

## Die Seite des SF / La page du FS

### Immaterialgüterrecht unter Beschuss – Urheberrecht: «Filesharing»

SANDRA BRÄNDLI\*

- I. Einführung
- II. Standpunkte
- III. Diskussion
- IV. Einsichten

#### I. Einführung

Zum Auftakt der Veranstaltungsreihe «Immaterialgüterrecht unter Beschuss» begrüßte Tagungsleiter Prof. Dr. RETO M. HILTY, Ordinarius an der Universität Zürich und Direktor des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht in München, die zahlreichen Gäste zum Thema «Urheberrecht: Filesharing». Er wies einleitend auf die Durchsetzungsschwierigkeiten hin, die sich in diesem Bereich ergeben, und die sehr gegensätzlichen Ansichten und Lösungsvorschläge der verschiedenen Interessenvertreter. Im Anschluss machte Prof. Dr. FLORENT THOUVENIN, Assistenzprofessor für Immaterialgüter- und Informationsrecht und Direktor der Forschungsstelle für Informationsrecht an der Universität St. Gallen, den Einstieg in die Thematik. Dabei ging er vorab auf die Entwicklung des Filesharing im Zeitverlauf ein: Von den Anfängen der Peer-to-Peer-Netzwerke durch Programme wie Napster in den 90er-Jahren über Nachfolger wie eDonkey, BitTorrent, BearShare, eMule und LimeWire bis hin zu den heutigen Sharehostern wie Rapidshare und Mega. Eine Verschiebung weg vom Tauschen von Dateien ergebe sich lediglich durch die vermehrte Nutzung von Streaming-Angeboten. THOUVENIN wies diesbezüglich darauf hin, dass solche Streaming-Dienste einen teilweisen Ersatz für die Verwendung von Sharehostern darstellen würden und dass zukünftig mit einem weiteren Anstieg der Nutzung solcher Dienste wie Spotify, Netflix und Google Play zu rechnen sei.

Der Unterschied zwischen dem Werkgenuss über die Technologie des Filesharing und der Nutzung von Streaming-Diensten bestehe darin, dass bei letzterem Vorgang keine permanente Kopie entstehe, was bei der urheberrechtlichen Erfassung des Werkkonsumenten Schwierigkeiten bereiten könne. Konkret stelle sich die Frage, ob es sich bei der beim Streaming-Prozess entstehenden Vervielfältigung um eine urheberrechtlich relevante Kopie handle oder nicht. Selbst unter der Annahme, dass es sich um eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung handelt, würden sich jedoch aus der Qualifikation als Privatkopie nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG Probleme in Bezug auf die Leerträgervergütung ergeben. Konkret vermöge die Leerträgervergütung, welche massgeblich auf die Speicherkapazität eines Trägers abstelle, die Nutzung über die Streaming-Technologie deshalb nicht adäquat zu erfassen, weil für das Streaming lediglich eine geringe Speicherkapazität notwendig sei und das Abstellen auf dieselbe keine Rückschlüsse auf die Nutzungsintensität zulasse.

Im Gegensatz zum Streaming bestünden bei der Nutzung von Filesharing-Börsen in Bezug auf die entstehenden Vervielfältigungen keine Zweifel. So werde das Hochladen (upload) von Werken durch einen Anbieter als Zugänglichmachen nach Art. 10 Abs. 2 lit. c URG qualifiziert. Beim Herunterladen des kompletten Werkes durch den Konsumenten handle es sich klar um eine urheberrechtlich relevante Kopie, welche jedoch grundsätzlich von der Schranke des Privatgebrauchs nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG erfasst wird. Dabei sei diese Art des Privatgebrauchs dann entgeltlich, wenn sich der Werkkonsument eines abgabebelasteten Datenträgers bediene.

