

Dr. Philipp Frech

## **Verhandlungen über das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)**

Überblick und Ausblick auf die Bedeutung für die Providerhaftung in der Schweiz

---

Im kommenden Juni 2010 findet in der Schweiz die neunte Verhandlungsrunde zum Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) statt, an der neben (u.a.) den USA, der EU, Japan, Mexiko und Singapur auch die Schweiz teilnehmen wird. Das geplante völkerrechtliche Abkommen hat nicht nur wegen der zurückhaltenden Informationspolitik der verhandelnden Staaten im Ausland für einige Aufregung gesorgt. Dieser Aufsatz soll einen Überblick über die Verhandlungen zum ACTA vermitteln und seine mögliche Bedeutung für das Schweizer Recht, insbesondere für die Haftung von Internet-Providern, aufzeigen.

---

Rechtsgebiet(e): Immaterialgüterrecht

Zitiervorschlag: Philipp Frech, Verhandlungen über das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), in: Jusletter 17. Mai 2010

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ziele des ACTA
- III. Vorwurf der Intransparenz
  1. Kritik des Europäischen Parlaments
  2. ACTA als Handelsabkommen?
- IV. Überblick über den Entwurf
  1. Aufbau des ACTA
  2. Kapitel Eins: Eingangsbestimmungen und Definitionen
  3. Kapitel Zwei: Rechtlicher Rahmen für die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten
    - 3.1. Abschnitt 1: Zivilrechtliche Durchsetzung
    - 3.2. Abschnitt 2: Grenzmassnahmen
    - 3.3. Abschnitt 3: Strafrechtliche Durchsetzung
    - 3.4. Abschnitt 4: Besondere Massnahmen hinsichtlich der technischen Durchsetzung von Immaterialgüterrechten in der digitalen Umgebung
      - a. Haftung von Internet-Providern
      - b. Verbot der Umgehung technischer Schutzmassnahmen
  4. Kapitel Drei: Internationale Kooperation
  5. Kapitel Vier: Durchsetzungsmethoden
  6. Kapitel Fünf: Institutionelle Ausgestaltung
  7. Kapitel Sechs: Schlussbestimmungen
- V. Schweizer Verhandlungsmandat
- VI. Auswirkungen auf die Schweizer Providerhaftung?
- VII. Schlussbetrachtungen

## I. Einleitung

[Rz 1] Vom 12. bis 16. April 2010 fand in Wellington, Neuseeland, die achte Verhandlungsrunde zum Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)<sup>1</sup> statt. An den Verhandlungen nimmt seit der ersten formellen Verhandlungsrunde von Mitte 2008 neben Australien, Kanada, der Europäischen Union (mit ihren 27 Mitgliederstaaten), Japan, Südkorea, Mexiko, Marokko, Neuseeland, Singapur und den USA auch die Schweiz teil. Nachdem zu Beginn der Verhandlungen eine restriktive Informationspolitik gepflegt und das Abkommen weitgehend unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandelt wurde, ist es in den letzten Monaten in den Fokus einer breiteren Öffentlichkeit geraten. Wenn sich das Europäische Parlament am 10. März 2010 in der Entschliessung «zur Transparenz und zum Stand der Verhandlungen über das ACTA»<sup>2</sup> gegenüber der Europäischen Kommission und dem Rat «zutiefst besorgt» äussert und sich gar ausdrücklich den Gang vor den Europäischen Gerichtshof (*EuGH*) vorbehält,<sup>3</sup> fragt man sich, was die Emotionen in der Politik derart hochgehen lässt. Demgegenüber haben die Verhandlungen zum ACTA hierzulande noch keine hohen Wellen geworfen.

[Rz 2] Der Bundesrat hat im Mandat zuhanden der Schweizer

Verhandlungsdelegation festgehalten, dass das ACTA keine Änderungen von Schweizer Gesetzen nach sich ziehen dürfe. Vor diesem Hintergrund stellt sich auch die Frage, welchen Nutzen das ACTA der Schweiz bringen kann.

[Rz 3] Dieser Aufsatz soll einen Überblick über die Verhandlungen zum ACTA vermitteln. Zunächst werden die Ziele, welche mit dem Abkommen verfolgt werden (nachstehend II.), sowie die Kontroverse um die Frage der Transparenz der Verhandlungen (nachstehend III.) dargestellt. Danach wird der am 21. April 2010 als Reaktion auf immer stärkeren öffentlichen Druck publizierte Entwurf des Abkommenstextes und damit der voraussichtliche Gegenstand des ACTA vorgestellt (nachstehend IV.), bevor summarisch auf die Position der Schweiz eingegangen wird (nachstehend V.). Hierbei wird darauf einzugehen sein, ob das vom Bundesrat an die Schweizer Verhandlungsdelegation erteilte Mandat, wonach ACTA zu keinen Änderungen von Schweizer Gesetzen führen dürfe, umsetzbar ist. Danach wird die mögliche Bedeutung des ACTA für die Providerhaftung im schweizerischen Recht aufgezeigt (nachstehend VI.). Abschliessend werden einige Schlussbetrachtungen vorgenommen (nachstehend VII.).

## II. Ziele des ACTA

[Rz 4] Das geplante ACTA ist seinem Titel nach ein Handelsabkommen (anti-counterfeiting *trade agreement*). Es bezweckt, die globalen Standards für die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten zu verbessern, um den Handel mit Fälschungen und Piraterieprodukten effektiver zu bekämpfen. Diese Ziele sollen durch die folgenden drei Hauptkomponenten des ACTA erreicht werden:

- internationale Zusammenarbeit;
- Massnahmen zur Rechtsdurchsetzung; und
- rechtliche Rahmenbedingungen.<sup>4</sup>

[Rz 5] Der Fokus des ACTA soll weniger auf dem Verhalten einzelner Bürger der Abkommensstaaten als auf Fälschungen und Piraterieprodukten liegen, die in bedeutender Weise kommerzielle Interessen beeinträchtigen. Die Freiheitsrechte und insbesondere die Privatsphäre der Bürger sollen durch das ACTA nicht gefährdet werden. Betont wird stets, dass Fälschungen und Piraterieprodukte enorme finanzielle Verluste für die Rechteinhaber verursachen, die nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung in Industrie- und Entwicklungsstaaten behindern und in gewissen Fällen ein Risiko für die Konsumenten darstellen.<sup>5</sup> Die Europäische Kommission hat

<sup>1</sup> In der deutschen Fassung ist vom «Abkommen zur Bekämpfung von Produkt- und Markenpiraterie» (so das Europäische Parlament) oder «Abkommen gegen Fälschung und Piraterie» (so das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum [IGE]) die Rede.

<sup>2</sup> Dok. P7\_TA-PROV(2010)0058, abrufbar unter [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0058+0+DOC+XML+V0//DE](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0058+0+DOC+XML+V0//DE) (17. Mai 2010).

<sup>3</sup> Vgl. III.1.

<sup>4</sup> Vgl. die Ausführung auf der Website der EU-Kommission, <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/anti-counterfeiting> (19. April 2010) und des IGE, <https://www.ige.ch/de/startseite/juristische-infos/rechtsgebiete/faelschung-und-piraterie/acta.html#c3989> (19. April 2010).

<sup>5</sup> Vgl. die von den ACTA-Verhandlungspartnern im Jahre 2009 publizierten Dokumente: Fact Sheet, [https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/)

die Zielsetzung in einer Übersicht zum ACTA am deutlichsten auf den Punkt gebracht: «ACTA is about tackling activities pursued by criminal organisations, which frequently pose a threat to public health and safety. It is not about limiting civil liberties or harassing consumers. The gangs behind this traffic are often the same that do drug trafficking or money laundering.»<sup>6</sup> Seit rund einem halben Jahr haben (teilweise diffuse) Befürchtungen, dass sich das ACTA entgegen diesen Verlautbarungen sehr wohl negativ auf die Rechte von Konsumenten auswirken könnte, den Druck auf die verhandelnden Staaten erhöht, detaillierter über den Verhandlungsgegenstand zu informieren.<sup>7</sup>

[Rz 6] ACTA will auf dem bestehenden internationalen Regelwerk im Bereich des geistigen Eigentums aufbauen, und zwar insbesondere auf dem Abkommen über handelsrelevante Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum der WTO (TRIPS-Abkommen). Die Idee eines neuen plurinationalen Übereinkommens geht auf Japan und die USA zurück, welche in den Jahren 2006 und 2007 erste Gespräche zwischen interessierten Ländern organisierten. Neben Japan und den USA beteiligten sich auch die Europäische Union, Kanada und die Schweiz daran. Seither fanden acht formelle Verhandlungsrunden statt.<sup>8</sup> Die nächste Verhandlungsrunde soll im Juni 2010 in der Schweiz stattfinden.

[Rz 7] Die Verhandlungen zum ACTA finden weder im institutionellen Rahmen der World Trade Organization (WTO), wie dies die inhaltliche Ausrichtung und Verwandtschaft mit dem TRIPS-Abkommen vermuten liesse, noch der World Intellectual Property Organization (WIPO)<sup>9</sup> statt. Auch dies sowie der Umstand, dass ausschliesslich Industriestaaten, aber keine Entwicklungsstaaten zu den Verhandlungsparteien zählen, haben zu den Vorwürfen mangelnder Transparenz der Verhandlungen beigetragen.

---

Juristische\_Infos/e/acta\_factsheet.pdf (19. April 2010), sowie das Transparency Paper «Summary of Key Elements under Discussion», [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/november/tradoc\\_145271.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/november/tradoc_145271.pdf) (19. April 2010).

<sup>6</sup> Vgl. EU-Kommission, Q&As on the Anti-Counterfeiting Agreement (ACTA), [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/january/tradoc\\_142040.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2009/january/tradoc_142040.pdf) (19. April 2010).

<sup>7</sup> Dazu mehr unter III.

<sup>8</sup> Die erste Verhandlungsrunde fand in Genf (3.-4. Juni 2008) statt, die zweite in Washington DC (29.-31. Juli 2008), die dritte in Tokyo (8.-9. Oktober 2008), die vierte in Paris (15.-18. Dezember 2008), die fünfte in Rabat (16.-17. Juli 2009), die sechste in Seoul (4.-6. November 2009), die siebte in Guadalajara (26.-29. Januar 2010), die achte in Wellington (12.-16. April 2010).

<sup>9</sup> Vgl. auch [www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/interviews/pdf/gurry\\_wtr\\_09.pdf](http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/interviews/pdf/gurry_wtr_09.pdf) (19. April 2010), wonach der Generaldirektor von WIPO, Francis Gurry, wenig erfreut ist über die Entscheidung der «international community», ACTA ausserhalb der WIPO zu verhandeln. Er wird mit folgendem Satz zitiert: «Those states participating in ACTA have obviously made the assessment that they can get the results through a plurinational forum rather than a multilateral forum.»

### III. Vorwurf der Intransparenz

#### 1. Kritik des Europäischen Parlaments

[Rz 8] Der Vorwurf der mangelnden Transparenz wurde im Zusammenhang mit dem ACTA zunächst seitens verschiedener Aktivistengruppen erhoben.<sup>10</sup> Das Europäische Parlament (EU-Parlament) hat am 10. März 2010 eine Entschliessung zur «Transparenz und zum Stand der Verhandlungen über das ACTA» (Entschliessung)<sup>11</sup> verabschiedet, in der das Parlament überaus deutlich seine Unzufriedenheit über die Informationspolitik zu den ACTA-Verhandlungen gegenüber der Europäischen Kommission (Kommission) und dem Rat zum Ausdruck gebracht hat. So erinnerte das EU-Parlament die Kommission an ihre Verpflichtung, das Parlament über alle Phasen internationaler Verhandlungen unverzüglich und umfassend zu unterrichten,<sup>12</sup> und es drückte sein Bedauern über die «bewusste» Entscheidung der Parteien aus, nicht im Rahmen etablierter internationaler Gremien wie der WIPO und der WTO zu verhandeln, die über feste Strukturen für die Information der Öffentlichkeit und Konsultationen verfügten.<sup>13</sup> Schliesslich wurden die Kommission und der Rat dazu aufgefordert, der Öffentlichkeit und dem Parlament Zugang zu den relevanten Dokumenten zu gewähren.<sup>14</sup> Zur Wahrung seiner Vorrechte behielt sich das Parlament geeignete Massnahmen vor und verwies mitunter auf eine mögliche Klage vor dem EuGH.

