

Nicolai Bleskie

Reform des Urheberrechts

Begrenzung unbegrenzten Internets

Flow of information, distribution of pictures, videos and opinions over the Internet – a putative matter of course. Both the EU and Switzerland are currently debating copyright reforms. Copyright protection and personal rights are at odds with uncontrolled and unlimited copies on the Internet. Technical and content-related barriers lead to legal difficulties with regard to fundamental rights. The author presents an overview of the reforms, points out their advantages and disadvantages and presents further approaches in order to meet the balancing act of limiting unlimited possibilities on the Internet. (kg)

Category: Articles

Region: Switzerland; EU

Field of law: IP Law; Internet law

Citation: Nicolai Bleskie, Reform des Urheberrechts, in: Jusletter IT 23 May 2019

Inhaltsverzeichnis

- I. Reformbedarf
 - 1. Ausgangslage: Die Polarität unbegrenzter Möglichkeiten und der Bedarf eines rechtlichen Rahmens
 - 2. Von gesteigerten Nutzungsmöglichkeiten zum gesteigerten Reformbedarf
 - 3. Abstimmung der Reform an die Technik
- II. Reformen im Detail
 - 1. Ausgewählte Änderungen in der EU im Detail
 - 2. Ausgewählte Änderungen in der Schweiz im Detail
 - 2.1. Stay-Down-Pflicht und der Einsatz von Filtersystemen
 - 2.2. Fotografien
- III. Internet, Urheberrecht und die Grundrechte
- IV. Digitaler Nachlass und das Urheberrecht
- V. Juristische Zeitreise im Interesse der Reform
- VI. Fazit

I. Reformbedarf

1. Ausgangslage: Die Polarität unbegrenzter Möglichkeiten und der Bedarf eines rechtlichen Rahmens

[Rz 1] Technik und Recht vertragen sich zum Teil nur schwer – diese Erkenntnis ist nicht neu. Regelmässig hinken rechtliche Regelungen der gelebten Realität hinterher oder Gesetze schaffen es nicht, Entwicklungen vorherzusehen. Dennoch verläuft die Praxis in aller Regel vergleichsweise gut.

[Rz 2] Noch spannender und tiefgreifender wird es dann, wenn grundlegendste Prinzipien förmlich aufeinander prallen. Die Meinungsfreiheit wird in demokratischen Rechtsstaaten wie der Schweiz kaum jemand in Frage stellen. Zugleich leuchtet es genauso ein, dass nicht alles allen gehören kann. Ebenso schlüssig sind die Wahrung des Persönlichkeitsschutzes und das Recht auf Vergessen. Auch die Forderung, die Verbreitung peinlicher, missliebiger oder falscher Informationen, Bildern oder Videos mit Unternehmens- oder Persönlichkeitsschädigender Wirkung unterbinden zu können, hat seine Berechtigung. Doch nicht nur negativ behaftete Medien, auch das eigene Bild schlechthin möchte nicht jeder mit jedem teilen. Die Überlappung persönlichen wie unternehmerischen Wertes zeitigt sich insbesondere im Urheberrecht. Geistige Schöpfungen wollen geschützt sein, auch um deren Zündung im wirtschaftlichen wie gesellschaftlichen Interesse erst zu befeuern. Noch vor Jahrzehnten waren digitale Verbreitungsmöglichkeiten technisch begrenzt. Das heutige Internet mutet diesbezüglich grenzen- wie zeitlos an. Alles im Internet finden zu können und zeitlose Spuren bis hin zu Formen des digitalen Nachlasses hinterlassen zu können, fasziniert zweifellos.

[Rz 3] Die Aufzählung zeigt eindrücklich, dass jeder Einzelne sich relativ schnell und nachvollziehbar auf diese verschiedenen Gesichtspunkte einlassen kann. Die Reaktionen auf die in der EU und der Schweiz verabschiedeten bzw. diskutierten Reformen zur Thematik sind aussergewöhnlich heftig ausgefallen und wurden von einer Vielzahl an Medien ausgiebig aufgegriffen. Dies hat mit den einleitend beschriebenen Identifikationsmöglichkeiten eines fast beliebigen Personenkreises zu tun. Jeder kann sich durch die Reformen potentiell angegriffen fühlen. Das Internet mit den unbegrenzten Möglichkeiten will sich keiner so schnell vom Gesetzgeber wegnehmen lassen. Die Angst hat durchaus ihre Berechtigungen. Doch sei anzumerken, dass die Verpackung dieser unterschiedlichen Wertungen in einen rechtlich stringenter wie schlüssigen Rahmen einer

Herkules-Aufgabe gleichkommt. Der Bundesrat umschreibt dies zurückhaltender als Anpassung an das Internet-Zeitalter sowie Modernisierung des Urheberrechts und räumt ein, dass es sich um ein anspruchsvolles Projekt handle.¹ EU wie Schweiz haben sich dieser Herausforderung gestellt, die nun vertieft dargestellt wird.

[Rz 4] Herausgegriffen werden aufgrund ihrer Anschaulichkeit der Thematik vor allem die Art. 2 Abs. 3^{bis} und Art. 39d des Entwurfes des Urheberrechtsgesetzes auf Schweizer Ebene bzw. auf EU-Ebene die am 15. April 2019 angenommene Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, Art. 13, basierend wiederum u.a. auf Art. 114 des Vertrages über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV).² Angesprochen sind in den genannten Artikeln auch die Filterung von Inhalten, welche mit dem Urheberrecht in Konflikt geraten sowie das Recht an Fotografien. Die Problemherde sind vielfältig. Die Upload-Filter stossen auf Unmut, da sie inhärent zensierend wirken können und sich damit dementsprechend mit der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 16 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) bzw. der Freiheit der Meinungsäusserung nach Art. 10 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) reiben können.³ Nicht nur urheberrechtlicher Schutz steht einer uferlosen Verbreitung im Wege, auch Persönlichkeitsrechte können gewisse Schranken definieren. Zu Lebzeiten wie auch nach dem Tod können legitime Bedürfnisse auf Zugang oder Beseitigung und Vergessen persönlicher Quellen bestehen. Ob die in der Reform erlassenen Bestimmungen der digitalen Revolution ausreichend Rechnung trägt und zugleich die Fundamente des Rechtsstaates weiterhin bestmöglich wahrt, soll nachfolgend erforscht werden.

2. Von gesteigerten Nutzungsmöglichkeiten zum gesteigerten Reformbedarf

[Rz 5] Noch im August 2011 war der Bundesrat zum Schluss gekommen, dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestünde.⁴ Zwar befände sich der Markt in einem fundamentalen Umbruch. Der Wandel der Zeit habe demnach diverse Barrieren der Vervielfältigung beseitigt. Doch ginge dies auch aufgrund bereits bestehender Selbstregulierung und dem Wettbewerb schlechthin nicht zwingend einher mit dem Erfordernis staatlicher Massnahmen. Überhaupt könne eine weitere Stärkung des Urheberrechts aus gesamtgesellschaftlicher Sicht zu schädigenden Entwicklungen führen. Es sei zwar unbestritten, dass die unerlaubte Nutzung von Werken wirtschaftliche Nachteile mit sich bringe. Doch könne es nicht die Aufgabe des Gesetzgebers sein, überkommene

¹ Der Bundesrat passt das Urheberrecht ans Internet-Zeitalter an, Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2017; Modernisierung des Urheberrechts grundsätzlich begrüsst, Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. Dezember 2016.

² Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1); vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM/2016/0593 final - 2016/0280 (COD), angenommen am 15. April 2019, siehe https://ec.europa.eu/germany/news/20190415-urheberrechtsreform_de (zuletzt aufgerufen am 29. April 2019); Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2012/C 326/01.

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101); Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten abgeschlossen am 4. November 1950, für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974 (EMRK; SR 0.101).

⁴ Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulates 10.3263 Savary, August 2011, S. 13.

Businessmodelle legislatorisch zu schützen. Verlierer seien grundsätzlich eher bei denen auszumachen, die nicht auf den Zug der Zeit anspringen würden.⁵

[Rz 6] 2017 kommt der Bundesrat in seiner Botschaft nun zur Auffassung, es bedürfe einer Modernisierung des Urheberrechts.⁶ Die Erfahrungen hätten gezeigt, dass Nachbesserungen erforderlich seien. Entgegen dem Tenor kritischer Stimmen soll die Reform gerade zu einer verbesserten Ausschöpfung des Potenzials der Digitalisierung führen.⁷ Durch eine Verhinderung von Missbrauch würden letztlich alle profitieren.⁸ Im Kontrast zu teils heftigen Reaktionen ist anzumerken, dass der Bundesrat relativ behutsam vorgegangen ist und regelmässig betonte, sich des grossen Konfliktpotentials bewusst zu sein. Mehr als in anderen Bereichen sei eine grosse Zahl von Menschen, wenn nicht sogar jeder Einzelne, von der Vorlage betroffen. Das Echo und die Beteiligung war überdurchschnittlich hoch: Sätze 1'124 Eingaben, über 8'000 Seiten, lagen als Stellungnahmen vor. Die Interessenslage sei ausserordentlich vielfältig.⁹ Die Vorstellungen über den einzuschlagenden Weg gingen ausserdem stark auseinander.¹⁰ Grosses Augenmerk wurde daher auf den Bestandteil von Kompromissen und die allgemeine Konsensfähigkeit gelegt.¹¹

[Rz 7] Trotz der in der Sache zu begrüssenden Behutsamkeit und des bewusst zurückhaltenen Massnahmenpaketes auch im Interesse der Durchschnittsverwenderinnen des Internets ist die zehnjährige Periode zur Einsicht eines Modernisierungsbedarfs nicht gänzlich erklärbar. Viele Probleme sind nicht neu, doch zweifellos haben gesteigerte Nutzungsmöglichkeiten und Intensität zum gesteigerten Reformbedarf geführt. In Betracht zu ziehen ist auch der wirtschaftliche Gedanke attraktive Rahmenbedingungen im Interesse der IT-Industrie zu haben, was für den Wissenschafts- und Wirtschaftsstandort Schweiz entscheidend ist.¹² Geradezu «nachhaltig verändert» habe sich das Verhalten der Internetnutzerinnen und Internetnutzer. Nutzerinnen und Nutzer machen sich das Internet im wahrsten Sinne des Wortes immer mehr zunutze, wozu Suchfunktionen, das Abrufen, Abspeichern und die Verbreitung von Informationen, Bildern und Videos gehören.¹³ Interessant ist vor allem angesichts zu beobachtenden Forderungen nach konsequenter Achtung des Datenschutzes, dass die Nutzerinnen tagtäglich Informationen und Medien aller Art aus dem Internet beschaffen, aufbewahren, verwenden, umarbeiten, bekanntgeben und archivieren (Aufzählung in Anlehnung an Art. 3 lit. e DSGVO).¹⁴ Die Zahl der «digital

⁵ Bericht des Bundesrates (Fn. 4), S. 2 f., 10, 13.

