

Zur Diskussion / À discuter

Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Schweizer Modell vs. Europäische Vorgaben

RETO M. HILTY*

Die Schweiz hat sich bislang Zeit genommen, die Auswirkungen der neuen Informationstechnologien auf das Urheberrecht gesetzgeberisch aufzuarbeiten. Seit Mitte September 2004 liegt nun ein Entwurf für eine Teilrevision des URG vor, der einige Punkte, über welche im Vorfeld heftig diskutiert worden war (wie etwa den Produzentenartikel oder das Folgerecht), nicht enthält, während er an anderen Stellen mutige Schritte zur Bewältigung der Herausforderungen für die Informationsgesellschaft zu machen versucht. Im folgenden Überblick geht es nicht darum, jede vorgeschlagene Einzelheit im Detail zu kommentieren oder zu bewerten, sondern vor allem um einen Querblick zum Europäischen Recht bzw. zu den internationalrechtlichen Vorgaben.

La Suisse s'est jusqu'ici donné le temps de préparer les adaptations législatives rendues nécessaires par les nouvelles technologies de l'information en matière de droit d'auteur. Un projet de révision partielle de la LDA existe maintenant depuis la mi-septembre 2004. Il renonce à traiter certains points qui avaient fait l'objet de discussions animées lors de la préparation (comme p.ex. l'article relatif aux producteurs ou le droit de suite), mais essaie par ailleurs de réaliser des avancées courageuses afin de maîtriser les défis de la société de l'information. Dans le présent aperçu, il ne s'agit pas de commenter ou d'évaluer en détail chaque disposition proposée, mais avant tout d'en donner une vue générale au regard du droit européen et des normes existantes en droit international.

- I. Ausgangslage**
 - II. Unverändertes**
 - 1. Bereits vorhandene Rechte
 - 2. Vermietrecht im Besonderen
 - 3. Eigengebrauch
 - 4. Unterbliebene Anpassungen und Erweiterungen
 - III. Neue Befugnisse und neue Schranken**
 - 1. «On-Demand-Recht»
 - 2. Schranken im Zusammenhang mit dem «On-Demand-Recht»
 - 3. Weitere neue Schranken
 - 4. Ausübende Künstler
 - IV. Vergütungssystem**
 - 1. Hintergründe
 - 2. Systematik und Regelungsinhalte
 - 3. Aufsicht
 - V. Technische Schutzmassnahmen; Informationen für die Wahrnehmung von Rechten**
 - 1. Schutz von technischen Schutzmassnahmen
 - 2. Schutz von Informationen für die Wahrnehmung von Rechten
- Zusammenfassung / Résumé**

I. Ausgangslage

Die Europäische Richtlinie 2001/29 vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. Nr. L 167 vom 22. Juni 2001, 10–19; nachfolgend Info-RL) enthält komplexe, ja mitunter einer Quadratur des Kreises ähnelnde Vorgaben, dies namentlich im Kontext mit technischen Schutzmassnahmen. Seitens der (damals noch fünfzehn) Mitgliedstaaten hätten diese Vorgaben gleichwohl innert üblich knapper Frist bis zum 22. Dezember 2002 umgesetzt werden sollen (Art. 10) – was freilich nur gerade zwei von ihnen (Griechenland und Dänemark) schafften. Die Bandbreite der zwischenzeitlich erfolgten Umsetzungen ist beachtlich – sie verdient die Kennzeichnung «Harmonisierung» jedenfalls schwerlich; etliche Staaten (wie z.B. Frankreich) stecken noch heute im Entwurfsstadium, während etwa Deutsch-

land im September dieses Jahres bereits den zweiten Gesetzesentwurf vorgelegt hat, um die anlässlich der ersten Änderungsnovelle liegenden gebliebenen Scherben wieder etwas zu kitten (www.bmj.bund.de/files/e07b5fe21e3a0a006163d65a738910c9/760/Referentenentwurf_UrheberR.pdf; alle [www](#)-Angaben Stand 15. Oktober 2004).

Die Schweiz demgegenüber ging den hierzulande üblichen «autonomen (Teil-)Nachvollzug» mit bemerkenswerter, aber nicht unkluger Gemächlichkeit an. Wohl hatte auch sie seinerzeit die beiden Zusatzabkommen zur RBÜ – den WIPO Copyright Treaty (WCT) und den WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) vom 20. Dezember 1996 – unterzeichnet, im Anschluss daran aber mangels Anpassung des nationalen Rechts nicht ratifiziert. Ein erster Versuchsballon für eine solche wurde am 4. April 2001 zwar lanciert; er fand aber bei kaum einer Interessengruppierung wirklich Gnade – zuviel wollte man gleichzeitig erreichen. Nach seiner stillen Beerdigung beschäftigten sich über etwas mehr als ein Jahr hinweg in gut helvetischer Manier vier Arbeitsgruppen mit den zentralsten Fragestellungen; deren Erkenntnisse brachten bei nüchterner Betrachtungsweise freilich nicht viel Neues zu Tage (vgl. Schlussbericht vom 30. September 2003 unter www.ige.ch/D/jurinfo/pdf/Schlussbericht_d.pdf). Immerhin verschafften sich die Urheberrechtsverantwortlichen des Instituts für Geistiges Eigentum auf diese Weise eine Verschnaufpause, um anschliessend an die letzte Arbeitsgruppensitzung nochmals ein weiteres Jahr darüber zu brüten, was die Schweiz wirklich für ein Urheberrecht braucht.

Jüngst wurde der Vorhang nun gelüftet: am 15. September 2004 gab der Bundesrat grünes Licht zur Eröffnung eines Vernehmlassungsverfahrens – de facto das schweizerische Modell zur Bewältigung der Herausforderungen der Informationsgesellschaft (Entwurf unter www.ige.ch/D/jurinfo/documents/j10304d.pdf, erläuternder Bericht unter www.ige.ch/D/jurinfo/documents/j10305d.pdf). Um es vorweg zu nehmen: Die Vorschläge sind durchaus beachtlich. Sie zeugen von einer vergleichsweise hohen Eigenständigkeit, denn zwei Versuchungen sind die Verfasser des Entwurfs nicht erlegen: Sie haben weder alle zwischenzeitlichen vorliegenden parlamentarischen Vorstösse (aufgelistet im Bericht auf S. 9) – anders noch als im Vorentwurf von 2001 – in den Gesetzestext hineingepfercht, noch haben sie die teilweise zweifelhaften Vorgaben des Europäischen Rechts blindlings übernommen. Vor allem dieser zweite Gesichtspunkt soll im Folgenden wo möglich etwas beleuchtet werden, wobei es hier nicht darum gehen kann, im Sinne einer Stellungnahme vertieft auf alle Einzelheiten einzugehen; dazu sind im Rahmen des laufenden Vernehmlassungsverfahrens vielmehr die involvierten Kreise aufgerufen.

II. Unverändertes

1. Bereits vorhandene Rechte

WCT und WPPT wie auch die Info-RL schreiben die Gewährung gewisser Rechte vor, was die Schweiz freilich zu einem wesentlichen Teil nicht zu interessieren brauchte, weil sie diese bereits gewährt. Dies gilt insbesondere für das Vervielfältigungsrecht für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller (Art. 7 und 11 WPPT; generell auch Art. 2 RL), das Verbreitungsrecht (Art. 6 WCT; Art. 8 und 12 WPPT; Art. 4 RL) und bis zu einem gewissen Grade aber auch für das Vermietrecht (Art. 7 WCT; Art. 9 und 13 WPPT).

