



# **Tätigkeitsbericht der BTM** (Periode 1. Juli 2008 bis 30. Juni 2011)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Der Bundesrat hat mit Präsidentsentscheid vom 24. November 2011 von diesem Bericht Kenntnis genommen. Der Bericht ist für die Veröffentlichung auf der Webseite aus Gründen des Datenschutzes anonym gehalten und auch in redaktioneller Hinsicht leicht überarbeitet worden.



## 1. Ausgangslage

### 1.1 Rechtsgrundlagen

Mit der Teilrevision des Urheberrechtsgesetzes (URG) vom 22. Juni 2007 wurde ein Umgehungsverbot für technische Massnahmen, wie Zugangs- oder Kopiersperren, eingeführt<sup>2</sup>. Solche technischen Massnahmen (TM) dienen dazu, digitale Inhalte, die aus urheberrechtlich geschützten Werken oder Leistungen bestehen, vor unerlaubten Verwendungen zu schützen. Durch die Anwendung von TM können andererseits aber auch Werkverwendungen beeinträchtigt werden, die das Urheberrechtsgesetz ausdrücklich erlaubt, wie zum Beispiel das Kopieren von Werken zum persönlichen Gebrauch<sup>3</sup>.

Gemäss Art. 39b URG<sup>4</sup> soll deshalb eine Fachstelle beobachten, wie sich die Anwendung von TM im Sinne von Art. 39a Abs. 2 URG auf die Schranken des Urheberrechtsschutzes auswirkt. Falls die Beobachtungsstelle für technische Massnahmen (BTM) bei ihren Abklärungen eine missbräuchliche Beeinträchtigung von Schutzausnahmen durch TM feststellt, hat sie die Aufgabe, zwischen dem Anwender der TM und den in einer erlaubnisfreien Werkverwendung gestörten Konsumenten zu vermitteln, um eine Lösung herbeizuführen<sup>5</sup>.

Die BTM hat weder Entscheidungs- noch Weisungsbefugnisse. Sie kann durch die ihr zugeordnete Rolle als Beobachterin von TM und als Vermittlerin zwischen den Anwendern und den Konsumenten lediglich den Prozess einer Selbstregulierung einleiten und unterstützen. Der Bundesrat kann der BTM allerdings auf dem Verordnungsweg die Kompetenz einräumen, Massnahmen zu verfügen, falls das öffentliche Interesse dies erforderlich machen sollte<sup>6</sup>.

Die BTM erfüllt ihre Aufgaben unabhängig und sie ist in administrativer Hinsicht dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum (IGE) zugeordnet<sup>7</sup>, das auch die Kosten der Fachstelle trägt<sup>8</sup>. Der vorliegende Bericht stützt sich auf Art. 16f Abs. 3 der Urheberrechtsverordnung (URV<sup>9</sup>), der die BTM zur periodischen Berichterstattung an den Bundesrat verpflichtet.

### 1.2 Organisation und Finanzen

Die Fachstelle besteht aus einem Beobachter, der vom Bundesrat mit Wirkung ab 1. Juli 2008 bis zum Ende der laufenden Legislatur ernannt worden ist. Die administrative Zuordnung der BTM zum IGE wurde durch eine Vereinbarung konkretisiert, die insbesondere die Zurverfügungstellung eines Sekretariats und die Kostentragung durch das Institut regelt.

Die BTM erstellt jährlich ein Budget für ihre Ausgaben nach den Richtlinien des Instituts. Ihr Budget ist von der Direktion des Instituts zu genehmigen. Es bewegt sich in der Grössenordnung von Fr. 75'000.-. Das Geschäftsjahr der Fachstelle bezieht sich in Übereinstimmung mit demjenigen des IGE und in Abweichung vom Kalenderjahr jeweils auf die Periode vom 1. Juli bis zum 31. Juni.

---

<sup>2</sup> Art. 39a URG

<sup>3</sup> Art. 19 Abs. 1 URG

<sup>4</sup> SR 231.1

<sup>5</sup> Art. 39b Abs. 1 Bst. b URG in Verbindung mit Art. 16f Abs. 2 URV

<sup>6</sup> Art. 39b Abs. 2 URG

<sup>7</sup> Art. 16e Abs. 2 URV

<sup>8</sup> Art. 16e Abs. 3 URV

<sup>9</sup> SR 231.11

## 2. Die bisherige Tätigkeit im Überblick

Der vorliegende Bericht bezieht sich auf die Periode vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Juni 2011. Er erfasst somit die Tätigkeit der BTM in den ersten drei Jahren ihres Bestehens. In Anbetracht des bescheidenen Geschäftsvolumens, das die BTM bei einem Beschäftigungsgrad des Beobachters von 20% im Verlauf eines Geschäftsjahres bewältigen kann, wurde von einer jährlichen Berichterstattung abgesehen<sup>10</sup>.

Seit Beginn ihrer Tätigkeit hat die BTM insgesamt 7 Anwendungsfälle von TM untersucht, die ihr teils von einzelnen Konsumenten und teils von deren Organisationen gestützt auf Art. 16g URV gemeldet worden sind<sup>11</sup>. In diesen Meldungen ist durchwegs die Beeinträchtigung der Schutzausnahme des Eigengebrauchs beanstandet worden, wonach die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen im persönlichen Bereich erlaubt ist<sup>12</sup>. Von einer Ausnahme abgesehen<sup>13</sup> konnte die BTM den Nutzern und Konsumenten weiterhelfen. Die vorgenommenen Abklärungen haben ergeben, dass die beanstandeten Sperrvorrichtungen zumindest nicht absolut wirken und die Möglichkeit für eine urheberrechtsfreie Werkverwendung an sich besteht. Es hat sich jedoch gezeigt, dass die dafür notwendigen Informationen für die Nutzer und Konsumenten nur schwer zugänglich sind. Die BTM hat die Anwender von TM auf dieses Problem hingewiesen, was in einigen Fällen zu einer Verbesserung der Situation beigetragen hat.

