



Stichting Bits of Freedom

Postbus 10746  
1001 ES Amsterdam

**M** +31(0)654386680  
**E** ot.vandaalen@bof.nl  
**W** www.bof.nl

Bankrekening 55 47 06 512  
Bits of Freedom, Amsterdam  
KVK-nr. 34 12 12 86

Aan de leden van de  
Kamercommissies Veiligheid en  
Justitie en Economische Zaken,  
Landbouw en Innovatie

Betreft:  
Speerpuntenbrief Auteursrecht

Datum:  
Amsterdam, 6 december 2011

Geachte leden,

1. Op 30 november vond een eerste debat over de auteursrechtplannen van staatssecretaris Teeven plaats. Een meerderheid van de commissieleden sprak zich toen uit tegen het downloadverbod. Op 7 december zullen de commissieleden in tweede termijn hierover verder spreken. Bits of Freedom maakt graag van de gelegenheid gebruik om u ten behoeve van dit debat van nadere informatie te voorzien.
2. Kunstenaars én fans worden de dupe van meer handhaving: het debat in tweede termijn zou naar de mening van Bits of Freedom daarom vooral moeten gaan over betaalmodellen die zorgen dat zoveel mogelijk fans kunnen genieten van entertainment terwijl kunstenaars het geld verdienen waar ze recht op hebben. In onze brief van 23 november 2011 hebben wij dit nader uitgewerkt (**bijlage 1**).
3. Overigens bestaan er belangrijke bezwaren tegen meer handhaving. Zo leidt het tot criminalisering van de internetgebruiker, nu Nederland onder het ACTA-verdrag mogelijk ook verplicht zou worden om downloaden voor privé-gebruik strafbaar te stellen (**bijlage 2**, par. 8 t/m 11). Ook de belofte van Teeven dat "kleine downloaders" niet civiel zullen worden aangepakt kan hij niet waarmaken. Het Nederlandse Uitgevers Verbond (NUV) liet in de media zelfs weten dat "het mogelijk [zou] moeten zijn om iemand die iets legaal downloadt en dit aan vrienden doorgeeft ook strafrechtelijk te vervolgen".<sup>1</sup> En de veronderstelling van Teeven dat er niet "massaal tegen consumenten rechtszaken zullen worden opgestart, waarbij hoge schadevergoedingen worden toegekend" is naïef. De ervaring in het Verenigd Koninkrijk leert dat hele bedrijfsmodellen zijn gebaseerd op het aanpakken van individuele filesnarers.<sup>2</sup>

1 Zie Nu.nl, "Uitgeversverbond wil downloaders vervolgen", <http://www.nu.nl/internet/2492344/uitgeversverbond-wil-downloaders-vervolgen.html>

2 Zie EDRI.org, "UK: Harassing innocent users for copyright infringement", <http://www.edri.org/edrigram/number8.17/acs-law-harassing-copyright-infringement>

4. Ondertussen blijkt uit meerdere onderzoeken dat de gevolgen van online filesharing niet vaststaan, en in een deel van die onderzoeken wordt zelfs geconcludeerd dat filesharing in het algemeen positieve effecten heeft. Het bekende rapport van TNO, SEO en IViR over filesharing constateert dat “de economische effecten van file sharing op de Nederlandse welvaart op de korte en de lange termijn sterk positief zijn”.<sup>3</sup> Een recente studie van de London School of Economics stelt vraagtekens bij het veronderstelde verband tussen filesharing zonder toestemming en dalende inkomsten van rechthebbenden.<sup>4</sup> En onderzoekers van de universiteit van Harvard en de universiteit van Kansas concluderen: “Downloads have an effect on sales that is statistically indistinguishable from zero. Our estimates are inconsistent with claims that file sharing is the primary reason for the decline in music sales during our study period.”<sup>5</sup>
5. De Nederlandse regering zou dan ook een voorbeeld kunnen nemen aan Zwitserland. De Zwitserse regering heeft onlangs, op 30 november 2011, een duidelijk standpunt ingenomen: het is niet nodig om het downloaden voor privé-gebruik te verbieden (**bijlage 3**):

“Das Internet hat die Nutzung von Musik, Filmen und Computerspielen fundamental verändert. Auf das kulturelle Schaffen wirkt sich dies voraussichtlich aber nicht nachteilig aus. Und der rechtliche Rahmen ermöglicht es, unerlaubten Werknutzungen angemessen entgegen zu treten. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht also nicht.”

6. Zij komt tot die conclusie in een uitgebreid rapport, waarin zij ook het onderzoek van TNO, SEO en IViR bespreekt. Internet dwingt bedrijven om te innoveren, aldus de regering (p. 13):

“Immer wenn eine neue Technologie auf den Markt gekommen sei, ob Xerox-Kopierer, VHS-Recorder, Handy oder Internet, sei diese missbraucht worden. Das sei nun mal der Preis, welcher für den Fortschritt zu bezahlen sei. Gewinner werden dabei diejenigen sein, denen es gelingt, die neue Technik so einzusetzen, dass sie deren Vorteile auch kommerziell nutzen können, Verlierer diejenigen, welche diese Entwicklung verpassen und alte Businessmodelle weiterverfolgen. Insgesamt sind aber – zumindest für die Schweiz – die Prognosen für die drei in diesem Bericht untersuchten Bereiche Musik, Filme und Computerspiele insgesamt positiv.”

7. Het is dan ook terecht dat een meerderheid van de leden van deze commissie tegenstander is van de handhaafplannen van staatssecretaris Teeven. Wij hopen van harte dat de leden in dit debat zich vooral richten op de voor- en nadelen van nieuwe betaalmodellen, zodat kunstenaars op korte termijn een eerlijke vergoeding krijgen voor het gebruik van hun werk en fans kunnen blijven genieten van entertainment.

Bits of Freedom vertrouwt erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd en houdt zich graag beschikbaar voor een nadere toelichting als daaraan behoefte bestaat.

Hoogachtend,

**Ot van Daalen**

---

<sup>3</sup> Zie *Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van filesharing voor muziek, film en games*, p. 3.

<sup>4</sup> Zie *Creative Destruction and Copyright Protection*. London School of Economics, maart 2011, te vinden op: <http://www.scribd.com/doc/51217629/LSE-MPPbrief1-creative-destruction-and-copyright-protection>.

<sup>5</sup> Zie *The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis*, *Journal of Political Economy*, Vol. 115, pp. 1-42, February 2007, te vinden op: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=96183](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=96183)

## bijlage 1



Aan de leden van de  
Kamercommissies Veiligheid en  
Justitie en Economische Zaken,  
Landbouw en Innovatie

Stichting Bits of Freedom

Postbus 10746  
1001 ES Amsterdam

**M** +31 (0)6 5438 6680  
**E** ot.vandaalen@bof.nl  
**W** www.bof.nl

Bankrekening 55 47 06 512  
Bits of Freedom, Amsterdam  
KVK-nr. 34 12 12 86

### Betreft

Speerpuntenbrief Auteursrecht 20©20

### Datum

Amsterdam, 23 november 2011

Geachte heer, mevrouw,

1. Op 30 november vindt het algemeen overleg over de Speerpuntenbrief auteursrecht van staatssecretaris Teeven plaats. Bits of Freedom verdedigt de grondrechten op communicatievrijheid en privacy op internet. Het voorgestelde beleid van Teeven raakt die grondrechten. Bits of Freedom maakt daarom graag van de gelegenheid gebruik om haar visie te geven op deze voorstellen.

### Serieuze oplossing voor de auteursrechtproblematiek en internet

2. Staatssecretaris Teeven heeft onvoldoende serieus onderzoek gedaan naar betaalmodellen die zorgen dat zoveel mogelijk fans kunnen genieten van entertainment terwijl kunstenaars het geld verdienen waar ze recht op hebben. Dit steekt des te meer nu er meerdere, realistische alternatieven zijn:
  - De **entertainmentbundel**. Een vrijwillige bijdrage met opt-out die internetters betalen aan hun internetprovider voor het gebruik van muziek, films, boeken en andere vormen van entertainment, die wordt verdeeld onder kunstenaars via collectieve beheersorganisaties.
  - De **verspreidingslicentie**. Een licentie die nieuwe bedrijven, zoals de volgende iTunes en Spotify, kunnen afnemen om muziek, films, boeken en andere vormen van entertainment aan te bieden aan het publiek.
  - Het **stream- en downloadgeld**. Een verplichte bijdrage die internetters betalen aan een zelfstandig bestuursorgaan voor het downloaden van muziek, films, boeken en andere vormen van entertainment, die wordt verdeeld onder kunstenaars via collectieve beheersorganisaties.

3. Bits of Freedom realiseert zich dat deze modellen voor- en nadelen hebben. Maar die kunnen pas tegen elkaar worden afgewogen als hierover een debat plaatsvindt. Ter illustratie is als **bijlage** een variant van de entertainmentbundel nader uitgewerkt.

#### Handhaving onacceptabel want in strijd met mensenrechten

4. Staatssecretaris Teeven heeft nagelaten deze nieuwe betalingsmodellen te onderzoeken, en wil zelfs een downloadverbod en websiteblokkades introduceren. Een downloadverbod staat op gespannen voet met het grondrecht op privacy, want dat heeft uiteindelijk tot gevolg dat het surfgedrag van internetgebruikers in detail moet worden gemonitord. Websiteblokkades zijn in strijd met het grondrecht op communicatievrijheid, want daarmee wordt onrechtmatige én rechtmatige informatie geblokkeerd, nu én in de toekomst.

#### Moratorium op handhaving vóór introductie alternatieve betalingsmodellen

5. Vóórdat ook maar sprake kan zijn van een discussie over verdere handhavingsmaatregelen, moet daarom worden onderzocht wat de vóór- en nadelen zijn van deze verschillende nieuwe betalingsmodellen, inclusief de bovenstaande.

**Advies:** Het parlement zou de regering moeten verzoeken een onafhankelijk wetenschappelijk onderzoek uit te laten voeren naar de voor- en nadelen van de belangrijkste alternatieve betalingsmodellen, en de besluitvorming over het eventueel onrechtmatig verklaren en strafbaar stellen van het zonder toestemming downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal en gerelateerde handhavingsmaatregelen in afwachting van de resultaten van dit onderzoek uit te stellen.

#### Tot slot: de kern van de discussie over auteursrecht op internet

6. Onlangs verwoordde Eurocommissaris Kroes de kern van het auteursrecht haarscherp: moreel moet het auteursrecht kunstenaars stimuleren en erkennen; economisch moet het zorgen dat kunstenaars worden beloond; en juridisch moet het begrijpelijk en handhaafbaar zijn.<sup>1</sup> De voorstellen van Teeven bereiken juist het tegenovergestelde: ze dragen bij aan afnemend maatschappelijk draagvlak voor het auteursrecht; kunstenaars zullen niet meer verdienen door strengere handhaving; en juridisch zijn de voorstellen onacceptabel. Het is hoog tijd voor een serieus debat over het stimuleren van deze kernpunten.

Bits of Freedom vertrouwt erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd en houdt zich graag beschikbaar voor een nadere toelichting als daaraan behoefte bestaat.

Hoogachtend,

**Ot van Daalen**

Directeur Bits of Freedom

---

<sup>1</sup> Zie de speech van Kroes van 19 november 2011 in Avignon, te vinden op: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/777&fo%20mat=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

## **BIJLAGE: EEN ALTERNATIEF VERDIENMODEL: DE ENTERTAINMENTBUNDEL**

Al meer dan tien jaar voeren verschillende kampen een verhitte discussie over downloaden op internet. Ondertussen lopen kunstenaars al jaren inkomsten mis en groeit een generatie internetgebruikers op met de gedachte dat alle muziek en films gratis beschikbaar zijn. Dat moet anders.