Nach diesem Überblick über die Rechtslage zeigte THOUVENIN verschiedene Handlungsoptionen in Bezug auf das Problem von Filesharing- und Streaming-Diensten auf. Die erste Strategie bestehe in einer konsequenteren Durchsetzung der Verbotsrechte. Bedenken würden sich hierbei jedoch einer-

---

\* M.A. HSG, Doktorandin an der Universität St. Gallen.

seits aus datenschutzrechtlichen Gründen ergeben, andererseits stiesse eine solche Abmahnindustrie auch auf Akzeptanzprobleme in der Bevölkerung. Als zweite Handlungsoption könne das Beibehalten des Status quo angesehen werden. Dieser Lösungsansatz gehe jedoch mit verschiedenen negativen Konsequenzen einher. So führe ein Festhalten am momentanen System zu teilweisen Doppelbelastungen der Werkkonsumenten im Bereich der lizenzierten Angebote. Ebenso werde lediglich ein tiefes Vergütungsaufkommen durch die Leerträgervergütung erzielt und es käme mitunter zu schwierigen Interpretationsfragen im Zusammenhang mit dem 2008 neu eingeführten Art. 19 Abs. 3bis URG, welcher Doppelbelastungen entgegenwirken solle. Zuletzt stosse der Ansatz auch auf geringe Akzeptanz bei den Rechtsinhabern. Als dritte Option würden immer wieder alternative Vergütungsmodelle wie eine flächendeckende Leerträgervergütung oder eine Kulturflatrate als mögliche Auswege aus dem Filesharing-Dilemma vorgebracht. Aber auch diese beiden Optionen hätten ihre Nachteile, so würde auch über ein flächendeckendes Leerträgersystem die Streaming-Nutzung nicht erfasst. Zudem würde die Flatrate weder von den Konsumenten noch von den Rechtsinhabern oder Providern als angemessene Lösung erachtet.

## II. Standpunkte

Auf diese einführenden Bemerkungen erläuterten Dr. KAI PETER der Einführung einer „freiwilligen Flatrate“ profitieren würden, Rechtsanwalt in Zürich, und MATTHIAS BÜRCHER, Regisseur und Gründer von artfilm.ch und Mitglied des Verbands Filmregie und Drehbuch Schweiz (ARF/FDS), ihre Standpunkte.

UHLIG begann seine Präsentation mit einem Trailer eines neueren Schweizer Films und wies darauf hin, dass das Werk seit Kurzem auch auf der Streaming-Plattform «Kinox.to» verfügbar sei, welche nicht lizenzierte Inhalte anbiete. Er stellte fest, dass es der Gesellschaft am notwendigen Verantwortungsbewusstsein fehle und dass das Zugänglichmachen von Filmen in einem so frühen Stadium auf solchen Internetplattformen bei den Rechtsinhabern zu erheblichen, wirtschaftlichen Einbussen führen würde und zuweilen auch den Erfolg eines Werkes massgeblich beeinflusse. Nach einem Überblick über die verschiedenen widerstrebenden Interessen der involvierten Anspruchsgruppen wies UHLIG auf die Schlüsselstellung der Provider hin, deren Verantwortlichkeit nicht abschliessend geklärt sei. Weiter bemängelte er die geltende «Laissez-faire»-Kultur. Dabei sei namentlich das gern zitierte Argument der mangelnden Unterscheidungsfähigkeit beim Kunden zwischen lizenzierten und nicht lizenzierten Angeboten nur wenig überzeugend. Seine Kritik in Bezug auf die scheinbar ahnungslosen Konsumenten fasste er unter Rückgriff auf den Film von Regisseur Nicholas Ray pointiert mit folgenden Worten zusammen: «Denn sie wissen, was sie tun.»

Der in der Schweiz vorherrschende, mangelhafte Rechtsschutz habe wirtschaftliche Verluste zur Folge. UHLIG vertrat die Ansicht, dass die Lösung nicht in einer Kombination von Marktmechanismus und kollektiver Verwertung liegen könne, da die Möglichkeit des ungehinderten Zugangs zu urheberrechtlich geschütztem Material eine über den Markt gesteuerte Werkverwertung unmöglich machen würde. Zudem stelle sich auch bei der kollektiven Verwertung die Frage nach einem gerechten Preis, der nur schwer zu finden sei. Darüber hinaus würden kollektive Entschädigungssysteme aufgrund des Anreizverlustes zur Kulturgüterproduktion ein erhebliches Risiko darstellen. Einzig das System der individuellen Vergütung könne zu einer adäquaten Entschädigung der Rechtsinhaber führen und es liege im Verantwortungsbereich eines Rechtsstaats für eine sachgerechte Rechtsdurchsetzung Sorge zu tragen. Nötig sei somit ein rechts-politischer Appell.