2. Vermietrecht im Besonderen

Aus der Nähe betrachtet gewährt die Schweiz das Vermietrecht – nach dem nun vorliegenden Gesetzesentwurf unverändert – indessen nur in der Form eines Vergütungsanspruchs, was an sich seit jeher im Widerspruch zur Europäischen Richtlinie 92/100 vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht (ABl. Nr. L 346 vom 27. November 1992, 61-66) steht, welche einen Verbotsanspruch vorschreibt. Die schweizerische Lösung ist vom WCT jedoch durch eine «Grandfather-clause» gedeckt (Art. 7 Abs. 3; Art. 9 Abs. 2 und 13 Abs. 2 WPPT). Mit etwas Sinn für die realen Verhältnisse darf dabei auch der dort enthaltene – dem noch zu erläuternden Dreistufentest (Art. 10 WCT) entlehnte – Vorbehalt, die ausschliesslichen Rechte des Urhebers dürften dadurch nicht erheblich beeinträchtigt werden – die Schweiz nicht verunsichern. Denn wenn der Zweck des Urheberrechts – zumindest zu wesentlichen Teilen – im Schutz des Schöpfers gesehen wird (Art. 1 Abs. 1 lit. a URG), so ist

sie damit durchaus auf dem richtigen Weg. Dem Kreativen bringt es nämlich überhaupt nichts, wenn ein anderer (nämlich der Verwerter) «sein» Verbotsrecht dazu einsetzt, um über individualrechtliche Lizenzen zu einer Nutzungsentschädigung für Vermietungshandlungen zu gelangen – eine Entschädigung, an welcher der Urheber selbst mangels eines Urhebervertragsrechts nicht beteiligt werden muss; im Resultat wird ihm damit eine mögliche Einnahmequelle vorenthalten. Besteht hingegen statt eines Verbotsrechts nur ein Vergütungsanspruch – verbunden mit einem Verwertungszwang (Art. 13 Abs. 3 URG) –, so partizipiert der Urheber zwingend aus den Einnahmen aus dieser Art der Zweitnutzung (Art. 49 Abs. 3 URG). Insoweit entpuppt sich dieser Weg über eine gesetzliche Lizenz dann, wenn der Gesetzgeber ernsthaft den Schutz des Kreativen vor Augen hat, sogar als zukunftsweisender Weg, der je nach Sachlage sogar in anderen Nutzungssachverhalten beschritten werden kann.

3. Eigengebrauch

a) Tatsächlich tut die Schweiz dies zumindest punktuell auch in gewissen anderen Bereichen, indem sie (jedenfalls nach dem Vorschlag des Entwurfs) am Regime des bisherigen Art. 19 und 20 URG, den – vergütungspflichtigen – Eigengebrauch betreffend, nichts ändert. Denn Art. 19 E-URG enthält bloss Klarstellungen, während Art. 20 E-URG zusammen mit dem neu vorgesehenen Art. 20a E-URG zwar zu neuen, noch zu beleuchtenden Ufern hinsichtlich der praktischen Umsetzung der Vergütungspflicht aufbricht. Auf die Frage, was auf der Basis von Schrankenbestimmungen (rechtstechnisch gesehen also gesetzlichen Lizenzen) erlaubt ist und was nicht, hat dies jedoch keinen Einfluss. Dieses Festhalten am geltenden Recht ist nicht nur – da abermals nicht in Übereinstimmung mit dem Europäischen Recht – besonders erwähnenswert; es entpuppt sich bei genauerer Betrachtung vielmehr sogar als weitsichtige Entscheidung:

Nimmt man die Europäische Info-RL nicht als «gottgegeben» – was der Schweiz glücklicherweise freisteht –, sondern betrachtet man sie aus kritischer Distanz, so kommt man schwerlich um die Feststellung herum, dass sie im Grunde Etikettenschwindel betreibt. Denn just in jenen sensiblen Bereichen, welche die Informationsgesellschaft erst ausmachen würden (darauf beruhend, dass moderne, digitale Träger- und Übertragungsmedien genutzt werden können), häuft sie die Rechte – unter dem Vorwand, die Urheber schützen zu wollen (vgl. insb. den pamphletartig anmutenden Erwägungsgrund 11) – auf jene Verwerter, welche die modernen Medien selbst einsetzen. Am deutlichsten zeigt sich dies bei der Vervielfältigungsbefugnis im nicht privaten Bereich, wo die Schrankenbestimmung – wiewohl zwingend vergütungspflichtig – von vornherein bloss auf Kopien auf Papier oder ähnliche Träger fokussiert (Art. 5 Abs. 2 Bst. a). Konsequenz ist, dass jeder, der moderne digitale Medien nutzen möchte und in diesem Zusammenhang eine «unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung» vornehmen muss, gezwungen ist, die Rechte dafür auf individuallizenzrechtlicher Basis beim Verwerter zu holen (vorbehaltlich einzig Art. 5 Abs. 1, entsprechend Art. 24a E-URG, der aber im Wesentlichen reine Übertragungssachverhalte abdeckt). Vorgegaukelt wird dabei zwar, die Rechte seien beim Urheber zu holen, mithin jener sei der Nutzniesser aus individualrechtlicher Nutzrechtseinräumung – doch welcher Urheber vermarktet seine Werke in Form vervielfältigungsfähiger Werkexemplare schon selbst? Faktisch ist der originär berechnete Urheber regelmässig gezwungen, einem Verwerter umfassende Rechte einzuräumen, insbesondere auch Zweitverwertungsrechte; tut er dies nicht, wird jener die Verwertung gar nicht erst übernehmen. Mit dieser umfassenden Rechteinräumung aber geht der Urheber – genau wie beim Vermietrecht – letztlich leer aus; denn auch wenn der Verwerter einem Dritten individualvertraglich eine Vervielfältigung erlaubt, wird es dem Urheber auf vertraglicher Ebene i.d.R. nicht gelingen, eine Beteiligung am Erlös aus dieser Zweitverwertung durchzusetzen.

Schon in dieser Konstellation geht die Schweiz den ehrlicheren Weg: Sie erstreckt die Schranke in Art. 19 URG zur Vervielfältigung zum Eigengebrauch – über den Privatgebrauch hinaus – auf jedes Medium, unterwirft die zwingende Vergütung aber dem Verwertungszwang (Art. 20 Abs. 4 URG) und erreicht dadurch, dass der Verwerter durchaus eine angemessene Entschädigung für erfolgte Werknutzungen erhält – der Urheber aber auch (Art. 49 Abs. 3 URG). Sie geht jedoch noch einen Schritt weiter – wohl den entscheidenden Schritt, der die Informationsgesellschaft letztlich in besonderem Masse kennzeichnen wird:

b) Die Annahme, der einzelne Informationssuchende werde sich in der immer dichter werdenden, unstrukturierten Datenflut auf effiziente Weise zurechtfinden, dürfte – allen schönen Suchmaschinen

zum Trotz – zur Illusion werden. Jedenfalls jene, für die das Auffinden (oder auch das Aufbereiten, Zusammenstellen, Auswerten etc.) von Information einen bestimmten Suchpreis nicht überschreiten darf, werden zwingend auf Spezialisten angewiesen sein. Gerade kleinere Betriebe werden dabei kaum professionelle eigene Angestellte dafür bezahlen können – sie werden (wie für andere organisatorische oder beratende Tätigkeiten auch) externe Fachleute beiziehen. Aus diesem Grunde wird sich immer mehr der «Information Broker» als Berufsgattung durchsetzen, welcher in Form von Mehrwertdiensten letztlich günstiger und sicherer, d.h. vollständiger liefern kann als das, was der Kunde mit eigenem Aufwand erreichen könnte. All diese Dienste werden aber im Rahmen der modernen Informationsmedien darauf angewiesen sein, (evtl. auch nur vorübergehende) Vervielfältigungen zu machen. Die Befriedigung solcher Bedürfnisse ist nach Europäischem Recht (von der Papierform abgesehen) schlechterdings ausgeschlossen – nach schweizerischen Recht hingegen nicht: Art. 19 Abs. 2 URG erlaubt – weiterhin – den Zuzug von Drittpersonen, welche für ihre urheberrechtsrelevanten Vervielfältigungen freilich auch weiterhin eine zusätzliche Vergütung zu entrichten haben (neu Art. 20 Abs. 1 E-URG).