Nederland kan zorgen dat fans volop blijven genieten van entertainment én kunstenaars daarmee geld verdienen. Het is hoog tijd voor een publiek debat over de manier waarop we dat kunnen bereiken. Er zijn verschillende verdienmodellen, allemaal met hun voor- en nadelen. In dit stuk wordt ter illustratie één alternatief voor het downloadverbod beschreven: de entertainmentbundel.

### **De uitdaging: internetters laten betalen voor entertainment**

Makers van muziek, films, boeken etc. hebben recht op een eerlijke vergoeding voor de exploitatie van hun werk – en die krijgen zij nu maar deels. Internetters blijven immers op grote schaal onbetaald creatief materiaal via internet uitwisselen, onder meer via peer to peer-netwerken, lockerwebsites en streaming sites. Dit zal niet afnemen: technologische innovatie maakt downloaden steeds makkelijker, onzichtbaarder en goedkoper. En innovatieve betaalde diensten worden maar mondjesmaat door de entertainmentindustrie toegestaan, als ze al worden toegestaan.

Bits of Freedom is ervan overtuigd dat het merendeel van de internetters tegelijkertijd wel wil betalen voor het gebruik van materiaal. Een oplossing zou dus moeten zorgen dat een groot deel van die mensen die nu downloaden, daarvoor gaan betalen. Zou het niet eenvoudig zijn om aan te sluiten bij die innovatieve distributiemethoden die al jaren worden gebruikt om muziek en films te downloaden, zoals peer to peer-netwerken, lockerwebsites en streaming sites?

### **Een oplossing: de entertainmentbundel**

Een oplossing kan liggen in de entertainmentbundel: een maandelijkse vergoeding die iedere internetabonnee via zijn internetprovider, zoals KPN en Ziggo, aan kunstenaars betaalt. In ruil daarvoor mag de abonnee onbeperkt materiaal uitwisselen via internet. De internetprovider geeft de vergoeding door aan collectieve beheersorganisaties, die dit verdeelt onder de kunstenaars. De abonnee blijft doen wat hij al doet: het downloaden van materiaal, via de software en platforms die hij of zij kiest. Maar met twee belangrijke verschillen: dit keer krijgt de kunstenaar betaald én heeft de gebruiker toestemming.

De abonnee krijgt de entertainmentbundel standaard bij zijn internetabonnement. Als de internetabonnee geen gebruik wil maken van onderdelen van die bundel, kan hij zich uitschrijven (voor verschillende soorten materiaal: muziek, boeken, films, etc). Maar dan mag hij dat materiaal natuurlijk ook niet uitwisselen of downloaden.

## **ACHT VRAGEN OVER DE ENTERTAINMENTBUNDEL**

### **Wat zou zo een entertainmentbundel per maand kosten?**

De entertainmentbundel is een winstgevend en relatief eenvoudig instrument om vergoedingen voor downloaden te ontvangen. De beheersorganisaties, dus indirect de kunstenaars zelf, stellen de prijs van de bundel vast. Natuurlijk zal het succes van de entertainmentbundel voor een belangrijk deel afhankelijk zijn van de hoogte van het maandelijkse bedrag. Door het verlagen van de prijs zal de bundel ook populairder worden.

### **Hoe kunnen internetters worden gestimuleerd om een entertainmentbundel te houden?**

Hoewel het grootste deel van de internetters zich naar verwachting niet zal uitschrijven, is het natuurlijk niet uitgesloten dat een aantal internetters dit wel doet. En van die internetters, is het weer mogelijk dat een deel tóch materiaal dat onder de bundel valt downloadt, dus zonder te betalen. Voorlichting zou erop gericht moeten zijn om het grootste deel van de downloaders te laten betalen.

### **Over welk materiaal zou deze entertainmentbundel gaan?**

Abonnees zouden een bundel moeten kunnen afsluiten voor verschillende soorten materiaal. De meest voor de hand liggende soorten zijn films en series, muziek en e-boeken. Een abonnee zou per soort materiaal moeten kunnen aangeven of hij deze uit zijn bundel wil laten.

### **Kunnen internetters gratis materiaal downloaden als ze geen bundel hebben?**

Wanneer de kunstenaar of maker aangeeft geen vergoeding voor de exploitatie te willen ontvangen en zijn auteursrecht maar beperkt handhaaft, kan dat werk gewoon via internet worden uitgewisseld. Daarbij kan worden gedacht aan materiaal dat wordt uitgebracht onder een creative commons licentie of een open source licentie.

### **Hoe bereikt de vergoeding de juiste rechthebbenden?**

De vergoeding wordt door de internetprovider aan collectieve beheersorganisaties doorgegeven. De verdere verdeling vindt plaats door die organisaties, dus indirect de kunstenaars zelf. Buitenlandse rechthebbenden worden betaald via de wederkerige samenwerkingsovereenkomsten van de Nederlandse collectieve beheersorganisaties. Een verdeelsleutel op basis van populariteit kan via anonieme metingen worden opgesteld.

### **Hoe kan een entertainmentbundel innovatie stimuleren?**

De entertainmentbundel is een voorbeeld van de omarming van innovatie. Diensten zoals iTunes en Spotify die nu al bestaan, kunnen gewoon naast deze bundel blijven bestaan. Gebruikers kunnen immers zelf kiezen voor welke diensten zij willen betalen: zij kunnen een entertainmentbundel voor muziek afnemen, óf een abonnement op Spotify, óf muziek kopen via iTunes (of een combinatie hiervan). De entertainmentbundel zal juist ervoor zorgen dat een nieuwe markt van klanten en materiaal, die nog geheel open staat voor innovatie en ontwikkeling, wordt aangeboord.

### **Is dit plan mogelijk onder het huidige auteursrecht?**

Nederland zal in het buitenland op de bres moeten staan voor kunstenaars. Alleen door internet te omarmen kan er daadwerkelijk geld worden verdiend door kunstenaars. Het is niet uitgesloten dat het huidige starre auteursrechtstelsel daarvoor moet worden aangepast.

## bijlage 2





# BITS OF FREEDOM

VERDEDIGT DIGITALE BURGERRECHTEN

Stichting Bits of Freedom

Postbus 10746  
1001 ES Amsterdam

**M** +31(0)654386680  
**E** ot.vandaalen@bof.nl  
**W** www.bof.nl

Bankrekening 55 47 06 512  
Bits of Freedom, Amsterdam  
KVK-nr. 34 12 12 86

Aan de leden van de Vaste Commissie ELI

Betreft:

Openbaarheid voorbereidende documenten ACTA

Datum:

Amsterdam, 20 november 2011

Geachte heer, mevrouw,

- Op 19 september 2011 heeft de Commissie Economische Zaken, Landbouw en Innovatie de regering verzocht de voorbereidende documenten over het Anti-Counterfeiting Trade Agreement (“ACTA”) te publiceren. Minister Verhagen heeft op 11 november 2011 laten weten dat de documenten enkel ter vertrouwelijke raadpleging voor de leden van de Kamer ter inzage gelegd kunnen worden.<sup>1</sup> **Het parlement zou hiermee niet akkoord moeten gaan en volledige openbaarheid moeten eisen:**
  - ACTA kan afhankelijk van de interpretatie verstreckende gevolgen hebben voor de communicatievrijheid en de privacy van de Nederlandse burger.** ACTA leidt mogelijk tot een three strikes-regime. ACTA kan in één klap een groot aantal individuele internetgebruikers criminaliseren. En kan ACTA de privacy van internetgebruikers aantasten.
  - Maar juist op het punt van die interpretatie biedt ACTA geen helderheid.** Uit de inhoud van ACTA blijkt niet wat de reikwijdte is van deze bepalingen. Dan moeten deze bepalingen worden geïnterpreteerd aan de hand van de voorbereidende documenten.
  - Deze onderhandelingsdocumenten zijn echter niet openbaar:** ACTA is namelijk in het geheim onderhandeld. Het is dan ook goed dat het parlement heeft verzocht de voorbereidende documenten openbaar te maken. Pas als die documenten openbaar zijn gemaakt kan het parlement op goede gronden beslissen of het ACTA goedkeurt.
  - Nu de minister het parlement echter een zwijgplicht oplegt, **kunnen volksvertegenwoordigers hun conclusies niet delen met het brede publiek.** Dat blokkeert een onderbouwd debat over de gevolgen van ACTA. Het parlement zou daarom deze eis van Verhagen niet moeten accepteren.

- Wij lichten dat hieronder toe.

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 2011/12, 21 501-33, nr. 344.*

3. Tussen 2007 en 2010 onderhandelden grote industriële landen, waaronder de Verenigde Staten, de Europese Unie en Japan, in het geheim over het omstrede anti-piraterijverdrag ("ACTA"). De definitieve versie van ACTA is in december 2010 gepubliceerd. In Nederland zal ACTA pas van kracht worden nadat het Nederlandse parlement hiervoor zijn goedkeuring heeft verleend.

### ACTA leidt mogelijk tot een three strikes-regime in Nederland

4. ACTA bevat een aantal bepalingen die mogelijk verstreckende gevolgen hebben voor de privacy en de communicatievrijheid van de Nederlandse burger. De eerste bepaling, **artikel 27 lid 3**, verplicht verdragsstaten om samenwerking tussen bedrijven te stimuleren om auteursrecht- en merkinbreuken tegen te gaan: *"Each Party shall endeavour to promote cooperative efforts within the business community to effectively address trademark and copyright or related rights infringement while preserving legitimate competition and, consistent with that Party's law, preserving fundamental principles such as freedom of expression, fair process, and privacy"*.
5. Deze bepaling is vaag: het is niet duidelijk wat hiermee wordt bedoeld. Maar afhankelijk van de interpretatie biedt deze bepaling aanknopingspunten voor een verplichting van providers om gebruikers van internet af te sluiten, een zogenoemd "three strikes"-regime.<sup>2</sup> In een uitgelekt, waarschijnlijk authentiek, concept van ACTA is namelijk een eerdere versie van deze bepaling te vinden: daarin wordt bedrijven voorgeschreven om maatregelen te nemen om auteursrechtinbreuk te voorkomen. En een voetnoot bij deze eerdere versie noemt het afsluiten van herhaaldelijke inbreukmakers als voorbeeld van een afdoende maatregel (*"An example of such a policy is providing for the termination in appropriate circumstances of subscriptions and accounts in the service provider's system or network of repeat infringers"*).<sup>3</sup> Bovendien worden (varianten op) three strikes-regimes in de praktijk al ingezet in de hoop auteursrechtinbreuk te voorkomen: in de Verenigde Staten spreken providers met auteursrechthebbers af om inbreukmakende gebruikers van internet af te sluiten en in het Verenigd Koninkrijk zou de Digital Economy Act een wettelijk three strikes-regime introduceren.<sup>4</sup>
6. Zo een three strikes-regime is onwenselijk. Het afsluiten van internettoegang is een volstrekt onacceptabele inperking van het recht op vrijheid van meningsuiting.<sup>5</sup> Gelukkig heeft ook de Nederlandse regering om die reden aangegeven dat zij geen three strikes-regime wil invoeren en internetgebruikers wil beschermen tegen het lichtvaardig afsluiten van internet.<sup>6</sup> Zij ondersteunde ook een recent amendement op de Telecommunicatiewet, dat specificeert wanneer afsluiting is toegestaan en waarborgt dat mensen niet zomaar kunnen worden afgesloten van het internet.<sup>7</sup> Recent, in de Speerpuntenbrief Auteursrecht, benadrukt

---

2 Na (veelal) twee waarschuwingen, wordt een internetgebruiker die nog steeds illegaal auteursrechtelijk beschermd bestanden down- of uploadt, door de provider van het internet afgesloten.