[Rz 9] Weshalb diese Drohgebärden, wenn das ACTA doch nur – wie insbesondere auch die Kommission betont hat<sup>15</sup> – darauf abzielt, Markenfälschungen und Piraterieware von kriminellen Organisationen effizienter zu bekämpfen, ohne dass die Freiheitsrechte und Privatsphäre der Bürger tangiert werden? Auch darüber gibt die Entschliessung des EU-Parlamentes Aufschluss. Das Parlament hegt die Sorge, dass mit dem ACTA die Rechte von EU-Bürgern in verschiedener Weise tangiert werden könnten. Um dies zu verhindern, hat das Parlament folgende Forderungen erhoben:

- Vor einer Zustimmung zu ACTA ist eine Abschätzung der Folgen der Umsetzung des ACTA u.a. für die Grundrechte und den Datenschutz vorzunehmen.<sup>16</sup>

---

<sup>10</sup> Vgl. z.B. den öffentlichen Brief von verschiedenen gewichtigen Public Interest-Organisationen, u.a. dem Center for Democracy and Technology, der Electronic Frontier Foundation und Public Knowledge, an Präsident Obama vom 5. November 2009, mit dem sie ihn auffordern dafür zu sorgen, dass die Bestimmungen von ACTA veröffentlicht werden: [www.cdt.org/files/pdfs/Transparency\\_Letter\\_to\\_President\\_0\\_0.pdf](http://www.cdt.org/files/pdfs/Transparency_Letter_to_President_0_0.pdf) (15. Mai 2010).

<sup>11</sup> Vgl. FN 2.

<sup>12</sup> Vgl. Ziffer 1 der Entschliessung.

<sup>13</sup> Vgl. Ziffer 6 der Entschliessung.

<sup>14</sup> Vgl. Ziffer 3 der Entschliessung.

<sup>15</sup> Vgl. bei FN 6.

<sup>16</sup> Vgl. Ziffer 7 und 12 der Entschliessung.

- Die Kommission soll über Klauseln im ACTA-Entwurf aufklären, nach denen Durchsuchungen und Beschlagnahmungen von (v.a.) Laptops, Mobiltelefonen und MP3-Geräten durch Grenz- oder Zollbehörden vorgenommen werden können.<sup>17</sup>
- ACTA darf nicht als Grundlage zur Einführung von sog. Three-Strikes-Verfahren<sup>18</sup> dienen, damit Grundrechte wie die Meinungsfreiheit und das Recht auf Schutz der Privatsphäre gewahrt bleiben.<sup>19</sup>
- Verstärkte Grenzmassnahmen dürfen nicht dazu führen, dass der Zugang zu rechtmässigen, erschwinglichen und sicheren Arzneimitteln – darunter innovative Mittel und Generika – unter dem Vorwand der Bekämpfung von Produktfälschung behindert wird.<sup>20</sup>

## 2. ACTA als Handelsabkommen?

[Rz 10] Wie aus der Entschliessung des EU-Parlaments zu schliessen ist, beschränkt sich das ACTA nicht auf die Bekämpfung krimineller Organisationen, deren gefälschte Waren mitunter die öffentliche Sicherheit und Gesundheit gefährden. Ob das ACTA indes den Datenschutz und die Privatsphäre der Bürger der Signatarstaaten wirklich bedroht, ja sogar den Zugang von Nutzern ins Internet gefährdet, wird sich erst noch weisen müssen.<sup>21</sup> Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob das ACTA als *Handelsabkommen* zu betrachten ist.

[Rz 11] Prof. Michael Geist von der Universität Ottawa<sup>22</sup> spricht denn auch von einem Trojanischen Pferd: Sicherheits- und Gesundheitsbedenken dienten als Einfallstor für etwas weit Kontroverseres. Es gehe längst nicht nur um Markenfälschungen, sondern auch um Urheberrechte und Patente. Die

Bezeichnung «Handelsabkommen» sei täuschend, denn «at its heart it's a copyright deal.»<sup>23</sup>

[Rz 12] Die Sorge um einen Etikettenschwindel dürfte auch Grund für die geharnischte Entschliessung des EU-Parlaments gewesen sein. Indem die Verhandlungsparteien nicht umfassend und proaktiv informierten, leisteten sie dem Verdacht Vorschub, unter Ausschluss der Öffentlichkeit ihrer politischen Agenda zum Durchbruch verhelfen zu wollen, womit sie den Gegnern des ACTA geradezu in die Hände spielten. Die Verhandlungsparteien haben zudem wohl unterschätzt, wie schwierig es im Zeitalter des Internets ist, vertrauliche Dokumente unter Verschluss zu halten: Mit wachsendem Interesse einer kritischen Öffentlichkeit sind insbesondere dieses Jahr in immer kürzeren Abständen einzelne Kapitel des ACTA bzw. Positionen der verhandelnden Staaten, u.a. zur Transparenzfrage,<sup>24</sup> durchgesickert. Am 23. März 2010 (und damit noch vor der achten Verhandlungsrunde in Neuseeland von Mitte April 2010) wurde schliesslich ein konsolidierter 56-seitiger Entwurf des Abkommenstextes ins Internet gestellt.<sup>25</sup> Diese (inoffizielle) Fassung weist die unterschiedlichen Positionen einzelner Staaten aus und bietet insofern einen gewissen Mehrwert zur offiziellen Entwurfsfassung (siehe sogleich).

[Rz 13] Vor diesem Hintergrund und angesichts der immer lauter werdenden Appelle seitens der Politik<sup>26</sup> blieb den verhandelnden Staaten nichts anderes übrig, als anlässlich der jüngsten Verhandlungsrunde die Publikation eines Abkommensentwurfs zu beschliessen.<sup>27</sup> Am 21. April 2010 hat die Europäische Kommission schliesslich den als «*public prede-*

<sup>17</sup> Vgl. Ziffer 10 der Entschliessung.

<sup>18</sup> Gemäss dem Three-Strikes-Verfahren sollen Internet-Provider ihren Kunden nach dreimaligem Rechtsverstoss den Zugang zum Internet sperren. In der häufigsten Konstellation, nämlich im Falle des Filesharings, würde es sich um Verstösse gegen das Urheberrecht handeln. Das EU-Parlament verlangt, dass die Sperrung eines Internetzugangs in jedem Fall zuvor von einem Gericht geprüft wird, wie dies im EU-Recht vorgesehen sei. Vgl. später bei FN 76 das französische Modell eines Three-Strikes-Verfahren, das seit 1. Januar 2010 in Kraft ist.

<sup>19</sup> Vgl. Ziffer 11 der Entschliessung.

<sup>20</sup> Vgl. Ziffer 13 der Entschliessung.

<sup>21</sup> Der Überblick über den publizierten Entwurfstext wird zeigen, dass das ACTA, zumindest gemäss der vorliegenden Entwurfsfassung, kaum eine Welle von Three-Strikes-Verfahren auslösen wird; dazu später mehr im Haupttext bei FN 45.

<sup>22</sup> Prof. Geist ist Inhaber des Canada Research Chair in Internet and E-Commerce Law. Er hat sich als Verfechter eines freien Internets einen Namen über Juristenkreise hinaus gemacht und sich verschiedentlich gegen die Verschärfung des (internationalen und nationalen) Urheberrechts zulasten von Allgemeininteressen stark gemacht. Er warnt seit Jahren vor dem ACTA und hat mit seinem grossen Engagement nach mehr Transparenz Anteil daran, dass am 21. April der Entwurf des Abkommenstextes publiziert wurde.

<sup>23</sup> Vgl. das ausführliche schriftliche Interview mit Prof. Geist zum ACTA vom 7. März 2010, das Richard Poynder führte, [www.richardpoynder.co.uk/Geist\\_Interview.pdf](http://www.richardpoynder.co.uk/Geist_Interview.pdf) (19. April 2010). Siehe auch Prof. Hoerens Beurteilung, es handele sich bei der Deklaration als Handelsabkommen um ein «Ausweichmanöver», in heise online vom 24. Februar 2010, [www.heise.de/newsticker/meldung/Rechtsexperten-sehen-Licht-und-Schatten-im-ACTA-Internet-Kapitel-938959.html](http://www.heise.de/newsticker/meldung/Rechtsexperten-sehen-Licht-und-Schatten-im-ACTA-Internet-Kapitel-938959.html) (19. April 2010).

<sup>24</sup> So wurden etwa gemäss einem niederländischen Leck u.a. die USA, Südkorea, Singapur als diejenigen Länder identifiziert, welche sich einer Publikation des Abkommensentwurfs widersetzen: vgl. den Beitrag auf Prof. Geists Blog vom 25. Februar 2010, [www.michaelgeist.ca/content/view/4819/125/](http://www.michaelgeist.ca/content/view/4819/125/) (19. April 2010).

<sup>25</sup> Vgl. dazu heise online vom 25. März 2010, [www.heise.de/newsticker/meldung/Kompletter-Entwurf-fuer-Anti-Piraterie-Abkommen-ACTA-im-Netz-964302.html](http://www.heise.de/newsticker/meldung/Kompletter-Entwurf-fuer-Anti-Piraterie-Abkommen-ACTA-im-Netz-964302.html) (19. April 2010) sowie den Beitrag auf Prof. Geists Blog vom 23. März 2010, [www.michaelgeist.ca/content/view/4899/125/](http://www.michaelgeist.ca/content/view/4899/125/) (19. April 2010).

<sup>26</sup> Nebst dem EU-Parlament (vgl. FN 14) haben sich auch Politiker vieler Verhandlungsstaaten für die Publikation des Textes stark gemacht.

<sup>27</sup> Vgl. die Pressemitteilung der ACTA-Staaten nach der achten Verhandlungsrunde, [https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Juristische\\_Infos/e/press\\_releases/acta\\_press\\_release\\_8th\\_round\\_wellington\\_20100416.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/e/press_releases/acta_press_release_8th_round_wellington_20100416.pdf) (19. April 2010). Die Pressemitteilungen der früheren Verhandlungsrunden sind auf der Website des IGE oder (übersichtlich) unter [www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/Trade-Agreements/Anti-Counterfeiting/0-ACTA.php](http://www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/Trade-Agreements/Anti-Counterfeiting/0-ACTA.php) (19. April 2010) abrufbar.

*cisional/deliberative draft*» bezeichneten konsolidierten Text auf ihrer Website veröffentlicht.<sup>28</sup>

[Rz 14] Die Kontroverse um die mangelnde Transparenz der ACTA-Verhandlungen kann als Lehrstück dienen um aufzuzeigen, wie zentral in der Informationsgesellschaft eine offene Kommunikation ist: Besteht einmal der Eindruck, dass ein kontroverses Thema unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandelt wird und die Öffentlichkeit über die wahren Absichten getäuscht werden soll, wird die Diskussion ausschliesslich auf der emotionalen Ebene geführt. Im Nachhinein ist offensichtlich, dass die verhandelnden Staaten mit ihrer restriktiven Informationspolitik der eigentlichen Sache Schaden zugefügt haben, setzen doch weite Kreise das ACTA heute mit dem Herrschaftsanspruch einiger Industriestaaten – und besonders der USA – gleich, welche sich, unter dem Einfluss der Unterhaltungsindustrie stehend, für eine Ausweitung der Urheber- und anderer Immaterialgüterrechte einsetzen, ohne dabei widerstrebenden Interessen (z.B.) der Allgemeinheit, Entwicklungsländern oder Werknutzern gebührend Rechnung zu tragen.<sup>29</sup>

[Rz 15] Wichtiger als die Beantwortung der Frage, ob die Charakterisierung als Handelsabkommen für das ACTA angezeigt ist, scheint daher eine Versachlichung der Diskussion und eine nüchterne Analyse der Bestimmungen und der Folgen des neuen Abkommens. Als Beitrag hierzu soll im nächsten Abschnitt ein summarischer Überblick über das ACTA vermittelt werden.

#### IV. Überblick über den Entwurf

[Rz 16] In diesem Kapitel wird das geplante ACTA überblicksartig vorgestellt. Eine Detailanalyse kann erst erfolgen, nachdem die zahlreichen offenen Punkte, welche im Entwurf mit eckigen Klammern hervorgehoben wurden, bereinigt wurden. Zum jetzigen Zeitpunkt ist noch kein Teil des Abkommens verabschiedet.<sup>30</sup> Die folgende Darstellung dient damit vornehmlich dem Zweck, sich eine Vorstellung über den Aufbau und den Regelungsgegenstand des ACTA zu machen.

---

<sup>28</sup> Vgl. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc\\_146029.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf) (24. April 2010). Der Entwurf unterscheidet sich nur wenig von der Fassung, die einer Public Interest-Organisation zugespielt und von dieser am 23. März 2010 im Internet veröffentlicht wurde (vgl. FN 25). Der Entwurf ist u.a. auch auf der Website des IGE abrufbar, [https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Juristische\\_Infos/e/acta\\_text\\_for\\_public\\_release\\_april\\_2010.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/e/acta_text_for_public_release_april_2010.pdf) (27. April 2010).