⁶ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung, 22. November 2017, S. 1.

⁷ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 3 f.

⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2017 (Fn. 1).

⁹ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes. (Fn. 6), S. 8 f; Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. Dezember 2016 (Fn. 1).

¹⁰ Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. Dezember 2016 (Fn. 1).

¹¹ Interpellation 18.3665 von LUKAS REIMANN, EU-Urheberrechtsreform, Auswirkungen in der Schweiz, 15. Juni 2018; Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2017 (Fn. 1); PETER MOSIMANN/YANNICK HOSTETTLER, Zur Revision des Urheberrechtsgesetzes, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2018, S. 124.

¹² CYRILL P. RIGAMONTI, Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 133; Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 89.

¹³ Vgl. DAVID EQUÉY, La responsabilité pénale des fournisseurs de services Internet, Etude à la lumière des droits suisses, allemand et français, 2016, S. 499 f.

¹⁴ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1); vgl. SANDRA HUSI-STÄMPFLI/KATRIN GISLER, «Und cheese!»: Fotos auf Schulhomepages, digma – Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 2015, S. 156 f. mit Hinweisen.

natives» nimmt im digital geprägten Zeitalter immer mehr zu.¹⁵ Das zieht auch eine Verlagerung der Gewichte und Symmetrie in der Dreiecksbeziehung von Urheber, Provider und Nutzer mit sich. Das Terrain des Internets ist nahezu unbegrenzt und doch wird eben jene Infrastruktur von Hosting-Providern zur Verfügung gestellt und von Urhebern wie Nutzern rege genutzt.¹⁶ Wie bereits 2011 betont seien zwar Anpassungen nicht nur von Gesetzeseite notwendig, sondern gerade auch von Betroffenen selber. Doch bei derart weiten Änderungen dürften Schutzfunktionen, auch vermittelt durch das Gesetz, nicht gänzlich stagnieren. Zwar ist das URG bewusst technologieutral gehaltener Natur im Sinne weiter Adressierungsmöglichkeiten moderner werdender Realität. Technische Entwicklungen machten jedoch periodische Neubeurteilungen gesetzlicher Grundlagen zwingend notwendig.¹⁷ Wegen des technischen Vorsprungs können auch Wertverschiebungen nötig werden, da sich Gemein- und Privatbereich immer mehr vermischen. Klassische Grenzziehungen wie beim Besitzschutz nach Art. 926 Abs. 1 ZGB im Sinne physischer Barrieren sind nicht möglich.¹⁸ Im Zeitalter der Digitalisierung können Informationen in beliebigem Umfang und nahezu grenzenlos gespeichert, verknüpft und reproduziert werden. Auch Informationen, die im Prinzip harmlos und ohne Weiteres der Öffentlichkeitssphäre zuzurechnen wären, können sich dann zu schützenswerten Persönlichkeitsprofilen verdichten.¹⁹

[Rz 8] Die Definition und *ratio legis* des Urheberrechts samt volkswirtschaftlichen Auswirkungen in Erinnerung rufend, erklärt einen gewissen Handlungsbedarf. Vom Staat garantierte Eigentumsrechte an kulturellen Werken bzw. eigentumsähnliche Ausschliesslichkeitsrechte zeichnen das Urheberrecht aus.²⁰ Diese Rechte müssen – auch und besonders in zunehmend digitalisiertem Umfeld – glaubwürdig durchgesetzt werden können, ansonsten entledigen sich Staat wie Gesellschaft der positiven Urheberrechtsanreize. Schliesslich tragen gerade auch diese zu einer modernem Staatsentwicklung bei.²¹ Nicht nur die Durchsetzung des Rechts allgemein, sondern auch die Verhinderung eines Marktversagens soll legislatorischen Bestrebungen zugrunde liegen.²² Die Botschaft erklärt die jetzige Modernisierung auch hauptsächlich mit den im letzten Jahrzehnt gemachten Erfahrungen, auf die nun zugeschnittener reagiert werden könne. So habe die Erfahrung gezeigt, dass zur Überwindung des derzeit ungenügenden rechtlichen Instrumentariums zur Bekämpfung von Piraterie gewisse Massnahmen erforderlich seien. Zwar sieht der jetzige Art. 62 Abs. 1 lit. b URG einen eigentlichen Beseitigungsanspruch bei gegebener Rechtsverletzung vor.²³ In der Praxis sei jedoch ein unbefriedigender Kreislauf zutage getreten, den es

¹⁵ Vgl. HUSI-STÄMPFLI/GISLER (Fn. 14), S. 156, 159.

¹⁶ ANDREA LOHRI-KEREKES, Grenzen der Urheberrechtsdurchsetzung in der Schweiz mittels Filtern und Sperren im Internet unter Berücksichtigung des EU-Rechts, LBR – Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr. 118, 2017, S. 108.

¹⁷ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 8 f., 20.

¹⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210); Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet (Fn. 4), S. 3.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 9. Juni 2017 5A_256/2016 E. 6.4.3. mit Hinweis auf BGE 138 II 346 S. 359 E. 8.2.

²⁰ FLORENT THOUVENIN/BURKHARD STILLER/PETER HETTICH/THOMAS BOCEK/KENTO REUTIMANN, Keine Netzsperrern im Urheberrecht, sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 718, auch mit Verweis auf Art. 10 Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1); Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet (Fn. 4), S. 2; Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 81.

²¹ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 81.

²² Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet (Fn. 4), S. 4; siehe auch BGE 126 III 129 S. 148 E. 8.a.

²³ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 45.

zu durchbrechen gelte: Abmahnen bei rechtswidrig aufgeschaltetem Material, zwar regelmässig gefolgt vom Etappensieg der Entfernung, doch umso schneller mündend in erneute Zugänglichmachung. Dieses Katz-und-Maus-Spiel wie der Bundesrat es nennt habe durch Selbstregulierung («Notice/Take-Down») nicht adäquat beigelegt werden können.²⁴ Die Rechtsdurchsetzung, als zentrales Charakteristikum des Rechtsstaates, sei ineffizient.²⁵

[Rz 9] Zwar mündet die erschwerte Regulierung, staatliche Kontrolle und Durchsetzung auch in eine gesteigerte Eigenverantwortung, die nicht immer die gewünschten Effekte zu verbuchen vermag.²⁶ Doch ist wenn möglich eine Erziehung mündiger Bürgerinnen und Bürger zu vermeiden.²⁷ Die Umwandlung einer der relevanten Player, dem Hosting-Provider, in die Funktion eines Hilfspolizisten bringt aber weitere Probleme mit sich. So ist dies nicht nur wettbewerbsrechtlich fraglich, da durch die rechtliche Verpflichtungen zusätzliche Kosten und Aufwand eben nur ausgewählter Hosting-Provider entstehen, sondern auch die Auswirkungen dieser Machtbefugnisse auf ungehinderten Internetzugang und freie Nutzungsmöglichkeiten.²⁸

[Rz 10] Der Reformbedarf wurde auch auf EU-Ebene erkannt und die Motive sind nahezu deckungsgleich wie diejenigen in der Schweiz. Die Zugangsmöglichkeiten zum Internet hätten massiv zugenommen und der Internetmarkt an Komplexität gewonnen. Diese Diversität treffe auf eine rechtlich vorgesehene Einseitigkeit in Form der legitimen Interessen des Urheberschutzes.²⁹

3. Abstimmung der Reform an die Technik

[Rz 11] Die Breite an technischen Möglichkeiten samt Schädigungspotenzial, das es legislativ zu adressieren gilt, veranlasste auch den Bundesrat zu einem Blick ins Ausland. Angesichts der globalen Natur des Phänomens erscheint dies schlüssig. Auch das Bundesgericht hielt fest, dass Staatsgrenzen für den Informationsfluss im Internetzeitalter keine Hindernisse mehr seien.³⁰ Doch schnell wird klar, dass es auch bei Nachbarn oder Übersee kein Patentrezept gibt. Regelungen und Vertragsmodelle des analogen Zeitalters greifen nicht mehr mit den gewünschten Effekten.³¹ Die Vorgehensweisen sind uneinheitlich.³² Zweifellos hat die Verinnerlichung der internationalen Dimension samt der kritischen Begutachtung konkreter Rechtsmodelle im Ausland zu einer erhöhten Fundierung dieser Reform beigetragen.

[Rz 12] So hat sich beispielsweise das amerikanische Eskalationssystem nicht bewährt, bei dem fehlbare Nutzer in einem ersten Schritt über ihr Fehlverhalten aufgeklärt wurden und als zweiter Schritt bei Wiederholung sanktioniert wurden. Das klassische Recht bzw. die regulären Verfahren helfen der Rechtsdurchsetzung nicht in der gewünschten Effektivität, zumal diese langsam

²⁴ RIGAMONTI (Fn. 12), S. 117, 124; Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 3 f., 10.

²⁵ RIGAMONTI (Fn. 12), S. 117.

²⁶ LUCIEN MÜLLER, Öffentliches Recht / «Eigenverantwortung» am Beispiel der privaten Internetnutzung, Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, 2015, S. 544.

²⁷ MÜLLER (Fn. 26), S. 569.

²⁸ RIGAMONTI (Fn. 10), S. 118.

²⁹ Unofficial consolidated version: trilogue outcome, Article 13 + related definition, siehe https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2019/02/Art_13_unofficial.pdf, zuletzt aufgerufen am 27. April 2019.

³⁰ BGE 141 IV 108 S. 122 E. 5.4 f.; MAYA HERTIG RANDALL, Freedom of Expression in the Internet, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 2016, S. 241 f.; MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 134.

³¹ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 124.

³² Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 23.

und teuer sind.³³ Der Verwaltungsaufwand solcher staatlichen Massnahmen ist zudem enorm, wie sich dies in Frankreich gezeigt hat.³⁴ Uneinheitlich werden international auch Blocking-Massnahmen bzw. Netzsperrern sowie Internetausschlüsse angewendet, was auch mit der fraglichen Vereinbarung mit Menschenrechten zu tun hat. So könnten solche Massnahmen als Verletzung von Art. 19 Abs. 3 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte gewertet werden.³⁵ Solche Mittel sind laut EU-Recht bzw. dem EuGH unter Umständen zulässig. So seien die durch das Unionsrecht anerkannten Grundrechte dahin auszulegen, dass sie einer gerichtlichen Anordnung nicht entgegenstehen, mit der einem Anbieter von Internetzugangsdiensten verboten wird, seinen Kunden den Zugang zu einer Website zu ermöglichen, auf der ohne Zustimmung der Rechtsinhaber Schutzgegenstände online zugänglich gemacht werden.³⁶ Ungeachtet dessen hat die Schweiz keiner dieser Massnahmen weiter verfolgt.³⁷ Weder Sperrmassnahmen noch ein Anknüpfen direkt an die Nutzer sind ein primäres Ziel der Reform, da weder Internet noch Konsumentinnen in ihrer Gesamtheit kriminalisiert werden sollen.³⁸ Ausserdem ist die Eignung von Netzsperrern nicht durchwegs garantiert, da sie im Allgemeinen nicht zum gewünschten Ergebnis führen und oftmals umgangen werden.³⁹

[Rz 13] Die Komplexität und das Risiko des Auseinanderfallens rechtlicher Vorschriften mit technischen Aktualitäten machen auch eine kontinuierliche Zusammenarbeit mit Privaten erforderlich.⁴⁰

[Rz 14] Die Gratwanderung zwischen rechtlicher Regulierung und Zensur zum einen sowie breitem Zugänglichmachen und Beflügelung technischer Entwicklungen zum anderen findet sich anschaulich im Bundesgesetz über Geldspiele. Es lässt Angebote im Internet zu und trägt damit der Digitalisierung Rechnung. Regulatorisch verhindert wird der Zugang zu in der Schweiz nicht bewilligten Online-Spielen. Unternehmen, die solche Geldspiele anbieten, zahlen nichts zugunsten des Gemeinwohls. Das Geldspielgesetz will Anbieter ohne Schweizer Bewilligung deshalb auch im Internet vom Schweizer Markt fernhalten. Dafür sieht es gezielte Zugangssperren vor. Die Schweiz folgt damit dem Beispiel von 17 europäischen Staaten, die solche Sperren bereits erfolgreich einsetzen. Dies sei im Interesse eines attraktiven, fairen und sicheren Glücksspielmarktes.⁴¹ Verschiedene Leitgedanken, welche auch die Debatte der Urheberrechtsreform begleiteten, treffen pointiert aufeinander. Öffentliche- und Individualinteressen sollen durch die legislatorische Regulierung technischer Mittel selbst sowie durch deren Zuhilfenahme zu einer geschickten Ausbalancierung führen. Ausgewählte Änderungen werden auf diese Kernpunkte im Folgenden erforscht.

³³ THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN (Fn. 20), S. 701.

³⁴ Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet (Fn. 4), S. 10 f.

³⁵ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte abgeschlossen am 16. Dezember 1966, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992 (SR 0.103.2); Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet (Fn. 4), S. 11 mit Hinweis.

³⁶ Urteil des Europäischen Gerichtshofs C-314/12 *UPC Telekabel Wien GmbH* vom 27. März 2014.

³⁷ Modernisierung des Urheberrechts: Kompromiss in der AGUR12 II, Medienmitteilung der Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR12 II) vom 2. März 2017.

³⁸ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 9, 23 f.

³⁹ THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN (Fn. 20), S. 708.

⁴⁰ MÜLLER (Fn. 26), S. 566.

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 1C_163/2018, 1C_239/2018 vom 29. Oktober 2018 E. 6.1 mit Verweis auf die Mitteilung der Konferenz der Kantonsregierungen sowie der Fachdirektorenkonferenz vom 23. März 2018.

II. Reformen im Detail

1. Ausgewählte Änderungen in der EU im Detail

[Rz 15] Die Motive der Vornahme von Änderungen auf EU-Ebene sind ähnlich denen, die auch in der Schweiz zu einer Einsicht des Reformbedarfs geführt haben. Die Suche nach einem neuen Urheberrecht gestaltet sich langwierig. Eine Modernisierung des Urheberrechts unter Berücksichtigung der digitalen Revolution und dem geänderten Verhalten der Verbraucher ist herausfordernd.⁴²

[Rz 16] Für Europa ist der breite und bessere Online-Zugang zum Internet angesichts des wirtschaftlichen Potenzials zentral. Das Wachstumspotenzial der europäischen digitalen Wirtschaft müssten vollends ausgeschöpft werden. Die herausragenden Möglichkeiten der digitalen und keine Grenzen kennenden Technologien müssten viel besser genutzt werden.⁴³ Insbesondere ist es ebenso ein Anliegen, eine «reasonable balance» zwischen den unterschiedlichen Interessen herbeizuführen, zu der auch das Urheberrecht gehört.⁴⁴ Gebraucht sei ein funktionsfähiger Markt für den Urheberrechtsschutz, was rechtliche Massnahmen erforderlich mache. Es könne keine unbeschränkte Portabilität urheberrechtlich geschützten Materials geben.⁴⁵ Die Online-Dienstbetreiber ermöglichen auf ihren zur Verfügung gestellten Plattformen diese Portabilität.⁴⁶ Die Gewichtung ist in der EU eine andere als in der Schweiz und knüpft noch pointierter an diese Tatsache an. Der neue Art. 13 der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt sieht vor, dass Plattformbetreiber schon während des Hochladens prüfen müssen, ob dadurch Urheberrechte verletzt würden.⁴⁷ Zwar besteht augenscheinlich keine vorschriftsmässige Einführung von Upload-Filtern. Ohne die Verwendung solcher Filter ist es allerdings praktisch nicht möglich, den rechtlichen Anforderungen gerecht zu werden. Die Motivation war es auch, der fehlenden Rechtsdurchsetzung im Bereich des Urheberrechts gerechter werden zu können. Kritiker wenden zur Hauptsache ein, dass solche Filter einerseits aus technischer Perspektive aufgrund ihrer Fehleranfälligkeit unzuverlässig seien und andererseits materiell ein gewisses Missbrauchspotenzial bestünde.⁴⁸ Um den rechtlichen Anforderungen gerecht zu werden, Urheberrechtsverletzungen als Host-Provider zu unterbinden, seien nicht zu unterschätzende Investitionen auf Kosten freier und kostenloser Zugänglichkeit zu erwarten. Beispielsweise für Wikipedia bedeute dies nichts Gutes, doch auch für die Nutzerinnen und Nutzer selber, da sie mit Kosten oder Einschränkungen rechnen müssten. Die Interessenslage der Konsumentinnen des Internets ist aber derart gerichtet, als dass der Zugang möglichst umfassend und günstig ausgestaltet sein soll.⁴⁹

⁴² Vgl. SANDRA SYKORA, Neues Urheberrecht gesucht – Die EU auf dem Weg zum digitalen Binnenmarkt?, sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 88 ff.

⁴³ SYKORA (Fn. 42), S. 88 f.; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, [SWD(2015) 100 final].

⁴⁴ Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa (Fn. 43); Article 13 + related definition (Fn. 29).

⁴⁵ SYKORA (Fn. 42), S. 88 f., 96; Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa (Fn. 43).

⁴⁶ SYKORA (Fn. 42), S. 91.

⁴⁷ Article 13 + related definition (Fn. 29).

⁴⁸ Zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und Änderungen des Urheberrechtsgesetzes, Bericht über das Vernehmlassungsverfahren vom 2. Dezember 2016, S. 4; SYKORA (Fn. 42), S. 97 f.; Interpellation 18.3665 von REIMANN (Fn. 11); Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 8.

⁴⁹ SYKORA (Fn. 42), S. 97 f.; Interpellation 18.3665 von REIMANN (Fn. 11); Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 8.

Gefahr sei vor allem, dass die Meinungsfreiheit beschränkt werde, bevor diese überhaupt wahrgenommen werden könne (zur Meinungsfreiheit siehe auch das nachfolgende Kapitel «III. Internet, Urheberrecht und die Grundrechte»⁵⁰).

[Rz 17] Unautorisierte Akte der Kommunikation zur Öffentlichkeit von urheberrechtlich geschützten Werken machen die «online content sharing service providers» haftbar. Die Regelung sieht eine Haftungsvermutung des Hosting-Providers vor, der er nur durch den Nachweis der notwendigen Sorgfalt entgehen kann. Die Bemühungen der Wahrung der Rechtmässigkeit müssen eindeutig zutage treten und die Massnahmen schnell erfolgen, um Wegnahme und Wiederaufnahme solcher das Urheberrecht verletzenden Materialien ausreichend zu sichern bzw. verhindern.⁵¹

[Rz 18] In Bezugnahme auf den Grundsatz der Proportionalität seien die getroffenen Massnahmen zu prüfen. Ähnlich wie in der Schweiz wird dabei auch auf die Grösse des Anbieters und des nutzenden bzw. erreichten Publikums abgestellt sowie die individuellen Möglichkeiten, passende und effektive Mittel, auch in Berücksichtigung von Kosten, zu treffen.⁵² Gleichzeitig sollen die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Gesetzen vorsehen, dass Zitate, Kritiken, Reviews, Karikaturen, Parodien und Persiflagen nach wie vor zugänglich sein sollen. Genau das wird ein automatisiertes System, ein Algorithmus unter Verwendung eines intelligenten Filter-Systems, nur schwer hinkriegen. Dies führt zu einem Kollateralschaden auf Kosten der Nutzerinnen und Nutzer. Die Filtertechnik ist in ihrer Erfassung nur so gut wie sie sich in der gegebenen Definition der zu prüfenden Kriterien darstellt. Selbst bei einer vergleichsweise herausragenden qualitativen und funktionellen Definition bleibt ein Problem unauflösbar: Es gibt keinen stabilen Endzustand, da fortan von der anderen Seite versucht wird, den Filter auszutricksen oder zu umgehen.⁵³ Dass die Prüfung angesichts der Masse des potenziell zu prüfenden Materials nicht manuell erfolgt, erklärt sich von selbst und weist insbesondere hinsichtlich den Grundrechten gewisse Fragezeichen auf (siehe dazu das nachfolgende Kapitel «III. Internet, Urheberrecht und die Grundrechte»).