3 Zie de leak van het ACTA internet chapter van maart 2010, beschikbaar via <https://sites.google.com/site/iipenforcement/acta> (klikken op: "Internet Chapter. March 1, 2010").

4 In de Verenigde Staten gaat het dus om zelfregulering (onlangs is door een coalitie van rechthebbenden en ISP's een "6 strike"-regime afgekondigd, zie bijvoorbeeld: <https://www.eff.org/deeplinks/2011/07/content-industry-and-isps-announce-common>), in het Verenigd Koninkrijk om wetgeving. Ook Frankrijk heeft een three strikes-regime geïmplementeerd in de zgn. Hadopi-wet.

5 Zo oordeelde ook het Franse constitutionele hof, dat in 2009 korte metten maakte met de Franse "Hadopi-wet" (die een three strikes-regime invoerde). Deze wet was "ongrondwettig", onder andere omdat de toegang tot het internet een fundamenteel recht is in de huidige informatiemaatschappij (want onderdeel van het recht op vrijheid van meningsuiting). Zie Conseil Constitutionnel, Décision n° 2009-580 DC van 10 juni 2009.

6 Kamerstukken II 2009/10, 21 505-33 nr. 230.

7 Kamerstukken II 2010/11, 32549 nr. 40.

staatssecretaris Teeven nog eens dat er in Nederland geen three strikes-wetgeving komt, omdat die benadering haaks staat op het streven van het kabinet om een open en toegankelijk internet te bevorderen.<sup>8</sup>

7. Gelet op de eerder uitgelekte versie van ACTA en de praktijk in andere landen, is dus denkbaar dat artikel 27 lid 3 leidt tot een three strikes-regime in Nederland. De eerdere, uitgelekte versie leert ons dat de onderhandelingspartijen een dergelijk regime uitdrukkelijk mogelijk en toelaatbaar achtten, terwijl het in de huidige versie bovendien *niet uitdrukkelijk wordt uitgesloten*. Of de bepaling inderdaad tot invoering van een three strikes-regime leidt, hangt af van wat partijen hebben besproken tijdens de onderhandelingen. Inzage in en debat over de voorbereidende stukken is daarom essentieel.

### ACTA leidt mogelijk tot criminalisering van de internetgebruiker

8. Ook **artikel 23 lid 1** van ACTA is van belang. Dit artikel verplicht landen tot het nemen van strafrechtelijke maatregelen bij opzettelijke inbreuken op commerciële schaal ("*Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright or related right piracy on a commercial scale*"). Het verdrag zelf verschaft weinig duidelijkheid over het begrip "commercial scale": dit zijn activiteiten gericht op direct of indirect economisch of commercieel voordeel ("*For the purposes of this Section, acts carried out on a commercial scale include at least those carried out as commercial activities for direct or indirect economic or commercial advantage*"). Maar nu ook "indirect" economisch voordeel onder deze definitie valt, is onduidelijk of het voor eigen gebruik downloaden door individuele gebruikers hieronder valt.
9. Tegelijkertijd blijkt uit gelekte ACTA-documenten dat deze strafrechtelijke handhaving in ieder geval oorspronkelijk wel degelijk gericht was op individuele downloaders, ongeacht of die voor privé-gebruik downloadden. In het gelekte "Outline Proposal" voor ACTA uit 2007 wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid geopperd dat de strafrechtelijke handhaving zich ook uitstrekt tot internetpiraterij.<sup>9</sup> Het is goed mogelijk dat ook het downloaden voor privé-gebruik hieronder valt. En ook in later uitgelekte conceptversies van ACTA (van januari en april 2010) wordt in lid 1 van artikel 2.14 (het huidige artikel 23 lid 1) gesteld dat "*willful copyright or related rights piracy on a commercial scale*" ook omvat "*significant willful copyright infringements that have no direct or indirect motivation for financial gain*".<sup>10</sup> Er wordt niet uitgelegd wat "significant" infringements zijn, maar het is goed denkbaar dat een hoop Nederlandse downloaders aan dit criterium zullen voldoen. Bovendien: een miljoen "low-level" downloaders (op kleine schaal) zijn in de ogen van rechthebbenden ongetwijfeld "significant". Tot slot wordt in een uitgelekte ACTA-versie van juli 2010 door verschillende partijen geopperd dat "*each party may treat acts carried out by end consumers as outside the scope of this Section*"<sup>11</sup>, terwijl een dergelijk voorbehoud in de definitieve versie niet is terug te vinden. Dat is nog een aanwijzing dat ACTA er wel degelijk op gericht is om het downloaden voor privé-gebruik inderdaad strafbaar te stellen.

8 Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20, 11 april 2011, p. 8.

9 Discussion paper on a Possible Anti-Counterfeiting Trade Agreement, 2007, p. 3-4. In dit paper geven de onderhandelingspartners hun visie op de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten en de manier waarop deze kan worden uitgebreid door de totstandbrenging van een plurilateraal Anti-Counterfeiting verdrag. Het proposal is te vinden op <https://sites.google.com/site/iipenforcement/acta> (klikken op "Discussion Paper on a Possible Anti-Counterfeiting Trade Agreement" onder het kopje "2007").

10 Zie de conceptversies van ACTA ("Leaked Texts") van 18 januari 2010 respectievelijk maart 2010, beiden te vinden op <https://sites.google.com/site/iipenforcement/acta>.

11 Concept versie van ACTA van 1 juli 2010, te vinden op: <https://sites.google.com/site/iipenforcement/acta>.

10. Dat hier uitsluitel over komt is van groot belang, omdat ACTA mogelijk in één klap een groot aantal Nederlanders zou criminaliseren. Dit heeft bovendien gevolgen voor de informatie- en communicatievrijheid. Het is dan ook terecht dat de Nederlandse regering niet deze route wil kiezen: staatssecretaris Teeven stelt in zijn Speerpuntenbrief Auteursrecht dat er geen sprake mag zijn van het criminaliseren van internetgebruikers. Dit is niet effectief en belemmert een open en toegankelijk internet.<sup>12</sup>
11. Ook hier geldt dat de voorbereidende documenten meer duidelijkheid moeten verschaffen over de gevolgen voor individuele downloaders van artikel 23 lid 1 ACTA. Alleen zo kan worden bepaald of het downloaden voor privé-gebruik hieronder valt. Toegang tot deze documenten is daarom van groot belang.

### ACTA heeft implicaties voor de privacy van internetgebruikers

12. ACTA bevat daarnaast een aantal zeer ruim geformuleerde bepalingen die ertoe leiden dat afgifte van persoonlijke informatie verplicht wordt gesteld, zonder dat gebruikers onrechtmatig handelen. Op grond van artikel 11 kan een inbreukmaker ertoe verplicht worden om alle relevante informatie over een daadwerkelijke of vermoedelijke inbreuk te verstrekken. Die informatie omvat de identiteit van bij de vermoedelijke inbreuk betrokken personen. Artikel 27 lid 4 maakt het bovendien mogelijk dat een internet service provider wordt bevolen om persoonlijke informatie te verstrekken over onder andere de identiteit van personen in verband met daadwerkelijke of vermoedelijke inbreuken. Nu uitdrukkelijk wordt gesproken van *vermoedelijke* ("alleged") inbreuken en inbreukmakers, sluiten deze bepalingen niet uit dat een rechthebbende reeds op basis van een algemene, niet-concrete aanwijzing dat een inbreuk plaatsvindt, vertrouwelijke informatie kan verkrijgen. Welke mate van bewijs vereist is, wordt niet gespecificeerd (artikel 11 heeft het slechts over een "justified request" van de rechthebbende en artikel 27 vereist een "legally sufficient claim"). Hierbij kan worden gedacht aan het verstrekken persoonlijke gegevens van alle gebruikers die Bittorrent gebruiken (omdat Bittorrent-technologie ook wordt gebruikt voor auteursrechtinbreuken). Bovendien zal het opsporen van "alleged" infringers mogelijk een vergaande mate van monitoring van het internetverkeer vereisen, terwijl dit niet wordt uitgesloten. Of ACTA inderdaad tot deze onwenselijke situatie leidt, kan alleen maar worden beantwoord aan de hand van de voorbereidende stukken.

### De noodzaak van openbaarmaking van en inzage in de voorbereidende stukken

13. Op ACTA is het Verdrag inzake het verdragenrecht (ook wel het "Weens Verdragenverdrag") van toepassing, zo heeft de Europese Commissie uitdrukkelijk bevestigd.<sup>13</sup> Dit verdrag bepaalt in artikel 32 dat indien de bewoordingen van het betreffende verdragsartikel niet of onvoldoende duidelijkheid bieden, gekeken kan worden naar aanvullende interpretatiemiddelen, waaronder de voorbereidende handelingen en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten ("*Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to*

<sup>12</sup> Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20, 11 april 2011, p. 8-9.

<sup>13</sup> Zie Parliamentary question E-002345/2011, te vinden op: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2011-002345+0+DOC+XML+V0//EN>.

*article 31 [...] leaves the meaning ambiguous or obscure").*

14. Hierboven is gebleken dat een aantal bepalingen van ACTA vaag geformuleerd zijn en mogelijk vergaande implicaties kunnen hebben voor de privacy en informatievrijheid van de Nederlandse burger. De precieze reikwijdte hiervan zal slechts aan de hand van de voorbereidende documenten kunnen worden ingeschat. Het Nederlandse parlement kan zijn goedkeuring aan ACTA dus niet geven zolang de voorbereidende documenten niet openbaar zijn gemaakt en hierover een openbaar debat heeft plaatsgevonden.
15. De minister legt het parlement nu een zwijgplicht op en doorkruist daarmee dit debat. Het parlement moet vrijuit kunnen spreken over de gevolgen van ACTA. Dat is niet mogelijk als de stukken slechts vertrouwelijk ter inzage worden gelegd. Daarom moet het parlement niet akkoord gaan met deze voorwaarde dat de documenten slechts vertrouwelijk ter inzage worden gelegd.

**Conclusie: parlement moet oordeel onthouden tot alle stukken openbaar zijn**

16. Bits of Freedom dringt er daarom met klem op aan dat het Nederlandse parlement een goedkeuringsvoorstel van ACTA niet in behandeling neemt, in ieder geval tot alle voorbereidende stukken openbaar zijn gemaakt, zonder dat hieraan voorwaarden zijn verboden.
17. Pas als de voorbereidende stukken openbaar zijn, kan het parlement beslissen of het ACTA wil goedkeuren. In dit verband wil Bits of Freedom alvast opmerken dat er nog andere, meer fundamentele bezwaren aan ACTA kleven. Zo zal onder meer de verenigbaarheid van ACTA met het Europese acquis moeten worden onderzocht. Een ander fundamenteel bezwaar is het gebrek aan transparantie tijdens de ACTA-onderhandelingen en de ondemocratische wijze waarop ACTA tot stand is gekomen. Ook beperkt ACTA de flexibiliteit in handhaving, door het auteursrechtbeleid nog verder vast te leggen in een internationaal verdrag. Hierdoor wordt het voor Nederland steeds moeilijker om een eigen, innovatief en flexibel beleid op het gebied van auteursrechthandhaving te voeren.
18. Bits of Freedom vertrouwt erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd en houdt zich graag beschikbaar voor een nadere toelichting als daaraan behoefte bestaat.