c) Dieser – durchaus wegweisende – Ansatz könnte freilich ins Kreuzfeuer derjenigen geraten, welche den in Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 WPPT und Art. 5 Abs. 5 der Info-RL vorgeschriebenen sog. Dreistufentest als enge Begrenzung – oder gar Hindernis – zur Einräumung von gesetzlichen Lizenzen werten. Jener schreibt bekanntlich im Wesentlichen vor, dass (1) Ausnahmen und Beschränkungen nur in bestimmten Sonderfällen zulässig sind, (2) die normale Verwertung nicht beeinträchtigt werden darf und (3) die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt werden dürfen. In Tat und Wahrheit ist die Reichweite dieses Dreistufentests bis heute jedoch überaus streitig. Die Schweiz sollte sich daher keineswegs hinter den Stand zurückbewegen, den sie schon im Jahre 1993 eingeführt hat, dies nicht nur vor dem Hintergrund der Gesamtinteressenlage, sich tatsächlich zur Informationsgesellschaft entwickeln zu können, sondern aus zwei weiteren Gründen. Zum einen enthält Art. 19 Abs. 3 lit. a URG – mit dem Verbot der vollständigen oder weitgehend vollständigen Vervielfältigung – durchaus eine sehr wirksame Einschränkung, welche dem Dreistufentest Genüge tun dürfte (welche umgekehrt aus sachlichen Gründen aber durchaus zur Disposition gestellt werden mag, denn für gewisse Formen von Mehrwertdiensten bildet er ein eigentliches Dammkesselschwert). Zum andern scheint es verdreht, den Dreistufentest allein aus der Optik des Verwerter zu sehen. Denn eine vergütungspflichtige gesetzliche Lizenz bringt jenen nicht etwa um eine (angemessene) Vergütung; dem Urheber aber – der vom Dreistufentest bei richtiger Betrachtung mindestens so geschützt werden sollte wie der Verwerter – bringt erst sie (durch seine zwingende Beteiligung an der vorgeschriebenen kollektiven Verwertung) überhaupt ein Einkommen aus erfolgter Zweitverwertung.

4. Unterbliebene Anpassungen und Erweiterungen

Enthalten einige vorgeschlagene Neuerungen wie z.B. Art. 19 E-URG Klarstellungen, über deren Nutzen man sich streiten könnte, so scheint der Entwurf in andern Bereich davor zurückzuschrecken, überkommene Formulierungen anzupassen. Ob diese Zurückhaltung stets sinnvoll sei, ist fraglich. So hätte man sich gut vorstellen können, dass z.B. der ominöse, die Lehre seinerzeit in Aufruhr versetzende Art. 2 Abs. 3 URG, der mit Bezug auf Computerprogramme – wiewohl wahrscheinlich ungewollt – eine Fiktion ausspricht, in den Katalog von Absatz 2 eingegliedert würde (mag der Einbezug dieses Schutzgegenstandes ins Urheberrecht auch noch so unglücklich sein – das internationale Recht zwingt uns nun mal dazu: Art. 10 Abs. 1 TRIPS; Art. 4 WCT). Gleichermassen wäre jetzt die Gelegenheit, den unzureichenden – schlimmer: dogmatisch falschen (das Gebrauchsrecht eines Computerprogramms basiert nicht auf Erschöpfung) – Art. 12 Abs. 2 URG, der zu einer mit Blick auf das Legalitätsprinzip zweifelhaften «Korrektur» in Art. 17 Abs. 1 lit. a URV führte, an Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 1991/ 250 vom 19. Mai 1991 zum Schutz von Computerprogrammen (ABl. Nr. L 122 vom 17. Mai 1991, 42–46) anzupassen.

Man wäre vielleicht auch nicht schlecht beraten gewesen, im Zuge der Anpassung des Urheberrechts an die Informationsgesellschaft in Art. 10 Abs. 2 lit. a URG den altertümlichen Terminus «Werkexemplare herstellen» (oder schlimmer noch: «confectionner des exemplaires de l'œuvre») zu ersetzen mit dem ausserhalb der Schweiz gebräuchlichen «Vervielfältigen» («reproduction»); denn gerade die ephemere bzw. die technisch bedingte Zwischenspeicherung nach Art. 24a und 24b des Entwurfs (dazu nachstehend III. 3a und b) kommen offenkundig nicht mit der aus der Zeit des Buchdrucks

stammenden Diktion zurecht, sondern verwenden (wie übrigens etwa schon der geltende Art. 19 in Abs. 1 lit. c bzw. Abs. 3 lit. a–c URG) ihrerseits den Begriff der Vervielfältigung.

Allein, solche und andere diskutabile Anpassungen mögen als Kosmetik angesehen werden und sollten vielleicht nicht überbewertet werden – so gute Gründe es gerade vor dem Hintergrund der Sprachwildwüchse in Europäischen Erlassen gäbe, das Ideal Eugen Hubers, verständliche Gesetze zu schreiben, hochzuhalten. Denn in der Tat erscheint es wesentlicher, das schweizerische Urheberrecht überhaupt in das längst angebrochene digitale Zeitalter hineinzuführen. Gleichwohl wäre es wünschenswert, das ganze Gesetz würde – wenn schon an einigen Stellen angefangen wird – nochmals auf solche subtilen Inkohärenzen abgesehen.

Von grundlegender Bedeutung ist demgegenüber, dass zwei Richtlinien der EU überhaupt nicht umgesetzt werden sollen: zum einen die Richtlinie 1996/9 vom 11. März 1996 zum Schutz von Datenbanken (ABl. Nr. L 077 vom 27. März 1996, 20–28). Zwar kennt die Schweiz den dort vorgeschriebenen Schutz für Sammelwerke (Art. 4 URG), nicht aber den sui generis-Schutz nach Art. 7 der Richtlinie. Wirklich unklug ist dies gewiss nicht, denn im internationalen Kontext ist die EU mit diesem Ansatz isoliert geblieben und vermag damit – auch der Schweiz gegenüber – ihren Gegenrechtsvorbehalt (Art. 11) schwerlich umzusetzen; das Abwarten könnte also Sinn machen. Zum andern unterbleibt im Entwurf die Aufnahme des Folgerechts (Richtlinie 2001/84 vom 27. September 2001, ABl. Nr. L 272 vom 13. Oktober 2001, 32–36) – der von der Schweiz aus operierende Kunstmarkt wird sich freuen. In einem gewissen «strategischen» Zusammenhang damit mag es stehen, dass nun – ausserhalb der Umsetzung des EU-Rechts – auch die Aufnahme eines Produzentenartikels unterbleiben soll; denn die Einführung des Folgerechts war quasi als Reaktion auf einen solchen verlangt worden, haben die beiden in der Sache auch nicht das Geringste miteinander zu tun. Diese wie andere Entscheidungen werden letztlich auf rechtspolitischer Ebene zu erfolgen haben. Aus wissenschaftlicher Sicht sei zum Produzentenartikel bloss angemerkt, dass nicht allein der Rechtserwerb des Produzenten ex lege zur Debatte stehen darf, sondern – wenn schon – ein alle Interessen berücksichtigendes Urhebervertragsrecht. Dieses Anliegen stösst in Bern derzeit jedoch auf taube Ohren.

III. Neue Befugnisse und neue Schranken

1. «On-Demand-Recht»

Das zentrale neue Verwertungsrecht, dessen Notwendigkeit sich aus der Möglichkeit von Onlinenutzungen ergibt, scheint sprachlich nicht leicht zu fassen. Schon in den WIPO-Verträgen wurde mit Bezug auf Urheberrechte und Leistungsschutzrechte eine einheitliche Betitelung nicht gefunden (Art. 8 WCT: Right of Communication to the Public; Art. 10 bzw. 14 WPPT: Right of Making Available); entsprechend übernimmt auch die EU im Titel zu Art. 3 der Info-RL auf Englisch beide Wendungen (Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter). Auf Deutsch heisst dieses dann «Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände» – was zeigt, dass im Grunde zwei unterschiedliche Vorgänge erfasst werden sollen – und wird recht kompliziert umschrieben. Kernelement ist dabei zum einen die Technologieneutralität (drahtgebundenes oder drahtloses Zugänglichmachen), zum andern, dass die fraglichen Nutzungen «Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl» möglich sind.