Abgesehen von den bereits erwähnten Meldungen hatte sich die BTM mit einem Gesuch um Berichterstattung zu befassen, das sich nicht auf die Beobachtung von TM sondern auf die Aufsicht über die Tarife der Verwertungsgesellschaften bezog. Die Fachstelle hat bei dieser Gelegenheit eine Abgrenzung zwischen ihrem Zuständigkeitsbereich und demjenigen der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheber- und verwandten Schutzrechten vorgenommen<sup>14</sup>.

Die BTM übt ihre Beobachtungstätigkeit von Amtes wegen aus. Sie kann sich folglich nicht darauf beschränken, Beanstandungen von TM zu prüfen, die ihr von Nutzern oder Konsumenten schriftlich gemeldet werden. Sie muss vielmehr auch auf eigene Initiative tätig werden, um allfällige Beeinträchtigungen der urheberrechtlichen Schutzausnahmen aufzudecken. In diesem Kontext hat die Fachstelle insbesondere untersucht, ob die Anwendung von Kopiersperren durch Internetshops zu einer Doppelbelastung der Konsumenten führt. Weitere Beobachtungen haben sich auf die Regionalcodes von DVDs, die Verschlüsselung des digitalen Fernsehens in Kabelnetzen und auf die Anwendung von TM im Bereich der elektronischen Wissensvermittlung bezogen<sup>15</sup>. Die BTM ist im Rahmen dieser von Amtes wegen durchgeführten Untersuchungen auf keine gravierenden Beeinträchtigungen der urheberrechtlichen Schutzausnahmen gestossen. Dem ist allerdings hinzuzufügen, dass sich die Abklärungen im wichtigen Bereich der wissenschaftlichen und universitären Wissensvermittlung im Anfangsstadium befinden und somit noch keine Schlussfolgerungen zulassen.

Gemäss der Urheberrechtsverordnung<sup>16</sup> kann die BTM zur Ausübung ihrer Befugnisse auch Beauftragte beziehen, die nicht der Bundesverwaltung angehören. Gestützt auf diese Bestimmung hat die Fachstelle im Juni 2009 ein Gutachten bei Prof. Dr. iur. Christoph Beat Graber<sup>17</sup> eingeholt, um nach dem ersten Geschäftsjahr eine erste Bilanz zu ziehen und den Handlungsbedarf für zukünftige Untersuchungen zu identifizieren. Dem mit der Zustimmung der BTM veröffentlichten Gutachten<sup>18</sup> ist zu entnehmen, dass die von der BTM im Bereich der Unterhal-

---

<sup>10</sup> *Der tatsächliche Arbeitsaufwand bewegte sich indessen auf dem Niveau von 30 Stellenprozenten.*

<sup>11</sup> *Näheres dazu unter Ziff. 3*

<sup>12</sup> *Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG*

<sup>13</sup> *Siehe Ziff. 3.6*

<sup>14</sup> *Siehe dazu Ziff. 5*

<sup>15</sup> *Näheres dazu unter Ziff. 4*

<sup>16</sup> *Art. 16f Abs. 4 URV*

<sup>17</sup> *Ordinarius für Kommunikations- und Kulturrecht, Wirtschaftsvölkerrecht und Rechtssoziologie an der Universität Luzern.*

<sup>18</sup> *Siehe sic! 5/2010, S. 329 ff.*

tungsindustrie untersuchten Probleme nicht so gravierend sind, wie man dies befürchtet hatte<sup>19</sup>. Ausländische Studien würden darauf hindeuten, dass die Anwendung von TM eher im Wissenschaftsbereich Sorgen bereitet. Es sei deshalb auch in der Schweiz zu untersuchen, wie sich TM in der Praxis auf die Schutzausnahmen auswirken, die bestimmte Werkverwendungen im Bereich der Wissenschaft und Forschung erlauben. Die entsprechenden Abklärungen der BTM stehen gegenwärtig im Mittelpunkt ihrer Beobachtungstätigkeit<sup>20</sup>.

Neben ihrer Beobachtungstätigkeit hat sich die BTM an verschiedenen Ämterkonsultationen im Bereich des Urheber- und Fernmelderechts beteiligt und sie war auch immer wieder mit der Erteilung von Rechtsauskünften an Behörden, Private und Medien beschäftigt. Sie verfolgte die Rechtsentwicklung auf nationaler und internationaler Ebene durch die Teilnahme an den Urheberrechtsgesprächen des IGE, den Sitzungen des SCCR<sup>21</sup> der Weltorganisation für Geistiges Eigentum sowie durch den Besuch verschiedener Urheberrechtssymposien.

### **3. Auf schriftliche Meldung erfolgte Untersuchungen**

#### **3.1 Beanstandung einer Kopierschutzvorrichtung**

Die erste Meldung ist bei der BTM im Dezember 2008 eingegangen und sie betraf die von einem Online-Musikshop verwendete Kopiersperrvorrichtung. Diese Vorrichtung ermöglichte nur eine beschränkte Anzahl von Kopiervorgängen und das gab Anlass zur Befürchtung, dass die von den Konsumenten eingekaufte Musik nach einer bestimmten Anzahl von Transaktionen auf neue Geräte (PC, MP3-Player usw.) verloren gehen würde.

Die von der BTM durchgeführte Untersuchung ergab, dass diese Befürchtung insofern unbegründet war, als der Online-Anbieter ein spezielles Autorisierungssystem zur Neutralisierung der Kopiersperre eingerichtet hatte, um die Übertragung der Musik auf neue Geräte sicherzustellen. Den Kunden fiel es aber offenbar schwer, sich mit diesem Autorisierungssystem vertraut zu machen und es richtig anzuwenden; es war somit aus der Sicht der Konsumenten nicht wirklich praxistauglich.

Gemäss Art. 16f Abs. 1 URV hat die BTM gestützt auf eine Meldung zu untersuchen, ob Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anwendung einer TM bestehen. Diese Missbrauchskontrolle ist jedoch nicht umfassend, sondern sie ist auf den durch Art. 39b Abs. 1 Bst. a URG vorgegebenen Rahmen beschränkt. Danach hat die BTM die Anwendung von TM nur in Bezug auf ihre Auswirkungen auf die Schranken des Urheberrechts zu prüfen. Unter diesem Gesichtspunkt war die gemeldete Kopiersperrvorrichtung nicht zu beanstanden.