2. Ausgewählte Änderungen in der Schweiz im Detail

2.1. Stay-Down-Pflicht und der Einsatz von Filtersystemen

[Rz 19] Bei der Nutzung desselben Terrains, dem Internet, stossen die Interessen der verschiedenen Beteiligten im Rahmen der Dreiecksbeziehung von Nutzer, Provider und Urheber aufeinander. Filtersysteme helfen dabei, die übertretenen Sphären des Gegenübers zurückzudrängen oder überhaupt erst zu identifizieren. In örtlicher und zeitlicher Hinsicht stellt mangelnde Kontrolle über die Herrschaft urheberrechtlichen Materials ein gravierendes Problem dar.⁵⁴ Dazu ist es erforderlich IP-Adressen speichern und aufzeichnen zu können.⁵⁵ Der Sache dienend rechtlich angezeigte Einblicke tatsächlich bekommen zu können ist die Erlassung des Artikels 77i DSG

⁵⁰ Interpellation 18.3665 von REIMANN (Fn. 11).

⁵¹ Article 13 + related definition (Fn. 27).

⁵² MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 136; Article 13 + related definition (Fn. 29).

⁵³ THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN (Fn. 20), S. 709; Interpellation 18.3665 von REIMANN (Fn. 11); HERTIG RANDALL (Fn. 30), S. 248.

⁵⁴ MÜLLER (Fn. 26), S. 542.

⁵⁵ Der Bundesrat passt das Urheberrecht ans Internet-Zeitalter an, Medienmitteilung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 22. November 2017.

als eine gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung zur strafrechtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen.⁵⁶ Dem Artikel zufolge dürfen die Rechtsinhaber, die in ihren Urheberrechten oder in ihren verwandten Schutzrechten verletzt werden, Personendaten bearbeiten, soweit dies zum Zweck der Strafantragsstellung oder der Strafanzeigeerstattung notwendig ist und sie rechtmässig darauf zugreifen können. Sie dürfen diese Daten auch für die adhäsionsweise Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen oder für deren Geltendmachung nach abgeschlossenem Strafverfahren verwenden. Schliesslich ist gerade der unrechtmässige Nutzer als Teil der trilateralen Verhältnissen gegenüber dem Urheber nicht transparent.⁵⁷ Ähnliches ist im Bereich des Zivilrechts nicht vorgesehen, da der Bundesrat die Bedeutung des Fernmeldegeheimnisses untermalt. So ist im Rahmen dieser Vorlage nicht vorgesehen, Internetnutzerinnen und Internetnutzer, deren Internetanschluss für Urheberrechtsverletzungen verwendet wurde, im Zivilverfahren identifizieren lassen zu können.⁵⁸ Im Allgemeinen ist der Einsatz von Filtersystemen nur eingeschränkt zulässig.⁵⁹

[Rz 20] Die Kriminalisierung wird insbesondere dadurch nicht erweitert, indem der Download zum Privatgebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG – im Gegensatz zum Upload – urheberrechtlich geschützter Werke nach wie vor legal ist. Dazu gehört auch das verbreitete Streaming, das als vorübergehende Vervielfältigung nach Art. 24a URG zulässig ist.⁶⁰ Der Gesetzgeber hatte sich bereits im Rahmen der am 1. Juli 2008 in Kraft getretenen Teilrevision des Urheberrechtsgesetzes explizit dahingehend ausgesprochen, die Nutzung unlizenzierter Angebote nicht zu verbieten. Insbesondere sei eine solche Nutzung nicht von der das Urheberrecht beschränkenden Schranke, Art. 19 URG, der Verwendung zum Eigengebrauch, auszunehmen.⁶¹ Ausserdem liegt für die Anwendung der eigentlichen Filterung eine doppelte Einschränkung vor. Die Stay-Down-Pflicht besteht nur, wenn eine besondere Gefahr für Urheberrechtsverletzungen geschaffen wird und beschränkt auch die an diese Verpflichtung gekoppelten Massnahmen auf solche, die technisch und wirtschaftlich zumutbar sind.⁶² Der Nutzer wird nicht in das direkte Visier genommen, denn die Nutzung von illegalen Angeboten soll auch weiterhin nicht verfolgt werden.⁶³ Dies trägt auch dem Einwand von Konsumentenseite her Rechnung, dass oftmals gar nicht erkennbar sei, welche Angebote legal seien und welche nicht.⁶⁴

[Rz 21] Das Anknüpfen am Hosting-Provider der in dieser Thematik relevanten Player von Nutzer, Provider und Urheber erklärt sich durch die konkrete Einflussmöglichkeit der Rechtsdurchsetzung und der damit verbundenen Geeignetheit der Massnahme. Die Hosting-Provider sind es, welche die Möglichkeit haben, die rechtlich zu beanstandende Verbreitung bestimmten Materials entfernen zu können. Die bisherige Fokussierung auf die Selbstregulierung habe insofern versagt, als dass diese gerade von den grössten Verursachern rechtlicher Missstände nicht genutzt

⁵⁶ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 11.

⁵⁷ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 124; LOHRI-KEREKES (Fn. 16), S. 116.

⁵⁸ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 22; Medienmitteilung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 22. November 2017 (Fn. 55).

⁵⁹ LOHRI-KEREKES (Fn. 14), S. 116.

⁶⁰ THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN (Fn. 20), S. 711, 719; MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 125.

⁶¹ Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet (Fn. 4), S. 10; Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 24.

⁶² MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 136.

⁶³ Medienmitteilung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 22. November 2017 (Fn. 55).

⁶⁴ Bericht über das Vernehmlassungsverfahren vom 2. Dezember 2016 (Fn. 48), S. 28.

werde. Damit sind diejenigen Plattformen angesprochen, welche als Geschäftsmodell gerade die systematische Verletzung von Urheberrechten begünstigen.⁶⁵ Durch neue Regulierungen soll das Problem nun gerichtet an der Wurzel angegangen werden können.⁶⁶ Zugleich aber sollten in Achtung der Interessen der Provider dem Schutz vor Schadenansprüchen gebührend Rechnung getragen werden.⁶⁷

[Rz 22] Letztlich ist es eine rechtspolitische Wertung die Provider durch Auferlegung gewisser Pflichten in die Verantwortung zu nehmen, da die ins Recht gefasste Adressatin keine direkte Rechtsverletzung begeht. Pointierter als bisher wird an den rechtlich relevanten Beitrag an eine Urheberrechtsverletzung angedockt. Es geht dabei nicht um die Etablierung einer Rechtsvermutung, Hosting-Provider unter Generalverdacht zu stellen. So sollen die Verpflichtungen auch nur unter engen, vom Gesetz umschriebenen Voraussetzungen greifen. Es sind gerade die Aspekte von Geeignetheit, Effektivität und Praktikabilität, welche die vorgesehenen Pflichten veranlassen haben. Diese erinnern an das Verhältnismässigkeitsprinzip. Je nach dem wie die den rechtlichen Missstand zu behebenden Massnahmen gesetzlich ausgestaltet oder von der Betroffenen angewendet wird, kann dies zu einer ungebührlichen Einschränkung von Dritten kommen.⁶⁸

[Rz 23] Die Regelung geht indessen nicht so weit, eine eigentliche permanente Überwachungspflicht vorzuschreiben und damit den Einsatz von Filtersystemen zu befördern. Die Pflicht zum Handeln greift nur hinsichtlich erneutem widerrechtlichem Zugänglichmachen. Die Vorschrift wird aktiviert, sobald der Hosting-Provider darüber in Kenntnis gesetzt wird, dass auf seinem Terrain – dem Server – urheberrechtlich geschützte Inhalte zugänglich gemacht wurden.⁶⁹ Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, ob die Zurverfügungstellung urheberrechtlich geschützten Materials direkt oder indirekt erfolgt. Direkt bedeutet, dass die urheberrechtlich geschützten Werke unmittelbar auf den Servern des Hosting-Providers gespeichert sind. Die indirekte Aktivierung erfasst hingegen die auf den Servern des Hosting-Providers abgelegten Verlinkungen, welche dann Zugangsmöglichkeit zu anderen Orten gewähren, in denen urheberrechtlich geschützte Werke abgespeichert sind.⁷⁰ Art. 39d URG sieht vor, dass der Betreiber eines Internet-Hosting-Dienstes, der von Benutzern und Benutzerinnen eingegebene Informationen speichert, verpflichtet ist zu verhindern, dass ein Werk oder ein anderes Schutzobjekt Dritten mithilfe seines Dienstes erneut widerrechtlich zugänglich gemacht wird. Die kumulativen Voraussetzungen dafür lägen vor, wenn das Werk oder das andere Schutzobjekt bereits über denselben Internet-Hosting-Dienst Dritten widerrechtlich zugänglich gemacht wurde, der Betreiber auf die Rechtsverletzung hingewiesen wurde und der Internet-Hosting-Dienst eine besondere Gefahr solcher Rechtsverletzungen geschaffen habe, namentlich durch eine technische Funktionsweise oder durch eine wirtschaftliche Ausrichtung, die Rechtsverletzungen begünstigen.⁷¹ Diese Stay-Down-Pflicht ist, wie nachfolgend erörtert, umstritten. Der BGH in Deutschland hat die Zulässigkeit einer solchen bejaht. Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass auf diese Weise auch die legale Nutzung des Angebots in geringem Umfang eingeschränkt würde. Eine solche Ein-

⁶⁵ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 134.

⁶⁶ RIGAMONTI (Fn. 12), S. 117.

⁶⁷ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 9.

⁶⁸ RIGAMONTI (Fn. 12), S. 117, 122 ff.

⁶⁹ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 135.

⁷⁰ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 135.