<sup>29</sup> Vgl. etwa den Artikel in der *Monde Diplomatique* Nr. 9137 vom 12. März 2010, *Das gebunkerte Wissen – Das neue Abkommen über Produktpiraterie handeln die Industriestaaten unter sich aus*, [www.monde-diplomatique.de/pm/2010/03/12.mondeText1.artikel,a0046.idx,10](http://www.monde-diplomatique.de/pm/2010/03/12.mondeText1.artikel,a0046.idx,10) (28. April 2010).

<sup>30</sup> Vgl. News des IGE, <https://www.ige.ch/news-ansicht/news/abkommen-gegen-faelschung-und-piraterie-acta-veroeffentlichung-des-abkommensentwurfs/444.html> (24. April 2010).

### 1. Aufbau des ACTA

[Rz 17] Der 39 Seiten umfassende Entwurf des ACTA gliedert sich in die folgenden sechs Kapitel:

- Kapitel Eins: Eingangsbestimmungen und Definitionen (Umfang: 2 Seiten)
- Kapitel Zwei: Rechtlicher Rahmen für die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten (21 Seiten)
- Kapitel Drei: Internationale Kooperation (4 Seiten)
- Kapitel Vier: Durchsetzungsmethoden (4 Seiten)
- Kapitel Fünf: Institutionelle Ausgestaltung (4 Seiten)
- Kapitel Sechs: Schlussbestimmungen (4 Seiten)

[Rz 18] Bereits die Angaben zum Seitenumfang lassen vermuten, dass die Verhandlungsparteien mit dem ACTA einen völkerrechtlichen Rahmen für die (verbesserte) Durchsetzung von Immaterialgüterrechten schaffen wollen (vgl. Kapitel Zwei und Vier). Es handelt sich insofern um eine *TRIPS-Plus*-Konvention.<sup>31</sup>

[Rz 19] In der Folge werden ausgewählte Teilbereiche oder Bestimmungen jedes Kapitels vorgestellt, welche für eine erste Beurteilung des Abkommens wichtig erscheinen. Dabei ist zu bedenken, dass bezüglich der meisten Bestimmungen des Entwurfs noch keine Einigkeit unter den Verhandlungsparteien besteht. Gerade die umstrittensten Kapitel – etwa Kapitel Zwei, Abschnitt 4 – werden wohl noch bedeutenden Änderungen unterworfen sein.

### 2. Kapitel Eins: Eingangsbestimmungen und Definitionen

[Rz 20] Kapitel Eins gliedert sich in die Abschnitte A (*Eingangsbestimmungen*) und B (*Definitionen*).

[Rz 21] Im Abschnitt A wird die Pflicht der Vertragsparteien festgehalten, die Bestimmungen des Abkommens im nationalen Recht umzusetzen, wobei weitergehende Massnahmen zum Schutz und zur Durchsetzung von Immaterialgüterrechten beschlossen werden dürfen. Es ist den Mitgliedern überlassen zu bestimmen, durch welche angemessenen Mittel sie die ACTA-Vorschriften in ihrer Rechtsordnung umsetzen (Art. 1.2, Ziff. 1; Seite 2). Weiter wird klargestellt, dass das Abkommen von den Mitgliedern keine Massnahmen zum Schutz eines Immaterialgüterrechts verlangt, sofern dieses im jeweiligen Land nicht geschützt wird (Art. 1.3, Ziff. 2; S. 2).

[Rz 22] Eine Bestimmung, über deren Formulierung sich die Mitglieder noch einigen müssen, soll festhalten, dass das ACTA nicht dazu führen darf, dass Bestimmungen des

---

<sup>31</sup> So Prof. Metzger in seinem Blog-Eintrag vom 21. April 2010 auf dem von ihm betriebenen ACTA Blog des Instituts für Rechtsinformatik der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover, <http://iri-blog.info/> (23. April 2010).

Landesrechts zum Schutz der Privatsphäre («*personal privacy*») abgeschwächt werden (Art. 1.4; S. 2).

[Rz 23] Der (sehr kurze) Katalog mit Begriffsdefinitionen in Abschnitt B definiert «*intellectual property*» unter Verweis auf die Abschnitte 1-7 des TRIPS-Abkommens, womit die folgenden Schutzrechte darunter fallen: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Markenrechte, geographische Angaben, gewerbliche Muster, Patente, Topographien integrierter Schaltkreise sowie Schutz vertraulicher Informationen (Art. 1.X, S. 3). Der sachliche Anwendungsbereich des ACTA ist somit gemäss dem Entwurf gross. Das ACTA findet nicht nur auf die besonders zu Beginn der Verhandlungen (beinahe ausschliesslich) erwähnten Produktfälschungen Anwendung. Es darf mit Spannung erwartet werden, ob dieser Anwendungsbereich so bestehen bleibt. Zu beachten ist, dass einzelne Bestimmungen des ACTA nicht auf «*intellectual property*», sondern ausgewählte (im Einzelnen aufgeführte) Schutzrechte Anwendung finden sollen. Die breite Begriffsdefinition in Abschnitt B führt mithin noch nicht automatisch zu einem weiten Anwendungsbereich.

### 3. Kapitel Zwei: Rechtlicher Rahmen für die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten

[Rz 24] Kapitel Zwei – Rechtlicher Rahmen für die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten (*Legal Framework für Enforcement of Intellectual Property Rights*) – enthält den Hauptteil der Bestimmungen des ACTA. Es gliedert sich in die folgenden Abschnitte: Allgemeine Verpflichtungen (Abschnitt X, Art. 2.X; S. 4), zivilrechtliche Durchsetzung (Abschnitt 1, Art. 2.1-2.5; S. 4 ff.), Grenzmassnahmen (Abschnitt 2, Art. 2.X-2.13; S. 9 ff.), strafrechtliche Durchsetzung (Abschnitt 3, Art. 2.14-2.17; S. 15 ff.) sowie besondere Massnahmen hinsichtlich der technischen Durchsetzung von Immaterialgüterrechten in der digitalen Umgebung (Abschnitt 4, Art. 2.18-2.17; S. 18 ff.).

#### 3.1. Abschnitt 1: Zivilrechtliche Durchsetzung

[Rz 25] Abschnitt 1 enthält Bestimmungen betreffend die Verfügbarkeit des zivilrechtlichen Verfahrens (Art. 2.1; S. 4), Unterlassungsansprüche (Art. 2.X; S. 4), Schadenersatzansprüche (Art. 2.2; S. 5), andere Rechtsbehelfe (Art. 2.3; S. 7), Auskunft hinsichtlich Rechtsverletzungen (Art. 2.4; S. 7), vorsorgliche Massnahmen (Art. 2.5, S. 8).

[Rz 26] Bezüglich Unterlassungsansprüchen hält der Entwurf fest, dass diese auch gegen Intermediäre beantragt werden können, deren Dienstleistungen durch einen Dritten zur Begehung von Immaterialgüterrechtsverletzungen verwendet werden (Art. 2.X, Ziff. 2; S. 5). Dabei besteht noch Uneinigkeit darüber, ob die ACTA-Staaten hierzu verpflichtet werden sollen (*may-* oder *shall-*Formulierungen werden diskutiert). Die-

se Bestimmung birgt besonders auch für Internet-Provider Gefahrenpotenzial in sich.<sup>32</sup>

[Rz 27] Mit Blick auf etwaige Schadenersatzansprüche werden Vorschriften zu deren Berechnung diskutiert. So sollen bei der Bemessung des Schadenersatzes die Behörden u.a. die legitimen Messmethoden («*measure of value*»), welche der Rechteinhaber vorbringt, berücksichtigen, einschliesslich entgangenem Gewinn und dem Wert des verletzten Gutes oder der verletzten Dienstleistung gemessen am Marktpreis oder dem vorgeschlagenen Händlerpreis.<sup>33</sup> Zudem sollen die rechtsanwendenden Behörden befugt sein, den Verletzer eines Immaterialgüterrechts zu angemessenem Schadenersatz oder zur Gewinnherausgabe zur verpflichten (Art. 2.2, Ziff. 1(a)/(b); S. 5).

[Rz 28] Ebenfalls diskutiert, aber von einem Teil der Verhandlungsparteien klar abgelehnt, wird ein zusätzlicher Absatz hinsichtlich einer Art der Schadenersatzberechnung, die dem schweizerischen (und wohl weitgehend auch dem europäischen) Recht fremd ist: Die Mitgliedstaaten sollen ein System bereithalten, das sog. *pre-established damages* oder Vermutungstatbestände vorsieht (Art. 2.2, Ziff. 2(a)/(b); S. 6). Das Konzept solcher *pre-established damages* ist im US-amerikanischen Recht unter dem Begriff der *statutory damages* bekannt, gemäss dem ein verletzter Rechteinhaber anstatt *actual damages* eine bestimmte gesetzlich festgelegte Summe verlangen kann, ohne dass es eines Schadensnachweises bedürfte.<sup>34</sup> Es ist nicht zu erwarten, dass dieser dem Vernehmen nach von den USA und Japan forcierte Absatz in die Endfassung des Abkommens fliessen wird, zumindest nicht in verpflichtender Form; die *may-* oder *shall-*Formulierung ist gegenwärtig noch Gegenstand der Verhandlungen.

[Rz 29] In den Bestimmungen zu den anderen Rechtsbehelfen soll die Möglichkeit geschaffen werden, rechtsverletzende Güter seitens der zuständigen Behörden entschädigungslos zu vernichten bzw. durch diese vernichten zu lassen. Dies soll gleichermassen bei Ausgangsmaterialien und Geräten möglich sein, die überwiegend zur Herstellung von rechtsverletzenden Waren verwendet wurden (Art. 2.3, Ziff. 1 und 2; S. 7).

[Rz 30] Durch das gemäss Artikel 2.4 vorzusehende Auskunftsrecht soll dem Rechteinhaber ermöglicht werden, vom eingeklagten Verletzer Informationen über die Hintermänner

<sup>32</sup> Vgl. zur Frage von Unterlassungsansprüchen gegen Internet-Provider später IV.3.4.a., bei FN 50.

<sup>33</sup> Es geht aus der Formulierung bezüglich dem Marktpreis und dem Händlerpreis nicht klar hervor, auf was sie sich genau beziehen.

<sup>34</sup> Vgl. zu den *statutory damages* im Urheberrecht 17 U.S.C. § 504(c) sowie im Markenrecht 15 U.S.C. § 1117(c). Im Urheberrecht kann der Geschädigte anstatt des tatsächlich erlittenen Schadens, den er nachzuweisen hätte, für jedes verletzte Werk eine Summe zwischen 0 und '000 verlangen, wobei es dem Gericht obliegt, die gerechte Entschädigungssumme innerhalb dieses Rahmens festzulegen. Dem Kläger steht es frei, *statutory damages* oder *actual damages* zu fordern.

der (typischerweise) Produktfälschungen zu erhalten (vgl. Art. 2.4; S. 7 f.). Nicht klar ist, ob die ACTA-Mitgliedstaaten gestützt auf diesen Artikel verpflichtet sind, ein Auskunftsrecht gegenüber *Internet-Providern* zu schaffen: Muss ein Rechteinhaber von einem Host-Provider (z.B. einem Betreiber einer Auktionsbörse) verlangen dürfen, dass dieser ihm die Kontaktinformationen einer unter einem Kürzel handelnden Person bekannt gibt? Und muss ein Access-Provider darüber Auskunft geben, welchem Kunden zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte IP-Adresse zugewiesen war? Die gegenwärtige Formulierung, wonach Informationen zu «any person or persons involved in any aspect of the infringement» verlangt werden können, lässt genügend Spielraum, um die Fragen zu bejahen. Die EU hat eine zusätzliche Formulierung vorgeschlagen, wonach Bestimmungen betreffend den Schutz personenbezogener Daten (sowie von vertraulichen Informationen) vorbehalten sind. Damit könnten Auskunftsrechte gegen Internet-Provider ausgeschlossen werden; sicher ist dies indes nicht. Es erscheint als notwendig, dass die Verhandlungsparteien diesen Punkt aufgreifen und die Bestimmung klarer formulieren. Systematisch ist ein etwaiges Auskunftsrecht gegen Internet-Provider nicht in diesem Abschnitt 1, sondern in Abschnitt 4 unterzubringen.

### 3.2. Abschnitt 2: Grenzmassnahmen

[Rz 31] Abschnitt 2 (S. 9 ff.) schreibt den Mitgliedstaaten des ACTA vor, inwiefern Rechteinhaber die nationalen Zollbehörden bei der Bekämpfung von Immaterialgüterrechtsverletzungen beiziehen können sollen. Die Bestimmungen sollen für importierte und exportierte Waren, Waren im Transit sowie in anderen Situationen greifen, in welchen diese unter Zollaufsicht stehen.