Da die Kopiersperre nicht absolut wirkte, sondern eine bestimmte Anzahl von Kopien zulies, ergab sich daraus jedenfalls keine unmittelbare Beeinträchtigung der Schutzausnahme des Eigengebrauchs. Eine mittelbare Beeinträchtigung des Eigengebrauchs könnte allenfalls darin gesehen werden, dass das Autorisierungssystem zur Überspielung der gekauften Musiktitel auf neue Geräte nicht praxistauglich war und deshalb die private Werkverwendung behinderte.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Anwendung von Kopierschutzvorrichtungen den Online-Musikshops in verschiedener Hinsicht Schwierigkeiten bereitet hat, sind diese inzwischen dazu übergegangen, die Musiktitel ohne Kopiersperren anzubieten. Damit sind die Bestrebungen der BTM, im Interesse einer konsumentenfreundlicheren Haltung auf eine Verbesserung der Autorisierungssysteme hinzuwirken, überflüssig geworden.

---

<sup>19</sup> Im Vorfeld der Teilrevision des URG hatten vor allem Nutzer- und Konsumentkreise befürchtet, dass der Umgebungsschutz für TM zu einer schweren Beeinträchtigung der Schranken des Urheberrechtsschutzes führen würde.

<sup>20</sup> Siehe dazu Ziff. 4.4.

<sup>21</sup> Standing Committee on Copyright and Related Rights.

### 3.2 Beanstandung eines Hörbuchs

Im Februar 2009 ist der BTM eine weitere Meldung gemacht worden. Es ging dabei um ein Hörbuch, das der Käufer in Form einer CD erworben hatte. Er beanstandete in seiner Meldung, dass sich das Hörbuch nicht auf sein MP3-Gerät abspeichern liess. Die BTM untersuchte, ob eine Kopiersperre den Käufer des Hörbuchs an einer gemäss der Schutzausnahme des Eigengebrauchs zulässigen Vervielfältigungshandlung hinderte.

Die von der BTM vorgenommenen Abklärungen haben ergeben, dass das Abspeichern des Hörbuchs auf das MP3-Gerät nicht wegen einer Kopiersperre sondern wegen einer Fehlmanipulation des Käufers nicht funktioniert hatte. Die im Rahmen der Untersuchung beim Verleger eingeholten Instruktionen haben es dem Käufer des Hörbuchs schliesslich ermöglicht, die beabsichtigte Vervielfältigungshandlung vorzunehmen. Die Behandlung dieser Meldung durch die BTM führte somit zu einem positiven Ergebnis.

### 3.3 Beanstandung eines Angebots zum Download von Musik

Ein Hersteller von Mobiltelefonen hat den Kauf seiner Musikhandys mit dem Angebot verbunden, während 12 Monaten unlimitiert und kostenlos Musik von seinem Online-Musikshop herunterzuladen. Eine Konsumentenschutzorganisation hat dieses Angebot im September 2009 mit einer Meldung an die BTM beanstandet, weil die Verwendung der Musik durch eine Sperrvorrichtung eingeschränkt war. Als stossend wurde insbesondere empfunden, dass der Hersteller der Musikhandys seine Kunden bei der Anpreisung seines Gratisangebots nicht auf die damit verbundene Einschränkung der Musikverwendung hinwies.

Die BTM hat bei ihrer Untersuchung festgestellt, dass die beanstandete Sperrvorrichtung die Verwendung der Musik im Rahmen des gesetzlich erlaubten Eigengebrauchs insofern einschränkt, als die zum Herunterladen angebotene Musik nur mit einem Mobiltelefon des Anbieters und nicht mit einem Konkurrenzprodukt oder einem MP3-Player abgespielt werden kann. Diese mit der Anwendung der Sperrvorrichtung verbundene Beeinträchtigung der Schutzausnahme des Eigengebrauchs<sup>22</sup> ergibt sich aber aus dem legitimen Bedürfnis des Mobiltelefonherstellers, sein Gratisangebot auf die Käufer seiner Musikhandys zu beschränken. Die BTM ist somit zum Ergebnis gekommen, dass hier keine missbräuchliche Anwendung einer Sperrvorrichtung vorliegt. Sie hat jedoch darauf hingewirkt, dass der Handyproduzent die Information über sein Gratisangebot an Musik verbessert hat und nun ausdrücklich darauf hinweist, dass die Verwendung der über dieses Werbeangebot bezogenen Musik auf seine Musikhandys beschränkt ist.

In ihrem Untersuchungsbericht hat die BTM ausserdem festgehalten, dass die beanstandete Sperrvorrichtung nicht zu den TM gehört, die durch das Umgehungsverbot von Art. 39a URG geschützt werden. Der in das URG aufgenommene Umgehungsschutz findet nämlich nur auf TM Anwendung, mit denen Werke und andere Schutzobjekte des Urheberrechts vor unerlaubten Verwendungen geschützt werden. Die beanstandete Sperrvorrichtung hat aber eine andere Funktion. Sie dient dem Hersteller der Musikhandys dazu, sein Gratisangebot für den Download von Musik auf die eigenen Kunden zu beschränken. Sie ist also keine TM im Sinne von Art. 39a Abs. 2 URG und sie gehört somit eigentlich nicht mehr zu dem in Art. 39b Abs. 1 Bst. a URG definierten Geltungsbereich der Beobachtungstätigkeit<sup>23</sup>.