Hoogachtend,

Ot van Daalen

**Directeur Bits of Freedom**

## bijlage 3



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

## Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

### **Urheberrechtsverletzungen im Internet: Der bestehende rechtliche Rahmen genügt**

Medienmitteilungen, Der Bundesrat, 30.11.2011

**Bern. Das Internet hat die Nutzung von Musik, Filmen und Computerspielen fundamental verändert. Auf das kulturelle Schaffen wirkt sich dies voraussichtlich aber nicht nachteilig aus. Und der rechtliche Rahmen ermöglicht es, unerlaubten Werknutzungen angemessen entgegen zu treten. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht also nicht. Zu diesen Schlüssen kommt der Bundesrat in einem Bericht, den er am Mittwoch verabschiedet hat.**

Der Bericht erfüllt ein Postulat aus dem Ständerat vom 19. März 2010. Der Bundesrat wurde darin beauftragt, zu prüfen, ob Massnahmen gegen Urheberrechtsverletzungen notwendig sind. Die Hersteller der betroffenen Produkte hatten zuvor über einen Rückgang ihrer Einnahmen geklagt. Der Ständerat sorgte sich, diese Entwicklung könnte ein Anzeichen für eine aufkommende Krise im Schweizerischen Kulturschaffen sein.

Der Bericht zeichnet ein Bild der aktuellen Lage. Demnach legen bestehende Untersuchungen zum einen nahe, dass in der Schweiz bis zu einem Drittel der über 15-Jährigen Musik, Filme und Spiele herunterladen, ohne dafür zu bezahlen. Zum anderen scheint trotz zahlreichen Medienberichten und Aufklärungskampagnen eine Mehrheit der Internetnutzer nach wie vor nicht zu wissen, welche Angebote rechtlich zulässig bzw. unzulässig sind.

Der prozentuale Anteil am verfügbaren Einkommen, der für den Konsum in diesem Bereich ausgegeben wird, bleibt konstant. Allerdings sind innerhalb dieses Budgets Verschiebungen festzustellen. So geben die Konsumentinnen und Konsumenten die Mittel, welche sie durch die Tauschbörsennutzung einsparen, auch im Unterhaltungssektor wieder aus. Der frei werdende Teil wird statt in Musik- oder Filmkonserven in Konzerte, Kinobesuche und Merchandising investiert.

Von dieser Entwicklung sind vor allem die grossen ausländischen Produktionsfirmen betroffen. Sie müssen sich an das veränderte Konsumentenverhalten anpassen. Die Befürchtungen, die Entwicklung könnte sich nachteilig auf das nationale Kulturschaffen auswirken, bleiben wegen der skizzierten Verschiebungen unbegründet. Aus diesen Gründen kommt der Bundesrat zum Schluss, dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

#### **Kontakt / Rückfragen**

Felix Addor, Eidg. Institut für Geistiges Eigentum, T +41 31 377 72 01, Kontakt

#### **Federführung**

Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, T +41 31 322 21 11, Kontakt

Letzte Änderung: 30.11.2011

---

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)  
Rechtliches | Kontakt

---



# **Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulates 10.3263 Savary**



## 1. Ausgangslage

Kulturelle Güter weisen eine Doppelnatur auf. Kulturelle Aktivitäten, Güter und Dienstleistungen haben neben ihrer kulturellen Natur auch eine wirtschaftliche<sup>1</sup> und stehen deshalb wie alle immaterialgüterrechtlichen Schutzobjekte unter dem verfassungsmässigen Schutz der Eigentumsgarantie<sup>2</sup>. Grundsätzlich werden auch immaterielle Güter durch ausschliessliche Rechte geschützt. Der Rechteinhaber ist ausschliesslicher Verfügungsberechtigter und kann seine Rechte im Verletzungsfall gerichtlich durchsetzen.

Das Aufkommen des Internet hat die Kosten für die Verbreitung von Musik, Filmen, Literatur und Software massiv gesenkt und damit auch eine Marktzutrittschürde fast vollständig beseitigt. Die weltweite Verbreitung dieser Güter erfolgt daher in erheblichem Ausmass auch durch Trittbrettfahrer, also durch Personen, die keine Investitionen in die Herstellung solcher Güter getätigt haben und deshalb auch keine Kosten amortisieren müssen. Die Masse der Rechtsverletzungen verunmöglicht eine gerichtliche Durchsetzung in traditioneller Weise. Sie würde allein für den Musikbereich die Berufung von etwa 170 ausschliesslich für solche Rechtsverletzungen zuständigen Staatsanwälten bedingen<sup>3</sup>.

Besorgt durch diese Entwicklung hat der Ständerat den Bundesrat beauftragt, einen Bericht über das illegale Herunterladen von Musik zu erstellen und zu prüfen, mit welchen Massnahmen dieses Phänomen bekämpft werden kann<sup>4</sup>. Der vorliegende Bericht geht weiter, indem nicht nur die Nutzung von Musik untersucht wurde, sondern auch diejenige von Filmen und Computerspielen.

## 2. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Sichtung bestehender Studien wie auch die direkte Befragung der interessierten Kreise hat gezeigt, dass eine klare Aussage über die Auswirkungen der unerlaubten Verbreitung von Werken in digitaler Form nicht möglich ist. Während ein Teil der Rechteinhaber die technische Entwicklung für erhebliche Verluste verantwortlich macht, haben andere angegeben, dass in ihrem Bereich die Umsätze seit Jahren stabil geblieben seien. Auch die vorhandenen Studien lassen keine eindeutige Schlussfolgerung zu. Klar ist aber, dass sich der Markt in einem fundamentalen Umbruch befindet.

Die unerlaubte Verbreitung von Werken über das Internet geschieht regelmässig grenzüberschreitend. Allfällige Massnahmen, mit denen dieses Phänomen bekämpft werden kann, müssen deshalb international koordiniert werden. Die World Intellectual Property Organization (WIPO) hat auf diese Herausforderung bereits 1996 reagiert und mit dem WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996 (WCT)<sup>5</sup> und im WIPO-Vertrag vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT)<sup>6</sup> ein ausschliessliches Recht des Zugänglichmachens und einen Schutz technischer Massnahmen zur Verhinderung unerlaubter Nutzungen geschaffen. Die Schweiz hat diese Vorgaben mit der 2008 in Kraft getretenen Teilrevision des Urheberrechts in das nationale Recht übernommen. Die WIPO plant derzeit weder weitere Anpassungen des Schutzniveaus noch Massnahmen zur Erleichterung der Rechtsdurchsetzung. Der Fokus richtet sich eher auf die Vermeidung nachteiliger Auswirkungen des Urheberrechtsschutzes auf den Zugang zu Kultur und Wissen und das kulturelle Schaffen durch neue Schrankenregelungen.

---

<sup>1</sup> vgl. Präambel des Übereinkommens über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, SR 440.8.

<sup>2</sup> BGE 126 III 148, E. 8.a.

<sup>3</sup> Telefonisches Interview mit der Staatsanwaltschaft Zürich vom 21. Juli 2011

<sup>4</sup> 10.3263 Postulat Savary. Braucht die Schweiz ein Gesetz gegen das illegale Herunterladen von Musik?

<sup>5</sup> SR 0.231.151

<sup>6</sup> SR 0.231.171.1

Im Rahmen der Verhandlungen zu einem neuen Abkommen gegen Fälschung und Piraterie (ACTA) haben Vertreter von Australien, der Europäischen Union, Japan, Kanada, Korea, Marokko, Mexiko, Neuseeland, Singapur, der Vereinigten Staaten und der Schweiz auch allfällige Massnahmen gegen die Verletzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten über das Internet geprüft. Vorgeschlagen wurden vor allem repressive Vorgehensweisen wie Internetsperren für Urheberrechtsverletzer, schärfere Sanktionen oder Auskunftspflichten der Internetdiensteanbieter. Es hat sich jedoch keine mehrheitsfähige gesetzgeberische Massnahme herauskristallisiert. Die Vertragsparteien gaben der Selbstregulierung des Marktes den Vorzug und vereinbarten, Kooperationsbemühungen im Wirtschaftsleben zu fördern, die darauf gerichtet sind, Verstösse gegen Markenrechte, Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte wirksam zu bekämpfen. Im Fokus standen dabei die Internetdiensteanbieter. Als Torhüter des Internets erschienen sie am ehesten in der Lage, zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen beizutragen. Die vorgeschlagenen Massnahmen reichten von der Bekanntgabe der Abonentendaten an die Rechteinhaber bis zu Zugangssperren für rechtsverletzende Abonnenten; Vorgehensweisen, die mit der schweizerischen Rechtsauffassung kaum vereinbar sind.

Wie in der WIPO kamen auch hier Befürchtungen auf, dass eine weitere Stärkung der Urheberrechte in einer gesellschaftlichen Gesamtbetrachtung letztlich zu nachteiligen Ergebnissen führen könnte. Die Vertragsparteien vereinbarten deshalb, darauf zu achten, dass der rechtmässige Wettbewerb, die freie Meinungsäusserung, faire Gerichtsverfahren und der Schutz der Privatsphäre beachtet werden.

Der Bundesrat ist deshalb der Auffassung, dass der vom schweizerischen Gesetzgeber in der 2008 in Kraft getretenen Teilrevision des Urheberrechts geschaffene Rahmen nach wie vor genügend Möglichkeiten bietet, um internetbezogenen Werknutzungen adäquat zu begegnen. Ein gesetzgeberisches Tätigwerden wäre zurzeit verfrüht. Dem Markt ist die Möglichkeit zu geben, sich selbst zu regulieren, um zu vermeiden, dass veraltete Strukturen künstlich aufrechterhalten bleiben.

### **3. Ergebnisse im Einzelnen**

#### **3.1 Einleitung**

Barrieren technischer Natur haben in der Vergangenheit dazu geführt, dass sich nur die Werkschaffenden und Werkvermittler mit dem Urheberrecht beschäftigen mussten, nicht aber die Werknutzer. Nur wer einerseits über eine Druckerpresse oder ein Presswerk für Schallplatten und andererseits über ein ausgebautes Vertriebsnetz verfügte, konnte überhaupt auf dem Markt agieren. Die technische Entwicklung führte in einem ersten Schritt zum Abbau der Hürde im Bereich des Kopierens. Mit dem Aufkommen der Fotokopierer und der Video- und Tonbandkassettengeräte war es jedermann möglich, Kopien von Werken in guter Qualität herzustellen. Das Internet hat nun auch die zweite Barriere aufgehoben, indem für die Verbreitung kein kostenintensives Vertriebsnetz mehr erforderlich ist. Das ist an sich wünschbar, weil Marktzutrittsschranken den Wettbewerb behindern. Im vorliegenden Fall hat diese Entwicklung aber aus zwei Gründen zu Problemen geführt. Immaterialgüter haben Eigenschaften öffentlicher Güter. Es ist nicht möglich, wie beim Besitzschutz in Art. 926 Abs. 1 ZGB<sup>7</sup>, durch physische Massnahmen einen anderen faktisch von der Nutzung auszuschliessen. Zudem gehen solche Güter mit dem Genuss nicht unter, sondern können beliebig weiterverwendet werden. Das macht sie anfällig für den Missbrauch durch Trittbrettfahrer.

Das Trittbrettfahrerproblem wird durch den Umstand verstärkt, dass sich Werknutzer aufgrund ihrer passiven Rolle als reine Konsumenten bis anhin kaum Gedanken urheberrechtlicher Natur zu machen brauchten. Die Möglichkeit der Privatkopie führte zwar zu zahlreichen

---

<sup>7</sup> SR 210

Urheberrechtsverletzungen, mit der Schaffung der Eigengebrauchsschranke in Art. 19 URG<sup>8</sup> wurden die Werknutzer aber wieder in die Legalität geführt. Mit dem Internet hat sich die Situation wiederum grundlegend gewandelt. Werknutzer wurden aus Sorglosigkeit oder Unwissen zu Trittbrettfahrern und begannen den Markt zu verzerren. Die Rechteinhaber ihrerseits begannen ihre rechtmässigen und zum Teil auch vermeintlich rechtmässigen Interessen zu verteidigen, was von den urheberrechtsungewohnten Werknutzern wiederum als ungerechtfertigte Beschränkung empfunden wurde.