[Rz 32] Abschnitt 2 enthält Bestimmungen zum Umfang der Grenzmassnahmen (Art. 2.X; S. 9), über eine *de minimis*-Regel (Art. 2.X; S. 10), zu den Modalitäten des Antragsrechts von Rechteinhabern (Art. 2.6; S. 10), zu *ex-officio* Zollmassnahmen (Art. 2.7; S. 11), zur Sicherheitsbestellung (Art. 2.9; S. 12), zur Feststellung des Rechtsverstosses (Art. 2.10; S. 12), zu Rechtsbehelfen (Art. 2.11; S. 13), zu den Kosten (Art. 2.12; S.13), zur Offenlegung von Information (Art. 2.13; S. 13) sowie zur Haftung der Behörden (Art. 2.X; S. 14). Die Bestimmungen weisen einen gerade für völkerrechtliche Verträge bemerkenswert hohen Detaillierungsgrad auf.

[Rz 33] Artikel 2.X (S. 10) des Entwurfs enthält – anders als die inoffiziellen früheren Entwürfe – eine *de minimis*-Regelung, wonach die Mitgliedstaaten geringe Warenmengen von nichtkommerzieller Natur, die sich im persönlichen Gepäck von Reisenden befinden, aus dem Anwendungsbereich des Abschnitts 2 ausnehmen können. Dass der Entwurf diese Ausnahmemöglichkeit vorsieht, dürfte auf den öffentlichen Unmut und die Sorge zurückzuführen sein, dass das ACTA der Konfiszierung von MP3-Playern und anderen Endgeräten Vorschub leisten könnte, auf welchen sich urheberrechtlich geschützte Musik- und andere Files befinden, welche ohne

Erlaubnis der Rechteinhaber beschafft wurden. Vor diesem Hintergrund verlangte etwa das EU-Parlament in seiner Entschliessung, dass das ACTA nicht als Grundlage solcher (als unverhältnismässig beurteilter) Massnahmen dienen dürfe.<sup>35</sup>

### 3.3. Abschnitt 3: Strafrechtliche Durchsetzung

[Rz 34] Abschnitt 3 macht den ACTA-Mitgliedstaaten zum Teil detaillierte Vorgaben zur strafrechtlichen Sanktionierung von vorsätzlichen gewerbsmässigen Markenfälschungen oder entsprechender Piraterie im Bereich des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte. Der Begriff der Gewerbsmässigkeit wird dabei im genannten Piraterie-Bereich sehr breit gefasst, indem auch «bedeutende» vorsätzliche Verletzungshandlungen ohne direkte oder indirekte Gewinnabsicht darunter fallen (Art. 2.14, Ziff. 1(a); S. 15). Der Entwurf beschreibt nicht näher, wann eine Verletzungshandlung als «bedeutend» qualifiziert.

[Rz 35] Vorgeschlagen, aber stark umstritten ist eine Pflicht der Mitglieder von ACTA, das Aufnehmen von Filmen in Kinosalen unter Strafe zu stellen. Die Bestimmung, teils als *Camcorder-Vorschrift* bezeichnet, dürfte in vielen Ländern – darunter die Schweiz<sup>36</sup> – nicht ohne eine Ergänzung des Straf- oder Urheberrechts umgesetzt werden können.

[Rz 36] Des Weiteren werden im Abschnitt 3 die strafrechtliche Verantwortlichkeit (u.a.) von juristischen Personen (Art. 2.15; S. 16), die Beschlagnahme, Einziehung und Vernichtung (Art. 2.16; S. 17), strafrechtliche *ex-officio* Durchsetzungsmassnahmen (Art. 2.17; S. 18) sowie die Rechte der Angeklagten und von Drittparteien (Art. 2.X, S. 18) angesprochen.

### 3.4. Abschnitt 4: Besondere Massnahmen hinsichtlich der technischen Durchsetzung von Immaterialgüterrechten in der digitalen Umgebung

[Rz 37] Der mit dem schwerfälligen Titel «Special Measures Related to Technological Enforcement of Intellectual Property in the Digital Environment» umschriebene Abschnitt 4 wird oft schlicht als *Internet-Abschnitt* des ACTA bezeichnet. Vertragsredaktionell wenig elegant sind die sich über 8 Seiten erstreckenden Bestimmungen in einem einzigen Artikel – Art. 2.18 mit der Überschrift «Durchsetzungsverfahren in der digitalen Umgebung» – enthalten.

[Rz 38] Abschnitt 4 enthält Vorgaben in zwei Bereichen, welche seit geraumer Zeit Gegenstand von erbitterten Auseinandersetzungen der verschiedenen Interessengruppen bilden: Die Haftung bzw. Haftungsfreistellung von Internet-Providern für Rechtsverletzungen durch ihre Kunden (Art. 2.18, Ziff. 1-3

<sup>35</sup> Vgl. bei FN 17.

<sup>36</sup> Ein Mitglied der Schweizer Verhandlungsdelegation bestätigte, dass im geltenden Schweizer Recht keine entsprechende Bestimmung vorgesehen sei; vgl. Protokoll zur Informations- und Konsultationsveranstaltung vom 14. Januar 2010 (vgl. FN 63), S. 12.

quater) sowie das Verbot der Umgehung technischer Schutzmassnahmen (Art. 2.18, Ziff. 4).

[Rz 39] In der Folge sind die beiden Regelungsbereiche des Internet-Abschnitts kurz vorzustellen, wobei die Vorschriften zu der Haftung von Internet-Providern ausführlicher zur Sprache kommen.

#### a. Haftung von Internet-Providern

[Rz 40] Der Internet-Abschnitt des ACTA hat in der Internetgemeinde, aber auch in der Politik wohl die grössten Sorgen hervorgerufen. Immer wieder zu lesen war, dass ACTA-Mitglieder dazu verpflichtet würden, ihr nationales Recht dahingehend abzuändern, dass die Internet-Provider nur dann von der Haftung für die von ihren Kunden begangenen Rechtsverletzungen freigestellt werden, wenn sie nach Erhalt entsprechender Hinweise über Rechtsverstösse den verantwortlichen Kunden den Zugang zum Internet kappen.<sup>37</sup> Die vielen offenen Punkte belegen, dass auch die Verhandlungsparteien in vielen Fragen unterschiedlicher Auffassung sind. Es darf mit Spannung verfolgt werden, welche Formulierungen schliesslich in die Endfassung des Abkommens Eingang finden.

[Rz 41] Zunächst wird in Art. 2.18, Ziff. 1 (S. 18) der Grundsatz festgehalten, wonach die Vertragsparteien sicherstellen, dass die Durchsetzungsverfahren, wie sie in den Abschnitten über die zivilrechtliche und die strafrechtliche Durchsetzung vorgesehen sind, auch bei Verstössen über das Internet zur Verfügung stehen.

[Rz 42] Gemäss Art. 2.18, Ziff. 3 (S. 19) soll unbeschadet der gesetzlichen Rechte, Beschränkungen, Ausnahmen oder Defences (einschliesslich des Erschöpfungsgrundsatzes) hinsichtlich (gewisser) Immaterialgüterrechtsverletzungen des nationalen Rechts jeder Vertragsstaat dafür sorgen, dass zivilrechtliche Rechtsbehelfe sowie entsprechende Beschränkungen, Ausnahmen oder Defences in seinem Rechtssystem für die Teilnehmerhaftung (*Third Party Liability*) zur Verfügung stehen. In einer Fussnote soll der Begriff der Teilnehmerhaftung definiert werden.

[Rz 43] Die inhaltlich wichtigste – und in beinahe jeder Formulierung umstrittene – Bestimmung folgt in der nachfolgenden Ziffer 3 (vgl. Option 1, S. 19). Die ACTA-Staaten sollen, «um das Wachstum und die Chancen des E-Commerce nicht zu behindern» und «um die kontinuierliche Entwicklung einer Industrie zu begünstigen, welche Online-Informationendienste erbringen», bestimmte Haftungsprivilegien für Internet-Provider erlassen. Aus Schweizer Sicht interessant ist, dass sich gemäss inoffiziell Entwurfstext<sup>38</sup> die Schweizer Delegati-

on dafür einsetzt, dass die Staaten nicht verpflichtet werden, Haftungsprivilegien zu erlassen (*may-* gegenüber *shall-*Formulierung). Begründet wird diese Haltung damit, dass das durch das geltende nationale (Haftpflicht-)Recht vermittelte Schutzniveau reduziert werden könnte. Die Haltung der Schweizer Delegation ergibt Sinn, da das Schweizer Recht keine spezifischen Haftungsbestimmungen für Provider kennt,<sup>39</sup> und sie öffentlich erklärt hat, dass ein ACTA-Beitritt der Schweiz keine Gesetzesänderungen nach sich ziehen wird.<sup>40</sup> An dieser Bestimmung könnte sich daher entscheiden, ob die Schweiz dem ACTA beitrifft oder nicht.<sup>41</sup>

[Rz 44] Die in Frage stehenden Haftungsprivilegien orientieren sich inhaltlich und von ihrer Formulierung her stark an den Bestimmungen des EU-Rechts (der E-Commerce-Richtlinie)<sup>42</sup> und des US-amerikanischen Rechts (dem DMCA)<sup>43</sup>. Es liegt bezüglich vieler Vorschriften je ein Formulierungsvorschlag der EU und der USA vor, welche in die gleiche Richtung weisen. Die Privilegierungsvorschriften sollen bei verschiedenen Tätigkeiten greifen, bei welchen sich die Provider als passive Übermittler von Informationen Dritter präsentieren. Anders als im EU-Recht,<sup>44</sup> aber in Übereinstimmung mit dem US-Recht würden nebst Host-, Caching- und Access-Provider auch Suchmaschinen (sowie andere «linking»-Provider) von den Haftungsprivilegien erfasst (vgl. die Provider-Tätigkeiten der beiden Optionen in (i)-(iii) auf S. 20).

[Rz 45] Der Entwurf schreibt den ACTA-Staaten ferner vor, in welchen Fällen den Providern die Anrufung der Haftungsprivilegierungen verwehrt bleiben soll. Wiederum ganz ähnlich wie in der E-Commerce-Richtlinie und dem DMCA vorgesehen, sollen Provider Rechtsverletzungen (durch Löschen des fraglichen Inhalts oder Unterbinden des Zugriffs darauf) beseitigen, sobald sie Kenntnis davon erhalten. Der US-Vorschlag sieht zudem vor, dass der Provider eine «Policy» verabschieden und implementieren muss, um die nichtautorisierte Speicherung und Übermittlung von urheberrechtlich geschützten Inhalten zu adressieren (vgl. Option 1(b)(i); S.

---

selbstverständlich nicht verifiziert werden, doch lässt die weitgehende Übereinstimmung dieser Fassung mit dem publizierten Text vermuten, dass die Angaben stimmen.

<sup>39</sup> Vgl. dazu später unter VI.

<sup>40</sup> Vgl. dazu später unter V., vor FN 63.

<sup>41</sup> Vgl. dazu später unter VII.

<sup>42</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. 2000 Nr. L 178/1 vom 17. Juli 2000.

<sup>43</sup> Digital Millennium Copyright Act of 1998 (Pub. L. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998)).

<sup>44</sup> Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass Suchmaschinen-Betreiber in Bezug auf das Keyword-Advertising der Privilegierungsvorschrift für Host-Provider in Art. 14 E-Commerce-Richtlinie unterstehen, wie der EuGH jüngst in Bezug auf den Adwords-Dienst von Google entschieden hat: vgl. EuGH-Urteil vom 23. März 2010, C-236/08 bis C-238/08, Rz. 106 ff.

---

<sup>37</sup> Vgl. etwa die Entschliessung des Europäischen Parlaments bei FN 19, in welcher Three-Strikes-Regime ohne Richtervorbehalt als mit den Grundwerten und dem Recht der EU unvereinbar abgelehnt werden. Zu Three-Strikes-Regimen schon FN 18.