### 3.4 Beanstandung der Set-Top-Box eines Kabelnetzbetreibers

Eine weitere, im Oktober 2009 eingegangene Meldung bezog sich auf das digitale Fernsehen. Darin wurde beanstandet, dass ein Kabelnetzbetreiber seine Set Top Box für den Anschluss von Aufnahmegeräten gesperrt habe und dadurch das Aufnehmen von TV-Sendungen auf ex-

---

<sup>22</sup> Art. 19 URG

<sup>23</sup> Siehe dazu die Bemerkungen in Ziff. 6.

terne Speichermedien verhindere. Da das Urheberrechtsgesetz jede Werkverwendung – also auch das Aufnehmen von Sendungen - im privaten und persönlichen Bereich ausdrücklich erlaubt, hat die BTM untersucht, ob die beanstandete Sperrmassnahme zu einem missbräuchlichen Eingriff in die gesetzlichen Schranken des Urheberrechts<sup>24</sup> führt.

Die Untersuchung hat ergeben, dass die Anschlüsse der SET-Top-Box für externe Geräte zwar nicht gesperrt sind, aber die Software für die Steuerung der Übertragung von digitalen Signalen noch nicht vorhanden war. Es stellte sich jedoch auch heraus, dass die Möglichkeit der Aufzeichnung von TV-Sendungen auf externe Speichermedien durch Anschlüsse mit Analogtechnik gewährleistet ist. Die BTM hat den Urheber der Meldung auf diese Aufnahmemöglichkeit hingewiesen und festgehalten, dass die Beschränkung der Anwendung externer Speichermedien auf die Analogtechnik nicht zu einer missbräuchlichen Beeinträchtigung der Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs führt.

### **3.5 Beanstandung der TV-Angebote eines Fernmeldediensteanbieters**

Im Februar 2010 hat der Abonnent eines Fernmeldediensteanbieters der BTM Meldung gemacht, dass sich sein Videorecorder nicht an die Set-Top-Box der Anbieterin anschliessen lässt und er somit keine Sendungen aufnehmen könne. Der Anbieter habe ihm erklärt, zu Aufnahmезwecken würde sich das teurere Angebot eignen. Er habe aber feststellen müssen, dass auch dieses Angebot nicht geeignet ist, um TV-Sendungen mit einem eigenen Videorecorder aufzunehmen.

Die von der BTM vorgenommenen Abklärungen haben ergeben, dass der Fernmeldediensteanbieter an sich keine TM anwendet, um seine TV-Abonnenten an der Aufnahme von Sendungen zu hindern. Aus seiner Stellungnahme zuhanden der BTM geht zudem hervor, dass seine Set-Top-Boxen über verschiedene Anschlussmöglichkeiten für Aufnahmegeräte verfügen, um TV-Sendungen auf ein externes Speichermedium (Festplatte eines Videorecorders, Videokassette oder DVD) aufzuzeichnen. Die Aufnahmemöglichkeiten sind allerdings in technischer Hinsicht eingeschränkt, weil über die Ausgänge der Set-Top-Boxen nur analoge Signale übertragen werden können. Daraus ergibt sich aber zumindest keine unmittelbare Beeinträchtigung der Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs.

Die BTM hat jedoch festgestellt, dass die beiden TV-Angebote missverständlich beschrieben werden. Dahinter steckt offenbar eine Marketingstrategie, die beim Konsumenten den falschen Eindruck erweckt, dass er mit dem günstigeren Angebot keine Sendungen aufnehmen kann und er dafür das teurere braucht, das eine Set-Top-Box mit Speicherkapazität beinhaltet. Die BTM hat den Fernmeldediensteanbieter ersucht, dieses Missverständnis durch eine klarere Beschreibung der technischen Eigenschaften seiner TV-Angebote auszuräumen. Dies wurde aber mit der Begründung abgelehnt, dass dadurch die Verkaufschancen für das teurere Angebot sinken würden. Es ist diesem Fernmeldediensteanbieter offensichtlich wichtiger, die Vorteile des teureren Angebots gegenüber dem billigeren Basisangebot zu überzeichnen, als die Konsumenten in transparenter Weise über die unterschiedlichen Eigenschaften seiner TV-Angebote zu informieren.

Die BTM konnte die missverständliche Beschreibung der TV-Angebote für den Urheber der Meldung zwar transparent machen, aber es ist ihr nicht gelungen, den Anbieter zu einer konsumentenfreundlicheren Haltung zu bewegen.

### **3.6 Beanstandung des Aktualisierungsprogramms einer Spielkonsole**

Ein Hersteller von Spielkonsolen hat im Frühling 2010 seinen Kunden ein Aktualisierungsprogramm zur Verfügung gestellt, das ihnen neue Verwendungsmöglichkeiten, insbesondere das Abspielen von Bluray-Discs, erschlossen hat. Durch diese Aktualisierung der Firmware werden

---

<sup>24</sup> Art. 19 – 28 URG

jedoch auch bisher mögliche Funktionen der Spielkonsole aufgehoben. Gesperrt wird insbesondere die Verwendung von Open-Source-Software, mit der auch E-Mail-Dienste und Office-Programme auf der Spielkonsole eingerichtet werden konnten.

Auf Ratschlag einer Konsumentenorganisation haben sich mehrere User der Spielkonsole in dieser Sache an die BTM gewendet und die mit dem Aktualisierungsprogramm verbundene Funktionsbeschränkung beanstandet. Die Untersuchung der entsprechenden Meldungen hat bestätigt, dass mit der Aktualisierung der Spielkonsole die Funktion deaktiviert wird, andere Betriebssysteme zu installieren. Die Herstellerfirma hat diese TM damit begründet, dass die vorerwähnte Funktion dazu missbraucht wurde, illegal heruntergeladene Spiele bzw. Raubkopien von urheberrechtlich geschützten Inhalten auf der Spielkonsole zu verwenden. Durch die beanstandete Massnahme sollte das Hacking-Risiko vermindert und damit die mit der Spielkonsole angebotene Hardware-Plattform für die Produzenten von Computerspielen und anderen Programmen sicherer gemacht werden. Soweit diese Funktionsbeschränkung unerlaubte Verwendungen von geschützten Inhalten verhindert, ist sie zumindest aus urheberrechtlicher Sicht gerechtfertigt, auch wenn sie darüber hinaus die durch eine Schutz Ausnahme gewährleistete Werkverwendung beeinträchtigen kann.