Der schweizerische Gesetzgeber hat sich bezüglich derjenigen Probleme, welche durch die Verbesserung der Kopiermöglichkeiten wie auch Vereinfachung der Verbreitung entstanden sind, für die folgende Lösung entschieden: Die Nutzung für den Eigengebrauch wurde durch das Gesetz erlaubt und die Erlaubnis mit einem Vergütungsanspruch verbunden. Dadurch wurden die Konsumenten aus der Illegalität herausgeführt und gleichzeitig die vermögensmässigen Interessen der Rechteinhaber gewahrt. Demgegenüber sollen diejenigen Fälle verhindert werden, in welchen die Konsumenten als trittbrettfahrende Anbieter auf dem Markt auftreten und damit einen erheblichen Schaden verursachen. Diese Fälle sollen bestraft werden und die Fehlbaren den von ihnen verursachten Schaden ersetzen.

### 3.2 Marktversagen bei Immaterialgütern

Immaterialgüter, zu denen sowohl kulturelle Güter wie Musik, Bücher oder Filme als auch Computerspiele und Software zählen, unterliegen, wie in Ziffer 3.1 dargestellt, in vielen Fällen einem Marktversagen. Da aber die Produktion solcher Güter und der damit verbundene Handel volkswirtschaftlich sinnvoll sind, hat der Staat die Aufgabe, dieses Marktversagen so weit wie möglich zu reduzieren<sup>9</sup>. Staatliche Eingriffe mögen in solchen Situationen einen volkswirtschaftlichen Nutzen stiften, sind aber immer auch mit „Nebenwirkungen“ in Form von zusätzlichen volkswirtschaftlichen Kosten, sogenannten Wohlfahrtsverlusten, verbunden. Solange der volkswirtschaftliche Nutzen höher ist als die durch den Eingriff verursachten Kosten, ist letzterer aus ökonomischer Sicht zweckmässig. Dieses Kosten-Nutzen-Kalkül ist nicht starr, sondern kann sich mit sich verändernden Umweltparametern ändern. Der Ständerat hat sich nun dafür ausgesprochen, die gesetzgeberische Lösung einer Überprüfung zu unterziehen.

### 3.3 Literaturüberblick

Es bestehen zahlreiche neuere Studien zum Thema urheberrechtsverletzende Tauschbörsennutzungen resp. File Sharing. Die meisten Untersuchungen existieren zum Thema Musik-Downloads. Je nach Annahmen, Datenlage und Untersuchungsmethoden kommen sie allerdings zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen. In der Analyse von 22 Veröffentlichungen zum Thema Tauschbörsennutzung für Musik findet beispielsweise Tschmuck 2010<sup>10</sup>, dass 14 einen negativen Einfluss der urheberrechtsverletzenden Tauschbörsennutzungen auf die Umsatzzahlen der Musikverkäufe nachweisen. Fünf Studien stellen einen positiven Zusammenhang fest und drei finden keinen signifikanten Einfluss auf die Musikverkäufe. Handke 2010<sup>11</sup> kommt in seiner für das britische Marken- und Patentamt erstellten Arbeit zu ähnlichen Schlüssen. Die zwei meistzitierten Studien sind diejenigen von Oberholzer-Gee &

---

<sup>8</sup> SR 231.1

<sup>9</sup> Zur ökonomischen Theorie vgl. z.B. Landes, William M. & Posner, Richard H. (2003): *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press; oder Lévêque, François & Ménière, Yann (2004): *The Economics of Patents and Copyright*. Berkeley: Berkeley Electronic Press.

<sup>10</sup> Tschmuck, Peter (2010): *The Economics of Music File Sharing – A Literature Overview*. Mimeo, Wien: Institute of Culture Management and Culture Sciences, University of Music and Performing Arts.

<sup>11</sup> Handke, Christian (2010): *The Economics of Copyright and Digitisation: A Report on the Literature and the Need for Further Research*. London: Strategic Advisory Board for Intellectual Property Policy (SABIP).

Strumpf 2007<sup>12</sup> und von Liebowitz 2006<sup>13</sup>. Auch sie kommen zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen. Zu den urheberrechtsverletzenden Tauschbörsennutzungen bei Filmen ist die Studie von Bounie, Bourreau und Waelbroeck<sup>14</sup> von 2006 zu nennen. Eine umfassende Studie von 2009, die sich mit den urheberrechtsverletzenden Tauschbörsennutzungen bei Musik, Filmen und Computerspielen befasst, wurde von drei niederländischen Ministerien in Auftrag gegeben<sup>15</sup>.

Neben diesen theoretischen und ökonometrischen Studien, die immer auf ganz spezifischen Modellannahmen beruhen, existieren diverse – meist von Interessenverbänden in Auftrag gegebene – Untersuchungen, die Auskunft darüber geben, mit welchen Einstellungen Nutzer digitale Inhalte verwenden und wie sie diese beschaffen. Beispiele dafür sind die sogenannte Brennerstudie<sup>16</sup>, durchgeführt letztmals 2010 vom deutschen Bundesverband Musikindustrie, und die Untersuchung von 2009 der Swedish Performing Rights Society<sup>17</sup>.

### 3.4 Situation in der Schweiz (Datenlage) und weiteres Vorgehen

Dank der eidgenössischen Zollstatistik besteht eine gute Datenlage über einen längeren Zeitraum zu Art und Umfang beim Import von gefälschten Gütern in die Schweiz. Demgegenüber existieren keine Statistiken von offizieller Seite zur Piraterie im Internet. Auch die in Ziffer 3.3 erwähnten Studien enthalten keinerlei Daten und Angaben zur Situation in der Schweiz. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum hat daher die Betroffenen aufgefordert, Informationen zu Branchenumsätzen, Nutzerverhalten und zur Nutzung von unlicenzierten Angeboten von Werken im Internet zur Verfügung zu stellen. Die Betroffenen zeigten grosses Interesse und viele von ihnen legten ihre Onlineumsätze und auch diejenigen der physischen Verbreitung von Werkexemplaren offen. Bezüglich der unerlaubten Werknutzung im Internet waren keine nationalen Zahlen erhältlich. Die Betroffenen haben aber vielfach auf die bereits existierenden, insbesondere europäischen Untersuchungen hingewiesen und die Auffassung vertreten, dass die Verhältnisse in der Schweiz vergleichbar seien.

Die Studie, welche sich für einen solchen Vergleich am besten eignet, ist die bereits genannte niederländische Untersuchung. Sie deckt dieselben Bereiche ab, die auch im Zusammenhang mit diesem Bericht interessieren, wurde von einer unabhängigen Stelle<sup>18</sup> in Auftrag gegeben und in einem Land erstellt, das ein mit der Schweiz vergleichbares institutionelles Umfeld und eine vergleichbare demographische Struktur sowie technische Infrastruktur aufweist. Wie in den nächsten beiden Abschnitten dargelegt wird, sprechen die Parallelitäten beim relevanten rechtlichen Regelrahmen aber auch bei der technischen Infrastruktur und anderen Vergleichsgrössen dafür, dass eine eigenständige Studie in der Schweiz zu denselben Resultaten führen würde. Daher ist es nicht angebracht den Aufwand, der mit der Erstellung einer solchen Studie verbunden ist, zu duplizieren.

---

<sup>12</sup> Oberholzer-Gee, Felix & Strumpf, Koleman (2007): "The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis". *Journal of Political Economy*, Vol. 115, No. 1 (2007) S. 1 – 42.

<sup>13</sup> Liebowitz, Stan (2006) File Sharing: Creative Destruction or Just Plain Destruction. *Journal of Law and Economics*, Vol. XLIX, 1-28.

<sup>14</sup> Bounie, David; Bourreau, Marc; Waelbroeck, Patrick (2006): Piracy and Demands for Films: Analysis of Piracy Behavior in French Universities. Working Papers in Economics and Social Sciences 06-12.

<sup>15</sup> Huygen, Annelies et al. (2009): Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games. TNO Rapport on behalf of the Dutch ministries of Economic Affairs, Justice and Education, Culture and Science.

<sup>16</sup> Bundesverband Musikindustrie (2010): Brennerstudie 2010. Berlin: Bundesverband Musikindustrie.

<sup>17</sup> STIM (2009): Pirates, file-sharers and music users. A survey of the conditions for new music services on the Internet. Stockholm: Swedish Performing Rights Society.

<sup>18</sup> Auftraggeber waren das Ministerium für Bildung Kultur und Wissenschaft, das Wirtschaftsministerium und das Justizministerium.

## 4. Ausmass der Nutzung unerlaubter Angebote in der Schweiz

### 4.1 Übertragbarkeit der Ergebnisse der niederländischen Studie

Die rechtlichen Rahmenbedingungen in den Niederlanden im Zusammenhang mit der Nutzung unerlaubter Angebote unterscheiden sich nicht von denjenigen in der Schweiz. In beiden Rechtsordnungen wird dies von einer vergleichbaren Urheberrechtsschranke erfasst. Das bedeutet, dass in beiden Ländern das Herunterladen von Werken zum Eigengebrauch zulässig ist und zwar unabhängig von der Frage, ob es sich um ein lizenziertes Angebot handelt oder nicht. Wie in der Schweiz erstreckt sich diese Schranke auch in den Niederlanden nicht auf Computerprogramme. In beiden Rechtsordnungen setzt das Zugänglichmachen von Werken über das Internet eine entsprechende Erlaubnis des Rechteinhabers voraus. Der rechtliche Rahmen kann somit nicht zu Unterschieden in der Handlungsweise der Werknutzer führen.

Ebenfalls vergleichbar sind die demographische Struktur und technische Infrastruktur. Betrachtet man die Alterspyramiden der Niederlande und der Schweiz, so wird klar, dass sich auch hier keine signifikanten Unterschiede auf tun. Im Jahr 2000 umfassten die 15 bis 25-jährigen Männer, d.h. diejenige Bevölkerungsgruppe, die sich als stärkste Internetnutzerin profiliert, in der Schweiz rund 12.0 % der Gesamtbevölkerung, in den Niederlanden 12.2 %. Auch in den übrigen Altersklassen unterscheiden sich die beiden Länder nicht gross<sup>19</sup>.

Auch die für den Zugriff auf das Internet notwendige technische Infrastruktur der beiden Länder zum Zeitpunkt der Umfrage ist vergleichbar. Während in den Niederlanden 2008 86.1 % der Haushalte über einen Internetzugang verfügten, waren es in der Schweiz 77 %<sup>20</sup>. Die Zahl der Festnetz-Breitbandanschlüsse stieg in der Schweiz von Juni 2008 bis Juni 2010 von 32.7 auf 37.1 je 100 Einwohner, in den Niederlanden in demselben Zeitraum von 35.7 auf 37.8 Anschlüsse je 100 Einwohner<sup>21</sup>. In beiden Ländern musste für eine High Speed Internet-Verbindung (kaufkraftbereinigt) monatlich etwa gleich viel ausgegeben werden, nämlich 42.03 USD in den Niederlanden resp. 41.64 USD in der Schweiz<sup>22</sup>. Das durchschnittliche Pro-Kopf-Einkommen ist mit 42'738 USD (kaufkraftbereinigt, 2008) in der Schweiz und 41'063 USD (kaufkraftbereinigt, 2008) in den Niederlanden ebenfalls sehr ähnlich<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Vgl. OECD Demography and Population; <http://www.oecd.org/dataoecd/52/31/38123085.xls> (Letzter Zugriff: 14.07.2011).