⁷¹ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 135 f.; Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 46.

schränkung wäre aber im Interesse eines wirksamen Schutzes des Urheberrechts hinzunehmen, solange das Geschäftsmodell der Beklagten dadurch nicht grundlegend in Frage gestellt wird.⁷² In Frankreich wird diese Pflicht hingegen gerichtlich verneint.⁷³

[Rz 24] Um der Masse an Nutzern gerecht zu werden, ist ausserdem davon auszugehen, dass hinsichtlich dem erneuten Zugänglichmachen nicht derselbe Nutzer gemeint ist. Dies würde auch dogmatisch einleuchten, geht es primär um den Schutz des Werkes, unabhängig davon, wer genau die Verletzung begeht.⁷⁴

[Rz 25] Die Pflicht zum Handeln wird vom Gesetzestext derart konkretisiert, als dass nach Art. 39 Abs. 2 URG der Betreiber diejenigen Massnahmen ergreifen muss, die ihm unter Berücksichtigung der Gefahr solcher Rechtsverletzungen technisch und wirtschaftlich zuzumuten sind. Zwar als Präzisierungen des allgemeinen Verhältnismässigkeitsprinzips gedacht, fällt die Konkretisierung angesichts der mehrfachen Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe dennoch vage aus. Dieser Ausfluss des beschränkten Anwendungsbereichs von Filter-Verpflichtungen rührt auch von einem Entscheid des EuGH.⁷⁵ Dieser hatte festgehalten, dass es unzulässig ist, einen vermittelnden Dienstleister wie einen Provider zu verpflichten, sämtliche Daten jedes seiner Kunden aktiv zu überwachen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums vorzubeugen. Die Massnahmen müssten gerecht und verhältnismässig sein und dürften darüber hinaus nicht übermässig kostspielig sein.⁷⁶

[Rz 26] Der Bundesrat ist sich der mangelnden Konkretisierung offenbar bewusst, indem er ausführlich beschreibt, was unter den unbestimmten Rechtsbegriffen zu verstehen ist und zahlreiche Beispiele aufführt. Die Gefahr sei beispielsweise zu bejahren, wenn ein Nutzer ohne Weiteres, d.h. schnell und ohne Aufwand, bereits entferntes Material einfach erneut zugänglich machen könnte. Fehlende Nutzeridentifizierungen, die Masse an Linkssammlungen zum Abrufen urheberrechtlich geschützter Werke und ein System, das seine Attraktivität derart vermarkten will, bewusst einer breiten Öffentlichkeit fremde Inhalte zugänglich und verbreitbar zu machen, werden als weitere Beispiele aufgezählt.⁷⁷ Auch eine hohe Anzahl berechtigter Anzeigen von Urheberrechtsverletzungen wiesen auf eine gefährdende technische Funktionsweise hin.⁷⁸ Der offen gehaltene Text bezüglich Zumutbarkeit der zu wählenden Massnahmen, Verbreitungen zu unterbinden, die den Rechten der Urheber entgegenlaufen, zeigt einmal mehr die Schwierigkeit auf, gesetzgeberisch technische Vorschriften zu machen. Die Grenzziehung der Zumutbarkeit im konkreten Fall sei von der Speicherkapazität, der Grösse und der Professionalität des Betreibers abhängig.⁷⁹ Eine gewisse Inkonsistenz ist derart auszumachen, als dass auf der einen Seite nur wenige Anbieterinnen und Anbieter von Internetdiensten eine besondere Gefahr schaffen würden und einen gewissen Mehraufwand spüren würden. Auf der anderen Seite deuten die ausführlichen Erklärungen und gegebenen Beispiele aber darauf hin, dass eben nicht nur die «grossen Fische» von potenziel-

⁷² Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. Juli 2012 I ZR 18/11, Rz. 45.

⁷³ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 21 mit Hinweis auf Cour de cassation, Arrêt no 831 du 12 juillet 2012 (11-13.669) – ECLI: FR: CCASS: 2012: C100831.

⁷⁴ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 135 f.; Bericht über das Vernehmlassungsverfahren vom 2. Dezember 2016 (Fn. 48), S. 17.

⁷⁵ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 136.

⁷⁶ Urteil des Europäischen Gerichtshofs C-70/10 *Scarlet Extended SA* vom 24. November 2011, Rz. 36.

⁷⁷ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 136; Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 46.

⁷⁸ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 46.

⁷⁹ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 136.

len Verpflichtungen erfasst werden könnten. In diese Richtung weist auch die Anmerkung, dass Kleinanbieter Passwörter vorsehen sollten, um der relativierten Stay-Down-Pflicht gerecht zu werden. Eine solche Haftungserweiterung wäre nur schwer mit der Intention zu vereinen, keine ausgedehnte Kriminalisierung anzustreben.⁸⁰

[Rz 27] Bezüglich dem eigentlichen «Take-Down» verweist der Bundesrat auf den bereits bestehenden Art. 62 Abs. 1 lit. b URG. Die Leistungsklage sieht vor, dass wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird, vom Gericht verlangen kann eine bestehende Verletzung zu beseitigen (Take Down). Ausserdem weist der Bundesrat auch auf das hoch gehaltene Mittel der Selbstregulierung hin, das auch weiterhin im Vordergrund steht.⁸¹ Der Branchenverband der Hosting-Provider, die simsa, sieht eine Selbstregulierung in der Form des *Code of Conduct Hosting* für Urheberrechtsverletzungen vor.⁸²

2.2. Fotografien

[Rz 28] Eine wesentliche Erweiterung des urheberrechtlichen Schutzbereichs hat die Fotografie durch Art. 2 Abs. 3^{bis} E-URG erfahren. So sieht der Wortlaut vor, dass fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte als Werke gelten, auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben. Konträr zu den klassischen Anforderungen an den Urheberrechtsschutz generell (Art. 2 URG, Werkbegriff), ist fortan das Kriterium des individuellen Charakters nicht mehr erforderlich. Diese Ausweitung der Anwendung urheberrechtlichen Schutzes wird zwar kritisiert, kommt aber nicht von ungefähr.⁸³ Die Subsumtion einzelner Fotografien auf diesen Tatbestand bereitete erhebliche Schwierigkeiten und schränkte, auch angesichts der eher restriktiven Praxis, die Urheberinnen und Urheber in ihren Interessen ein.⁸⁴ Insbesondere dokumentiertes Zeitgeschehen oder Produktfotografien auf höchstem Niveau blieben oft ungeschützt. Die Schaffer solcher Aufnahmen konnten nichts gegen eine Weiterverbreitung tun und blieben folglich auch in ihren finanziellen Möglichkeiten erheblich eingeschränkt. Das eigentliche Kunstwerk-Erfordernis im Interesse eines breiteren Anwendungsbereiches des Schutzes wird daher aufgegeben.⁸⁵

[Rz 29] Angesichts der technischen Verbreitungsmöglichkeiten und den einfachen Herunterladungsvorgängen erscheint ein Sonderschutz angezeigt.⁸⁶ Dieser Schutz ist Ausfluss eines in der Reform angestrebten, dreiteiligen Massnahmenpaketes in Form der Verlängerung der Schutzfrist für verwandte Schutzrechte, Schutz von Fotografien ohne individuellen Charakter und Video-on-Demand-Vergütung für Urheberinnen und Urheber sowie Interpretinnen und Interpreten zur Begleichung eines bestehenden sog. Value-Gaps. Dieser beschreibt den in der Praxis beobachteten

⁸⁰ RIGAMONTI (Fn. 12), S. 117; MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 136 f.; Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 83.

⁸¹ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 135; Medienmitteilung der Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR12 II) vom 2. März 2017 (Fn. 37).

⁸² Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 10; siehe auch <https://www.simsa.ch/code-of-conduct-hosting.html> (zuletzt aufgerufen am 28. April 2019).

⁸³ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 127.

⁸⁴ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 29 mit Hinweis auf BGE 130 III 714; MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 125 f.

⁸⁵ Medienmitteilung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 22. November 2017 (Fn. 55); Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 14 f.

⁸⁶ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtgesetzes (Fn. 6), S. 14 f.

Effekt, dass die Umsätze von Online-Plattformen steigen, während die Vergütungen von Kulturschaffenden abnehmen bzw. nicht gleich proportional steigen.⁸⁷ Die verschiedenen Neuerungen sollen die Situation für Kulturschaffende und Produzenten sowie Produzentinnen verbessern.⁸⁸ Der vorzuliegende Anknüpfungspunkt der geistigen Schöpfung ist weiterhin notwendig, um in den Genuss des Urheberrechts zu kommen, es muss ihr also menschliches Handeln zugrundeliegen.⁸⁹

[Rz 30] Vorgesehen ist ausserdem das Erfordernis der Dreidimensionalität, das neue Fragen aufwirft. Ein Konnex besteht zur geistigen Schöpfung insofern, als dass beispielsweise fraglich sein kann, ob eine frontale Fotografie eines Bildes – die Fotografie wäre dann nicht dreidimensional – überhaupt eine geistige Schöpfung darstellt.⁹⁰ Andererseits ist das Abstellen allein auf Zweidimensionalität kaum geeignet, per se eine geistige Schöpfung im vornherein zu verneinen. Eine Ebene vorher ist bereits fraglich, ob Zwei- und Dreidimensionalität überhaupt klar unterscheidbar sind und wo die Grenzen sinnvollerweise zu ziehen wären. International stellt die vorgeschlagene Regelung denn auch ein Unikum dar und ist damit nur von eingeschränktem Nutzen für Fotografen, da die internationale Anerkennung hinsichtlich dieser Schutzbestimmung offen bliebe. Gerade angesichts der weit verbreiteten Nutzung von Fotos im digitalen Umfeld verblüfft der extensive Schutz einzelner Fotos.⁹¹ Geschützt sind ausserdem sowohl professionell wie laienhaft gemachte Fotografien.⁹² Auch das Alter eines Bildes ist nicht entscheidend.⁹³ Hinsichtlich der Dauer des Schutzes ist allerdings eine Begrenzung in Form einer Frist von 50 Jahren vorgesehen.⁹⁴ Dies erfolgt im Gegensatz zur ansonsten angestrebten Verlängerung von Schutzfristen. So soll die Schutzfrist für die verwandten Schutzrechte der Interpretinnen und Interpreten sowie der Herstellerinnen und Hersteller von Ton- und Tonbildträgern von 50 auf 70 Jahre erhöht werden.⁹⁵ Die Änderungen bringen eher ein Ungleichgewicht verschiedener Interessen mit sich als deren Annäherung aneinander.⁹⁶

[Rz 31] Entgegen der Intention des Gesetzgebers wird eingewendet, dass die Bestimmung nicht zur Erweiterung des Schutzes von Fotografen führe, sondern zu deren Einschränkung und somit einem Zirkelschluss unterliege. Insbesondere öffentlich zugängliche Objekte, die fotografiert würden, wären fortan nicht mehr ohne weiteres möglich. Denn es drohe die Gefahr der Begehung einer Verletzung von Urheberrechten, etwa bei der Festhaltung der gemachten Bilder auf sozialen Netzwerken. Folge dieses weiten Schutzes von Fotografien sei, dass die Gemeinfreiheit beeinträchtigt werden könnte. Der kulturelle Austausch, der rege im und über das Internet von statten geht, würde eingeschränkt. Da nicht das fotografierte Objekt unter Schutz steht, sondern

⁸⁷ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 21.

⁸⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2017 (Fn. 1).

⁸⁹ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 30.

⁹⁰ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 127.

⁹¹ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 128 f.

⁹² Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 29.

⁹³ HUSI-STÄMPFLI/GISLER (Fn. 14), S. 156 f. mit Hinweisen.

⁹⁴ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 14.

⁹⁵ Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (Fn. 6), S. 13; Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2017 (Fn. 1).

