedenfalls nicht bestätigt.

Die Beobachtungstätigkeit hat in dieser dritten Amtsperiode zu demselben Ergebnis geführt wie in den beiden Vorangegangenen. Es hat sich wieder gezeigt, dass die Anwendung von TM zum Schutz der Urheberrechte eigentlich keine nennenswerten Probleme verursachen. Die Schwierigkeiten, auf die Nutzer und Konsumenten bei der Verwendung urheberrechtlich geschützter Inhalte im digitalen Umfeld stossen, sind in erster Linie auf die sich ständig ändernden Technologien und Geschäftsmodelle der Online-Dienstanbieter zurückzuführen.

Dass die Anwendung von TM kaum zu negativen Auswirkungen auf die Schutzausnahmen geführt hat, kommt auch darin zum Ausdruck, 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 Beeinträchtigung der Urheberrechtsschranken abzuwenden. Davon abgesehen haben TM auch nie zu Problemen geführt, die es gerechtfertigt hätten, die BTM gestützt auf Art. 39b Abs. 2 URG mit Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen auszustatten.

Aus den Ergebnissen der bisherigen Beobachtungstätigkeit könnte der Schluss gezogen werden, dass die Anwendung von TM auch in Zukunft zu keinen nennenswerten Problemen führen wird und es deshalb angezeigt wäre, die BTM aufzuheben. Die im Berichtsjahr 2017 angelaufene Untersuchung des Geoblocking zeigt allerdings, dass die rasant fortschreitende Entwicklung im Bereich der Digitaltechnologie immer wieder zu Problemen beim Zugang oder bei der Verwendung von urheberrechtlich geschützten Inhalten führen kann, was die Beibehaltung der BTM rechtfertigt. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang auch die vom Bundesrat auf dem Verordnungsweg vorgenommene Eingliederung der Fachstelle in das Institut. Dafür spricht vor allem der Umstand, dass sich Schwankungen im Arbeitsvolumen (wie sie bei der BTM auftreten) in einer grösseren, mit unterschiedlichen Aufgaben betrauten Behörde besser kompensieren lassen.

Bern, im März 2018