

## IGE / IPI

**Die Beobachtungsstelle nach Art. 39b URG und Art. 16e ff. URV****KATHRIN WILI\***

*Mit der Revision des Urheberrechtsgesetzes (URG) wurde dieses an das digitale Zeitalter und an die ratifizierten WIPO-Verträge (WCT und WPPT) angepasst. Neben verschiedenen Änderungen und Neuerungen sieht das neue URG nun insbesondere den ausdrücklichen Schutz von technischen Massnahmen (Art. 39a URG) und damit zusammenhängend eine neu zu schaffende Beobachtungsstelle vor (Art. 39b URG). Der primäre Zweck der Beobachtungsstelle ist die Verfolgung der diesbezüglichen praktischen Entwicklungen im Verhältnis zu den in Art. 19–28 URG geregelten Schutzschranken. Die Ausgestaltung der Organisation und Tätigkeit wird in den Art. 16e–16g der ebenfalls revidierten Urheberrechtsverordnung geregelt.*

*La modification de la loi sur le droit d'auteur (LDA) a permis d'adapter cette dernière à l'ère du numérique et aux traités de l'OMPI (WCT et WPPT) qui ont été ratifiés. La LDA révisée comporte divers amendements et nouvelles dispositions, mais elle prévoit surtout expressément la protection des mesures techniques (art. 39a LDA) et la création d'un observatoire (art. 39b LDA) chargé principalement d'examiner les effets des mesures techniques sur les restrictions du droit d'auteur régies par les art. 19 à 28 LDA. L'aménagement de l'observatoire et ses tâches sont réglés par les art. 16e à 16g de l'ordonnance sur le droit d'auteur, qui a également été modifiée.*

- I. Entwicklung der Beobachtungsstelle vom Vorentwurf bis zum inkrafttretenden Recht**
- II. Einzelne Aspekte**
  - 1. Die Voraussetzung der Missbräuchlichkeit
  - 2. Unterstützungspflicht der Anwender von technischen Massnahmen
  - 3. Tätigkeit der Beobachtungsstelle
  - 4. Organisation der Beobachtungsstelle
  - 5. Entscheidungsbefugnis und Sanktionierungsmöglichkeiten

**I. Entwicklung der Beobachtungsstelle vom Vorentwurf bis zum inkrafttretenden Recht**

Der Vorentwurf zum Urheberrechtsgesetz sah zunächst keine Beobachtungsstelle vor. Es war ein Pflichtenheft für den Anwender von technischen Massnahmen normiert, welches den Anwender einerseits zu Angaben über die Massnahmeneigenschaften sowie seiner Person und andererseits im Anwendungsbereich einer Urheberrechtsschranke auf Verlangen zur Aufhebung der technischen Massnahme verpflichtete. Die Normierung solcher Verpflichtungen hätte allerdings faktisch zu einer Situation geführt, welche es dem Nutzer erlaubt hätte, einen aus der Beschränkung des Urheberrechts fliessenden Schutz als eigenen Anspruch durchzusetzen. Dies hätte der Dogmatik des Schweizer Urheberrechts widersprochen, nach welcher es sich bei den Schranken des Urheberrechts, abgesehen von der Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern (Art. 23 URG), um Beschränkungen zugunsten des gesellschaftlichen Lebens (D. BARRELET / W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Bern 2000, URG 19 N 1), nicht aber um individuelle eigene Rechte handelt.

In Anlehnung an die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (Richtlinie 2001/29/EG) wurde schliesslich ein Konzept der Selbstregulierung bevorzugt, um zu verhindern, dass die Anwendung technischer Sperrvorrichtungen die Schutzschranken in ungerechtfertigter Weise beeinträchtigen (BBI 2006, 3425). In Anbetracht möglicher Konfliktsituationen sieht das Gesetz eine Beobachtungsstelle als Katalysator für Selbsthilfemassnahmen der betroffenen Anwender und Nutzer vor. Diesem Fachorgan kommen dabei zwei Funktionen zu: die Beobachtung der Auswirkungen des Schutzes für technische Massnahmen auf die Urheberrechtsschranken mit periodischer Berichterstattung an den Bundesrat und die Vermittlung zwischen Anwendern und Nutzern durch Förderung partnerschaftlicher Lösungen.