Die Herstellerfirma hat ihre Stellungnahme zu der sich aus dem Aktualisierungsprogramm ergebenden Funktionsbeschränkung allerdings mit der Auflage der Geheimhaltung verbunden. Es war der BTM deshalb nicht möglich, den Usern der Spielkonsole die von der Herstellerfirma ins Feld geführten Argumente und die damit verbundenen Erklärungen zur Kenntnis zu bringen. Das ist insofern bedauerlich, als damit die Chance für eine bessere Akzeptanz der von den Konsumenten beanstandeten Funktionsbeschränkung verpasst worden ist.

### **3.7 Beanstandung der Zugriffskarte eines Kabelnetzbetreibers**

Eine Konsumentenschutzorganisation hat der BTM mit einer Ende Mai 2010 eingereichten Meldung die von einem Kabelnetzbetreiber als Alternative zur Set-Top-Box eingeführte Steckkarte zur Entschlüsselung von digitalen Fernsehprogrammen beanstandet. Es wurde geltend gemacht, mit der Steckkarte sei eine Kopiersperre verbunden, die das Aufzeichnen von Sendungen verunmögliche und dadurch die Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs beeinträchtigen würde.

Die Abklärungen der BTM haben ergeben, dass die mit der Steckkarte verbundene Kopierschutzvorrichtung eingerichtet worden ist, um insbesondere audiovisuelle Werke, die über Bezahl Dienste (Pay-TV und Video-on-Demand) angeboten werden, vor unerlaubten Verwendungen zu schützen. Die Steckkarte wurde jedoch bereits angeboten, bevor die Steuerungssoftware für ihren dynamischen Kopierschutz vorlag. Das führte dazu, dass die Kopiersperre auch das Aufzeichnen der zum Grundangebot gehörenden Fernsehsendungen verhinderte und somit in diesem Bereich eine unbeabsichtigte, aber auch ungerechtfertigte Beeinträchtigung der Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs verursacht hat. Diese technisch bedingte Beeinträchtigung war jedoch auf die kurze Zeitspanne bis zur Lieferung der Steuerungssoftware für die dynamische Kopierschutzvorrichtung beschränkt. Danach ist die Anwendung der Kopiersperre umgehend auf die geschützten Inhalte der Bezahl Dienste beschränkt worden. Ausserdem hatte der Kabelnetzbetreiber seinen Kunden davon Mitteilung gemacht, dass die Verwendung der Steckkarte vorübergehend zu einer generellen Kopiersperre führen würde.

Die von der Konsumentenschutzorganisation beanstandete Beeinträchtigung des Eigengebrauchs von digitalen Fernsehsendungen ist somit behoben worden. Die BTM wurde jedoch ersucht, die steuerbaren Kopierschutzvorrichtungen im Bereich des Kabelfernsehens im Auge zu behalten, um missbräuchlichen Anwendungen derselben vorzubeugen.

## 4. Untersuchungen von Amtes wegen

### 4.1 Auswirkungen der Kopiersperren im Bereich der Online-Angebote

Gestützt auf eine in der Fachliteratur geäußerte Vermutung<sup>25</sup> ist die BTM der Frage nachgegangen, ob Internetshops ihren Kunden Musik ohne Kopiersperre zu einem höheren Preis anbieten als kopiergeschützte Musik. Das würde zu einer Doppelbelastung der Konsumenten führen, weil diese über die Leerträgervergütung gemäss Art. 20 Abs. 3 URG<sup>26</sup> bereits eine Entschädigung für das Vervielfältigen von Werken zum privaten Gebrauch bezahlen. Die Kopiersperre würde also in diesem Fall ein fragwürdiges Geschäftsmodell stützen. Die sich aus der Anwendung einer Kopiersperre ergebende Beeinträchtigung der Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs ist nämlich nur gerechtfertigt, wenn dies geschieht, um den Schutz vor unerlaubten Werkverwendungen zu gewährleisten.

Die Untersuchungen der BTM haben jedoch die Befürchtung nicht bestätigt, dass Internetmusikshops Kopiersperren als Instrument der Preisgestaltung missbrauchen. Da inzwischen über das Internet nur noch kopierfreie Musik angeboten wird, scheint in diesem Bereich die Gefahr einer missbräuchlichen Anwendung von TM auch für die Zukunft gebannt zu sein.

### 4.2 Auswirkungen der Verschlüsselung von DVDs auf die Schutz Ausnahmen

Die Filmindustrie hat ihre DVDs in Zusammenarbeit mit den Herstellern der Abspielgeräte so spezifiziert bzw. verschlüsselt, dass die für eine bestimmte Region hergestellten DVDs in der Regel nur auf solchen Geräten abgespielt werden können, die auf den entsprechenden Regional- bzw. Ländercode eingestellt sind. Das bedeutet für den Konsumenten, dass er direkt oder über das Internet im Ausland eingekaufte DVDs mit seinem eigenen Gerät unter Umständen gar nicht abspielen kann. So kann normalerweise eine DVD aus den USA nicht auf einem europäischen Gerät abgespielt werden, weil diese Geräte auf einen anderen Code eingestellt sind.

Aus urheberrechtlicher Sicht führt dies grundsätzlich zu einer Beeinträchtigung der Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs, auf die sich der Käufer einer DVD mit Bezug auf den darin enthaltenen Film berufen kann. Die BTM hat deshalb untersucht, ob für audiovisuelle Werke ein Schutzbedürfnis besteht, das die Verschlüsselung von DVDs durch Regionalcodes und den sich daraus ergebenden Eingriff in die Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs rechtfertigt. Die Filmindustrie verschlüsselt ihre DVDs mit Regionalcodes, um ihre Verwertungskaskade zu schützen, wonach die audiovisuellen Werke zuerst im Kino gezeigt, danach als DVDs angeboten und schliesslich im Fernsehen gesendet werden. Das Urheberrechtsgesetz berücksichtigt diese Verwertungskaskade, indem es für Werkexemplare wie DVDs, die audiovisuelle Werke enthalten, eine Ausnahme vom Grundsatz der internationalen Erschöpfung vorsieht. Demnach können die Produzenten den Import von DVDs in ein bestimmtes Land so lange verbieten, bis dort die Kinoauswertung abgeschlossen ist<sup>27</sup>.