Die Schweiz verschlankt diese Wendungen nun – in guter (und gerade in Deutschland auch immer wieder gelobter) Tradition – in Art. 10 Abs. 2 lit. cbis sowie in Art. 33 Abs. 2 lit. dbis, 36 lit. b und 37 lit. e E-URG zum (als solchem hierzulande damit freilich namenlosen) Recht, «das Werk mit irgendwelchen Mitteln so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben». Unterblieben ist damit eine Zusammenführung der bisherigen «öffentlichen Wiedergabe», welche letztlich schon bislang von Art. 10 Abs. 2 lit. c sowie (teilweise) von Art. 33 Abs. 2 lit. a bzw. 37 lit. b URG erfasst wurde, und dieser neuen «Zugänglichmachung». Vor dem Hintergrund der heute schon bestehenden, in der Wortwahl sehr offenen Regelungen wurde freilich auch diskutiert, ob für die Implementierung des neuen «On-Demand-Rechts» überhaupt eine Gesetzesänderung nötig sei. Ist diese Diskussion der Reichweite dieser schon geltenden Normen auch heute noch berechtigt, laufen die neu vorgeschlagenen Einfügungen nun freilich Gefahr, zu Überschneidungen zu führen. Insoweit würde es sich wohl aufdrängen, hier nochmals über die Bücher zu gehen. Wäre es nicht bes-

ser, es würde – statt ein halbwegs neues Recht einzufügen – die phänomenologisch ohnehin zusammengehörenden Nutzungshandlungen doch zusammen geführt und das bisherige Wiedergaberecht so angepasst, dass es alle Sachverhalte abdeckt? Denken mag man für Art. 10 Abs. 2 lit. c ungefähr an folgende neue Formulierung:

das Werk vorzutragen, aufzuführen oder vorzuführen oder es mit irgendwelchen Mitteln anderswo wahrnehmbar zu machen, einschliesslich dessen Wahrnehmbarmachung nach örtlicher und zeitlicher Wahl eines Abrufenden.

Mit einer solchen Formulierung ergibt auch die vorgeschlagene Erweiterung von lit. f einen eindeutigen Sinn. Der Nachsatz betreffend die Wahrnehmbarmachung nach örtlicher und zeitlicher Wahl des Abrufenden lässt sich auch in Art. 33 Abs. 2 lit. a URG anfügen und macht die dort neu vorgeschlagene lit. dbis überflüssig, ebenso wie eine entsprechende Ergänzung von Art. 37 lit. b URG die dort neu vorgeschlagene lit. e überflüssig werden lässt. Nur am Rande sei erwähnt, dass die entsprechenden Formulierungen im strafrechtlichen Kontext natürlich parallel laufen müssen (Art. 67 bzw. 69 E-URG).

Die gleiche Fragestellung scheint beim Ton- und Tonbildträgerhersteller etwas komplexer zu sein. Art. 14 WPPT schreibt hier (bezogen auf Tonträgerhersteller, die in der Schweiz aber schon bisher von den Tonbildträgerherstellern nicht unterschieden wurden) an sich nur die Gewährung des «On-Demand-Rechts» vor, nicht aber ein allgemeines Recht der Wahrnehmbarmachung. Entsprechend gewährt die Schweiz im Falle der Aufführung eines Werks ab Träger den Trägerherstellern bislang auch nicht ein eigenes Verbotsrecht, sondern nur einen Anspruch auf Beteiligung an der Vergütung (Art. 35 Abs. 2 URG). Neu soll nun mit Bezug auf das «On-Demand-Recht» zwar – wie vom WPPT vorgeschrieben – ein Verbotsrecht eingeführt werden (Art. 36 lit. b E-URG), doch soll sich an diesem Anspruch auf Beteiligung an der Vergütung für entsprechende Nutzungen nichts ändern. Dabei scheinen zwei Dinge nicht ganz aufzugehen:

– Zum einen wird Art. 35 Abs. 1 URG in einer etwas ominösen Art erweitert, indem in die bisherige Wendung «im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger» hineingeschoben wurde «oder zugänglich gemachte Ton- oder Tonbildträger». Was darunter zu verstehen ist, lässt sich nicht einfach sagen. Nach der Begründung war die Meinung, dass «sich die gesetzliche Lizenz auch auf Ton- und Tonbildträger bezieht, die erlaubterweise über On-Demand-Dienste – also durch interaktive Übermittlung auf Abruf – angeboten werden» (S. 21). Dieser Vorstellung kann freilich nur schwer gefolgt werden. Denn ein «Träger» als solcher wird nie «On-Demand» bezogen, sondern höchstens das immaterielle Gut – der Klang oder das Bild sozusagen. Mithin wäre dann, wenn die Meinung wäre, derartige Aufnahmen zu erfassen, welche nach örtlicher und zeitlicher Wahl eines Abrufenden erlaubterweise durch Herunterladen hergestellt wurden, um sie anschliessend für Sendezwecke und dergleichen zu verwenden, wohl eine andere Formulierung erforderlich. Vorstellen könnte man sich etwa die Wendung:

Werden im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger oder erlaubterweise nach örtlicher und zeitlicher Wahl eines Abrufenden hergestellte Aufnahmen zum Zweck der Sendung, ...

– Zum andern funktioniert die gesetzliche Anordnung bislang nur, weil Art. 33 Abs. 2 lit. a URG – was der Wendung allein nicht leicht zu entnehmen ist – sich nur auf Live-Darbietungen bezieht, während für eine Verwendung von Darbietungen ab «Konserven» die gesetzliche Lizenz in Art. 35 URG eingreift. Konsequenterweise haben die Trägerhersteller selbst – also jene, deren Tätigkeit Ursache dafür ist, dass Darbietungen ab «Konserven» überhaupt möglich sind – auch kein Verbotsrecht hinsichtlich Verwendung ihrer Träger zu Sendezwecken und dergleichen; vielmehr werden sie nach Art. 35 Abs. 2 URG «nur» an den Erlösen aus der gesetzlichen Lizenz beteiligt. Wenn ihnen nun aber mit Bezug auf das «On-Demand-Recht» in Art. 36 lit. b E-URG ein Verbotsrecht eingeräumt wird, so müsste zumindest in der Begründung klargestellt werden, dass dessen Reichweite sich darauf beschränkt, Aufnahmen durch Abruf nach örtlicher und zeitlicher Wahl des Aufnehmenden zu verbieten oder zu erlauben; erlaubt er sie, so wird sein Recht mit Bezug auf die Verwendung der Aufnahmen im Sinne von Art. 35 Abs. 1 URG durch eine gesetzliche Lizenz beschränkt. Allein dann macht es Sinn, dass er – wie bis anhin – gemäss Art. 35 Abs. 2 URG an den daraus resultierenden Einnahmen beteiligt wird.

2. Schranken im Zusammenhang mit dem «On-Demand-Recht»

Eine Konsequenz der Technologie, Werke nach zeitlicher und örtlicher Disposition zugänglich machen zu können, liegt darin, dass sich auch der Inhalt von Sendungen entsprechend zum freien Abruf speichern und bereitstellen lässt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das bereits in Art. 22 URG beschränkte Verbot der Rechteinhaber mit Bezug auf die zeitgleiche Weitersendung dann wieder zum «Vollrecht» erstarken soll, wenn das Kriterium der Zeitgleichheit entfällt. Der Entwurf scheint dies teilweise – nämlich mit Bezug auf gewisse Werke der Musik – zu verneinen (Art. 22a E-URG). Nach der in der Begründung enthaltenen Vorstellung soll es darum gehen, dass «die Geltendmachung des Rechts des Zugänglichmachens nichttheatralischer Werke der Musik in Bezug auf die interaktive Nutzung von Radio- und Fernsehprogrammen der Verwertungsgesellschaftspflicht und damit der Bundesaufsicht unterstellt» werden (S. 16). Dies wirft Fragen auf.