## II. Einzelne Aspekte

### 1. Die Voraussetzung der Missbräuchlichkeit

Während sich nach dem Gesetzeswortlaut die gesamte Tätigkeit der Beobachtungsstelle generell auf die Auswirkungen der technischen Massnahmen bezieht, konkretisiert die URV für die Vermittlungstätigkeit, dass der Beobachter hierfür nur im Falle von festgestellten Anhaltspunkten für eine missbräuchliche Anwendung von technischen Massnahmen tätig wird. Zu den Kriterien, wann von einer missbräuchlichen Anwendung auszugehen ist, äussert sich die URV nicht. Nach der Erläuterung zum ersten Entwurf der neuen Urheberrechtsverordnung ([www.ige.ch/d/jurinfo/documents/j10313d.pdf](http://www.ige.ch/d/jurinfo/documents/j10313d.pdf), April 2008) ist gestützt auf die Botschaft (BBl 2006, 3426) von einer solchen auszugehen, wenn die technische Massnahme «die Ausübung einer Schranke des Urheberrechts so behindert, dass dadurch das öffentliche Interesse beeinträchtigt wird». Dies ergibt sich aus der vorstehend unter Ziff. I erwähnten Dogmatik, dass die urheberrechtlichen Schranken nicht den Zweck verfolgen, dem Privaten einen durchsetzbaren Anspruch auf Ausübung der vom Urheberrechtsschutz ausgenommenen Tätigkeit zu verleihen, sondern öffentlichen Interessen zu dienen. Für das Vorliegen von Missbräuchlichkeit ist also massgebend, ob die durch die Anwendung von technischen Massnahmen tangierte Schranke im individuellen Fall dem öffentlichen oder einem privaten Interesse dient. Demnach ist nicht grundsätzlich das Recht auf Privatkopie nach Art. 19 URG geschützt. Hingegen könnte aber beispielsweise der Versuch eines Verlegers, im Bereich der schulischen Nutzung (Art. 19 Abs. 1 lit. b URG) durch Kopiersperren eine Entschädigung zu erwirken, welche über die tariflich vorgesehene Vergütung hinausgeht, eine missbräuchliche Anwendung darstellen.

Ferner ist aber auch das Vorliegen eines Missbrauchs denkbar, wenn beispielsweise eine Kopiersperre ohne weitere Vorteile ausschliesslich zur Verhinderung der Ausübung der Schutzausnahmen angewendet wird.

### 2. Unterstützungspflicht der Anwender von technischen Massnahmen

Wie vorstehend in Ziff. I ausgeführt, wurde auf eine explizite Regelung von Anwenderpflichten, wie sie im Vorentwurf zum Gesetz noch vorgesehen waren, im Einklang mit der ratio legis verzichtet. Befürchtet wird jedoch, dass durch die Anwendung von technischen Massnahmen und dem durch das Verbot fehlenden Angebot an Umgehungssoftware die Schranke des Eigengebrauchs ausgehebelt wird, indem faktisch eine Situation geschaffen wird, die den Nutzern die Anwendung der urheberrechtlichen Schranken gänzlich verunmöglicht. Es gilt hier zu bemerken, dass ein solcher durch technische Massnahmen verursachter, umfassender Ausschluss wiederum eine missbräuchliche Anwendung darstellen könnte. Das rechtzeitige Erkennen einer solchen Entwicklung und das Ergreifen entsprechender Gegenmassnahmen dürfte deshalb Gegenstand der Tätigkeit der Beobachtungsstelle bilden.