BÜRCHER hielt im Anschluss daran fest, dass das Urheberrechtsgesetz sehr pragmatisch ausgestaltet sei. So käme es im Bereich des Downloads zum Privatgebrauch nicht darauf an, ob das Werk auf der infrage stehenden Plattform rechtmässig zugänglich gemacht wurde oder nicht. In beiden Fällen sehe der Gesetzgeber eine kollektive Vergütung (Leerträgervergütung) vor. Das System der individuellen Verwertung auf der anderen Seite funktioniere nicht. Aus diesem Grund solle man die kollektive Vergütung stärken. Würde man lediglich den Markt spielen lassen, gäbe es kein europäisches Kino. Fördermassnahmen des europäischen Films seien notwendig, um eine angemessene Vielfalt zu garantieren, gleichzeitig stellten diese Subventionen auch keine Gefährdung für die US-amerikanische Filmindustrie dar. Das grösste Risiko für den europäischen Film seien nicht Internetplattformen wie «Kinox.to», sondern die Gefahr, dass gar keine europäischen Filme mehr angeboten werden. Die kollektive Verwertung sei bei den meisten Schweizer Kulturschaffenden sehr beliebt, gleichwohl sei das Festhalten am Status quo unhaltbar. Es müsse versucht werden, die Schranke des Eigengebrauchs anzupassen und die kollektive Verwertung auszudehnen. So sollten die zur Wahrnehmung von Wer-

ken verwendeten Geräte nicht nach ihrem Speicherplatz, sondern nach ihrer Nutzungsintensität belastet werden.

### III. Diskussion

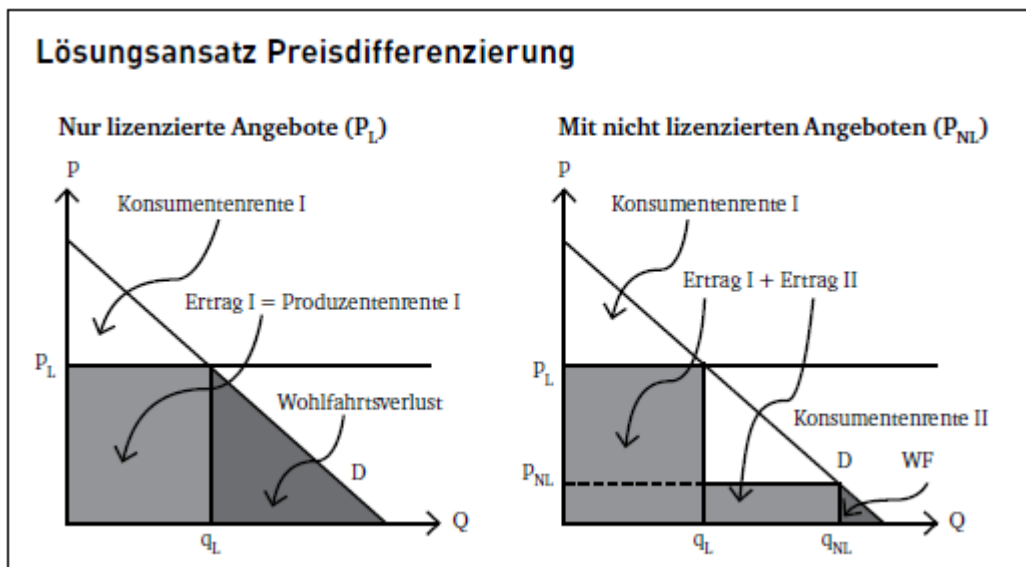
HARTWIG THOMAS, Vizepräsident von Digitale Allmend Schweiz, hielt einleitend fest, dass man sich nicht zu lange mit juristischen Einzelheiten aufhalten dürfe, sondern über die Grundwerte und Funktionsweisen eines zukünftigen Urheberrechtssystems diskutieren müsse. Einige musikalische und auch audiovisuelle Werke könnten nicht legal erworben werden oder lediglich mit unverhältnismässigem Aufwand. Diese mangelnde Vielfalt vieler lizenzierter Angebote müsse man angehen. Zudem habe das Filesharing auch eine identitätsstiftende Funktion, welche durchaus als positiv betrachtet werden müsse. Mit der Verbotsmentalität habe man bisher nichts gewonnen und werde man auch in Zukunft nichts gewinnen.