⁹⁶ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 128 f.

das Foto davon, werden gemeinfreie Werke von der Bestimmung jedoch nicht tangiert.⁹⁷ Es zeigt aber, dass wie oben ausgeführt Unsicherheiten hinsichtlich der Regelung bestehen.

[Rz 32] Davon unberührt bleibt das Recht am eigenen Bild, das in der Schweiz als Bestandteil des Persönlichkeitsschutzes angesehen wird, wobei gewisse Ausnahmen zu beachten sind.⁹⁸ Auch allfällige Einwilligungen sind jeweils kontextabhängig.⁹⁹ Nach Art. 13 Abs. 1 BV hat jede Person Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz stellt letztlich eine Konkretisierung dieser Bestimmung dar.¹⁰⁰ Gleichermassen sind Fotografieren wie Veröffentlichung der Fotos von Personen ohne deren Einverständnis nicht zulässig.

III. Internet, Urheberrecht und die Grundrechte

[Rz 33] Genauso wie das Urheberrechtsgesetz technologieneutral ausgestaltet ist, steht die Meinungsfreiheit unabhängig vom Medium der Kommunikation dem Einzelnen zu.¹⁰¹ Der Schutz und die Förderung der freien Meinungsäusserung gelten unvermindert technologischer Sprünge auch im Internet.¹⁰² Bereits der Zugang zum Internet fällt unter diesen Schutzbereich und ist von grosser Bedeutung.¹⁰³ Das Internet bildet Teil der Grundversorgung im Sinne von Art. 92 Abs. 2 BV, welche gleichmässig und ausreichend zu erbringen ist.¹⁰⁴ Von legislatorischen Restriktionen im Internet können auch die Medien-, Informations-, Wirtschafts- und die persönliche Freiheit sowie die informationelle Selbstbestimmung und Persönlichkeitsrechte tangiert sein.¹⁰⁵ Doch gelten diese Rechte wie die Meinungsfreiheit nicht gänzlich absolut. Andere Werte können ein Abrufen dieser Rechte durchaus in die Schranken weisen.¹⁰⁶ Umso wichtiger sind aber die Achtung der Voraussetzungen nach Art. 36 BV Grundrechte einschränken zu dürfen. Es bedarf einer gesetzlichen Grundlage und muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein. Ausserdem muss der Grundsatz der Verhältnismässigkeit samt dessen Konkretisierungsgrades der Zumutbarkeit gewahrt werden. Praktisch angewendet heisst dies beispielsweise, dass Informieren und Löschen dem Sperren vorgeht.¹⁰⁷ Grundrechte stehen grundsätzlich dem Einzelnen zu und es besteht ein Grundrechtsverwirklichungsauftrag gemäss Art. 35 BV, der insbesondere auch für das Internet zentrale Bedeutung hat. Das Internet bildet Teil der Lebensgestaltung persönlicher, beruflicher und finanzieller Natur und Kommunikation jeglicher Art. Zudem ist auch politische Meinungsbildung daran gekoppelt.¹⁰⁸ Die Masse an Informationen unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Masse an Adressaten erklärt auch das

⁹⁷ MOSIMANN/HOSTETTLER (Fn. 11), S. 128.

⁹⁸ HUSI-STÄMPFLI/GISLER (Fn. 14), S. 156 f. mit Hinweisen.

⁹⁹ HARDY LANDOLT, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1c/2, Zürich 2007, Art. 49 OR, Rz. 46.

¹⁰⁰ LANDOLT (Fn. 99), Rz. 1 mit weiterem Hinweis auf BGE 117 II 115.

¹⁰¹ HERTIG RANDALL (Fn. 30), S. 235 f.

¹⁰² Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Editorial Board of Pravoye Delo und Shtekel gegen die Ukraine* vom 5. Mai 2011, N. 63.

¹⁰³ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Cengiz und andere gegen die Türkei* vom 19. Januar 2016, N. 44 mit Hinweisen.

¹⁰⁴ MÜLLER (Fn. 26), S. 565 f.

¹⁰⁵ THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN (Fn. 20), S. 712; MÜLLER (Fn. 26), S. 557.

¹⁰⁶ HERTIG RANDALL (Fn. 30), S. 241 f.

¹⁰⁷ THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN (Fn. 20), S. 713 ff.

¹⁰⁸ MÜLLER (Fn. 26), S. 556.

Recht auf Vergessen.¹⁰⁹ Die Ausübung und Ausgestaltung solcher auf individuell zugeschnittene Rechte über die sog. Massenmedien kann dann gewisse Fragezeichen aufwerfen.¹¹⁰

[Rz 34] Im Besonderen muss beachtet werden, dass das Internet die Möglichkeit der Grundrechtsausübung zum einen massiv vergrössert, zum anderen aber auch das Potenzial von Straftaten erheblich erweitert.¹¹¹ So sind vor allem Netzsperrern, zumindest im Rechtsstaat, nicht dazu gedacht, schlicht unliebsame Informationen unzugänglich zu machen, sondern verfolgen eigene schutzwürdige Motive bis hin zum Schutz von Rechten anderer, wie gewaltverherrlichende Inhalte, Kinderpornografie oder nicht lizenzierte Angebote urheberrechtlich geschützter Werke. Netzsperrern verstossen also nicht *per se* gegen die Grundrechte.¹¹² Die allgemeine Wahrung von Grundrechten muss aber auch im Internet gelten, doch genauso muss deren Missbrauch bzw. rechtsmissbräuchliche Berufung auf Grundrechte bei rechtswidrigem Verhalten verhindert werden. Im starken Kontrast zur Individualität der Grundrechte, die dem Einzelnen zustehen und vor Gericht im Einzelfall sorgfältig zu prüfen sind, verhindern Internetsperrern, unter Umständen auch ein systematisch und automatisiert agierendes Filter-System, genau diesen auf Singularität beruhenden Kernpunkt. So scheint nicht nur die Vereinbarung mit der freien Meinungsäusserung kritisch, sondern auch die Tatsache, dass nicht eine gerichtliche Behörde, sondern ein privates Unternehmen solche – die Grundrechte tangierenden – Massnahmen erlässt.¹¹³ Ohne individuelle Analyse, verfahrensmässigem Schutz oder Ähnlichem werden exzessiv potentielle Grundrechtsausübungen blockiert.¹¹⁴ Ein solcher Kollateralschaden sollte folglich wenn möglich verhindert werden.¹¹⁵ Angesichts der technischen Möglichkeiten, der Masse an zu untersuchenden Informationen und wirtschaftlichen Überlegungen, wird dementsprechend nicht ein Mensch manuell solche Untersuchungen vornehmen, sondern ein intelligentes System. Es wäre jedoch aus denselben Überlegungen zu erwarten, dass die Programmierung, angesichts des Risikos, verantwortlich gemacht zu werden, eher restriktiv denn liberal filtert. Dies erstaunt angesichts der äusseren legislatorisch gesetzten Parameter nicht, wäre dies schlicht ein risikoorientiertes Kosten-Nutzen-Kalkül.¹¹⁶ Das sog. Overblocking führt dazu, dass auch rechtmässig zugänglich gemachte Inhalte erfasst werden, was auch ein Überschreiten des Störerprinzips, der Adressierung von Massnahmen direkt an den Störenden, bedeutet.¹¹⁷ Eine Anwendung in der EU ist aufgrund der rechtlichen Vorschriften zu erwarten, wobei nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU die Mitgliedstaaten 24 Monate Zeit haben, um die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.¹¹⁸ Die beschriebenen Risiken treten in der Schweiz angesichts der erforderlichen bereits erfolgten Rechtsverletzung weniger zutage, als auf der EU-Ebene, die einen solchen

¹⁰⁹ MÜLLER (Fn. 26), S. 560.

¹¹⁰ Vgl. ANNE-SOPHIE MORAND, Die Person der Zeitgeschichte, Zeitschrift für Kommunikationsrecht, 2015, S. 49 ff.

¹¹¹ HERTIG RANDALL (Fn. 30), S. 253.

¹¹² THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN (Fn. 20), S. 705, 711; Medienmitteilung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 22. November 2017 (Fn. 55).

¹¹³ Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet (Fn. 4), S. 11.

¹¹⁴ HERTIG RANDALL (Fn. 30), S. 244.

¹¹⁵ HERTIG RANDALL (Fn. 30), S. 248.

¹¹⁶ Vgl. Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet (Fn. 4), S. 4.

¹¹⁷ THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOCEK/REUTIMANN (Fn. 20), S. 708, 716.

¹¹⁸ Siehe Fn. 2.

zweiteiligen Mechanismus nicht vorsieht. Die Prüfpflicht greift in der Schweiz nicht im Moment des Hochladens, sondern erst bei einer gemeldeten Urheberrechtsverletzung.¹¹⁹

IV. Digitaler Nachlass und das Urheberrecht

[Rz 35] Das Internetzeitalter hat nicht nur Auswirkungen auf das alltägliche Leben, sondern auch auf den Umgang mit dem Nachlass von Verstorbenen. Das Erbrecht reguliert den regulären Nachlass. Doch immer häufiger führen die zu Lebzeiten hinterlassenen digitalen Spuren samt wirtschaftlich-elektronischer Transaktions- und Erwerbsmöglichkeiten bis in den eigentlichen Nachlass hinein. Die Speichermöglichkeiten der Neuzeit führen zu einem breiten Fundament an Hinterlassenschaften digitaler Natur und einem eigentlichen digitalen Vermögen.¹²⁰ Bestandteil davon können insbesondere auch urheberrechtlich geschützt sein.¹²¹

[Rz 36] Zwar erlischt nach Art. 16 URG das Urheberrecht durch einen Erbvorgang nicht und ist im Einklang mit der Universalsukzession nach Art. 560 ZGB übertrag- und vererbbar.¹²² Dies ergibt sich sinngemäss auch aus Art. 29 Abs. 2 lit. b URG, der Schutzvorschriften von 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers festlegt. Für Computerprogramme gilt dieser Schutz nach Art. 29 Abs. 1 lit. a URG nur für 50 Jahre. Nichts desto trotz können Daten nicht einfach gelöscht werden.¹²³ Es ist einerseits zu empfehlen, fachkompetente Unterstützung beizuziehen. Zum anderen bietet das Erbrecht dem Erblasser die Möglichkeit, beispielsweise ausdrücklich zu untersagen, geerbte und zu Eigentum übertragene Werke im Internet zu publizieren. Dann kann auch von den Erben gegen Nutzer vorgegangen werden. Umgekehrt wird der erlangten Eigentümerstellung angesichts des Erschöpfungsgrundsatzes nach Art. 12 URG Grenzen hinsichtlich einer absoluten Kontroll- oder Unterbindungskompetenz von Verbreitungen über das Internet gesetzt.¹²⁴ Erblasserische Anordnungen könnten auch die Löschung oder Publikation von bestimmten Nachlassgegenständen vorsehen.¹²⁵ Nicht nur das Erbrecht sieht Möglichkeiten der Bekräftigung des Willens vor, der zu respektieren ist, sondern auch das Urheberrecht selbst in Art. 16 URG in Form des Urheberpersönlichkeitsrechts. Nach Art. 10 Abs. 1 URG hat der Urheber oder die Urheberin das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk *verwendet* wird. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a URG hat der Urheber oder die Urheberin das ausschliessliche Recht zu bestimmen ob, wann und wie das Werk *geändert* werden darf. Folglich ist eine Nichtpublikation von Seiten des Urhebers zu respektieren, eine Wirkung, die über den Tod hinaus geht und folglich auch die Erben daran gebunden sind.¹²⁶

[Rz 37] Das Versäumnis allfälliger Anordnungen zu Lebzeiten führt zu einer Machtverschiebung zu den Plattform- und Diensteanbietern. Angehörige sind dann auf die Kooperation der Anbieter angewiesen, da ihnen regelmässig die Zugangsdaten zum digitalen Nachlass fehlen werden. Nur

¹¹⁹ Interpellation 18.3665 von REIMANN (Fn. 11).