Im Unterschied zum rechtlichen Importverbot für DVDs zum Schutz der Kinoauswertung führt der Regionalcode aber zu einer faktisch unbefristeten Abschottung des Videomarktes gegenüber Parallelimporten. Damit steht er in einem gewissen Widerspruch zu dem im Urheberrecht geltenden Grundsatz der internationalen Erschöpfung, der eben auch für DVDs gilt, sobald die Kinoauswertung abgeschlossen ist. Die sich aus dem Regionalcode ergebende Beeinträchtigung der Schutz Ausnahme des Eigengebrauchs wird zwar durch den Schutz der Kinoauswertung gerechtfertigt; sie ist aber insofern problematisch, als sie auch nach Abschluss der zu schützenden Kinoauswertung bestehen bleibt. Der Regionalcode enthält, unabhängig von der sich für den Konsumenten ergebenden Verwendungsbeeinträchtigung, auch insofern ein Missbrauchspotential, als er durch die Unterbindung von Parallelimporten die Festsetzung unterschiedlicher Preise ermöglicht.

---

<sup>25</sup> Sic! 10/2007, 735, dritte Spalte

<sup>26</sup> SR 231.1

<sup>27</sup> Art. 12 Abs. 1bis URG

Die Verschlüsselung von DVDs durch Regionalcodes hat also in verschiedener Hinsicht eine überschüssige Wirkung gegenüber dem damit angestrebten Schutz der Kinoauswertung. Die BTM hat diese TM jedoch nur in Bezug auf ihre Auswirkungen auf die Schutzausnahmen zu beurteilen und in dieser Hinsicht sind sie als gering zu bezeichnen. Indem der Regionalcode das Abspielen einer DVD auf entsprechend codierte Geräte beschränkt, beeinträchtigt er zwar in gewisser Weise den Werkgenuss und damit die Schutzausnahme des Eigengebrauchs. Diese Beeinträchtigung wird jedoch durch den mit dem Regionalcode verfolgten Schutz der Kinoauswertung weitgehend gerechtfertigt und sie ist in tatsächlicher Hinsicht auf die Beschaffung von DVDs aus den USA oder Kanada beschränkt. Ausserdem stehen den Konsumenten inzwischen codefreie Geräte zur Verfügung, mit denen sich DVDs unabhängig von ihrem Regionalcode abspielen lassen. Bei dieser von Amtes wegen durchgeführten Untersuchung ist die BTM somit zum Schluss gekommen, dass die Verschlüsselung von DVDs mit Regionalcodes dazu dient, audiovisuelle Werke vor unerlaubten Verwendungen zu schützen und der damit verbundene Eingriff in die Urheberrechtsschranken deshalb nicht missbräuchlich ist. Damit hat sich eine Intervention der BTM im Sinne von Art. 39b Abs. 1 Bst. b URG<sup>28</sup> erübrigt.

### 4.3 Digitalfernsehen: Verschlüsselung des Grundangebots in Kabelnetzen

Bei der Behandlung der Motion Sommaruga „Verschlüsselung von Set-Top-Boxen im digitalen Kabelnetz“ und den darauf bezogenen Vorarbeiten zur Teilrevision des Radio- und Fernsehgesetzes wurde auch ein Verbot für die Verschlüsselung von freien Fernsehkanälen im Grundangebot der Kabelnetze in Betracht gezogen. Die Vorlage des Bundesrates vom 17. September 2010 zur Umsetzung der Motion enthielt jedoch lediglich eine Kompetenznorm, die es erlaubt hätte, die freie Wahl des Empfangsgerätes für das digitale Fernsehen durch eine Regelung auf Verordnungsstufe zu gewährleisten. Auf die Möglichkeit, die Fernmeldedienstanbieterinnen im Bereich des digitalen Fernsehens mit einem Verschlüsselungsverbot zu belegen, wurde mit Rücksicht auf die Wirtschaftsfreiheit dieser Dienste verzichtet. Mit dem Nichteintreten des Ständerats und der Zustimmung des Nationalrats vom 11. April 2011 hat der Gesetzgeber nun allerdings vollständig davon abgesehen, die Verschlüsselung des digitalen Fernsehens durch Fernmeldedienstanbieterinnen irgendwelchen Vorschriften zu unterstellen.

Die BTM hat im Rahmen der Ämterkonsultation über den Entwurf der Botschaft zur Teilrevision des Radio- und Fernsehgesetzes die Forderung der Konsumentenorganisationen nach einem Verschlüsselungsverbot für das Grundangebot bei der digitalen Verbreitung von Fernsehprogrammen in Kabelnetzen unterstützt. Diese Forderung war übrigens auch Gegenstand der vom Parlament abgeänderten Motion Sommaruga. Gefordert wurde indessen kein generelles Verschlüsselungsverbot, das der Bundesrat mit Rücksicht auf die Wirtschaftsfreiheit der Fernmeldedienstanbieterinnen abgelehnt hatte. Es ging lediglich darum, die Verschlüsselung bei der digitalen Verbreitung des Grundangebots an freien Fernsehkanälen gegenüber den Abonnenten von Kabelnetzen wegen ihrem Missbrauchspotential zu verbieten. Kabelnetze könnten die Verschlüsselung beim digitalen Fernsehen dazu missbrauchen, ihre Abonnenten zweimal zur Kasse zu bitten, indem sie neben der Abonnementsgebühr, mit der die Weiterverbreitung des Grundangebots abgegolten wird, noch eine Entschädigung für eine an sich überflüssige Freischaltvorrichtung verlangen.