CHRISTOPH TRUMMER, Präsident und Gründungsmitglied von Musikschaffende Schweiz, vertrat die Ansicht, dass man nicht den Einzelnen konsequent verfolgen sollte, sondern die Anbieter zur Verantwortung ziehen müsse, welche mitunter viel Geld mit ihren Filesharing-Programmen generieren würden. MARCEL HOEHN, Produzent und Geschäftsführer von T&C Film AG, stand einer freizügigen Haltung in Bezug auf das Filesharing kritisch gegenüber. Man müsse sich fragen, weshalb das Stehlen von materiellen Gütern Diebstahl bliebe, wohingegen immaterielle Güter im Internet frei gestohlen werden dürften. Er wies im Übrigen darauf hin, dass viele seiner Filme ohne sein Einverständnis im Internet gestreamt werden könnten und das Entfernen derselben nur sehr schwer möglich sei. Dr. PETER MOSIMANN, Rechtsanwalt in Basel und Präsident des Dachverbands der Urheber- und Nachbarschaftsnutzer (DUN), hielt fest, dass die Unterhaltungsindustrie darauf verzichtet habe, technische Schutzmassnahmen einzuführen, obwohl auf diese Weise das massenweise Kopieren eines Werkes effizient verhindert werden könne. Gleichzeitig warf er die Frage auf, weshalb keine Prozesse gegen Content-Provider eingeleitet werden würden.

Dr. DIETER MEIER, Geschäftsführer von Suissimage, hielt fest, dass die Hauptaufgabe einer Verwertungsgesellschaft darin bestünde, Nutzungen zu erlauben, nicht zu verbieten. In diesem Sinne solle man nicht die Konsumenten verfolgen, sondern die Anbieter von nicht lizenzierten Inhalten in die Pflicht nehmen unter gleichzeitiger Förderung der legalen Angebote. ANDREAS WEGELIN, Generaldirektor der Suisa, stimmte dem zu, merkte jedoch an, dass das Sperren oder Entfernen der infrage stehenden Internetseiten nicht den gewünschten Erfolg bringe, da sofort neue solche Angebote aufgeschaltet würden. Weiter könne man auch die Privatkopie nicht abschaffen. Dr. POTO WEGENER, Direktor der Swissperform, vertrat die Ansicht, dass man u. U. die Leerträgervergütung ausweiten und stärken müsse. Dr. EMANUEL MEYER, Leiter des Rechtsdienstes für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte am IGE, hielt in Bezug auf die Fortschritte der Arbeitsgruppe Urheberrecht (AGUR 12) fest, dass man anfänglich drei Handlungsoptionen gehabt hätte: 1) «Die Beibehaltung des Status quo»; 2) «die Einführung alternativer Vergütungsmodelle» und 3) «die konsequente Durchsetzung der Verbotsrechte». Da man das Beibehalten des Status quo als unhaltbar erachtete und die Einführung von alternativen Vergütungsmodellen ablehnte, blieben lediglich noch die Verbotsrechte. Bei der Durchsetzung derselben dürfe das Prinzip der Verhältnismässigkeit jedoch nicht in den Hintergrund geraten.

THOUVENIN schlug eine weitere Handlungsalternative vor, welche auf folgenden drei Annahmen beruht: 1) «Die individuelle Rechtsdurchsetzung werde (wohl) auch in Zukunft nicht vollständig möglich sein»; 2) «das Teilen von Inhalten als Nutzungskultur im Internet werde nicht verschwinden, wobei in Zukunft auch mit Kombinationen aus Sharing und Streaming, dem sog. Stream-Sharing zu rechnen sei»; 3) «empirische Studien hätten gezeigt, dass illegales Filesharing praktisch keinen Effekt auf den digitalen Verkauf von Musik habe». Aufbauend auf diesen Annahmen könnte gemäss Thouvenin in der Koexistenz verschiedener Ansätze eine tragfähige Lösung liegen. So sollen negative Effekte des bestehenden Systems auf dem Weg der Preisdifferenzierung minimiert werden. Konkret soll bei lizenzierten Angeboten (iTunes, Spotify etc.) die individuelle Verwertung zur Anwendung kommen, während bei nicht lizenzierten Angeboten (Rapidshare, Grooveshark etc.) auf die kollektive Verwertung zurückgegriffen würde. Dabei könnten Doppelbelastungen durch eine sog. «freiwillige Flatrate», also eine Flatrate mit einer Opting-out-Option, vermieden werden. Werkkonsumenten, welche lediglich lizenzierte Angebote nutzen, könnten hierbei von einem Opting-out Gebrauch machen. Durch die Ausübung dieser Option würden sämtliche Internetadressen, welche nicht lizenzierte Werke anbieten, für den infrage stehenden Konsumenten gesperrt. Zugleich würde der Werkkonsument mit der Ausübung der Opting-out-Option in die notwendige Datenbearbeitung einwilligen, womit datenschutzrecht-