Nicht ganz problemlos scheint dabei zunächst einmal der Terminus «interaktiv»; denn eine Interaktion liegt bei zeitlich und örtlich freier Abrufbarkeit von – unveränderlichen – Programmen (und darum scheint es zu gehen, denn Art. 22 Abs. 1 E-URG verweist auf den neu vorgesehenen Art. 10 Abs. 2 lit. c^{bis}, also das «On-Demand-Recht») höchstens in rudimentärster Form vor, selbst wenn akzessorische Teile – hier also die Musik – zum Zwecke eigenständiger Verwertung herausgelöst werden mögen. Aber es stellt sich darüber hinaus die Frage, wieso (a) – wenn überhaupt – nur mit Bezug auf (akzessorische; vgl. Abs. 2) Musikwerke eine solche Beschränkung erforderlich sein soll und dies (b) einzig mit Bezug auf solche (akzessorische) Musikwerke, die Teil einer Sendung waren. Diese Fragen sind freilich aus einem etwas erweiterten Kontext heraus zu betrachten:

Die vorgeschlagene Norm steht systematisch in Zusammenhang mit Art. 22 URG betreffend die Kabelweitersendung, für welche ein öffentliches Interesse angenommen wird, Zugang zu den jeweiligen Medien zu haben, der dann nicht gewährleistet wäre, wenn z.B. terrestrischer Empfang nicht möglich ist. Vor diesem Hintergrund macht es bei der Kabelweitersendung Sinn, die entsprechenden Rechte in gewisser Hinsicht einzuschränken, auch wenn in der Schweiz das Bewusstsein dafür wenig verbreitet scheint, dass die hiesige Regelung weit über jene des Europäischen Rechts hinaus geht. Denn die Richtlinie 93/83 vom 27. September 1993 zum Satellitenrundfunk und zur Kabelweiterverbreitung (ABl. Nr. L 248 vom 6. Oktober 1993, 15-21) schreibt wohl in Art. 9 Abs. 1 vor, «dass das Recht ... die Erlaubnis zur Kabelweiterverbreitung zu erteilen oder zu verweigern, nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden kann». Sehr weit reichend eingeschränkt wird diese Regelung freilich durch Art. 10, wonach Art. 9 in Bezug auf die eigenen – originär wie derivativ erworbenen – Rechte an Sendungen eines Sendeunternehmens keine Anwendung findet. Der Hintergrund dieser Einschränkung liegt darin, dass die Weiterleitung durch Kabelunternehmen zwar nicht durch Splitterrechte verhindert werden können soll, eine Gefahr, die bei eigenen Rechten der Sendeanstalten indessen nicht besteht.

Eine Schranke in dem Sinne, wie sie für die Schweiz nun in Art. 22a E-URG vorgeschlagen wird, kennt die EU demgegenüber nicht; sie wäre mit Blick auf die abschliessende Aufzählung zulässiger Schranken in Art. 5 der Info-RL mit Bezug auf das «On-Demand-Recht» – um das es letztlich ja geht – auch gar nicht zulässig. Dies allein ist gewiss kein Grund, sich eine solche Schranke nicht zu überlegen. Allein, weswegen sie just im Bereich des zeitlich und örtlich freien Abrufs von akzessorischer Musik von Sendungen erforderlich sein soll (und in andern Bereichen nicht), scheint ebenso erklärungsbedürftig wie die Tatsache, dass das Zugänglichmachen im Sinne des «On-Demand-Rechts» mit dem Sachverhalt der Sendung – auch nur wertungsmässig – vergleichbar sein soll. Solche Erklärungen liefert die Begründung jedoch nicht, im Gegenteil: Sie spricht im ersten Satz zu jener Norm von einer Verwertungsgesellschaftspflicht, dreht diese Aussage im zweiten Begründungssatz aber um, indem einem Sendeunternehmen die Möglichkeit gegeben sein soll, «die entsprechende Rechte über die Verwertungsgesellschaften abgelden zu können, wie das im Bereiche der nichttheatralischen Musik auch für die Senderechte der Fall» sei. Damit wird – wiewohl in der fraglichen Norm (anders als z.B. in Art. 24c E-URG) der Verweis darauf fehlt – auf Art. 40 URG angespielt, wo in Abs. 1 in einer neuen lit. abis dieser Sachverhalt erfasst werden soll (so die Begründung auf S. 27, wo als Anwendungsfall dieser neuen Litera Art. 22 URG, 22a, 24b und 24c E-URG erwähnt werden).

Doch was bedeutet Art. 22a E-URG in diesem Falle? Ist er als «eigentliche» gesetzliche Lizenz zu verstehen, mithin als Aufhebung des Verbotrechts? Dies wäre eine bemerkenswerte Konstruktion, denn in aller Regel werden die (absoluten) Rechte an den fraglichen Musikwerken gar nicht bei den Sendeunternehmen liegen, sondern jene werden auf der Basis von blossen Lizenzberechtigungen

senden – mehr noch: auch die hier in Frage stehenden «On-Demand-Dienste» könnten sie (mangels eigener absoluter Berechtigung) von vornherein nur mit entsprechenden Zusatzlizenzen anbieten. Mit andern Worten würden durch diesen Art. 22a E-URG im Regelfall nicht etwa die Rechte der Sendunternehmen eingeschränkt, sondern jene der jeweiligen Rechteinhaber (de facto also der Verwertungsindustrie). Gewiss mag man darüber diskutieren, ob dafür ein öffentliches Interesse besteht (scheinbar – so lässt die systematische Eingliederung vermuten – ein Ähnliches wie es für die Möglichkeit der Weitersendung nach Art. 22 URG angenommen werden mag). Indessen wäre es schwerlich nachzuvollziehen, wieso ein derartiges Interesse (gegebenenfalls) allein im Bereich von «On-Demand-Diensten» vorhanden sein sollte. Denn just jener Bereich ist im Europäischen Recht insoweit, als er mit technischen Schutzmassnahmen betrieben wird, sogar gegen Schranken «immun» (Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4 Info-RL) – eine Regelung, die überaus zweifelhaft und (wie noch zu zeigen sein wird: hinten V. 1) von der Schweiz auch nicht rezipiert werden soll; sie zeigt aber immerhin die Sensibilität auf, ausgerechnet in diesem Bereich neue Schranken einführen zu wollen.

Unter diesem Gesichtspunkt dürfte die neu vorgesehene Regelung (wie richtigerweise auch Art. 22 URG) wohl eher so zu lesen sein, dass das Verbotsrecht des Rechteinhabers – der wie gesagt oft nicht das Sendunternehmen sein wird – an sich zwar besteht; macht der jeweilige Rechteinhaber es aber nicht geltend, d.h. erlaubt er eine entsprechende Nutzung von Musikwerken, so muss er für die Vergütung den Weg über die kollektive Rechtswahrnehmung beschreiten. In dieser Interpretation mag man insoweit einen gewissen Widerspruch zum vorhin Ausgeführten sehen, als die Ablösung von Verbotsrechten durch gesetzliche Lizenzen letztlich im Interesse der Kreativen liegt, weil sie auf diesem Wege an den Einnahmen aus der kollektiven Verwertung beteiligt werden müssen (Art. 49 Abs. 3 URG). Wenn man diesem bedenkenswerten Argument tatsächlich folgen will, können aber nicht nur punktuelle Bereiche ohne ersichtlich erhöhtes öffentliches Interesse herausgegriffen werden (wie der vorgeschlagene Art. 22a E-URG), sondern es wäre das gesamte Urheberrecht systematisch daraufhin zu überprüfen, inwieweit solche gesetzlichen Lizenzen im gemeinsamen überwiegenden Interesse der Kreativen und der Öffentlichkeit – letztlich aber im Widerspruch zu den Interessen der Verwerter – eingeführt werden könnten.