### 3. Tätigkeit der Beobachtungsstelle

Die Tätigkeit der Beobachtungsstelle umfasst in erster Linie das Beobachten der Auswirkungen der Anwendung von technischen Massnahmen auf die im Urheberrechtsgesetz enthaltenen Schutzausnahmen. Die Beobachtung beruht einerseits auf der Eigeninitiative der Fachstelle (aktive Beobachtung) und sie stützt sich andererseits auf Meldungen von Betroffenen (passive Beobachtung). Aktive Beobachtung ist in der Weise zu verstehen, dass sich der Beobachter durch eigene Recherchen und im Kontakt mit den direkt betroffenen Kreisen über die Auswirkungen der technischen Massnahmen auf die Schutzschranken ins Bild setzt. Dort, wo die Beobachtungsstelle Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anwendung erkennt, wird sie in ihrer Funktion als Vermittlerin tätig und fördert partnerschaftliche Lösungen zwischen den Betroffenen. Im Zentrum steht dabei die Initiierung von Gesprächen und die Moderation. Ausgehend vom Konzept der Selbstregulierung hat die Vermittlungstätigkeit die Funktion eines Katalysators.

Art. 16f Abs. 3 URV hält fest, dass die Beobachtungsstelle über keine Entscheidungs- oder Weisungskompetenzen verfügt. Dementsprechend macht die Beobachtungsstelle bei ihrer gesamten Tätigkeit keine autoritative Feststellungen, die rechtliche Konsequenzen für die Betroffenen nach sich ziehen würden. Sollte sich allerdings herausstellen, dass die Vermittlungsbemühungen nicht ausreichen, um bei der Anwendung technischer Massnahmen Missbräuche zu verhindern, wird der Bundesrat von seiner Kompetenz Gebrauch machen, das Fachorgan mit Verfügungskompetenzen auszustatten (Art. 39b Abs. 2 URG).

Aufgrund der fehlenden Verfügungskompetenzen stellt die Vermittlung deshalb keinesfalls ein Verwaltungsverfahren dar (Art. 1 Abs. 1 VwVG; U. HÄFELIN / G. MÜLLER / F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich / St. Gallen 2006, N 1609 ff.). Es handelt sich vielmehr um ein informelles Verwaltungshandeln, bei welchem ein bestimmtes Ziel mit Hilfe von rechtlich nicht geregelten Tathandlungen erreicht wird (HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, N 734). Dahingehend wurde die Tätigkeit der Beobachtungsstelle möglichst schlank gehalten, so dass diese mit einem grossen Handlungsspielraum rasch und unkompliziert auf partnerschaftliche Lösungen zwischen den Betroffenen hinwirken kann. Ihre Vermittlungstätigkeit soll nicht durch verfahrensrechtliche Fallstricke erschwert werden. Sie ist an die allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts (Art. 5 Abs. 1–3, Art. 8 und Art. 9 BV) gebunden, und die periodische Berichterstattung an den Bundesrat führt auch zu einer Aufsicht über die Beobachtungsstelle. Eine zeitliche Fixierung der Berichterstattung findet jedoch nicht statt, vielmehr wird die Praxis zeigen, welche Periodizität angebracht und notwendig ist.

Neben der Berichterstattung an den Bundesrat trifft die Beobachtungsstelle auch die Pflicht, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit in geeigneter Weise zu informieren (Art. 16f Abs. 3 URV). Diese Informationstätigkeit ist notwendig, damit sich die zum Ziel gesetzte Selbstregulierung einstellen kann. Denkbar wäre eine Information mittels Internetseite. Dass die Beobachtungsstelle dabei Geheimhaltungsinteressen von Betroffenen zu wahren hat, ergibt sich aus den bestehenden verwaltungsrechtlichen Grundlagen (Art. 5 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b DSGVO). Eine ausdrückliche Verankerung in der Urheberrechtsgesetzgebung ist somit nicht notwendig.