liche Hindernisse überwunden werden könnten. Die Preisdifferenzierung bestünde zwischen denjenigen Kunden, welche lediglich lizenzierte Angebote wahrnehmen (Preis für die Nutzung von lizenzierten Angeboten  $P_L$ ) und denjenigen, welche im Gegenzug zur Nutzung von nicht lizenzierten Angeboten eine «freiwillige Flatrate» bezahlen würden (Preis für die Nutzung von nicht lizenzierten Angeboten  $P_{NL}$ ). Die Preisdifferenzierung hätte einen gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsgewinn zur Folge, da sowohl die Rechtsinhaber über eine zusätzliche Produzentenrente als auch die Konsumenten über eine zusätzliche Konsumentenrente von der Einführung einer «freiwilligen Flatrate» profitieren würden (siehe Grafik).



MOSIMANN schlug vor, Musterprozesse zu initiieren und verwies dabei auf den Prozess zwischen der deutschen Verwertungsgesellschaft Gema und Youtube (Urteil des Landgerichts Hamburg vom 20. April 2012, Az 310 O 461/10). HILTY erachtet eine solche Delegation einer rechtspolitischen Frage an die Gerichte als gefährlich. HANS LÄUBLI, Geschäftsführer von Suisseculture, entgegnete, dass bereits Prozesse geführt worden seien, dass jedoch keine IP-Adressen herausgegeben werden konnten, da die Gerichte an den Bundesgerichtsentscheid in Sachen «Logistep» (BGE 136 II 508) gebunden seien.

Dr. DOMINIK RUBLI, Leiter der Rechtsabteilung bei Sunrise, hielt fest, dass es bei den Providern kein Vollzugsdefizit gebe; sobald Anordnungen beim Provider eintreffen würden, sei deren Umsetzung gewährleistet. Er wies auch darauf hin, dass man aus Providersicht ebenfalls auf eine baldige Klärung der rechtlichen Situation hoffe. Als neutrale Infrastrukturbetreiber seien die Provider von der Haftung zu befreien. Würden die Provider Abmahnungen an Kunden versenden, käme dies einer Haftung des Anschlussinhabers gleich und wäre eine private Rechtsverfolgung, welche die Rechtsgüter des rechtlichen Gehörs, des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses berühren würde.

#### IV. Einsichten

Zuletzt wurde die Problematik des Filesharing aus der politischen Perspektive beleuchtet. Nationalrat BALTHASAR GLÄTTLI von der Grünen Partei der Schweiz (GPS) wies darauf hin, dass es sich bei den Fragen rund um das Filesharing um eine sehr komplexe und vielfach auch sehr emotional geführte Diskussion handle, welche sich auf zwei Ebenen abspiele. Einerseits müsse die praktische, rechtliche Dimension analysiert werden. Es handle sich um die Auseinandersetzung mit den konkreten Gesetzesbestimmungen und Gerichtsurteilen. Andererseits müsse auch der sich nach und nach abzeichnende Paradigmenwechsel vom Zeitalter des Besitzens («Age of Possession») zum Zeitalter des Zugangs («Age of Access») thematisiert werden. Ziel müsse es sein, Kultur zu teilen, denn Kultur im Tresor mache keinen Sinn. Es müsse eine Balance zwischen den verschiedenen Interessen gefunden werden. Nationalrat DANIEL STOLZ von der Freisinnig-Demokratischen Partei (FDP) ergänzte, dass man die Politik nicht allein lassen dürfe bei der diesbezüglichen Entscheidungsfindung. Es bedürfe einer Diskussion unter Fachleuten und konkreter Vorschläge. Das geistige Eigentum sei von grösster

Bedeutung für eine Informationsgesellschaft, deshalb müsse auch in der Schweiz ein adäquater, rechtlicher Schutz geistigen Eigentums gewährleistet werden.