3. Weitere neue Schranken

a) Eine – für die Onlinetechnik existenzielle – Problemstellung besteht darin, dass viele Übertragungsvorgänge technische Vervielfältigungen bedingen, die im Grunde unter Art. 10 Abs. 2 lit. a fallen würden (jedenfalls dann, wenn man die dortige, bereits vorstehend monierte altertümliche Formulierung im weiten Sinne von Art. 2 Info-RL versteht). Sie dürfen aber nicht urheberrechtliche Relevanz haben, ansonsten eine Nutzung des Internets letztlich gestützt auf das Urheberrecht in weiten Bereichen unterbunden werden könnte. Aus diesem Grunde werden von Art. 5 Abs. 1 Info-RL bestimmte eng umgrenzte Handlungen ohne eigenständige wirtschaftliche Bedeutung vom Vervielfältigungsrecht in Art. 2 Info-RL «ausgenommen» (in Englisch «exempted», während die Abs. 2 und 3 von Art. 5 von «exceptions or limitations» sprechen). Nach richtiger Betrachtung ist diese «Ausnahme» damit nicht als Schranke zu verstehen, sondern im Verhältnis zur Tatbestandsmässigkeit von Art. 2 Info-RL eine Reduktion, dahingehend, dass diese beiläufigen Vervielfältigungen überhaupt nicht unter den allgemeinen Vervielfältigungsbegriff fallen sollen. Vor diesem Hintergrund ist auch der neue, für sich unzweifelhaft richtige (und deutlich leserlicher als sein Europäisches Vorbild ausgestaltete) Art. 24a E-URG zu sehen. Damit ist die systematische Einordnung als Schranke im Entwurf im Grunde aber zweifelhaft; die Norm stünde besser im Zusammenhang mit einer Begriffsdefinition der Vervielfältigung, die im schweizerischen Urheberrecht derzeit, wie gezeigt, ohnehin noch fehlt. Sollte es zu einer solchen indessen nicht kommen, spielt diese dogmatische Unschärfe solange eine Nebenrolle, als klar ist, dass z.B. der Rechtsschutz für die noch zu diskutierenden technische Schutzmassnahmen (nachstehend V. 1) diesen Bereich von vornherein nicht erfassen kann, mithin auch etwa die Einschränkung in Art. 39b Abs. 2 E-URG nicht greift.

b) Art. 24b E-URG nimmt einen in der Rechtsprechung durchgefochtenen Meinungsstreit auf (BGer, sic! 1999, 255-260; OGer ZH, sic! 2003, 320-323) und statuiert für ephemere Aufnahmen zu Sendezwecken unter engen Voraussetzungen eine gesetzliche Lizenz. Dies entspricht letztlich insoweit, als die jeweiligen Tarife diesen Zwischenschritt bereits vorsehen, nicht nur der Praxis (GTS Ziff. 4). Es scheint auch sachlich nachvollziehbar, zumal hier wiederum die Argumentation greift, dass die freie Geltendmachung des entsprechenden Verbotsrechts sich im Lichte der grundlegenden Interessen der

Sendeunternehmen an einer effizienten Sendetechnik einerseits wie auch der betroffenen Kreativen andererseits – die (wie die Verwerter selbst ja auch) damit eine gesonderte Vergütung erhalten sollten – schwerlich rechtfertigen liesse. Immerhin findet sich diese Schranke – sogar noch offener (bezogen auf bestimmte Archivierungsmöglichkeiten, die so im vorgeschlagenen Art. 38a E-URG nicht aufgefangen wird) – auch in Art. 5 Abs. 2 Bst. d Info-RL.

Bloss am Rande erwähnt sei hier, dass der in dieser Norm vorgesehene Abs. 4 E-URG in seiner Ausführlichkeit schlecht in den Kontext von Art. 24b E-URG passt. Zum einen geht es bei den ephemeren Aufnahmen zu Sendezwecken schon begriffslogisch um unveränderte Überspielungen; das in der Begründung erwähnte Beispiel «der Vertonung eines Fernsehfilms» (S. 18) geht also völlig an der Sache vorbei, weil ein solches die Tatbestandsmässigkeit nach Abs. 2 gar nicht erfüllen könnte. Zum andern würde er – wenn die sachlogische Redundanz zur Klarstellung unumgänglich sein sollte – ähnlich etwa Art. 13 Abs. 3 URG (der Art. 11 Abs. 2 URG vorbehalten) ausreichen, in Abs. 2 von Art. 24b E-URG einen Nachsatz anzuhängen, «Art. 11 Abs. 1 URG bleibt vorbehalten». Einen Anwendungsfall mag man diesfalls sehen, wenn – wiewohl nur zu Sendezwecken im Sinne von Abs. 2 – in verunstaltender Art und Weise verschiedene Musikstücke zerstückelt und aneinander gehängt würden.

c) Hier nicht weiter zu vertiefen ist die neue Schranke für Werkvervielfältigungen für Behinderte gemäss Art. 24c E-URG, welche an sich Art. 5 Abs. 3 Bst. b Info-RL entspricht, freilich enger als jene Norm ist – aus europarechtlicher Sicht zulässigerweise, da die dort aufgezählten zulässigen Schranken nicht Mindestbestimmungen sind –, weil sie ab einer gewissen Zahl der Vervielfältigungen eine Vergütungspflicht mit Verwertungspflicht statuiert. Nicht richtig ist freilich die Marginalie, denn das Gesetz unterscheidet etwa in Art. 19 URG – richtigerweise – zwischen (generellen) Werkverwendungen (dort Abs. 1 lit. a und b) und blossen Vervielfältigungen (lit. c). Entsprechend muss sich auch hier – wie in Art. 22b E-URG – die Normüberschrift auf die allein erlaubte Vervielfältigung beschränken.

d) Eine weitere, sich im Europäischen Recht so nicht spiegelnde Einschränkung von Rechten ergibt sich aus dem vorgeschlagenen Art. 38a

E-URG für die Nutzung von Archivaufnahmen. Er geht innerhalb des schweizerischen Urheberrechts eigenständige Wege, namentlich was die dogmatische Konstruktion – die Geschäftsführung ohne Auftrag zugunsten der zuständigen Verwertungsgesellschaft – betrifft. Sinn gemäss bekannt ist jene im Europäischen Recht immerhin etwa bei der (im Grunde sinnvolleren als der schweizerischen) Regelung zur Kabelweiterverbreitung. Art. 9 Abs. 2 der betreffenden Richtlinie sieht nämlich vor, dass für den Fall der fehlenden Rechtseinräumung an eine Verwertungsgesellschaft durch den Rechteinhaber selbst «die Verwertungsgesellschaft, die Rechte der gleichen Art wahrnimmt, als bevollmächtigt» gilt, dessen Rechte wahrzunehmen. Damit wird vermieden, dass schwer auffindbare Inhaber von Splitterrechten eine Weitersendung verhindern können. Einen ähnlichen Weg beschreitet nun der Entwurf, indem er letztlich so etwas wie eine Fiktion schafft, um den «riesigen Fundus an politisch und kulturell wertvollen Zeitdokumenten» (S. 22) mangels expliziter Rechtseinräumung durch die Berechtigten nicht ungenutzt schlummern zu lassen. Im Lichte der relativ engen Anwendungsvoraussetzungen jener Norm ergibt dies eine durchaus stimmige Analogie zum Lösungsansatz der genannten Europäischen Regelung.

4. Ausübende Künstler

a) Eine Besserstellung sollen die ausübenden Künstler erfahren, denn sie sollen entgegen dem geltenden Recht – aber in Übereinstimmung mit Art. 2 Bst. a WPPT – gemäss dem erweiterten Art. 33 Abs. 1 E-URG nicht nur dann ein Leistungsschutzrecht erhalten, wenn sie urheberrechtlich geschützte Werke darbieten, sondern auch für «eine Ausdrucksweise der Folklore» (WPPT: «Ausdruckformen der Volkskunst»).

b) Nicht ohne weiteres verständlich ist indessen die Erweiterung in Art. 33 Abs. 2 E-URG. Denn nach geltendem Recht ist das Verbotsrecht – wie bereits ausgeführt – auf Live-Darbietungen beschränkt, während eine Verwendung von Ton- oder Tonbildträgern im Rahmen von Art. 35 Abs. 1 URG einer gesetzlichen Lizenz unterworfen wird. Wenn der Wortlaut von Art. 33 Abs. 2 E-URG nun (entgegen den Vorgaben von Art. 6 WPPT) von «ihre Darbietung» auf «ihre Darbietung oder deren Festlegung» erweitert werden soll, so ist dies im Verhältnis zu Art. 35 Abs. 1 URG nur dann widerspruchsfrei, wenn damit nicht Festlegungen im Sinne von «im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger» gemeint sind.