Art. 16g URV sieht vor, dass Missbrauchsverdachte auch mittels schriftlicher Meldung der Beobachtungsstelle angezeigt werden können. Dabei ist die Stelle verpflichtet, den gemeldeten Sachverhalt zu prüfen und die Betroffenen über das Ergebnis der Prüfung wiederum schriftlich zu orientieren. Indessen ist davon auszugehen, dass mangels formellen Verfahrens keine Begründungspflicht besteht. Aus dem gleichen Grund wurde auf die Statuierung einer Behandlungsfrist verzichtet. Verschiedentlich wurden Bedenken geäussert, dass sich auf Grund der Meldemöglichkeit mittels Verdachtsanzeigen eine Denunziationskultur entwickeln könnte, welche Betroffene unter einen gewissen Rechtfertigungsdruck stellen könnte. Eine solche Entwicklung ist nicht zu erwarten, zumal es sich um kein formelles Verfahren handelt und mithin Betroffene keiner Teilnahme- oder Mitwirkungspflicht unterliegen.

#### **4. Organisation der Beobachtungsstelle**

Die URV sieht in Art. 16e Abs. 1–3 vor, dass sich die Stelle aus einem vom Bundesrat zu wählenden Beobachter und einem vom Institut für Geistiges Eigentum zur Verfügung gestellten Sekretariat zusammensetzt, wobei das Institut die Kosten des gesamten Fachorgans zu tragen hat. Zudem wird ausdrücklich die Unabhängigkeit bei der Aufgabenerfüllung statuiert (Art. 16e Abs. 2 URV). Damit diese Unabhängigkeit der Fachstelle gewährleistet werden kann, ist eine gewisse Sachkunde des Beobachters unabdingbar. Erweist sich die Sachkunde in Bezug auf einen individuellen Fall, insbesondere im Zusammenhang mit der Untersuchung einer technischen Massnahme, als ungenügend, hat der Beobachter die Möglichkeit, einen Experten beizuziehen (Art. 16f Abs. 4 URV). Damit wurde einem zentralen Anliegen von Anhörungadressaten entsprochen. Hingegen bedarf es keines festen paritätisch zusammengesetzten Gremiums aus Vertretern von betroffenen Kreisen, da die Fachstelle bei ihrer Tätigkeit weder eine Plattform für Interessenaustausch darstellt, noch Interessen von Betroffenen vertreten werden müssen. Vielmehr besteht der Sinn und Zweck der Beobachtungsstelle darin, die Entwicklungen zu beobachten und alle damit in Verbindung stehenden Interessen zu berücksichtigen und zu analysieren.

#### **5. Entscheidungsbefugnis und Sanktionierungsmöglichkeiten**

Die Nutzerkreise sprachen sich in der Anhörung für die anfängliche Übertragung von Entscheid- und Sanktionierungsbefugnissen auf die Beobachtungsstelle aus. Befürchtet wurde überwiegend die «Zahnlosigkeit» der Fachstelle, die mangels Druckmittel kaum in der Lage wäre, die Anwender von technischen Massnahmen dazu zu bewegen, mit den Nutzern nach einvernehmlichen Lösungen zu suchen. Wie in Ziff. I erwähnt, basiert die Beobachtungsstelle auf dem Konzept der Selbstregulierung. Der Gesetzgeber hat damit den partnerschaftlichen Lösungen den Vorrang gegeben. Diese stehen naturgemäss dem Einsatz von hoheitlichen Befugnissen entgegen. Die Übertragung von Verfügungsbefugnissen wird nur im Falle der Nichtbewährung des Konzeptes als ultimo ratio vorgesehen. Nichtsdestotrotz dürften die erwähnten Befürchtungen unbegründet sein, zumal die Anwender ein eigenes

Interesse an der Selbstregulierung haben dürften und die blosse Möglichkeit der Übertragung von hoheitlichen Befugnissen als genügendes Druckmittel erscheint.

\* lic. Iur., Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Bern.