Aus urheberrechtlicher Sicht führt die Verschlüsselung der freien Fernsehkanäle, die zum Grundangebot der Kabelnetze gehören, zu einer Beeinträchtigung der Schutzausnahme des Eigengebrauchs. Diese Schutzausnahme bezieht sich auf jede Art der Werkverwendung im persönlichen Bereich und sie erfasst somit auch den Empfang von Sendungen, die ein Kabelnetz seinen Abonnenten zuleitet. Gerechtfertigt kann ein solcher Eingriff in die freie Werkverwendung sein, wenn er sich aus der überschüssigen Wirkung einer TM ergibt, die dem Schutz vor unerlaubten Verwendungen von Werken oder anderen Schutzobjekten dient. Soweit Kabelnetze Sendeprogramme gleichzeitig und unverändert weiterverbreiten, die von den Sendunternehmen unverschlüsselt ausgestrahlt werden, lässt sich die Verschlüsselung jedoch nicht mit dem Schutz der Sendungen und der darin enthaltenen Werke vor unerlaubten Ver-

---

<sup>28</sup> SR 231.1

wendungen rechtfertigen.

Die Rechtfertigung für die Verschlüsselung des digitalen Fernsehens in Kabelnetzen kann sich allerdings aus der Notwendigkeit ergeben, zusätzliche Angebote der Fernmeldediensteanbieterin wie Pay-TV oder Video-On-Demand Plattformen vor einem unbefugten Zugriff zu schützen. In Bezug auf die Verbreitung der freien Fernsehkanäle besteht diese Notwendigkeit dagegen nicht, weil die Benutzung von Kabelnetzen und des damit verbundenen Grundangebots über die Anschlüsse kontrolliert werden kann. Dementsprechend bieten vor allem kleinere und mittlere Kabelnetze ihr Grundangebot auch in digitalisierter Form unverschlüsselt an und verschlüsseln nur kostenpflichtige Zusatzdienste.

Die von den Kabelnetzbetreibern praktizierte Verschlüsselung des digitalen Fernsehens ist jedoch nicht immer auf die Zusatzdienste beschränkt, sondern sie erfasst in manchen Fällen auch das Grundangebot und beeinträchtigt damit den Zugang der Kabelabonnenten zu den freien Fernsehkanälen. Da die Verschlüsselung in diesem Kontext jedoch nicht zum Schutz der Urheberrechte angewendet wird, ist sie keine TM, die unter das Umgehungsverbot von Art. 39a URG fällt. Damit ist sie aber der Kontrolle durch die BTM entzogen, weil die Beobachtungstätigkeit gemäss Art. 39b Abs. 1 Bst. a URG auf urheberrechtlich geschützte TM beschränkt ist. Zu diesem Schluss ist auch das von der BTM bestellte Gutachten bei der Beurteilung der Untersuchungen der BTM im Bereich des digitalen Fernsehens gekommen<sup>29</sup>. Der BTM fehlt somit die Legitimation, um sich als Vermittlerin zwischen den Kabelnetzen und den Konsumenten für einen freien Zugang zum Grundangebot des digitalen Fernsehens einzusetzen.

#### **4.4 Anwendung von TM im Bereich der elektronischen Wissensvermittlung**

Den Anstoss zu dieser noch laufenden Untersuchung kam von Vorbehalten, die gegenüber dem Schutz von TM namentlich von der Rektorenkonferenz der Schweizer Universitäten, dem Schweizerischen Nationalfonds und dem Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) geltend gemacht worden sind. Diese Organisationen haben bei der Teilrevision des URG von 2007 die Befürchtung geäussert, dass die Ausübung der für die Lehre und Forschung wichtigen Schutzausnahmen durch TM beeinträchtigt werden könnten, mit denen wissenschaftliche Verlage ihre Online-Angebote schützen.

Dieser Befürchtung ist das im Auftrag der BTM verfasste Gutachten<sup>30</sup> nachgegangen und dabei zum Schluss gekommen, dass für eine Abklärung der Auswirkungen von TM auf die Wissensvermittlung tatsächlich Handlungsbedarf besteht. In dem Gutachten wird auf eine im Mai 2009 veröffentlichte Studie der University of Cambridge<sup>31</sup> hingewiesen, wonach TM nicht nur Bildungs- und Forschungsbereiche sondern auch Bibliotheken daran hindern, gesetzlich erlaubte Werkverwendungen vorzunehmen. Diese Studie sagt zwar nichts über die Situation in der Schweiz aus, aber sie lässt vermuten, dass auch bei uns entsprechende Probleme bestehen und somit eine Untersuchung durch die BTM angezeigt ist.

Die BTM steht inzwischen mit verschiedenen Hochschulen in Kontakt, um die notwendige Unterstützung für die Durchführung einer empirischen Untersuchung über die Auswirkungen von TM auf die elektronische Wissensvermittlung im universitären Bereich zu bekommen. Die Bemühungen, die Universitäten für eine aktive Beteiligung an einem solchen Projekt zu gewinnen, haben bis anhin zwar noch nicht zu einem konkreten Ergebnis geführt. Sie haben aber bereits eine gewisse Sensibilisierung für die TM-Problematik bei der Konferenz der Universitätsbibliotheken der Schweiz bewirkt und damit die Tür für eine Zusammenarbeit der BTM mit den Hochschulbibliotheken geöffnet.

---

<sup>29</sup> Vgl. *sic!* 5/2010, S. 333.

<sup>30</sup> Siehe *sic!* 5/2010, S. 329 ff.

<sup>31</sup> P. 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.

Der nächste Schritt wird darin bestehen, mit den von den Bibliotheken angegebenen Kontaktpersonen eine Arbeitsgruppe zu bilden, die abklären soll, ob und gegebenenfalls wie die elektronische Wissensvermittlung im bibliothekarischen Bereich durch die Anwendung von TM beeinflusst wird. Diese Abklärungen sollten darüber Aufschluss geben, ob bei der elektronischen Verbreitung von wissenschaftlichen Publikationen TM zur Anwendung kommen, die zu einer Beeinträchtigung der auf die Forschung, die Wissenschaft und den Unterricht bezogenen Schranken des Urheberrechtsschutzes führen.