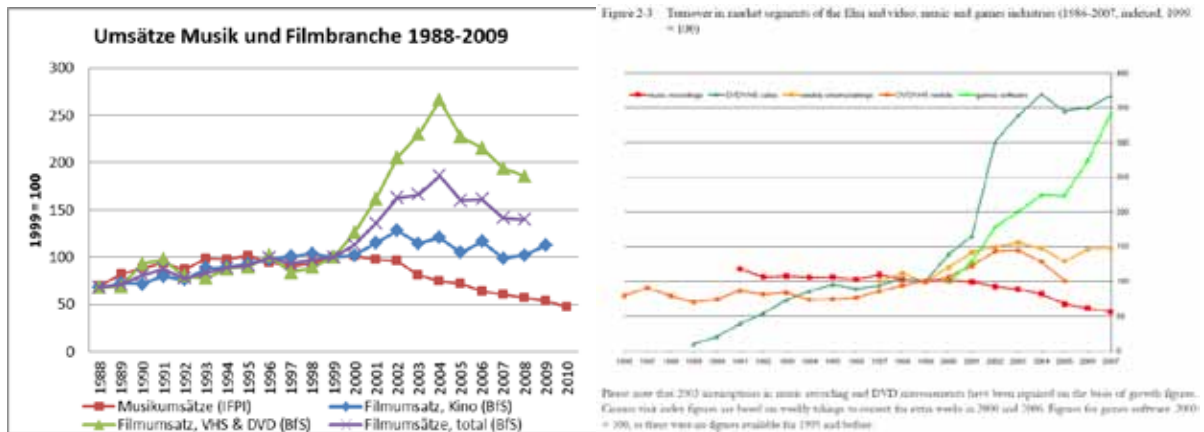
<sup>20</sup> Vgl. OECD 2008: ICT Indicators (<http://www.oecd.org/sti/ICTindicators>, letzter Zugriff: 14.07.2011).

<sup>21</sup> Vgl. OECD 2008: ICT Indicators (<http://www.oecd.org/sti/ICTindicators>, letzter Zugriff: 14.07.2011).

<sup>22</sup> Vgl. OECD Breitbandstatistik; Daten vom Oktober 2009 (<http://www.oecd.org/sti/ICTindicators>, letzter Zugriff: 14.07.2011).

<sup>23</sup> Vgl. OECD Statistics (<http://stats.oecd.org/Index.aspx>, letzter Zugriff: 14.07.2011).

Wesentlich für die Beurteilung der Übertragbarkeit der Studie ist die Entwicklung der Umsätze bei den untersuchten Gütern Musik, Filme und Computerspiele. Die folgenden Grafiken veranschaulichen diese Daten für die Schweiz (links) und die Niederlande (rechts):



Quellen: IFPI, BfS, Huygen et al., 2009, supra Fussnote 15, S. 28.

In beiden Grafiken sind die Daten indiziert (1999 = 100). Auch wenn sie zum Teil mit unterschiedlichen Methoden erhoben wurden und für die Schweiz keine ausreichende Datenreihe für die Umsätze mit Computerspielen zur Verfügung steht<sup>24</sup>, zeigt sich, dass die Film- und Musikbranche in beiden Ländern mit ähnlichen Problemen zu kämpfen hat. Sowohl in der Schweiz als auch in den Niederlanden haben sich die Musikverkäufe in der Zeit zwischen 1999 und 2007 nahezu halbiert<sup>25</sup>. Im Filmbereich zeigt sich, dass die Erlöse bei den traditionellen Kinoeintritten in beiden Ländern relativ konstant sind. Die Umsätze bei den VHS- und DVD-Verkäufen sind nur bedingt vergleichbar, da die Schweizer Zahlen nicht zwischen Verkauf und Vermietung unterscheiden. Insgesamt scheint das Verhalten der Konsumentinnen und Konsumenten in beiden Ländern zu vergleichbaren Auswirkungen auf die Umsätze der Unterhaltungsbranche zu führen. Zusammen mit den gleichen technischen und demographischen Rahmenbedingungen ist es somit gerechtfertigt, die Resultate der niederländischen Untersuchung auf die Schweizer Verhältnisse zu übertragen.

## 4.2 Urheberrechtsverletzende Tauschbörsennutzung und Tauschverhalten

Im Rahmen der niederländischen Studie wurde eine grossangelegte Umfrage<sup>26</sup> zum Verhalten, den Anreizen und dem Wissen bezüglich urheberrechtsverletzender Tauschbörsennutzung durchgeführt, die folgende Erkenntnisse lieferte: 44 % der Befragten haben in den letzten zwölf Monaten Musik, Filme oder Spiele heruntergeladen. 84 % haben im gleichen Zeitraum Musik, Filme oder Spiele gekauft<sup>27</sup>. In absoluten Zahlen ergibt das, hochgerechnet für die Schweizer Bevölkerung über 15 Jahren, 2.61 Millionen Personen, die Dateien herunterladen<sup>28</sup> und 4.99 Millionen Personen, die Musik, Filme und Spiele kaufen<sup>29</sup>. Rund ein Drittel

<sup>24</sup> Es existieren zwar Daten für die Jahre 2008 bis 2010. Gemäss Auskunft von SIEA, der Swiss Interactive Entertainment Association, und Media-Control, welche die Daten erhebt, sind diese aufgrund der wechselnden Mitgliederzahlen des Verbandes, sowie der Beschränkung auf Konsolen- und PC-Spiele (d.h. ohne digitalen Vertrieb, wie er z.B. auf Smartphones üblich ist) nur bedingt als Zeitreihe zu betrachten.

<sup>25</sup> Gemäss der IFPI-Statistik lagen die Gesamtumsätze der Musikbranche in der Schweiz 2010 bei 147 Millionen CHF. 1985 lag er noch niedriger, nämlich bei 123 Millionen CHF. Den Höchststand erreichte er 1995 mit 317 Millionen CHF.

<sup>26</sup> Es wurden 1500 Niederländer mit Internetanschluss über 15 Jahren befragt, wobei die Fragen zu Musik und Filmen von praktisch allen Befragten beantwortet wurden, diejenigen zu den Computerspielen nur von rund der Hälfte. Entsprechende Verzerrungen wurden bei der Brechung der Resultate berücksichtigt, d.h. die Resultate der Studie sind repräsentativ. (vgl. Huygen et al., 2009, supra Fussnote 15, S. 61f.).

<sup>27</sup> Vgl. Huygen et al., 2009, supra Fussnote 15, S. 63, Tabelle 4-1.

<sup>28</sup> 2.37 Millionen Musik-Downloader, 0.77 Millionen Film-Downloader, 0.53 Millionen Spiele-Downloader.

der über 15-jährigen Schweizer hat Musik, Filme und/oder Games heruntergeladen, ohne dafür bezahlt zu haben.

Das Nutzen von Tauschbörsen ist nicht nur ein Jugendphänomen. Zwar benutzen zwei Drittel der 15 bis 24-Jährigen Tauschbörsen<sup>30</sup>, unter den 50 bis 64-jährigen Internetnutzern ist es aber immer noch ein knappes Drittel und bei den über 65-jährigen nutzt ein Sechstel der Befragten Tauschbörsen.

Unter den Tauschbörsennutzern beurteilten 55 % der Nutzer von Filmen, 53 % der Nutzer von Computerspielen und 33 % der Nutzer von Musik ihre eigenen Kenntnisse im Umgang mit dem Internet als überdurchschnittlich. Auf die Frage, mit welcher Methode heruntergeladen wird, antwortete eine grosse Zahl der Befragten<sup>31</sup>, dass sie dies nicht wüssten. Rund zwei Drittel der Tauschbörsennutzer gaben an, dass sie lediglich herunterladen. Es ist davon auszugehen, dass etliche sich nicht bewusst sind, dass sie bei der Nutzung von Peer-to-Peer Netzwerken in der Regel auch Werke im Internet zugänglich machen. Nur maximal 5 % gaben an, bewusst neues Material zugänglich zu machen. Zudem stellte sich heraus, dass sowohl bei Tauschbörsennutzern als auch bei Personen, die keine Tauschbörsen nutzen, die Mehrheit keine Ahnung hat, was rechtlich zulässig bzw. unzulässig ist.

Bei der Beziehung zwischen urheberrechtsverletzenden Tauschbörsennutzungen und der Nutzung legaler Angebote, wie beispielsweise Kauf oder Miete, können drei Fälle unterschieden werden: Urheberrechtsverletzende Tauschbörsennutzungen als komplementäre Aktivität, als Alternative und zum Zwecke der Information. Im ersten Fall ist das Nutzerverhalten wahrscheinlich auf fehlende Kaufkraft zurückzuführen, da auf die Frage, ob mehr oder weniger gekauft würde, wenn die Nutzung von Tauschbörsen nicht möglich wäre, bei Musik, Filmen und Spielen eine klare Mehrheit<sup>32</sup> „gleichviel“ angibt. Bei Musik und DVDs geben jeweils eine grössere Zahl der Befragten an, sie würden bei fehlender Downloadmöglichkeit eher weniger kaufen, bei den Kinoeintritten und den Spielen eher mehr. Dies spricht dafür, dass Tauschbörsen nur in der Kinobranche und bei den Spieleherstellern einen direkten Ertragsausfall verursachen.

Auch der sogenannte Sampling-Effekt scheint keine reine Schutzbehauptung zu sein. 63 % der Tauschbörsennutzer kaufen nachträglich mindestens einmal jährlich Musik, die sie heruntergeladen haben. Die Studie zeigt auf, dass sich das Kaufverhalten von Tauschbörsennutzern nur minim von demjenigen anderer Personen unterscheidet; im Falle von Filmen und Spielen nehmen Tauschbörsennutzer gar mehr legale Angebote in Anspruch als Leute, die keine Tauschbörsen nutzen. Diese Beobachtung akzentuiert sich noch bei der im Internet aktivsten Gruppe der 15 bis 24-Jährigen<sup>33</sup>.

Price Waterhouse Coopers (PWC) unterteilt in ihrem 2010 erstmals erschienen Schweizer Entertainment und Media Outlook<sup>34</sup> den Schweizer Unterhaltungs- und Medienmarkt, in dem 2009 10.7 Milliarden CHF umgesetzt wurden, in elf Sektoren. Drei davon umfassen die Musik/Tonträger, die Videospiele sowie die Filmunterhaltung<sup>35</sup>. Zusammen sind diese drei Sek-

---

<sup>29</sup> 4.16 Millionen Musik-Käufer, 3.21 Millionen Film-Käufer (ohne Kinoeintritte), 1.66 Millionen Spiele-Käufer.

<sup>30</sup> 62 % Musik, 22 % Filme und 21 % Spiele.

<sup>31</sup> 48 % der Musik-Downloader, 34 % der Film-Downloader und 74 % der Spiele-Downloader.

<sup>32</sup> Zwischen 54 % (Musik) und 71 % (Computerspiele) geben an, gleichviel zu kaufen, wenn das Herunterladen nicht mehr möglich wäre. Vgl. Huygen et al. 2009, supra Fussnote 15, S. 76.

<sup>33</sup> So zeigt es sich z.B., dass 68 % der Filesharer Musik auch käuflich erwerben, bei den Nicht-Filesharern sind es 72 %. Bei den Filmen übertrifft die Käuferquote bei den Filesharern (61 %) sogar diejenige bei den Nicht-Filesharern (57 %) (Vgl. Huygen et al., 2009, supra Fussnote 15, 64f).