Hintergrund dieser missverständlichen Erweiterung dürfte Art. 10 WPPT sein, der vom «Recht auf Zugänglichmachung festgelegter Darbietungen» spricht. Insoweit bezieht sich die Erweiterung im Einleitungssatz von Art. 33 Abs. 2 E-URG wohl – nur – auf die vorgeschlagene lit. dbis. Nachdem jene zusätzliche Litera indessen ohnehin überflüssig wird, wenn die heutige lit. a sinngemäss um den schon zu Art. 10 Abs. 2 lit. c vorgeschlagenen Zusatz erweitert wird, so drängt es sich eigentlich nur auf, jene Erweiterung noch etwas zu spezifizieren. Mithin wird Art. 10 WPPT Genüge getan, wenn der Einleitungssatz von Art. 33 Abs. 2 bleibt, wie er ist, und die bisherige lit. a etwa gefasst wird wie folgt:

ausserhalb des Raumes in welchem sie erbracht wird, wahrnehmbar zu machen, einschliesslich der Wahrnehmbarmachung einer Festlegung der Darbietung nach örtlicher und zeitlicher Wahl eines Ab-rufenden;

c) Teilweise eine Klar-, teilweise eine Besserstellung der ausübenden Künstler ergibt sich – abermals durch das WPPT in dessen Art. 5 vorgeschrieben – durch die Einführung eines spezifischen Persönlichkeitsrechts. Dieses bezieht sich zum einen auf die «Anerkennung der Interpreteneigenschaft an ihren Darbietungen» (Art. 33a Abs. 1 E-URG), welche sich nach geltendem Recht in der Tat so nicht ergibt. Zum andern sieht Abs. 2 von Art. 33a E-URG mit einem Verweis auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 28 ff. ZGB) einen Schutz gegen Beeinträchtigungen ihrer Darbietungen vor. Dieser Verweis erscheint durchaus als geschickter Zug; denn die Vorstellung einer Analogie zum Urheberpersönlichkeit wäre eher vermessen, wenn man dessen dogmatische Konstruktion als «Quelle» des Urheberrechts an sich sieht, was sich – mag dies in der heutigen Zeit auch noch so verstaubt wirken – darin ausdrückt, dass selbst nach einer Rechtsübertragung nach Art. 16 URG «Bande» zum Urheber bestehen bleiben sollen, gestützt auf welche er sich etwa gegen Verunstaltungen seines Werks zur Wehr setzen können soll. Freilich darf man bei nüchterner Betrachtungsweise wohl schon jene Konstruktion als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entlarven (was Art. 11 Abs. 2 URG recht schön dadurch ebnet, dass er davon spricht, dass eine Werkentstellung den Urheber «in der Persönlichkeit» verletzen muss). Umso mehr rechtfertigt es sich beim ausübenden Künstler, der eben gerade nicht «schöpferisch» tätig ist (ansonsten er auch als Interpret Urheberrechtsschutz erringen würde), nicht dogmatische Luftschlösser zu bauen und abermals «Bande» zwischen ihm und seiner Darbietung zu konstruieren; auch ihm mag Genüge getan sein, wenn er die Handlung eines Dritten aus verletztem allgemeinem Persönlichkeitsrecht heraus unterbinden kann.

Nicht ganz einfach zu verstehen ist der Vorschlag freilich mit Bezug auf die Fristen. Denn das allgemeine Persönlichkeitsrecht endet in der Schweiz mit dem Tode (Art. 31 ZGB), womit Art. 11 Abs. 2 URG nur dann als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gesehen werden kann, wenn letztere Norm als «lex specialis» – mit Schutzfrist nach Art. 29 Abs. 2 lit. b URG – verstanden wird. Mit Bezug auf ausübende Künstler hingegen scheint der Entwurf prima vista einen Widerspruch zu statuieren, indem er ein Erlöschen des Persönlichkeitsrechts mit dem Tode des Urhebers vorsieht (Art. 33a Abs. 2 E-URG), gleichzeitig aber auf die Schutzfrist nach Art. 39 URG verweist. Diese Unstimmigkeit vermag auch die Begründung nicht wirklich zu beseitigen (S. 20). Sie weist zwar auf Art. 5 Abs. 2 WPPT hin, der in Satz 2 gewisse Ausnahmen vorsieht, von der die Schweiz profitieren könnte; gleichwohl wird erklärt, davon werde «im Interesse der Rechtssicherheit nicht Gebrauch gemacht und eine möglichst einfache und einheitliche Regelung angestrebt». Erklären lässt sich die Anordnung damit wohl nur dahingehend, dass die Schutzfrist einer Darbietung – da sie mit der Darbietung selbst zu laufen beginnt (Art. 39 URG) – vor Ableben des Künstlers enden kann. Diesfalls enden zwar die vermögensrechtlichen Befugnisse, nicht aber die persönlichkeitsrechtlichen; jene laufen diesfalls vielmehr synchron mit Art. 31 ZGB weiter und enden mit dem Tode. Stirbt der Künstler jedoch vor Ablauf der Schutzfrist gemäss Art. 39 URG, so läuft das Persönlichkeitsrecht parallel mit den vermögensrechtlichen Leistungsschutzrechten noch weiter. Insoweit gestaltet sich also auch Art. 33a Abs. 2 E-URG als «lex specialis» zu Art. 31 ZGB. Ob man diese über das nach Art. 5 Abs. 2 WPPT Notwendige hinausgehende Regelung tatsächlich will, muss rechtspolitisch entschieden werden; hingegen mag man sich in systematischer Hinsicht fragen, ob es verständlich ist, die Fristenberechnung zu splitten, statt sie einheitlich in Art. 39 URG zu regeln. Beispielsweise könnte dessen Absatz 1 um einen ganzen Satz wie folgt ergänzt werden:

...; er erlischt nach 50 Jahren. Vorbehalten bleibt das Persönlichkeitsrecht (Art. 33a URG) des die Schutzdauer überlebenden ausübenden Künstlers; es endet mit seinem Tode.

IV. Vergütungssystem

1. Hintergründe

Einem grundlegenden Wandel wird das Vergütungssystem unterzogen, wobei man aus negativen Erfahrungen der Vergangenheit lernte: Die Idee, jene letztlich sehr ungenau und insoweit wenig gerecht erscheinende Geräteabgabe, wie sie vor allem in Deutschland bekannt ist, zu vermeiden und stattdessen auf das Volumen an hergestellten Kopien abzustellen, hat sich als Illusion erwiesen. Jedenfalls im Reprographiebereich kommt die zuständige ProLitteris nicht umhin, sehr pauschale Annahmen zu treffen und mit grossem administrativem Aufwand jährlich Rechnungen zu verschicken, was dem «Rechtsfrieden» jener Betroffenen, die glaubhaft behaupten, überhaupt keine geschützten Werke zu kopieren, gewiss nicht zuträglich ist. Insoweit erscheint ein – teilweiser – Wechsel zu einem kombinierten System sicherlich geboten.

Lohnenswert erscheint dabei im vorliegend interessierenden Zusammenhang ein Seitenblick in das internationale und vor allem das Europäische Recht – genauer: auf die Tatsache, dass diesbezüglich überhaupt keine Vorgaben bestehen. Namentlich die EU hat offenkundig bis heute nicht erkannt, dass die national überaus divergierenden Systeme zur kollektiven Rechtswahrnehmung zu einem durchaus spürbaren Hindernis im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes ausgewachsen sind, weil die Preisbildungen gerade bei Geräten und Leerträgern gegebenenfalls durchaus zu beachtlichen Prozentsätzen von den Urheberrechtsabgaben abhängen. Noch in stärkerem Masse entstehen solche nationalen Preisdifferenzen aber dadurch, dass die EU mit ihrer Info-RL im Grunde Bruchlandung erlitten hat; denn es ist ihr mitnichten gelungen, einheitliche Vorstellungen darüber zu erreichen, welche Nutzungshandlungen auf der Basis gesetzlicher Lizenzen erlaubt (und damit je nachdem mit einer Vergütung belastet) werden sollen, und welche nicht. In Tat und Wahrheit gelang ihr nichts weiter als eine Aufzählung aller innerhalb der EU anzutreffenden Schranken, die nunmehr sämtliche als zulässig erklärt werden – dies aber (mit Blick auf die laufende Weiterentwicklung der Informationstechnologien widersinnigerweise) abschliessend (Erwägungsgrund 32); jedoch wird keine einzige von ihnen verbindlich vorgeschrieben.