Falls die zusammen mit den Hochschulbibliotheken gebildete Arbeitsgruppe eine Beeinträchtigung der Schutzausnahmen durch TM feststellen sollte, wird die BTM prüfen müssen, ob diese Beeinträchtigungen auf eine missbräuchliche Anwendung von TM zurückzuführen sind. Sollte dies zutreffen, wird sie zwischen den betroffenen Nutzern und den Anwendern von TM vermitteln, um partnerschaftliche Lösungen herbeizuführen. Sie könnte beispielsweise einen wissenschaftlichen Verlag, der seine elektronische Zeitschrift mit einer absoluten Kopiersperre schützt, dazu anhalten, seine Sperrvorrichtung so einzuschränken, dass sie eine bestimmte Anzahl von Kopiervorgängen zulässt, um das Kopieren zum Eigengebrauch gemäss der entsprechenden Schutzausnahme zu ermöglichen.

Die Untersuchungen der BTM über die Auswirkungen der TM auf Forschung, Wissenschaft und Unterricht sind zurzeit auf den bibliothekarischen Bereich fokussiert. Es besteht aber weiterhin die Absicht, diese Abklärungen in Zusammenarbeit mit einer Universität durch eine empirische Untersuchung zu ergänzen, um für diesen sensiblen Bereich eine breitere Informationsbasis zu gewinnen.

## **5. Abgrenzung des Zuständigkeitsbereichs der BTM**

Die BTM ist von einem Verband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer ersucht worden, über die Implementierung von Art. 19 Abs. 3bis URG Bericht zu erstatten. Gemäss dieser Bestimmung sind Vervielfältigungen, die beim elektronischen Einkauf von Werken über Internetshops entstehen, von den Vergütungsansprüchen für das Vervielfältigen zum privaten Gebrauch freizustellen. Dadurch soll eine Doppelbelastung der Konsumenten vermieden werden, die Werke einkaufen, indem sie diese über das Internet auf ein eigenes Speichermedium herunterladen, das mit der so genannten Leerträgervergütung belastet ist. Der Nutzerverband ist offenbar davon ausgegangen, dass es die Aufgabe der BTM ist, diese Bestimmung umzusetzen, was sich indessen als unzutreffend herausgestellt hat.

Den Gesetzesmaterialien<sup>32</sup> ist zu entnehmen, dass Art. 19 Abs. 3bis URG durch eine Einschränkung der sich aus Art. 20 Abs. 3 URG ergebenden Vergütungspflicht für Leerträger umgesetzt werden soll, weil diese Speichermedien nicht nur für das private Kopieren sondern auch für das Herunterladen von Werken über On-Demand-Dienste verwendet werden. Die von dem Nutzerverband angesprochene Bestimmung bezieht sich somit auf die Geltendmachung der Leerträgervergütung und sie ist im Rahmen der damit verbundenen Tarifaufsicht durchzusetzen. Ihre Umsetzung obliegt folglich nicht der BTM sondern der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für die Prüfung und Genehmigung der Tarife zuständig ist. Demnach kann auch die Berichterstattung über die Umsetzung von Art. 19 Abs. 3bis URG nicht in den Aufgabenbereich der BTM fallen.

---

<sup>32</sup> Vgl. Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom März 2006, BBl 2006, 3429.

## 6. Fazit

Die bisherige Bilanz der Beobachtungstätigkeit ist insofern erfreulich, als die BTM auf keine gravierenden Beeinträchtigungen der Schranken des Urheberrechts durch TM gestossen ist und ihre Abklärungen meistens zur Lösung der Probleme geführt haben. Dies ist auch insofern bemerkenswert, als die Prüfungszuständigkeit der BTM, so wie sie im URG definiert ist<sup>33</sup>, in der Praxis eigentlich zu kurz greift, weil sie auf TM-Anwendungen beschränkt ist, die dem Schutz urheberrechtlich geschützter Inhalte dienen. Die von der BTM durchgeführten Untersuchungen haben aber gezeigt, dass auch TM, die einem anderen Zweck dienen, zu einer Beeinträchtigung der Schranken des Urheberrechtsschutzes führen können und somit auch in diesen Fällen ein Erklärungs- bzw. Rechtfertigungsbedarf besteht.

Die BTM hat deshalb ihre Abklärungen über die Auswirkungen einer TM nicht einfach abgebrochen, wenn sich herausgestellt hat, dass diese TM nicht dem Schutz vor unerlaubten Werkverwendungen dient. Sie ist vielmehr davon ausgegangen, dass auch in diesem Fall ein berechtigtes Interesse an der Beantwortung der Frage besteht, ob eine missbräuchliche Beeinträchtigung der Schutzausnahmen vorliegt. In Bezug auf die Durchführung eines Vermittlungsversuchs im Sinne von Art. 39b Abs. 1 Bst. b URG<sup>34</sup> sind der BTM in einem solchen Fall allerdings die Hände gebunden. Dieser Nachteil ist aber insofern von geringer Bedeutung, als die BTM auch im Falle ihrer Zuständigkeit niemanden zur Teilnahme an einer Vermittlung oder zur Befolgung eines Vermittlungsvorschlags zwingen kann, weil sie nur eine Hilfestellung zur Selbstregulierung bietet und keine Entscheidungs- oder Weisungsbefugnisse hat.

Grössere Bedeutung dürfte die beschränkte Prüfungszuständigkeit hingegen erlangen, wenn der Bundesrat von seiner Kompetenz Gebrauch machen würde, die BTM mit Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen auszustatten. Solche Befugnisse könnten sich jedenfalls nur auf den gesetzlich definierten Zuständigkeitsbereich der Fachstelle beziehen. Die BTM ist jedoch im Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit auf keine Beeinträchtigung der Urheberrechtsschranken und der damit verbundenen öffentlichen Interessen gestossen, die einen entsprechenden Antrag rechtfertigen würde.

---

<sup>33</sup> Art. 39b Abs. 1 Bst. a URG beschränkt die Prüfungszuständigkeit der BTM auf TM im Sinne von Art. 39a Abs. 2 URG.

<sup>34</sup> SR 231.1