<sup>38</sup> Vgl. zu diesem inoffiziellen Entwurf FN 25. Die inhaltliche Richtigkeit kann



21). Im inoffiziellen Entwurf<sup>45</sup> wurde in einer Fussnote zu «Policy» als Beispiel Folgendes festgehalten: «... *providing for the termination in appropriate circumstances of subscriptions and/or accounts on the service provider's system or network of repeat infringers.* » Dieser Satz hat zur bereits erwähnten<sup>46</sup> verbreiteten Sorge geführt, dass das ACTA von seinen Mitgliedern verlangt, eine Three-Strike-Rule einzuführen, wonach Provider (typischerweise Access-Provider) auf Benachrichtigung von Rechteinhabern hin ihren Kunden den Zugang ins Netz sperren müssen. Der Druck insbesondere seitens der Politik hat seine Wirkung nicht verfehlt: Im publizierten Entwurfstext wurde die erwähnte Fussnote gestrichen. Erwähnenswert, da in der Diskussion bisher übersehen, erscheint diesbezüglich, dass die nun gestrichene Formulierung dem geltenden DMCA (vgl. § 512(i)(1)(A) DMCA) entnommen wurde. Von US-Providern wird jedoch bis zum heutigen Tag zur Anrufung der Privilegierungsvorschriften des DMCA – trotz der erwähnten Bestimmung – keinesfalls der Erlass eines Three-Strikes-Regimes verlangt. Die Besorgnis (vor allem der US-Amerikaner) über die frühere Formulierung in der Fussnote erscheint vor diesem Hintergrund doch übertrieben.

[Rz 46] Ein Einfallstor für das gefürchtete Three-Strikes-Modell könnte in einer ebenfalls bereits aus dem geltenden (EU-) Recht<sup>47</sup> bekannten Formulierung gesehen werden: So sollen gerichtliche oder behördliche Anordnungen an die Provider, die von ihnen die Abstellung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung verlangen, einschliesslich der Entfernung rechtswidriger Informationen oder der Sperrung des Zugangs zu ihnen, von den Haftungsprivilegien unberührt bleiben (vgl. Option 2, S. 21). Insgesamt bietet die gegenwärtige Fassung des ACTA gleichwohl wenig Anlass zur Sorge, dass ACTA-Staaten von Internet-Providern vermehrt die Kappung des Internet-Zugangs verlangen werden.

[Rz 47] Der Entwurf enthält des Weiteren wie schon die E-Commerce-Richtlinie<sup>48</sup> und der DMCA<sup>49</sup> die Bestimmung, wonach die Anrufung der Privilegierungstatbestände nicht davon abhängig gemacht werden dürfe, ob der Anbieter seine Dienste überwacht und proaktiv nach Umständen sucht, welche auf rechtsverletzende Handlungen hinweisen. Wenn diese Vorschrift konsequent umgesetzt wird, können Provider nicht auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.<sup>50</sup>

Während dies in den USA der geltenden Rechtslage entspricht, wird die entsprechende Bestimmung in der E-Commerce-Richtlinie vom Bundesgerichtshof (BGH) restriktiv ausgelegt, sodass in Deutschland ein *begrenzter* Unterlassungsanspruch gegen (Host-)Provider besteht: Ein Host-Provider muss, nachdem er auf eine Rechtsverletzung hingewiesen wurde, nicht nur das konkrete Angebot unverzüglich sperren, sondern auch Vorsorge treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen kommt.<sup>51</sup> Da die von der EU vorgeschlagene Formulierung derjenigen der E-Commerce-Richtlinie sehr ähnlich ist, ist eher nicht damit zu rechnen, dass die deutsche Rechtsprechung aufgrund des ACTA eine Kehrtwende machen und Unterlassungsverpflichtungen von Providern gänzlich ablehnen wird.<sup>52</sup>

[Rz 48] Ein offenbar auf Japan zurückgehender, recht unausgegoren scheinender Vorschlag bezweckt, ein generelles und uneingeschränktes Auskunftsrecht gegen Internet-Provider zu schaffen (vgl. 3 ter, S. 21): Rechteinhaber sollen zügig von einem Provider die Kontaktdaten von Provider-Kunden herausverlangen können, wenn der Rechteinhaber substantiiert darlegt, dass dieser sein Urheberrecht verletzt hat. Der Vorschlag misst den (zumindest nach europäischem Verständnis) bedeutenden datenschutz- und fernmelderechtlichen Bedenken eines solchen Auskunftsrechts keinerlei Gewicht bei. Es erscheint unwahrscheinlich, dass dieser Vorschlag (zumindest in der Entwurfsfassung) bei einer Mehrzahl der Verhandlungsparteien auf Zustimmung stossen wird.

[Rz 49] Schliesslich sei auf ein Problem hingewiesen, das in der unterschiedlichen Regelungstechnik der E-Commerce-Richtlinie und des DMCA gründet: Der DMCA sieht (als Teil des Urheberrechts) Provider-Privilegien ausschliesslich bei Urheberrechtsverstössen vor, während gemäss der Richtlinie der EU die Haftungsprivilegien unabhängig von der Art des verletzten Rechtsguts zur Anwendung kommen. Im US-amerikanischen Recht greifen bei Markenverletzungen (teilweise) und (u.a.) Persönlichkeitsverletzungen inhaltlich anders ausgestaltete Providerprivilegierungsvorschriften.<sup>53</sup> Es ist nicht anzunehmen, dass die USA einer Verpflichtung zustimmen können werden, welche sie verpflichtet, das Regime des DMCA bei Verletzungen jedweden Rechtsgutes anzuwenden, denn dies würde die Abschaffung der erwähnten inhaltlich divergierenden Privilegierungsvorschriften

---

<sup>45</sup> Vgl. dazu FN 25.

<sup>46</sup> Vgl. FN 37.

<sup>47</sup> Vgl. Erwägung 45 der E-Commerce-Richtlinie.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 15 E-Commerce-Richtlinie.

<sup>49</sup> Vgl. § 512(m)(1) DMCA.

<sup>50</sup> Es stellt sich aus diesem Grunde die Frage, wie sich diese Privilegierungsvorschrift des Internet-Kapitels zur erwähnten Bestimmung (FN 32) des Abschnitts 1 (Zivilrechtliche Durchsetzung), wonach Unterlassungsverfügungen gegen Intermediäre – und damit auch Provider – bestehen sollen. Die Bestimmung des Internet-Kapitels dürfte als die speziellere Norm vorgehen. Falls ein ACTA-Staat indes auf Providerprivilegierungsvorschriften verzichtet – wie die Schweiz bisher –, könnten Provider wie jeder andere

---

Intermediär auf Unterlassung haften. Vgl. dazu auch bei FN 90.

<sup>51</sup> Vgl. BGH-Urteil vom 11. März 2004 – BGHZ 158, 236; I ZR 304/01 – Internet-Versteigerung I. Diese Leitentscheidung wurde seither in ständiger Rechtsprechung bestätigt, und zwar nicht hinsichtlich Markenrechtsverletzungen, sondern auch Verletzungen anderer Rechtsgüter.

<sup>52</sup> Optimistischer Prof. Hoeren, gemäss dem die bisherige Rechtsprechung des BGH in Frage gestellt werden könnte; vgl. [www.heise.de/newsticker/meldung/Rechtsexperten-sehen-Licht-und-Schatten-im-ACTA-Internet-Kapitel-938959.html](http://www.heise.de/newsticker/meldung/Rechtsexperten-sehen-Licht-und-Schatten-im-ACTA-Internet-Kapitel-938959.html) (27. April 2010).

<sup>53</sup> Vgl. § 32(2)(B)/(C) Lanham Act (Markenrechtsverletzungen) sowie § 230 Communications Decency Act (CDA) (Verletzungen von Persönlichkeitsrechten und anderen Rechtsgütern, nicht aber Immaterialgüterrechten).

bedingen. Ein möglicher Ausweg wäre, den ACTA-Mitgliedern nur für Urheberrechtsverletzungen eine Regelung zwingend vorzuschreiben.

#### **b. Verbot der Umgehung technischer Schutzmassnahmen**

[Rz 50] In Art. 2.18, Ziff. 4-7 (S. 22-24) sollen die ACTA-Staaten verpflichtet werden, angemessene Schutzmassnahmen und effektive Rechtsbehelfe gegen die Umgehung von wirksamen technischen Massnahmen zum Schutz von Werken (und eventuell anderen Schutzobjekten) vorzusehen. Zudem sollen gewisse Produkte oder Dienstleistungen, welche vornehmlich dem Zweck der Umgehung von wirksamen technischen Schutzmassnahmen dienen, verboten werden. In der Schweiz wurden entsprechende Bestimmungen im Rahmen der letzten Revision des Urheberrechtsgesetzes, welche per 1. Juli 2008 in Kraft getreten ist, in Art. 39a und 69a URG erlassen. Diese und andere Ergänzungen des Urheberrechtsgesetzes waren nötig, um der Schweiz zu ermöglichen, die zwei WIPO-Internetabkommen von 1996 – das WIPO Copyright Treaty (WCT) und das WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) – zu ratifizieren. Gemäss Art. 11 WCT haben die Vertragsparteien einen hinreichenden Rechtsschutz gegen die Umgehung technischer Massnahmen vorzusehen.

[Rz 51] Die vielen eckigen Klammern im Entwurf machen deutlich, dass die Bestimmungen zu den technischen Schutzmassnahmen umstritten sind. Die USA scheinen zu versuchen, die harte Umsetzung der WCT-Vorgaben im DMCA<sup>54</sup> im ACTA zu verankern, welche sich u.a. dadurch auszeichnet, dass die technischen Massnahmen nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen umgangen werden dürfen. Die Schweiz hat dagegen mit der Bestimmung, wonach das Umgehungsverbot gegenüber denjenigen Personen nicht geltend gemacht wird, welche die Umgehung ausschliesslich zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Verwendung vornehmen, eine im internationalen Vergleich – insbesondere auch verglichen mit der Regelung in der EU<sup>55</sup> – eher liberale Lösung getroffen. Es ist zu hoffen, dass sich daran aufgrund des ACTA nichts verändern wird. Die Schweizer Delegation scheint – recht optimistisch – davon auszugehen, dass in der Endfassung des ACTA keine strengere Regelung als im Schweizer Recht enthalten sein wird.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Vgl. § 1201 DMCA. Informativ dazu [www.chillingeffects.org/anticircumvention/faq.cgi](http://www.chillingeffects.org/anticircumvention/faq.cgi) (27. April 2010).

<sup>55</sup> Vgl. Kapitel III der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001 Nr. L 167/10 vom 22. Juni 2001.

<sup>56</sup> Vgl. die Ausführungen von Emanuel Meyer, Leiter Rechtsdienst Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im IGE, gemäss Protokoll zur Informations- und Konsultationsveranstaltung vom 14. Januar 2010 (vgl. FN 63), S. 15.

## **4. Kapitel Drei: Internationale Kooperation**

[Rz 52] Im Kapitel Drei werden Grundsätze der internationalen Kooperation zur Durchsetzung eines wirksamen Schutzes von Immaterialgüterrechten festgehalten. In Artikel 3.1 (S. 25) wird die internationale Zusammenarbeit in Durchsetzungsfragen allgemein angesprochen, während sich Artikel 3.2 (S. 26) dem Informationsaustausch widmet. Artikel 3.3 (S. 26 ff.) mit dem Titel «Wissensaufbau und technische Unterstützung» befasst sich schliesslich mit Unterstützungsmassnahmen, die (vor allem) entwickelte Länder gegenüber Entwicklungsländern ergreifen sollen, um diese in Fragen der Bekämpfung von Produktfälschungen und der Piraterie weiterzubilden. Diskutiert wird offenbar auch die Errichtung eines «Allocation Fund», der auf das ACTA zurückgehende Initiativen in diesem Bereich finanzieren soll (vgl. Ziff. 4; S. 27).

## **5. Kapitel Vier: Durchsetzungsmethoden**

[Rz 53] Kapitel Vier enthält fünf Artikel, welche sich mit der Durchsetzungsexpertise, Auskunft und innerstaatlichen Kooperation (Art. 4.1; S. 29), dem Risikomanagement an der Grenze (Art. 4.2, S. 29 f.), der Transparenz/Offenlegung von Verfahren und Praxis der Durchsetzung (Art. 4.3, S. 30 ff.), dem «öffentliches Bewusstsein» (Art. 4.4; S. 32) und der Vernichtung von verletzenden Gütern (Art. 4.5; S. 32) beschäftigen. Ein Vorschlag geht offenbar dahin, die ACTA-Staaten zu verpflichten, dafür zu sorgen, dass den Behörden weitgehende Auditrechte in Bezug auf die Bücher von Importeuren eingeräumt werden, um gegen Warenfälschungen und Piraterie vorgehen zu können (Ziff. 3, S. 30). Interessant ist ferner, dass die ACTA-Staaten Massnahmen ergreifen sollen, um das öffentliche Bewusstsein hinsichtlich der Bedeutung des Schutzes von Immaterialgüterrechten und der schädigenden Wirkung von deren Verletzung zu schärfen (Art. 4.4; S. 32).