<sup>34</sup> PWC (2010): Where Your Revenues Come From in 2014. Swiss Entertainment and Media Outlook 2010-2014. Zürich: PricewaterhouseCoopers Ltd.

<sup>35</sup> Die übrigen 8 Sektoren umfassen „Radio“, „Internetwerbung Fest- und Mobilnetz“, „TV-Werbung“, „Out-of-home-Werbung“, „Publikumszeitschriften“, „TV-Abonnemente und Fernsehgebühren“, „Internetzugang Fest- und Mobilnetz“, „Zeitungen“.

toren für 1.23 Milliarden CHF oder 11.5 % des Gesamtumsatzes verantwortlich<sup>36</sup>, was rund 0.23 % des Schweizer Bruttoinlandproduktes<sup>37</sup> entspricht. Dieser Umsatz ist trotz der Tauschbörsen in den letzten Jahren mehr oder weniger konstant geblieben. Die Nachfrage nach Unterhaltungsprodukten wächst in einer Gesellschaft mit wachsendem Einkommen und steigendem Freizeitanteil tendenziell ebenfalls. Dabei scheint der prozentuale Anteil am verfügbaren Einkommen, das für diesen Bereich ausgegeben wird, konstant zu bleiben. Die entsprechenden Ausgaben werden sich deshalb in der Grössenordnung des BIP-Wachstums bewegen. Innerhalb dieses Budgets sind aber Verschiebungen festzustellen. Einsparungen, welche die Konsumenten über die urheberrechtsverletzende Tauschbörsennutzung erzielen, werden weiterhin für Unterhaltung ausgegeben. Wie die niederländische Studie zeigt, gilt diese Argumentation insbesondere bei den stärksten Nutzern von nichtlizenziierten Kopien. Sie konsumieren zwar Musik als solche aus dem Internet zu sehr geringen Kosten, verwenden aber in der Folge die so erzielten Einsparungen für Konzerte und Merchandising<sup>38</sup>. Ähnliches gilt auch für die Vermarktung von Filmen. Nach einem starken Boom Ende der 90er Jahre ging der Absatz von Filmen auf VHS und DVD in den letzten Jahren zurück. Demgegenüber ist der Umsatz an den Kinokassen konstant bis leicht steigend<sup>39</sup>. Die Resultate der niederländischen Studie lassen darauf schliessen, dass die Umsätze bei Computerspielen trotz Tauschbörsen stark angestiegen sind.

Die angesprochene Verschiebung innerhalb des Budgets ist jedoch beschränkt. Weder der Musik- noch der Filmmarkt sind gänzlich zusammengebrochen, obwohl das Internet eine „Gratis“-Nutzung ermöglicht. Das mag damit zusammenhängen, dass die Qualität bei physischen Datenträgern oft höher ist als diejenige bei aus dem Internet heruntergeladenen Kopien. Am deutlichsten zeigt sich dies bei Filmen. Ein wichtiger Grund ist auch, dass nicht jeder Konsument/jede Konsumentin die Wege kennt, wie man im Internet an entsprechende Dateien gelangt. Zudem gibt es insbesondere im Bereich der Musik Stilrichtungen, die weniger von internetaffinen Käuferschichten konsumiert und somit generell weniger aus dem Internet kopiert werden<sup>40</sup>. Bereits erwähnt wurde das „Antesten“. Ein Teil der Tauschbörsennutzer entscheidet sich in der Folge bewusst für einen Kauf<sup>41</sup>. Schliesslich mögen Sicherheitsaspekte in die Überlegungen miteinfließen. Bei der Nutzung von Tauschbörsen lädt sich der Nutzer, allein gestützt auf einen Dateinamen, eine Datei unbekanntes Inhalts von einem unbekanntem Anbieter auf seinen Computer; denselben Computer, den er möglicherweise für Online-Banking verwendet. Tauschbörsennutzer gehen somit ein erhebliches Sicherheitsrisiko ein. Sie riskieren, zusätzlich zur gewünschten Datei, auch Schadprogramme (Trojaner, Spyware etc.) herunterzuladen. Trotz der Möglichkeit von „Gratis“-Nutzungen gibt es somit gute Gründe für eine Nutzung legaler Angebote.

Für die Betrachtung der Auswirkungen auf die Schweizer Volkswirtschaft spielt zudem nicht der Umsatz der Branche eine Rolle, sondern deren in der Schweiz anfallende Wertschöpfung. Gemäss den „Recording Industry in Numbers“ des Dachverbandes der Ton- und Tonbildträgerhersteller IFPI wurde 2007 nur 9 % des Gesamtumsatzes seiner Mitglieder mit Schweizer Musik generiert<sup>42</sup> und nur 5.4 % der Kinobesuche entfielen auf Schweizer Filme<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> Musik/Tonträger: 2.8 %; Videospiele: 3.8 %; Filmunterhaltung: 4.9 %.

<sup>37</sup> Wie unten gezeigt wird, fällt allerdings nur ein kleiner Teil dieses Umsatzes in der Schweiz als Wertschöpfung an. Der tatsächliche Anteil am schweizerischen BIP ist daher also bedeutend kleiner.

<sup>38</sup> Vgl. z.B. auch The Economist vom 09.10.2010: „What's working in music. Having a ball. In the supposedly benighted music business, a lot of things are making money.“ oder die steigenden Einnahmen der Suisa aus Konzerten (Jahresbericht 2010, S. 40).

<sup>39</sup> Vgl. Kinostatistik des Bundesamtes für Statistik.

<sup>40</sup> Vgl. PWC 2010, S. 26: „Die Piraterie wirkt sich auf die einzelnen Musikgenres unterschiedlich aus. Weltmusik, Schweizer Volksmusik und klassische Musik waren bisher weniger betroffen. Das Publikum dieser Genres ist in der Regel etwas älter, und die Kunden ziehen es vor, physische Einheiten zu kaufen.“

<sup>41</sup> Vgl. Untersuchungen zur Zahlungsbereitschaft für Musik und Filme z.B. Huygen et. al., 2009, supra Fussnote 15, S. 75ff.

<sup>42</sup> Vgl. IFPI (2007): Recording Industry in Numbers, S. 40. 83 % der Produktionen (gemessen in Prozent des Verkaufswertes) kommen aus dem Ausland, bei 8 % handelt es sich um klassische Musik, die nicht nach



Bei den Computerspielen, zu denen keine detaillierten Daten vorliegen, dürfte der ausländische Anteil noch grösser sein. Diese Zahlen zeigen, dass der Rückgang der in der Schweiz anfallenden Wertschöpfung in den drei betrachteten Branchen bedeutend geringer ist als die angegebenen Umsatzeinbrüche<sup>44</sup>. Diese Tendenz dürfte sich weiter verstärken, da insbesondere beim digitalen Vertrieb von Inhalten der lokal anfallende Wertschöpfungsbeitrag sich lediglich auf Werbung und Inkasso beschränkt.

## 5. Vorgehensmöglichkeiten

Ungeachtet des Umstandes, dass sich gesamtwirtschaftliche Nachteile durch die unerlaubte Nutzung von Werken über das Internet nicht eindeutig nachweisen lassen, werden unter dem Eindruck des unbestritten beträchtlichen Ausmasses der unerlaubten Verbreitung geschützter Werke über das Internet verschiedene Möglichkeiten gesetzgeberischen Handelns propagiert. In einer ersten Phase stand vor allem die individuelle Durchsetzung auf der Grundlage ausschliesslicher Rechte gegen die einzelnen Verletzer im Mittelpunkt. Die Zahl von Rechtsverletzern hat sich als zu gross erwiesen, als dass eine effektive Rechtsdurchsetzung ausschliesslicher Rechte gegen die einzelnen Verletzer noch möglich wäre<sup>45</sup>. Zudem ergeben sich Vorbehalte aus datenschutzrechtlichen Überlegungen (vgl. BGE 136 II 508 „Logistep“). Der Gesetzgeber hat sich deshalb in der am 1. Juli 2008 in Kraft getretenen Teilrevision des Urheberrechtsgesetzes explizit dafür ausgesprochen, die Nutzung unlizenzierter Angebote nicht zu verbieten, d.h. nicht von der Eigengebrauchsschranke in Art. 19 URG auszunehmen. Ein Zurückkommen auf diesen gesetzgeberischen Entscheid erscheint deshalb nicht geeignet, hier Abhilfe zu schaffen.

Ähnliche Vorbehalte ergeben sich beim Ansatz, Verletzer abzumahnern und im Wiederholungsfall vom Internet auszuschliessen. Die in Frankreich mit der Durchsetzung einer solchen Lösung betraute „Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet“ (Hadopi) vermeldet zwar erste Erfolge<sup>46</sup>, es ist indessen offen, welche Wirkungen die Abmahnungen längerfristig erzielen werden. Bei objektiver Betrachtung scheint dieser Ansatz eher wirkungslos geblieben zu sein<sup>47</sup>.

Dieses „three strikes and you’re out“ oder „graduated response“ genannte Schema erfordert einen beträchtlichen Verwaltungsaufwand. Die jährlichen Betriebskosten der in Frankreich mit der Durchsetzung betrauten Hadopi belaufen sich gemäss Budget 2011 des französischen Ministeriums für Kultur und Kommunikation auf 12 Millionen EUR. Schliesslich ergeben sich Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit des französischen Ansatzes mit bestehen-

---

Herkunft unterschieden wird. Die Relation von inländischen und internationalen Produktionen ist relativ stabil. Vgl. IFPI (2006) Recording Industry in Numbers, S. 64. In eine ähnliche Richtung zeigt auch das Verhältnis des Zahlungsverkehrs der Suisa mit ausländischen Verwertungsgesellschaften. Rund 34 % der 2009 zur Verfügung stehenden Verteilsumme wurde an Schwestergesellschaften im Ausland überweisen; von dort kommen im Gegenzug nur rund 10 % der Gesamteinnahmen der Suisa.

<sup>43</sup> Vgl. Kinostatistik des Bundesamtes für Statistik (<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/02/01/data.Document.69676.xls>, zuletzt zugegriffen 14.07.2011). US-amerikanische Filme dominieren den Markt mit über 70 % gefolgt von Filmen aus der EU mit gut 21 %.

<sup>44</sup> Genauere Angaben zur in der Schweiz anfallenden Wertschöpfung sind aufgrund fehlender Daten nicht möglich. Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Statistik gibt es zwar einigermaßen detaillierte Zahlen zur Filmbranche, zu den übrigen zur grossen Gruppe des Unterhaltungssektors gehörenden Branchen gibt es jedoch keine spezifisch ausgewiesenen Daten. In der Wertschöpfungsstatistik mit der NOGA-Klassifikation von 2002 erscheint sie zum Teil unter dem Sammelposten „Interessenvertretung, Kultur, Sport“ (91 und 92). Ein weiterer Teil wird zudem unter der Rubrik „Verlags- und Druckgewerbe, Vervielfältigung“ (22) verbucht.

<sup>45</sup> Staatsanwälte verweigern Ermittlung, Focus Online vom 28.03.2008.

<sup>46</sup> L'Hadopi a envoyé 400.000 avertissements, Le Figaro.fr vom 06.06.2011.

<sup>47</sup> Vgl. die Untersuchungen von David Touve, präsentiert am CISAC World Copyright Summit 2011, <http://www.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do?idDoc=21910> (letzter Zugriff 14.07.2011).

den internationalen Verpflichtungen. Ein Report zu Händen des Menschenrechtsrats der UNO<sup>48</sup> beurteilte eine Internetzugangssperre als Verletzung von Art. 19 Abs. 3 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte<sup>49</sup>.