¹²⁰ HANS KÜNZLE, Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht, Successio – Zeitschrift für Erbrecht, 2014, S. 39.

¹²¹ MATTHIAS SCHWEIZER/ELKE BRUCKER-KLEY, Der digitale Nachlass: Sterben und Erben im Internetzeitalter, TREX – Der Treuhandexperte, 2014, S. 36, 39.

¹²² KÜNZLE (Fn. 120), S. 39 f.

¹²³ HEINZELMANN, Digitaler Nachlass – rechtzeitig Verfügungen treffen, TREX – Der Treuhandexperte, 2016, S. 171.

¹²⁴ HEINZELMANN (Fn. 123), S. 170.

¹²⁵ HEINZELMANN (Fn. 123), S. 171.

¹²⁶ KÜNZLE (Fn. 120), S. 41.

mit diesen können aber Daten des Verstorbenen von den Angehörigen selber gesichert oder gelöscht werden.¹²⁷ Bezüglich der Rechtsdurchsetzung sind ähnliche Schwierigkeiten wie bei der konsequenten Durchsetzung des Urheberrechtsschutzes zu beobachten, da klare Regulierungen fehlen und eine gewisse Ratlosigkeit zu erkennen ist. Selten gelangen die Angehörigen zum Ziel und wenn, dann nur über äusserst komplizierte Wege, welche von den jeweiligen Anbietern mitbestimmt werden können.¹²⁸ Die Praxis zeigt, dass Angehörige meist und wenn überhaupt nur Zugang zum passwortgeschützten digitalen Nachlass erlangen können, wenn diese Erbbescheinigungen vorlegen und ein aufwändiges wie zeitintensives Prüfungs- oder sogar Gerichtsverfahren durchlaufen haben.¹²⁹ Erschwerend tritt hinzu, dass die anbietenden Unternehmen ihren Sitz oftmals im Ausland haben.¹³⁰

[Rz 38] Der Aspekt der Eigenverantwortung verschiebt sich allerdings zu Lebzeiten in Richtung des Nutzers bzw. Erblassers selbst, rechtzeitig Vorsorge zu treffen. Die Anbieter verweigern die Kooperation regelmässig mit dem Hinweis auf das Persönlichkeitsrecht ihrer ehemaligen Kunden. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Persönlichkeitsschutz grundsätzlich mit dem Tod erlischt. Art. 31 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass die Persönlichkeit nach der vollendeten Geburt mit dem Leben beginnt und mit dem Tode endet. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung folgt der Lehre des so genannten Andenkenschutzes. Danach kann zwar niemand als Vertreter eines Verstorbenen in dessen Namen Klage erheben. Hingegen ist es zulässig, dass nahe Angehörige für den Schutz der den Tod überdauernden Persönlichkeitsgüter sorgen, indem sie sich hierfür auf ihr eigenes Persönlichkeitsrecht stützen, das mindestens in einem gewissen Umfang auch die Wahrung des Ansehens naher Verwandter oder Freunde mitumfassen kann.¹³¹ Nicht nur das Persönlichkeitsrecht, auch das Fernmeldegeheimnis kann ein Handeln der Erben erschweren, da dieses eben auch den digitalen Nachlass tangieren kann.¹³²

[Rz 39] Durch entsprechende Vorsorge vom Betroffenen kann der Wille letztlich besser bewahrt werden und auch die Angehörigen vor Ungemach bewahren. So wäre auch die gesicherte Hinterlegung der Zugangsdaten denkbar, sei es bei der Bank oder beim Willensvollstrecker. Die Aufbewahrung eines USB-Stickes mit den Zugangsdaten könnte auch in einem versiegelten Umschlag erfolgen.¹³³ Anweisungen könnten an den Provider selbst gerichtet sein oder an den Willensvollstrecker, wobei auch die Mitteilung an die Erben vorstellbar ist, sei es in Form von E-Mails, einer schriftlichen Erklärung oder Verfügung.¹³⁴ Dem Nachlassverwalter könnte auch eine begrenzte Verwaltungsfunktion zugesprochen werden, was die Nachbetreuung und Verwaltung auch von Social-Media-Accounts u.Ä. anbelangt.¹³⁵ Zu beachten ist hier allerdings Folgendes: Bei gegenwärtiger Rechtslage ist eine Übertragung sämtlicher Entscheidungsbefugnisse oder ein Einsetzen

¹²⁷ SCHWEIZER/BRUCKER-KLEY (Fn. 121), S. 36.

¹²⁸ SCHWEIZER/BRUCKER-KLEY (Fn. 121), S. 36.

¹²⁹ KÜNZLE (Fn. 120), S. 42.

¹³⁰ KÜNZLE (Fn. 120), S. 39, 42.

¹³¹ BGE 129 I 302 S. 307 E. 1.2.2 mit Hinweis auf BGE 109 II 353 S. 359 E. 4a; BGE 104 II 225 S. 334 ff. E. 5b; BGE 101 II 177 S. 190 ff. E. 5a; BGE 70 II 127 S. 130 ff. E. 2; KÜNZLE (Fn. 120), S. 41; LANDOLT (Fn. 99), Art. 49 OR, Rz. 12; SCHWEIZER/BRUCKER-KLEY (Fn. 121), S. 36 ff.; vgl. zur Eigenverantwortung: LUCIEN MÜLLER, Öffentliches Recht / «Eigenverantwortung» am Beispiel der privaten Internetnutzung, Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen.

¹³² Künzle (Fn. 120), S. 44.

¹³³ HEINZELMANN (Fn. 123), S. 171; SCHWEIZER/BRUCKER-KLEY (Fn. 121), S. 36 ff.

¹³⁴ KÜNZLE (Fn. 120), S. 40.

¹³⁵ Vgl. HEINZELMANN (Fn. 123), S. 171.

weiterer Personen den digitalen Nachlass betreffend durch den Willensvollstrecker trotz erkennbarem Bedürfnis nicht ohne Weiteres möglich. Es gilt das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit.¹³⁶ Durch Auflagen kann der Erblasser allerdings den Spielraum über den ansonsten eng auf das Vermögensrecht beschränkte Handeln des Willensvollstreckers erweitern. Durch konkrete Anordnungen könnte der Umgang mit dem digitalen Nachlass in seinen Einzelheiten eruiert werden.¹³⁷ Zu Hilfe gezogen wird ebenfalls das Institut des Vorsorgeauftrags nach Art. 360 ff. ZGB, der auch einen digitalen Vorsorgebeauftragten miteinbeziehen könnte. Digitale Spurensucher sind ebenso ein Thema, da nicht zwingend feststeht, welche Konten und dergleichen überhaupt vorhanden sind. Dies hilft dabei den Umfang des digitalen Nachlasses feststellen zu können.¹³⁸

[Rz 40] Die Unerwünschtheit des potentiellen Zugangs, und der Schaffung einer zusätzlichen Missbrauchsgefahr, zu Lebzeiten ist ein Nachteil der Hinterlegung, auch angesichts des Urheberrechts.¹³⁹ Eine weitere Parallele zur Diskussion der jetzigen Reform kann in den Fragen liegen, wie weit die Kontrollpflicht des Providers geht. Bei der klassischen Vorsorge sind Ärzte, Anwälte oder sonstige Geheimnisträger involviert. Die Provider könnten durch das Abspeichern von Informationen auf ihren Plattformen ebenfalls zu einem solchen werden und dann einer Kontrollpflicht unterliegen. Noch gibt es dazu keine gesetzliche Grundlage. Da der Nutzer oder die Nutzerin sich jedoch einen – wenn auch virtuellen Raum – schafft bzw. mietet, wären auch Rückschlüsse vom Mietrecht denkbar. Den Erben wird der Zugang zur Wohnung ohne weiteres gewährt und was in der Wohnung ist, geht den Vermieter oder die Vermieterin grundsätzlich nichts an.¹⁴⁰ Selbst bei Bejahung einer gewissen Kontrollpflicht wäre erneut die Zwecktauglichkeit fraglich. Automatisierte Systeme würden kaum in der Lage sein, Geheimnisse zu eruieren oder auch schon nur vermögensrechtlich relevante Informationen von nicht vermögensrechtlich relevanten Inhalten zu unterscheiden. Auf eine Eruierung des Vermögens sind die Erben jedoch angewiesen.¹⁴¹

[Rz 41] Urheberrechtlich bedenklich kann zudem die automatische Löschung von Daten bei festgestellter Inaktivität von Seiten des Nutzers sein. Diese Massnahme erscheint insoweit verständlich, als dass angesichts der Menge an Daten ein Interesse darin besteht, offenbar überflüssige Daten im Interesse von Speicherplatz und Geschwindigkeit aussortieren bzw. löschen zu kön-