## **6. Kapitel Fünf: Institutionelle Ausgestaltung**

[Rz 54] Im Kapitel Fünf werden das Oversight/Steering Committee (Art. 5.1; S. 33 f.), das Sekretariat (Art. 5.2; S. 34 f.), die Kontaktstellen (Art. 5.3; S. 35), Transparenz (Art. 5.4; S. 35), Konsultationen (Art. 5.5; S. 36) sowie Beobachter (Art. 5.6; S. 36) angesprochen.

[Rz 55] Hervorzuheben ist das geplante Oversight (oder Steering) Committee, das die Umsetzung des Abkommens überwachen sowie für dessen Anpassung und Weiterentwicklung besorgt sein soll. Möglicherweise wird ihm auch eine Streitbeilegungsfunktion zukommen. Ferner wird es ad hoc- und ständige Kommissionen einsetzen können und die Kompetenz erhalten, Nichtmitgliedsstaaten bei der Einschätzung der Chancen eines Beitritts zum ACTA zu beraten sowie internationale Organisationen bei der Durchsetzung von Immaterialgüterrechten zu unterstützen. Das Committee soll zumindest einmal pro Jahr oder jedes zweite Jahr (noch

Gegenstand der Verhandlungen) tagen. Es wird zu prüfen sein, ob sich der Aufgabenbereich dieses neuen Committees mit demjenigen ähnlicher Gremien innerhalb des WIPO-<sup>57</sup> bzw. des TRIPS-Rahmens<sup>58</sup> überschneidet bzw. wie es sich zu ihnen verhält. Ob Befürchtungen berechtigt sind, dass die – breit(er) abgestützte, insbesondere auch die Interessen von Entwicklungsländern berücksichtigende – WIPO ihre Stellung als wichtigstes internationales Forum im Bereiche des Immaterialgüterrechts einzubüssen droht,<sup>59</sup> kann derzeit nicht abschliessend beurteilt werden.

## 7. Kapitel Sechs: Schlussbestimmungen

[Rz 56] Kapitel Sechs enthält Schlussbestimmungen, wie sie üblicherweise in völkerrechtlichen Abkommen enthalten sind. Es enthält Bestimmungen betreffend den Beitritt zum Abkommen (Art. 6.1; S. 37), das Inkrafttreten (Art. 6.2; S. 38), den Rückzug vom Abkommen (Art. 6.3; S. 38), Änderungen des Vertragstextes (Art. 6.4; S. 38 f.), die Abkommenssprache (Art. 6.5; S. 39), den Depositarstaat (Art. 6.6; S. 39) sowie die Unterschrift (Art. 6.7; S. 39). Zudem wird ein Artikel über die Transparenz (Art. X; S. 37) in Erwägung gezogen, der den Staaten vorschreiben soll, für Transparenz hinsichtlich Gesetzen und Rechtsprechung zu sorgen in Gebieten, die vom ACTA erfasst werden.

[Rz 57] Noch Gegenstand der laufenden Verhandlungen ist, ob (nur) WIPO- oder alle UNO-Mitgliedsstaaten dem ACTA sollen beitreten können. Neben Staaten sollen auch «Inter-gouvernementale Organisationen» Mitglieder werden können. Über den Beitritt zum ACTA entscheidet das Oversight/Steering Committee einstimmig oder mit Zweidrittelmehrheit (beide Optionen stehen im Raum). Das ACTA soll 90 Tage, nachdem der fünfte Staat seine Ratifikationsurkunden (oder Beitrittserklärung) hinterlegt hat, in Kraft treten. Die Mitgliedschaft zum ACTA ist unter Wahrung einer 6-monatigen Kündigungsfrist jederzeit kündbar.

## V. Schweizer Verhandlungsmandat

[Rz 58] Die Schweiz nimmt seit Beginn der ACTA-Verhandlungen im Jahre 2008 an den Verhandlungsrunden teil. Die 5-köpfige Schweizer Verhandlungsdelegation besteht aus jeweils zwei Vertretern des IGE und des Staatssekretariats für Wirtschaft (*SECO*) sowie einem Vertreter der

Oberzolldirektion. IGE, SECO und Oberzolldirektion wurden vom Bundesrat mit einem entsprechenden Verhandlungsmandat betraut.

[Rz 59] Die an den Verhandlungsrunden teilnehmenden Länder haben ihre Positionen kaum publik gemacht. Wenn überhaupt wurde nur sehr selektiv und erst als Reaktion auf zunehmenden öffentlichen Druck informiert.<sup>60</sup> Die Praxis der Schweizer Behörden bildet hierzu eine löbliche Ausnahme. Die Schweizer Delegation hat sich in den Verhandlungsrunden regelmässig für mehr Transparenz stark gemacht. Mit Kanada hat sie zum Beispiel das «Transparency Paper»<sup>61</sup> erarbeitet, das im Nachgang zur siebten Verhandlungsrunde von Ende Januar 2010 publiziert wurde und einen groben Überblick über Hintergrund, Ziele und Struktur des Abkommens vermittelt. Darüber hinaus hat das IGE interessierte Kreise zu einer Informations- und Konsultationsveranstaltung über das ACTA eingeladen, welche am 14. Januar 2010 stattfand. Vorgängig konnten interessierte Kreise Fragen einreichen, welche die Verhandlungsdelegation vor Ort mündlich beantwortete. Das IGE hat den Fragenkatalog online publiziert,<sup>62</sup> und im Internet ist ein aufschlussreiches (wenn auch inoffizielles) Protokoll der Veranstaltung abrufbar, das die gegebenen Antworten festhält.<sup>63</sup> Die Schweizer Verhandlungsdelegation hat soweit ersichtlich jede eingegangene Frage geprüft und beantwortet, sofern sie den Anwendungsbereich des ACTA betraf.<sup>64</sup>

[Rz 60] Wichtigster (bekannter) Inhalt des Schweizer Verhandlungsmandats ist, dass das ACTA zu **keinen Änderungen im Schweizer Recht** führen soll.<sup>65</sup> Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die schweizerische Gesetzgebung genügend Handhaben zur Bekämpfung des Problems stetig wachsender Produktfälschungen und Piraterie bietet, weshalb die Schweiz unbesorgt an den Verhandlungen teilnehmen kann.<sup>66</sup> Die Teilnahme an den Verhandlungen wurde vor dem Hintergrund beschlossen, dass die Schweiz als

<sup>57</sup> Vgl. z.B. Art. 15 f. WCT oder das Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR) der WIPO.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 68 TRIPS-Abkommen.

<sup>59</sup> Vgl. den Blog-Eintrag vom 13. April 2010 von Prof. Michael Geist in seinem Blog, [www.michaelgeist.ca/content/view/4953/159/](http://www.michaelgeist.ca/content/view/4953/159/) (27. April 2010), sowie die Entschliessung des Europäischen Parlaments, in der Bedauern darüber geäussert wird, dass die Parteien bewusst nicht im Rahmen etablierter internationaler Gremien wie der WIPO und der WTO verhandeln, welche feste Strukturen für die Information der Öffentlichkeit und Konsultationen verfügen: vgl. bei FN 13.

<sup>60</sup> Zum Vorwurf mangelnder Transparenz vgl. III. oben.

<sup>61</sup> Vgl. FN 5.

<sup>62</sup> Vgl. [https://www.ige.ch/fileadmin/user\\_upload/Juristische\\_Infos/d/ACTA\\_Fragen\\_20100114.pdf](https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/d/ACTA_Fragen_20100114.pdf) (25. April 2010).

<sup>63</sup> Vgl. [www.creativecommons.ch/images/docs/Digitale\\_Allmend/acta\\_simonet\\_w\\_slidetexts\\_def.pdf](http://www.creativecommons.ch/images/docs/Digitale_Allmend/acta_simonet_w_slidetexts_def.pdf) (25. April 2010). Wenn nachstehend aus diesem Dokument zitiert wird, versteht sich selber, dass die Aussagen der einzelnen Personen unbestätigt sind.

<sup>64</sup> In ähnlicher Weise hat die Europäische Kommission am 22. März 2010 ein «Stakeholders' Consultation Meeting» organisiert, an dem über die Ziele des ACTA und den Verhandlungsstatus informiert wurde; vgl. dazu [trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=517#](http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=517#) (28. April 2010). Die heiklen Fragen wurden aber dem Anschein nach nicht in gleich transparenter Art beantwortet.

<sup>65</sup> Eine Vielzahl anderer Staaten, wie etwa Deutschland und die USA, haben ebenfalls öffentlich erklärt, dass ACTA keine Gesetzesänderungen nach sich ziehen werde.

<sup>66</sup> Vgl. die Aussagen von Mathias Schäli, Leiter Internationale Handelsbeziehungen im IGE, gemäss Protokoll zur Informations- und Konsultationsveranstaltung vom 14. Januar 2010 (vgl. FN 63), S. 4.

innovativer Wirtschaftsstandort ein Interesse am Schutz – und damit auch der effizienten Durchsetzung – des geistigen Eigentums hat.<sup>67</sup> Gemäss Felix Addor, stellvertretender Direktor des IGE und Leiter der Abteilung Recht & Internationales, müsste jedoch im Einzelfall beurteilt werden, ob eine Anpassung des nationalen Rechts nicht doch angezeigt ist, falls das ACTA strengere Vorschriften vorsieht als das Schweizer Recht.<sup>68</sup> Eine entsprechende Revision müsse jedenfalls vor dem Beitritt zum ACTA beschlossen werden. Interessant ist zudem der Hinweis Addors, dass die Vorgaben des Bundesrates die Abänderung von Verordnungen nicht verbiete.<sup>69</sup> Gemäss diesen Aussagen scheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass sich die Schweizer Delegation auch dann für einen Beitritt zum ACTA aussprechen könnte, wenn dieser vorgängig eine Änderung von Schweizer Recht bedurfte. Vor dem Hintergrund einer aktuellen Stellungnahme Addors erscheint eine Gesetzesänderung zufolge des ACTA dagegen unwahrscheinlich(er).<sup>70</sup> Das Mandat des Bundesrates sei nämlich klar: Das Abkommen dürfe nicht zu zusätzlichen Verpflichtungen der Schweiz führen. Es gebe kaum einen plausiblen Grund für eine erneute Gesetzesänderung, nachdem erst am 1. Juli 2008 die neuen gesetzlichen Grundlagen zur wirksamen Bekämpfung von Fälschung und Piraterie in Kraft getreten seien. Die Schweizer Delegation sei gegen ein Verbot von Downloads zum Privatgebrauch,<sup>71</sup> iPod-Durchsuchungen und Three-Strikes-Verfahren. Falls entsprechende Vorschriften in der Schlussfassung des ACTA enthalten sein sollten, könne man dem Abkommen nicht beitreten bzw. nur unter Anbringung eines Vorbehalts. Je nach Ergebnis der Verhandlungen wird sich die Frage eines Beitritts trotz Notwendigkeit einer Gesetzesänderung mehr oder weniger akzentuiert stellen. Man darf gespannt sein, wie die Schweizer Politik mit einem Abkommen verfahren würde, dass weitgehend bestehendes Recht inkorporiert, aber gleichwohl einige Bestimmungen enthält, die über das Schweizer Recht hinausgehen. Einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen, könnte ein gangbarer Weg sein.

[Rz 61] Anlässlich der Informations- und

Konsultationsveranstaltung Mitte Januar 2010 wurde betont, dass es beim ACTA nicht um den Schutzzumfang der Immaterialgüterrechte, sondern um die Durchsetzung der (bestehenden nationalen) Gesetze auf diesem Gebiet gehe. Die Schweizer Delegation bestätigte zudem, dass unter den Verhandlungsparteien noch Uneinigkeit darüber besteht, welche Immaterialgüterrechte vom ACTA erfasst sein sollen – nur Urheberrechte und/oder Markenrechte oder zusätzlich auch Patente, oder gar alle unter dem TRIPS-Abkommen erfassten Schutzrechte? –,<sup>72</sup> wobei aus schweizerischer Perspektive für einen weiten sachlichen Anwendungsbereich eingetreten werden könne.<sup>73</sup> Gemäss IGE soll im Juni 2010 eine zweite Informations- und Konsultationsveranstaltung durchgeführt werden, die erneut auf Voranmeldung hin allen Interessierten offenstehen soll.