Die jüngste Diskussion über mögliche repressive Massnahmen konzentrierte sich auf eine Einbindung der Internetdiensteanbieter (ISPs), ihrer einzigartigen Stellung bei der Kontrolle des Zugangs zum Internet wegen. Die Einbindung der ISPs bei der Bekämpfung der Piraterie wurde auch in den Verhandlungen der Schweiz mit Australien, der Europäischen Union, Japan, Kanada, Korea, Marokko, Mexiko, Neuseeland, Singapur und den Vereinigten Staaten zu ACTA thematisiert. Dabei zeigte sich, dass es selbst unter gleichgesinnten Staaten nicht möglich ist, einen weitergehenden Konsens zu finden als die Zusage, eine allfällige Zusammenarbeit zwischen den ISPs und den Rechteinhabern zu fördern. Die Zusage enthält gleichzeitig die Ermahnung, dass dabei der rechtmässige Wettbewerb zu schützen sei sowie grundlegende Prinzipien wie das Recht auf freie Meinungsäusserung, auf faire Gerichtsverfahren und die Achtung der Privatsphäre zu beachten seien. Das zeigt das grundsätzliche Unbehagen der Verhandlungsteilnehmer gegenüber solchen Lösungen. Gegen Internetsperren, die durch ISPs verhängt werden, sind vergleichbare Vorbehalte wie gegenüber dem „three strikes“-Ansatz anzubringen. Sie sind kaum mit dem Recht auf freie Meinungsäusserung vereinbar. Die Problematik wird durch den Umstand verstärkt, dass die Sperre in diesem Fall nicht von einer gerichtlichen Behörde, sondern von einem privaten Unternehmen verhängt wird. Als Alternative wird der Einsatz von Filtertechnologien erwähnt. Dabei ergeben sich aber wiederum Vorbehalte in datenschutzrechtlicher Hinsicht und es wird zudem befürchtet, dass sie die Verbindungsgeschwindigkeit erheblich beeinträchtigen könnten. Auch dieser Ansatz scheint in praktischer Hinsicht gegenwärtig wenig erfolgversprechend.

Tatsächlich sind Zweifel angebracht, ob mit repressiven Massnahmen eine Eindämmung der Urheberrechtsverletzungen erreicht werden kann. Die präventive Wirkung und damit Lenkungsfähigkeit von Rechtsnormen hängt wesentlich von der Chance ab, dass sowohl die Tat als auch der Täter entdeckt und verfolgt werden. Angesichts des Ausmasses der Rechtsverletzungen stösst aber deren Verfolgung aufgrund der beschränkten Kapazität der Strafverfolgungsbehörden an Grenzen. Die Steuerung durch in der Gesellschaft allgemein anerkannte sittliche, religiöse, politische oder soziale Rechts- oder Wertvorstellungen und durch sozialen Druck ist stärker als die Motivation seitens des unvollständig bekannten und emotionell weit entfernten Rechts. Personen orientieren sich vor allem an ihren Bezugsgruppen und damit an den in ihrem täglichen Lebenskreis geltenden Regeln. Hieraus ergibt sich ein zusätzliches Hindernis, denn das Urheberrecht wird inzwischen dermassen stark als Hindernis für den Zugang zur Kultur empfunden und dessen Legitimität in einem Ausmass angezweifelt, dass die Piratenpartei die Befreiung der Kultur vom Urheberrecht gar als Punkt in ihr Parteiprogramm aufgenommen hat<sup>50</sup>.

Während weite Kreise, trotz der starken Zweifel an den Erfolgchancen, an einer repressiven Lösung festhalten, gibt es auch Stimmen, die sich für einen permissiven Ansatz stark machen. Als die Fotokopierer und Tonbandgeräte die Hürden für das private Vervielfältigen faktisch beseitigten, hat der Gesetzgeber mit einer weitgehenden Lizenz dafür gesorgt, dass die Werknutzer aus der Illegalität herausgeführt werden<sup>51</sup>. Durch Verknüpfung der Eigengebrauchsschranke mit der Fotokopier- und Leerträgervergütung hat der Gesetzgeber im Gegenzug dafür gesorgt, dass den Interessen der Rechteinhaber ebenfalls Rechnung getragen wird. Indem der Gesetzgeber diese Regelung technisch neutral ausgestaltet hat, befinden sich in der Schweiz bereits heute diejenigen Nutzer, die unerlaubt zugänglich gemachte Werke im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, nutzen, nicht in der Illegalität. Wenn diese Nutzung zu einer Vervielfältigung auf einem Leerträger führt, wird zudem auch der Rechteinhaber entschädigt.

---

<sup>48</sup> [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf) (letzter Zugriff 04.07.2011).

<sup>49</sup> SR 0.103.2

<sup>50</sup> [www.piratenpartei.ch/parteiprogramm](http://www.piratenpartei.ch/parteiprogramm) (letzter Zugriff 04.07.2011).

<sup>51</sup> BBl 1989 III 538

Da das Internet nun auch die Barrieren für das Verbreiten von Werken faktisch beseitigt, stellt sich die Frage, ob nicht analog der Vorgehensweise beim Kopieren, auch das nichtgewerbliche Zugänglichmachen von Werken über das Internet durch das Gesetz erlaubt und mit einem Vergütungsanspruch, der sogenannten Flatrate, verbunden werden soll. Diese Lösung hätte den Vorteil, dass vor allem Kinder und Jugendliche aus der Illegalität herausgeführt werden und auch Nutzungen wie das Streaming, die unter dem geltenden System mangels Vervielfältigung auf einen Leerdatenträger nicht zu Vergütungen führen, entschädigt würden. Allerdings ergeben sich auch gegenüber einer Flatrate Vorbehalte. Zum einen ist die Akzeptanz einer solchen Flatrate fraglich. Die Motion „Copyright-Vergütungen für Urheber statt für Prozesse“<sup>52</sup> und die Petition „STOP der SUISA-Gebühr auf Leerdatenträger“<sup>53</sup> zeigen, dass diese Systeme in der Bevölkerung zum Teil als ungerecht empfunden werden, da sie nur bei einer Gesamtbetrachtung zu einem gerechten Ausgleich führen, nicht aber zwingend im Einzelfall. Zum anderen ist fraglich, ob eine derart weitgehende gesetzliche Lizenz mit internationalen Verpflichtungen vereinbar ist. Das Recht, Werke über das Internet zugänglich zu machen, wurde im WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996 (WCT) und im WIPO-Vertrag vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT) als ausschliessliches Recht ausgestaltet. Die genannten Abkommen lassen zwar Beschränkungen und Ausnahmen zu, diese sind aber auf Sonderfälle zu beschränken, welche die normale Verwertung nicht beeinträchtigen. Eine generelle Erlaubnis der nichtgewerblichen Werkverbreitung führt dazu, dass ein ausschliessliches Recht in einem Ausmass durch eine gesetzliche Lizenz ersetzt wird, das sich nicht mehr ohne weiteres als Sonderfall qualifizieren lässt. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass alternativ im Rahmen der Vertragsfreiheit von den Rechteinhabern ähnliche Modelle auch freiwillig vertraglich vereinbart werden können und insofern eine Intervention des Gesetzgebers nicht zwingend ist. Denkbar sind beispielsweise Vereinbarungen über eine weitgehende Erlaubnis verbunden mit einer Flatrate der grossen Medienunternehmen und der Verwertungsgesellschaften mit Zugangsprovidern, welche den Abonnenten der betreffenden Provider die Nutzung ihrer Repertoires erlauben.

## 6. Schlussfolgerungen

Einerseits wird die technische Entwicklung, d.h. die Zunahme der Bandbreite des Internet und die Dichte der Anschlüsse, insbesondere über mobile Verbindungen weiter rasant zunehmen. Andererseits wird parallel dazu die Zahl der „Digital Natives“, d.h. der Internetnutzer, die mit dieser Technologie aufgewachsen sind, ebenfalls steigen. Es ist daher anzunehmen, dass sich eine weitere Verlagerung des Marktes für Unterhaltungsgüter in den digitalen Bereich ergeben wird. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass in diesem Zusammenhang durch die Nutzung unlizenzierter Angebote entstehende Einsparungen weiterhin im Unterhaltungssektor ausgegeben werden und sich der Schaden der Branche insgesamt als begrenzt erweist.

In Bezug auf die Bereitstellung neuer digitaler Inhalte gilt es zu beachten, dass sich die Anreize, neue Werke zu produzieren, unter neuen technischen Rahmenbedingungen verändern. Wenn ein neues Produkt zu quasi null Kosten vervielfältigt und verbreitet werden kann und der Hersteller des Produktes weder eine Möglichkeit sieht, seine Investitionen zu amortisieren, noch einen Gewinn zu erzielen, so wird er auf die weitere Produktion verzichten oder versuchen, mittels weniger leicht kopierbaren Komplementärgütern, in der Regel solcher physischer Natur (beispielsweise Merchandising), den entgangenen Umsatz für das immaterielle Gut zu erwirtschaften. Solche Anpassungs- und Strukturveränderungsprozesse sind jedoch typisch für Perioden, in welchen der technische Fortschritt eine alte durch eine neue Technik ersetzt.

Auf den Punkt gebracht wurde dies von einem Rechteinhaber im Rahmen der oben erwähnten IGE-Umfrage, der festhielt, dass das Problem eigentlich gar nicht neu sei, sondern be-

<sup>52</sup> 08.3589 Motion Stadler. Copyright-Vergütungen für Urheber statt für Prozesse.

<sup>53</sup> [www.abgabenterror.ch](http://www.abgabenterror.ch) (letzter Zugriff 04.07.2011).

reits in den 70er Jahren bei den Büchern festzustellen war. Immer wenn eine neue Technologie auf den Markt gekommen sei, ob Xerox-Kopierer, VHS-Recorder, Handy oder Internet, sei diese missbraucht worden. Das sei nun mal der Preis, welcher für den Fortschritt zu bezahlen sei. Gewinner werden dabei diejenigen sein, denen es gelingt, die neue Technik so einzusetzen, dass sie deren Vorteile auch kommerziell nutzen können, Verlierer diejenigen, welche diese Entwicklung verpassen und alte Businessmodelle weiterverfolgen. Insgesamt sind aber – zumindest für die Schweiz – die Prognosen für die drei in diesem Bericht untersuchten Bereiche Musik, Filme und Computerspiele insgesamt positiv<sup>54</sup>.

Ein unmittelbarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist somit nicht auszumachen. Es gilt aber, die technische Entwicklung wie auch die Diskussion auf internationaler Ebene aktiv mitzuverfolgen und die Situation periodisch einer Neubeurteilung zu unterziehen, um einen allfälligen Weiterentwicklungsbedarf des Urheberrechts zeitig zu erkennen und aktiv zu werden. Unverzichtbar ist indessen ein Weiterführen der Öffentlichkeitsarbeit<sup>55</sup> durch die Betroffenen und den Bund, um den geltenden Rechtsrahmen national bekannter zu machen.

3003 Bern, August 2011

---

<sup>54</sup> Der Schweizer Entertainment und Media-Outlook 2010-2014 von PWC 2010 prognostiziert für Musik und Tonträger ein durchschnittliches jährliches Wachstum für die genannte Periode von 0.9 %, für Video und Kino ein solches von 3.5 % und für Computerspiele von 6.9 %. Vgl. PWC 2010 supra Fussnote 34.

<sup>55</sup> So zum Beispiel die Schweizer Plattform gegen Fälschung und Piraterie „Stop Piracy“.