¹³⁶ PETER BREITSCHMID/PAUL EITEL/ROLAND FANKHAUSER/THOMAS GEISER/ALEXANDRA JUNGO, *Erbrecht*, 3. Aufl., Zürich, 2016, § 6 N 89; BALZ HÖSLY/NADIRA FERHAT, *Die Unternehmensnachfolge im Erbrecht – Vorschläge de lege ferenda, successio*, 2/2016, S. 126 mit Hinweis auf BGE 81 II 22 S. 29 E. 9: bei Verstoß gegen das Prinzip ist Rechtsunwirksamkeit bzw. Nichtigkeit vorgesehen, diese rigorose Praxis sei zu hinterfragen, S. 129; MADELEINE SIMONEK/PAUL EITEL/KARIN MÜLLER, *Unternehmensrecht II, Nachfolge und Umstrukturierung*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf, 2013, § 5 Rz. 19; HANS RAINER KÜNZLE, *Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2016–2017)*, in: *successio*, 1/2018, S. 57 mit Hinweis auf STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER, Art. 539 ZGB N. 5 in: Jolanta Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar zum ZGB*, 2016; vgl. JONAS KIPFER-BERGER, *Das Spannungsfeld zwischen dem Pflichtteilsrecht und dem Generationenwechsel in Familienunternehmen, Betrachtungen de lege lata und de lege ferenda*, Dissertation, Basel, 2018, S. 19, aufgrund des Pflichtteilsrechts ebenfalls unzulässig ist die Anordnung von Willensvollstreckungen die über die Dauer der Funktion des Willensvollstreckers als eines solchen hinausgehen. Vgl: DANIEL ABT, *Der Willensvollstrecker aus Sicht der Erben: «il buono, il brutto o il cattivo»*, Ein praxisnaher Überblick zu Aufsicht, Absetzung, Verantwortlichkeit und Honorarrückforderung, *Aktuelle Juristische Praxis*, 11/2018, S. 1325, eine Befassung mit der Willensvollstrecker-Thematik sei erst ab 2020 zu erwarten.

¹³⁷ KÜNZLE (Fn. 120), S. 50.

¹³⁸ HEINZELMANN (Fn. 123), S. 170; KÜNZLE (Fn. 120), S. 51 f.

¹³⁹ KÜNZLE (Fn. 120), S. 48.

¹⁴⁰ KÜNZLE (Fn. 120), S. 41 f.

¹⁴¹ KÜNZLE (Fn. 120), S. 41 f. mit Hinweis auf z.B. 567 Abs. 1 ZGB.

nen.¹⁴² Vergleichsweise kurze Fristen vertraglich von dem Provider vorgesehen, erfordern ein rasches Handeln der Erben.¹⁴³ Eine Aufweichung der strengen Formvorschriften nach Art. 505 ZGB wäre zu diskutieren, sobald es sich um Anweisungen betreffend den digitalen Nachlass handelt.¹⁴⁴ Die Zulässigkeit digitaler regulärer Testamente oder sonstige Erleichterungen hinsichtlich des digitalen Nachlasses sind zwar nach wie vor nicht beabsichtigt. Zumindest aber sind Erleichterungen bei Erstellen eines Nottestaments in Planung. So soll der technischen Modernisierung nun Rechnung getragen werden und in Situationen einer unmittelbaren Todesgefahr ein Nottestament auch per Video aufgezeichnet werden können.¹⁴⁵ Der Gesetzgeber wäre angesichts vielfältiger Unsicherheiten auch im Bereich des digitalen Nachlasses, speziell im Kontext des Urheberrechts, gefragt. Dieses Anliegen wurde auch in der Vernehmlassung bereits geäußert.¹⁴⁶

V. Juristische Zeitreise im Interesse der Reform

[Rz 42] Die Verneinung des Reformbedarfs vor knapp zehn Jahren umfasste auch die Argumentation, dass Repression kein Heilmittel juristischer Probleme sei. Oftmals seien Rechtsnormen so weit von den einzelnen Menschen entfernt, dass diese ohnehin kaum beeinflussende Wirkung zeitigten. Erfolgsversprechender sei nebst der erwähnten Selbstregulierung die Rückbesinnung und Etablierung sozialer Wertvorstellungen. Angesichts des Terminus «Social Media» und dessen Akzeptanz, könnte dies in der Tat noch heute eine Stütze sein. Sozialer Zusammenhalt definiert sich mittlerweile ebenfalls anders als früher und umfasst dazu auch die Verwendung technischer Mittel.¹⁴⁷ Eine digitale Wirtschaft kann auch zu mehr Inklusion in der Gesellschaft beitragen. Die einzelnen Personen und Unternehmen kommen derzeit aber noch nicht in den vollen Genuss aller Vorteile der digitalen Dienste.¹⁴⁸ Die Überwindung der Ansicht, das Urheberrecht nur als Störenfried für Nutzerinnen und Nutzer zu sehen, würde vereinfacht, wenn das Gefühl der Ernte wirtschaftlicher Früchte auch bei allen Menschen tatsächlich ankommt. Dies könnte dazu beitragen, die Reformbestrebungen einer breiten Masse zugänglicher und verständlicher zu machen. Dazu ist noch einiges an Öffentlichkeitsarbeit erforderlich.¹⁴⁹ Die Sensibilisierung ist auch in der digitalen Nachlassplanung angezeigt, denn das digitale Zeitalter suggeriert ein ewiges unbegrenztes Leben.¹⁵⁰ Eine noch tiefer greifende juristische Zeitreise unter Berücksichtigung wirtschaftlicher, technischer und gesellschaftlicher Aspekte im Rahmen vergangener wie heutiger Diskussionen wäre folglich wünschenswert. Dies wäre im Interesse eines zwar nicht wie das Internet scheinbar unbegrenzt haltenden, aber dennoch stabilen und langfristigen Reformbestandes. Die aktuellen Rechtsentwicklungen in der EU sind in der Schweiz aufmerksam zu

¹⁴² Vgl. KÜNZLE (Fn. 120), S. 43.

¹⁴³ Vgl. KÜNZLE (Fn. 120), S. 43.

¹⁴⁴ KÜNZLE (Fn. 120), S. 52.

¹⁴⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 4. März 2016.

¹⁴⁶ Bericht über das Vernehmlassungsverfahren vom 2. Dezember 2016 (Fn. 48), S. 31.

¹⁴⁷ SYKORA (Fn. 42), S. 93; Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa (Fn. 43); Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen, COM(2016) 594 final.

¹⁴⁸ Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa (Fn. 43).

¹⁴⁹ Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet (Fn. 4), S. 11 ff.

¹⁵⁰ SCHWEIZER/BRUCKER-KLEY (Fn. 121), S. 39.

verfolgen. Insbesondere ist zu prüfen, wie die Länder der EU innert der kommenden zwei Jahre die neuen Regeln in ihr nationales Recht integrieren. Zwar ist die Schweiz kein Mitglied der EU und es besteht im tangierten Bereich auch kein bilaterales Abkommen. Doch wird die Schweiz indirekt von den Neuerungen betroffen sein, wenn zum Beispiel grössere internationale Unternehmen die von der EU verlangten Upload-Filter entwickeln. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass diese dann genauso für die Schweiz angewendet würden.¹⁵¹

VI. Fazit

[Rz 43] Angesichts der technologischen Sprünge, dem gesellschaftlichen Wandel und der wirtschaftlichen Tragweite ist es begrüssenswert, das Urheberrecht legislatorisch erneut und aktualisiert zu adressieren. Zurzeit fehlt es den notwendigen Durchgriffs- und Durchsetzungsmitteln an der nötigen Konsequenz. Die schweizerischen Reformbestrebungen stellen ein notwendiges und beflügelndes Fundament dar, ohne zu einschneidend oder aufoktrozierend zu sein. Auf individueller Ebene sind für Nutzerinnen und Nutzer keine Einschränkungen zu erwarten.

[Rz 44] Der Vergleich zu den Entwicklungen in der EU zeigt, dass die Schweiz nach wie vor einen verhältnismässig liberalen Kurs fährt. Das Downloaden urheberrechtlich geschützter Werke bleibt unangetastet legal und die umstrittene Verwendung von Filter-Technologien ist auf ein Minimum beschränkt, was angesichts dessen, dass erst bei zweitem Auftreten einer Rechtsverletzung zensierende Massnahmen greifen, auch gelingt, zumal selbst diese Massnahmen an eng zu erfüllende Voraussetzungen knüpfen oder unter bestimmten Umständen gänzlich entfallen können.

[Rz 45] Nicht alle Vorschläge weisen dasselbe Mass an Erforderlichkeit auf und es ist einzuräumen, dass gewisse Ansätze fehlschlagen könnten. Zwar ist für die gewünschten Wirkungen der Reform nicht nur ein Mindestmass an Bemühungen von Seiten des Gesetzgebers zu fordern, sondern auch von Providern, Nutzern und Urhebern. Das Bewegen auf technologisch neuem Fundament muss geübt sein und kann folglich auch durch Selbstregulierungen und der Überarbeitung oder Neuerfindung von Geschäftsmodellen gelingen. Derartige Versäumnisse hat nicht primär der Gesetzgeber zu verantworten. Er muss lediglich Mittel zur Verfügung stellen, wirtschaftliche Geschäfte überhaupt vernünftig bewerkstelligen zu können.

[Rz 46] Die Wahrung von Grundrechten und der Zugang zu neuen Technologien müssen ebenso garantiert sein. Ob die vorgeschlagenen Mittel durchgängig diesen Ansprüchen gerecht werden, darf bezweifelt werden. Es bleibt zu analysieren, ob positive Resultate in der Praxis resultieren und wie die weiteren Diskussionen verlaufen werden. Die Kernideen lassen jedenfalls auf ein Gelingen der Bemühungen alle profitieren zu lassen erkennen. Die erkennbare Ausbalancierung der unterschiedlichen und berechtigten Anliegen mit nunmehr gesteigerter Effizienz versprechen nicht nur wirtschaftliche Vorzüge für den Wirtschaftsstandort Schweiz, sondern auch eine Bereicherung für den Rechtsstaat Schweiz schlechthin.

¹⁵¹ Point de Presse WBK-S: Urheberrecht – Ständeratskommission verzichtet auf Leistungsschutzrecht, Medienmitteilung vom 29. April 2019, zuletzt aufgerufen am 20. Mai 2019 auf <https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/sda-2019-04-29.aspx>; Interpellation 18.3665 von REIMANN (Fn. 11).

NICOLAI BLESKIE studiert im Master der Rechtswissenschaften an der Juristischen Fakultät Basel, hat den Bachelor of Law mit *magna cum laude* 2017 erworben und ist publizistisch aktiv. Der Autor schloss ein dreimonatiges Volontariat beim Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt u.a. in der Funktion a.o. Gerichtsschreiber ab.