## VI. Auswirkungen auf die Schweizer Providerhaftung?

[Rz 62] Wie besprochen, befinden sich einige der umstrittensten Bestimmungen des ACTA im Internet-Kapitel (Kapitel Zwei, Abschnitt 4).<sup>74</sup> Viele der Befürchtungen betreffen die Internet-Provider, welche kraft ihrer Stellung als Intermediäre – sie sind die *Gatekeeper* des Internets – seit Jahren einem zunehmenden Druck von Rechteinhabern ausgesetzt sind.<sup>75</sup> Diese versuchen, die Anbieter stärker in die Pflicht zu nehmen, um die von ihren Kunden begangenen Rechtsverletzungen zu verhindern. In diesem Zusammenhang ist auch das französische Gesetz «Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet» vom 12. Juni 2009<sup>76</sup> (in Kraft seit 1. Januar 2010) zu sehen, welches ein Three-Strikes-Verfahren vorsieht: Nach drei Verstössen gegen das Urheberrecht droht Rechtsverletzern eine bis zu einjährige Sperre des Internetzugangs.<sup>77</sup> Der Access-Provider ist verpflichtet, hierbei mitzuwirken, indem er die Kontaktdaten des Kunden, der (angeblich) eine urheberrechtswidrige Handlung begangen hat, gegenüber der einer eigens geschaffenen Administrativbehörde – der neu geschaffenen «Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits

<sup>67</sup> A.a.O.

<sup>68</sup> Vgl. seine Ausführungen gemäss Protokoll zur Informations- und Konsultationsveranstaltung vom 14. Januar 2010 (vgl. FN 63), S. 11.

<sup>69</sup> Vgl. die Ausführungen von Felix Addor gemäss Protokoll zur Informations- und Konsultationsveranstaltung vom 14. Januar 2010 (vgl. FN 63), S. 11.

<sup>70</sup> Vgl. 20 Minuten Online vom 21. April 2010, [www.20min.ch/digital/webpage/story/-Ich-bin-eher-skeptisch--26656729](http://www.20min.ch/digital/webpage/story/-Ich-bin-eher-skeptisch--26656729) (28. April 2010).

<sup>71</sup> Es ist nicht ersichtlich, dass das ACTA den Mitgliedstaaten vorschreiben könnte, wie weit die Schranken der Urheberrechte reichen dürfen. Das Schweizer System, wonach der (reine) Download von urheberrechtlich geschützten Dateien für den Privatgebrauch von der Eigengebrauchsschranke gedeckt ist, scheint nicht gefährdet. Herr Addor wird sich wohl dazu geäußert haben, weil der im Zeitungsartikel zitierte Vorsitzende der Piratenpartei Schweiz (m.E. unbegründet) befürchtet, der Download müsse durch ACTA verboten werden. Vgl. zu einem parlamentarischen Vorstoss von Ständerätin Savary zur Bekämpfung des «Illegalen Downloads» FN 83.

<sup>72</sup> Vgl. hiezu schon IV.2. 2.

<sup>73</sup> Vgl. die Ausführungen von Mathias Schälli gemäss Protokoll zur Informations- und Konsultationsveranstaltung vom 14. Januar 2010 (vgl. FN 63), S. 11.

<sup>74</sup> Vgl. IV.3.4

<sup>75</sup> Zu den zahlreichen Gründen der Inanspruchnahme der Provider vgl. *David Rosenthal*, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall? Sonderdruck aus Peter Jung (Hrsg.), Tagungsband Recht aktuell 2006, Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, Rz. 116 sowie im Einzelnen *Philipp Frech*, Zivilrechtliche Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden, Zürich 2009, S. 13 ff.

<sup>76</sup> Abrufbar unter [www.senat.fr/dossierleg/pjl07-405.html](http://www.senat.fr/dossierleg/pjl07-405.html) (28. April 2010).

<sup>77</sup> Vgl. weitergehend Heise online vom 1. Januar 2010, [www.heise.de/newsticker/meldung/Franzoesisches-Gesetz-fuer-Internetsperren-tritt-in-Kraft-894248.html](http://www.heise.de/newsticker/meldung/Franzoesisches-Gesetz-fuer-Internetsperren-tritt-in-Kraft-894248.html) (28. April 2010).

sur internet», HADOPI – offenzulegen, und seinen Kunden fortan zu überwachen hat. Zunächst war vorgesehen, dass HADOPI den Entscheid treffen kann, ob einem Kunden der Internetzugang gekappt wird. Nachdem der Verfassungsrat als höchstes Gericht Frankreichs auf Beschwerde der politischen Linke diesen Teil des Gesetzes für verfassungswidrig erklärte, da dadurch die Unschuldsvermutung und die Meinungsfreiheit verletzt würden,<sup>78</sup> wurde das Gesetz dahingehend abgeändert, dass ein Gericht (und eben nicht nur eine Administrativbehörde) über die Sperrung entscheiden muss. Das Erfordernis einer vorgängigen richterlichen Prüfung ist nunmehr auch im EU-Recht verankert.<sup>79</sup> In Grossbritannien wurde im Economy Act 2010 vom 8. April 2010,<sup>80</sup> der ähnlich umstritten war wie das französische HADOPI-Gesetz, ebenfalls ein Mechanismus verankert, der die Sperrung des Internet-Zugangs vorsieht.

[Rz 63] Die Internet-Provider trifft im Schweizer Recht freilich keine vergleichbare Pflicht. Ein Three-Strikes-Verfahren ist dem Schweizer Recht unbekannt. Überhaupt zeichnet sich das Schweizer Recht durch das (beinahe) gänzliche Fehlen von providerspezifischen Regeln aus. Anders als im Recht der Europäischen Union, den USA und vielen anderen Ländern bestehen insbesondere keine Haftungsprivilegierungstatbestände, welche die Provider, abhängig von deren Tätigkeit, mehr oder weniger weitgehenden Schutz davor vermitteln, aufgrund von Rechtsverletzungen ihrer Kunden haftbar gemacht zu werden. Bestrebungen zum Erlass solcher Vorschriften im Bereich des Zivil- und des Strafrechts hat der Bundesrat, und ihm folgend das Parlament, in jüngerer Vergangenheit eine klare Absage erteilt.<sup>81</sup> Als Resultat herrscht im Schweizer Recht beträchtliche Rechtsunsicherheit (insbesondere) in Bezug auf die Frage, welche Sorgfaltspflichten die verschiedenen Provider-Arten (z.B. Host- und Access-Provider, aber auch Suchmaschinen-Anbieter) zu erfüllen haben, um nicht für etwaige Rechtsverletzungen durch ihre Kunden zur Rechenschaft gezogen zu werden.<sup>82</sup>

[Rz 64] Trotz der klaren Haltung der Schweizer Politik ist auf der politischen Ebene erneut ein Vorstoss hängig, mit dem

spezifische Haftungs(privilegierungs)vorschriften für Provider im Schweizer Recht verankert werden sollen. Der Bundesrat hat indes wenig überraschend die Motion Nr. 09.4222<sup>83</sup> der Nationalrätin Riklin (am 5. März 2010) zur Ablehnung empfohlen.<sup>84</sup> Das geltende Recht habe sich weder für die Providerbranche noch die Strafverfolgung negativ ausgewirkt. Was die zivilrechtliche Haftung betrifft, käme es gemäss dem Bundesrat im besten Fall zu einer Kodifikation «der bisherigen Doktrin und (spärlichen) Praxis.» Im schlimmsten Fall drohte den Providern jedoch eine Verschärfung der Haftung, was weder im Interesse der Provider noch in jenem des Wirtschaftsstandorts Schweiz liege.

[Rz 65] Ob die Ausführungen des Bundesrats so zutreffen, kann hier offen bleiben, denn für die Zwecke dieses Beitrags – und mit Blick auf die Auswirkungen der ACTA-Verhandlungen auf die Haftung der Provider unter Schweizer Recht – ist bedeutend, dass der Bundesrat erneut seiner Linie treu geblieben ist, am Status quo festzuhalten. Da dieser in der Meinung der Schweizer Regierung keine Nachteile verursacht hat, soll am dadurch erreichten Kompromiss nicht gerüttelt werden. Die Provider sollen, obwohl m.E. sachlich angezeigt, nicht durch Haftungssonderregeln davor geschützt werden, gestützt auf die allgemeinen straf- und zivilrechtlichen Bestimmungen für Rechtsverletzungen ihrer Kunden einstecken zu müssen. Der Bundesrat will sich nicht dem Vorwurf aussetzen, bei der Bekämpfung der Internetkriminalität und «Online-Piraterie» nachlässig zu sein. Es sollen darum auch die Provider ihren Beitrag leisten, sofern dies gestützt auf das geltende Recht von ihnen verlangt wird.<sup>85</sup> Den Forderungen der Inhalts- und besonders der Unterhaltungsindustrie nach einer strengeren Haftung der Provider kommt der Bundesrat indes ebensowenig wie den Wünschen der Provider nach punktuellen Haftungsfreistellungen nach. Vor diesem Hintergrund ist auch das Verhandlungsmandat zu sehen, das die Regierung der Schweizer ACTA-Delegation erteilt hat: Gesetzesänderungen sind nicht erwünscht, insbesondere

<sup>78</sup> Vgl. die offizielle deutsche Übersetzung der Entscheidung Nr. 2009-580 DC vom 10. Juni 2009, [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009580dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009580dc.pdf) (28. April 2010).

<sup>79</sup> Vgl. auch bei FN 18.

<sup>80</sup> Das umfangreiche Gesetzeswerk ist unter [www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga\\_20100024\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100024_en.pdf) (28. April 2010) abrufbar. Die Kapitel 9-12 enthalten Vorschriften betreffend «obligations to limit internet access».

<sup>81</sup> So hat der Bundesrat im Februar 2008 dem Parlament empfohlen, das Projekt zur Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Provider nicht weiterzuverfolgen. Bereits im Dezember 2004 hat es der Bundesrat entgegen der von ihm eingesetzten Expertenkommission «Netzwerkriminalität» abgelehnt, die zivilrechtliche Haftung der Provider spezialgesetzlich zu regeln. Vgl. dazu weitergehend Frech (FN 75), S. 120 f.

<sup>82</sup> Vgl. z.B. Rosenthal (FN 75), Rz. 72 ff, Frech (FN 75), S. 280 f., 284, 337 f.

<sup>83</sup> Die Motion mit dem Titel «Rechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern» wurde am 10. Dezember 2009 eingereicht. Vgl. ferner das Postulat Nr. 10.3263 von Ständerätin Savary vom 19. März 2010 («Braucht die Schweiz ein Gesetz gegen das illegale Herunterladen von Musik»), mit der der Bundesrat beauftragt wird, einen Bericht über das «illegale Herunterladen» von Musik zu erstellen und zu prüfen, mit welchen Massnahmen dieses Phänomen bekämpft werden kann. In ihrem Postulat stellt SR Savary auch die Frage in den Raum, ob eine Verwaltungsbehörde nach dem Vorbild der HADOPI ein möglicher Weg für die Lösung des Filesharing-Problems darstellt.

<sup>84</sup> Vgl. die Antwort des Bundesrats auf die Motion Riklin: [www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20094222](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20094222) (28. April 2010).

<sup>85</sup> Im Bericht zu den Vorentwürfen über die Änderung des Strafgesetzbuchs betreffend die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Provider vom Oktober 2004, S. 12, spricht der Bundesrat davon, dass das Verhalten der Provider nicht «entschuldigt» werden dürfe, was freilich kaum sachgerecht ist, da dies impliziert, dass Provider ein Verschulden an den Verletzungshandlungen seiner Kunden trifft; vgl. schon Rosenthal (FN 75), Rz. 70.

auch nicht im Bereich der Providerhaftungsregeln.<sup>86</sup> In einem E-Mail vom März 2010 an den Verfasser bestätigt und konkretisiert das IGE diese Haltung: «Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Pirateriebekämpfung wichtig ist und die Schweiz beim ACTA nicht abseits stehen sollte, dass das schweizerische Recht aber im digitalen Umfeld angemessene Mittel zur Pirateriebekämpfung vorsieht. Die Schweizerische Delegation wird sich deshalb dafür einsetzen, dass eine allfällige Ratifikation von ACTA keine Gesetzesanpassungen zur Folge hat. Insofern wird sie eine Verpflichtung zu Internet-sperren oder zur Anwendung bestimmter Filtertechnologien nicht unterstützen. Provider können [gemäss der Auffassung des IGE] nach schweizerischem Recht bereits heute als Gehilfen für Urheberrechtsverletzungen haftbar gemacht werden (mit Ausnahme der Access Provider, die i.d.R. von URG 24a erfasst werden dürften). Angesichts des klaren und aktuellen gesetzgeberischen Entscheids steht auch hier eine Änderung der aktuellen Gesetzeslage für die Schweiz nicht zur Debatte.» Die Provider sollen zwar grundsätzlich als «Gehilfen» haftbar gemacht werden können – womit für die heiklen und entscheidenden Fragen (u.a.) der Festlegung des Sorgfaltsmassstabs und der Kausalität freilich nichts gewonnen ist –, doch sollen sie ihren Kunden nicht den Internetzugang sperren (kein Three-Strikes- oder ähnliches Verfahren) oder bestimmte Filtertechnologien<sup>87</sup> implementieren müssen.

[Rz 66] Wie erwähnt, sieht das ACTA grundsätzlich Haftungsprivilegierungen zugunsten der Provider vor.<sup>88</sup> Freilich sollen diese nicht voraussetzungslos gelten, sondern nur dann, wenn die Provider ihrerseits einen Beitrag zur Vermeidung von Rechtsverletzungen leisten. Dieser könnte vor allem darin bestehen, nach Erhalt einer Mitteilung über eine angebliche Rechtsverletzung den beanstandeten Inhalt vom Netz zu nehmen oder den Zugang dazu zu sperren. Im Einklang mit dem Verhandlungsmandat hat die Schweizer Verhandlungsdelegation (gemäss dem inoffiziellen Entwurf) vorgeschlagen, die Mitgliedsstaaten nicht zum Erlass eines solchen Providerregimes zu verpflichten (*may-* anstatt *shall-* Formulierung). Sollte das ACTA den Erlass von Providerhaftungsregeln zwingend vorschreiben, ist nicht zu erkennen, wie die Schweiz dem ACTA beitreten könnte. Wahrscheinlicher als der Erlass von Spezialnormen ist deshalb, dass die Schweiz diesfalls von einer Ratifizierung absehen würde.

<sup>86</sup> Vgl. zum Verhandlungsmandat V.

<sup>87</sup> Zu Filtertechnologien und deren Risiken Frech (FN 75), S. 19 und 62 f., wo unter anderem auf den Fall des irischen Providers Eircom verwiesen wird, gegen den die vier grossen Plattenfirmen geklagt haben, nachdem sich dieser geweigert hat, Filtertechnologien zur Sperrung von Filesharing-Websites zu verwenden. Die Parteien haben eine Vergleich geschlossen, in dem sich Eircom zur Einführung eines Three-Strikes-Verfahrens verpflichtet. Soweit ersichtlich, nimmt der Provider die Sperrung ohne vorherige gerichtliche Kontrolle vor (vgl. auch FN 18); vgl. zum Fall [www.softsailor.com/news/23943-eircoms-three-strike-sistem-for-p2p-violators.html](http://www.softsailor.com/news/23943-eircoms-three-strike-sistem-for-p2p-violators.html) (28. April 2010).

<sup>88</sup> Vgl. bei IV.3.4.a., bei FN 38.

[Rz 67] Ferner stellt sich die Frage, ob – und in welchem Umfang – die Provider Unterlassungsansprüche zu gewärtigen haben. Im Internet-Kapitel (Kapitel Zwei, Abschnitt 4) wird (im Einklang mit dem DMCA und der E-Commerce-Richtlinie) festgehalten, dass ein Provider keine Pflicht trifft, proaktiv nach Rechtsverletzungen zu suchen. Damit sind Unterlassungsansprüche gegen Provider richtigerweise abgeschnitten.<sup>89</sup> Demgegenüber enthält der Abkommensentwurf in Kapitel Zwei, Abschnitt 2, Art. 2.X (Ziff. 2; S.5) eine allgemeine Bestimmung, wonach Unterlassungsverfügungen gegen Intermediäre – und damit auch Provider – möglich sein müssen.<sup>90</sup> Wenn nun in der Schweiz erwartungsgemäss kein Haftungsregime erlassen wird, welches zum Ausschluss von Unterlassungsansprüchen führt, sollte darauf geachtet werden, dass der Wortlaut von Art. 2.X, Ziff. 2 abgeschwächt wird, sodass Provider gestützt auf diese Klausel nicht stärker mit Unterlassungsansprüchen konfrontiert sind.

[Rz 68] Damit das ACTA nicht in Konflikt zum geltenden Schweizer Recht gerät, sollte die Schweizer Delegation schliesslich darauf hinwirken, dass das Abkommen die Mitglieder nicht zur Schaffung eines Auskunftsrechts gegen Internet-Provider verpflichtet. Wie dargelegt, enthält der Entwurf gegenwärtig zwei Bestimmungen, welche als Grundlage für Auskunftsrechte gegenüber Provider herangezogen werden könnten.<sup>91</sup> Angesichts der datenschutz- und fernmelderechtlichen Bedenken<sup>92</sup> gegenüber Auskunftspflichten von Internet-Providern ist hier grosse Vorsicht geboten.

## VII. Schlussbetrachtungen

[Rz 69] Eine summarische Einschätzung des am 21. April 2010 publizierten Entwurfs zum ACTA zeigt, dass noch vieles im Fluss ist. Obschon die verhandelnden Staaten im kommenden Juni 2010 in der Schweiz bereits die neunte Verhandlungsrunde bestreiten werden, konnten sie sich bisher erst in wenigen Punkten auf eine Formulierung einigen. Das Ziel, die Verhandlungen zum ACTA bis Ende 2010 erfolgreich abzuschliessen, dürfte daher kaum realistisch sein.<sup>93</sup> Eine Einschätzung des Abkommenstextes kann vor diesem Hintergrund erst eine vorläufige sein.

[Rz 70] Das ACTA enthält überwiegend Bestimmungen zur verbesserten Durchsetzung von (bestehenden, nach nationalem Recht geschützten) Immaterialgüterrechten, weshalb die Charakterisierung als *TRIPS-Plus*-Abkommen durchaus passend erscheint.<sup>94</sup> Obgleich das Abkommen nicht primär auf eine Harmonisierung des materiellen Schutzgehalts der

<sup>89</sup> Vgl. IV.3.4.a., bei FN 50.

<sup>90</sup> Vgl. IV.3.1, bei FN 32.

<sup>91</sup> Vgl. IV.3.1, letzter Absatz (Bestimmung im Abschnitt Zivilrechtliche Durchsetzung) sowie IV.3.4 nach FN 52 (Vorschlag im Internet-Kapitel).

<sup>92</sup> Vgl. hiezu Frech (FN 75), 220 ff.

<sup>93</sup> Skeptisch äusserte sich in den Medien jüngst auch Addor, vgl. FN 70.

<sup>94</sup> Vgl. IV.1., bei FN 31.

Rechte des geistigen Eigentums abzielt, enthält das ACTA einige Bestimmungen, welche den Umfang des Schutzrechts selber beschlagen. So soll etwa der Begriff der Teilnahme- oder Sekundärhaftung (*Third Party Liability*) definiert und den Staaten vorgeschrieben werden, in welchen Fällen sie Internet-Providern Haftungsprivilegien gewähren dürfen.<sup>95</sup>

[Rz 71] Was den sachlichen Geltungsbereich des ACTA betrifft, konnten die Parteien noch keinen Konsens finden: Während bei der Definition von «intellectual property» auf die Schutzrechte des TRIPS-Abkommens verwiesen werden soll,<sup>96</sup> ist in den einzelnen Kapiteln und Abschnitten zumeist umstritten, ob diese auf «intellectual property», «copyright and related rights», «trademark rights» und/oder «patents» anwendbar sein sollen.

[Rz 72] Interessant aus Schweizer Perspektive ist, dass der Bundesrat im (unpublizierten) Verhandlungsmandat offenbar klar und deutlich festgehalten hat, dass das ACTA zu keinen Änderungen von Schweizer Gesetzen führen darf. Zu Recht hält die Schweizer Regierung dafür, dass das von der Schweizer Rechtsordnung vermittelte Schutzniveau genug hoch ist, um wirksam gegen die Produktfälschung und Piraterie vorzugehen. Sollten wider Erwarten Gesetzesänderungen notwendig sein, um dem ACTA beitreten zu können, müsste gemäss der Schweizer Delegation eben von einem Abkommensbeitritt abgesehen werden. Vor diesem Hintergrund erscheinen einige Bestimmungen als kritisch:

- *Providerhaftungsrecht*:<sup>97</sup> Providerprivilegierungstatbestände sowie Auskunftsrechte und (wohl zumindest weitreichende) Unterlassungsverfügungen gegen Provider finden keine Stütze im Schweizer Recht;
- *Camcorder-Bestimmung*:<sup>98</sup> Das unerlaubte Aufnehmen eines Films in Kinosälen steht nicht unter Strafe in der Schweiz;
- *Statutory damages*:<sup>99</sup> Diese Schadenskategorie, welche dem Rechteinhaber erlaubt, anstatt des tatsächlich erlittenen Schadens eine bestimmte gesetzlich festgelegte Summe zu verlangen, ohne dass es eines Schadensnachweises bedürfte, ist der Schweizer Rechtsordnung fremd;
- *Definition der Gewerbsmässigkeit*:<sup>100</sup> Gemäss Abkommensentwurf soll der Begriff der Gewerbsmässigkeit auch «bedeutende» vorsätzliche Verletzungshandlungen ohne direkte oder indirekte Gewinnabsicht umfassen, was eine Ausweitung gegenüber dem Schweizer Recht bedeuten würde.

[Rz 73] Es ist davon auszugehen, dass bei vertiefter Betrachtung des Abkommensentwurfs weitere Vorschriften als kritisch hinsichtlich ihrer Konformität mit dem geltenden Schweizer Recht erscheinen. Man darf gespannt sein, wie mit solchen Unterschieden umgegangen wird: Wird es den Verhandlungsstaaten möglich sein, Vorbehalte am ACTA anzubringen? Wird die Schweiz auch bei geringfügiger Abweichung des innerstaatlichen Rechts vom ACTA-Text von einer Ratifizierung absehen? Angesichts der unterschiedlichen Rechtsordnungen der USA, der Länder der Europäischen Union (wobei innerhalb der Union ebenfalls teils beträchtliche Divergenzen bestehen), der Schweiz sowie Japan oder Singapur scheint es jedenfalls kaum realistisch, dass sämtliche Verhandlungsstaaten um Anpassungen am innerstaatlichen Recht herumkommen werden, es sei denn, im ACTA werde bloss ein Mindeststandard statuiert, was jedoch gerade nicht den Intentionen der Parteien entsprechen dürfte.

[Rz 74] Die zum Teil geäusserten Befürchtungen, dass das ACTA zu einer Aushöhlung der Privatsphäre und Schwächung des Datenschutzes der Bürger führen wird, sind zu relativieren. Gestützt auf den vorliegenden Abkommensentwurf ist nicht nachvollziehbar, weshalb das ACTA zum Erlass von rechtsstaatlich unbefriedigenden Three-Strikes-Regimen führen sollte. Die Bedenken dürften eine Folge der restriktiven Informationspolitik der verhandelnden Staaten gewesen sein, die dazu führte, dass dem ACTA heute in weiten Kreisen ein schlechtes Image anhaftet.<sup>101</sup>

[Rz 75] Obwohl gestützt auf eine vorläufige, erste Einschätzung keine übermässigen Gefahren vom ACTA auszugehen scheinen und wohl – insbesondere auch bei der Frage der Providerhaftung – alles beim Alten bleiben wird, sei die Frage erlaubt, worin der Nutzen des Abkommens für die Schweiz (und andere Länder) genau besteht. Diese Frage scheint insbesondere berechtigt, nachdem Staaten wie China, auf deren Territorium sich ein Grossteil der weltweiten Produktfälschungen und der Piraterie zutragen, an den Verhandlungen nicht teilnehmen und wohl auch nicht mit einem baldigen Beitritt dieser Staaten zum ACTA zu rechnen ist. Gelegentlich wird spekuliert, dass das wahre Ziel, das insbesondere die USA mit dem ACTA verfolgen, darin besteht, mit dem Abkommen Druck auf andere Staaten bei Verhandlungen z.B. für bilaterale Freihandelsabkommen auszuüben. Man wünschte sich in Bezug auf diesen Punkt – also der Intentionen der Verhandlungsparteien – mehr Transparenz. Mit der Publikation des Abkommensentwurfs haben die Verhandlungsparteien jüngst ihre Bereitschaft gezeigt, eingehender über die laufenden Verhandlungen informieren zu wollen.

<sup>95</sup> Vgl. IV.3.4.a.

<sup>96</sup> Vgl. IV.2.

<sup>97</sup> Vgl. VI., bei FN 88.

<sup>98</sup> Vgl. IV.3.3.

<sup>99</sup> Vgl. IV.3.1.

<sup>100</sup> Vgl. IV.3.3.

Philipp Frech, Dr. iur., Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich.  
Der Autor hat 2009 eine rechtsvergleichende Dissertation zur

<sup>101</sup> Vgl. III.2.

zivilrechtlichen Haftung von Internet-Providern bei Rechtsverletzungen durch ihre Kunden publiziert.

Dem IGE sei für die bereitwillige Auskunft, Rechtsanwalt Stefan Bürge herzlich für die anregenden Diskussionen gedankt.

---

\* \* \*