Dass solche «Nichtresultate» dank Machtspielchen von Brüsseler Technokraten gleichwohl Richtlinie werden können, braucht die demokratie- und konsensgewohnte Schweiz zwar nicht zu interessieren; es ist aber immerhin erwähnenswert, dass sie in Fragen des Vergütungssystems ohne jede (auch nicht verbindliche) Vorgabe legiferieren kann. Dies wird auch so bleiben, denn selbst die jüngste Initiative der EU, das Recht der kollektiven Verwertung unter ihre Kontrolle zu bringen, hat primär kartellrechtliche Hintergründe, indem der Kommission – dies freilich nicht ganz zu Unrecht – die monopolähnlichen Strukturen der Verwertungsgesellschaften ein Dorn im Auge sind (vgl. dazu die Mitteilung der Kommission vom 16. April 2004 über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt, KOM(2004) 261 endg., http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/2004/com_2004_0261de01.pdf).

2. Systematik und Regelungsinhalte

Zunächst zeichnet sich die vorgeschlagene Regelung dadurch aus, dass die bisher in Art. 19 Abs. 1 definierten und in Art. 20 Abs. 1 URG vergütungsrechtlich umgesetzten Differenzierungen verschiedener Gruppen von Schrankenberechtigten in einen neuen Art. 20a E-URG transferiert werden sollen. Dabei bezieht sich dessen Abs. 1 auf den persönlichen Nutzerkreis gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a URG, während Abs. 2 die sonstigen Privilegierten nach Art. 19 Abs. 1 lit. b und c URG sowie die als Dritte nach dem dortigen Abs. 2 agierenden Personen erfasst; für die Privilegierten nach Art. 19 Abs. 1

lit. c URG enthält darüber hinaus Abs. 3 eine Sonderregelung, falls jene nur in geringem Umfang Vervielfältigungen herstellen.

Im Einzelnen läuft diese Regelung auf Folgendes hinaus:

- Privatpersonen nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG sowie Betriebe nach Art. 19 Abs. 1 lit. c URG, die nur in geringem Umfang vervielfältigen, zahlen – je nach Sachlage einzeln oder kombiniert –
- eine Vergütung, mit der die für Vervielfältigungen geeigneten Geräte belastet werden;

- eine Vergütung, mit der die benötigten «Ton-, Tonbild- oder Datenträger» belastet werden.
- Hinsichtlich der Schuldner-eigenschaft besagt die Formulierung zwar sachlich richtig, dass der jeweilige Hersteller oder der Importeur der Geräte oder Träger die Abgabe zu bezahlen hat; letztlich belastet werden damit aber natürlich die jeweiligen Käufer.
- Die übrigen Privilegierten (Art. 19 Abs. 1 lit. b, grundsätzlich lit. c und Abs. 2 URG) bezahlen – abermals über den Hersteller oder den Importeur – die gleiche Vergütung, zusätzlich aber eine Betreibervergütung als «Gerätebesitzer».

Davon abgesehen, dass diese Anordnung unnötig kompliziert formuliert erscheint, worauf gleich zurückzukommen ist, enthält sie einige Schwachstellen, die kurz zu erläutern sind:

- Es wirkt rechtspolitisch wenig klug, nicht direkt ins Gesetz zu schreiben, dass eine Kumulation der beiden Systeme (Geräteabgabe und Leerträgervergütung) richtigerweise nicht bedeuten kann, dass die Gesamtbelastung der Privilegierten damit erhöht wird. Die Schiedskommission, welche Tarife zu genehmigen hat, wird vielmehr sicherzustellen haben, dass zunächst der wirtschaftliche «Wert» einer gesamten Nutzungshandlung bestimmt wird, und dann – wo nun mehrere Wege der Belastung offen stehen sollen – festzulegen, wie diese Gesamtbelastung aufgeteilt werden kann, so dass auch für die betroffenen Industrien eine tragbare und sinnvolle Verteilung entsteht. Systematisch braucht diese Anordnung freilich nicht notwendigerweise im neuen Art. 20a URG zu stehen (wiewohl im nachstehenden Formulierungsvorschlag beispielhaft als Satz 2 zu Abs. 1 dort eingefügt), sondern kann insbesondere als Ergänzung zu Art. 60 E-URG aufgenommen werden. In jene Norm gehört – nebst der im Entwurf in Art. 20a Abs. 4 vorgesehenen «Prüfungspflicht» (dazu

nachstehend 3) – selbstredend auch ein Massstab dafür, wie denn die Geräteabgabe überhaupt berechnet wird; denn ob die 10 %-Klausel gemäss jenem Abs. 2 hierfür genauso richtig ist, darf zumindest in Frage gestellt werden, dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund des nächsten Punktes:

- Der Entwurf trägt dem Umstand nicht Rechnung, dass Geräte, welche mit Verbrauchsmaterial wie Toner- oder Tintenpatronen betrieben werden müssen, heute oft zu Dumpingpreisen abgegeben werden, welche dadurch erzielt werden können, dass (a) die mitgelieferten Patronen zuweilen anerkanntermassen halbleer sind, und (b) mit technischen – je nachdem geschützten – «must fit»-Vorrichtungen Käufer gezwungen werden, später überteuerte Patronen vom Hersteller selbst zu kaufen. In solchen Fällen fällt eine prozentuale Belastung allein des Geräts objektiv zu tief aus, während eine absolute Belastung (wie sie derzeit in Deutschland erhoben wird: Anlage zu § 54 Abs. 1 UrhG) zu überproportionalen Preiserhöhungen führen würde. Bei solchen «Umgehungstatbeständen» muss sinnvollerweise eine Ausweglösung normiert werden, wonach bei wirtschaftlichen Unternehmenseinheiten, die deswegen eine solche Preisverlagerung vornehmen können, weil sie beide Komponenten herstellen, auch das Verbrauchsmaterial belastet werden kann.
- Eine ähnliche Problematik ergibt sich mit den jüngsten Technologien daraus, dass gewisse Geräte in einer Weise über elektronische Steuerungen verfügen können, dass sie zunächst für Vervielfältigungen gar nicht geeignet (mithin in der Form von technischen Schutzmassnahmen dagegen blockiert) sind. Mit entsprechenden Smartcards können solche technischen Sperren jedoch «freigeschaltet» werden. Gegebenenfalls werden diese «Smartcards» entsprechend teuer verkauft werden, was hier zwar nicht dazu führen wird, dass eine Belastung des – selbst relativ günstigen – Gerätes zu Preisverzerrungen führen kann, denn für sich allein sind sie ja eben nicht im Sinne des Gesetzes «geeignet». Vielmehr muss hier die «Smartcard» allein belastet werden können.
- Nur als Detailproblem zu erwähnen ist die Diktion in Art. 20a Abs. 1 E-URG, welche noch von einem analogen Verständnis ausgeht. Spätestens seit Einzug der Digitaltechnik – um die es heute fast ausschliesslich geht – sind Datenträger für jeden Inhalt geeignet, da diese quasi immer in «Nullen» und «Einsen» dargestellt werden; daraus entsteht bekanntlich die vollständige Konvergenz der Inhalte. Ergo ist es aus technischer Sicht pleonastisch, heute noch «Ton-, Tonbild- oder Datenträgern» zu sprechen; alle Inhalte sind «Daten» und werden auf technisch identisch funktionierende Medien gespeichert.
- Wenn Art. 20a Abs. 2 E-URG – durchaus richtigerweise – eine Betreiberabgabe vorschreibt, so muss das Gesetz freilich klarstellen, dass diese nicht linear oder pauschal sein kann, sondern – da hier doch erhebliche Unterschiede bestehen – volumenabhängig sein muss. Dabei mögen gewisse grobe Klassifizierungen die Arbeit der Verwertungsgesellschaft zwar erleichtern; ganz ohne

einigermassen nachvollziehbare Differenzierungen dürfte es aber kaum gehen. Mit Bezug auf den vorgeschlagenen Abs. 3 wirkt das Kriterium des «KMU» dabei ebenso urheberrechtsfremd wie die «Frequenz» (denn «gelegentlich» können auch sehr viele Vervielfältigungen aufs Mal hergestellt werden); relevant sein kann einzig das tatsächliche (durchschnittliche) Ausmass an hergestellten Vervielfältigungen.

Zieht man diese Schwachstellen des Entwurfs in Betracht und versucht man eine einfacher verständliche Regelung, so könnte diese etwa wie folgt lauten (wobei der in eckige Klammern gesetzte Satz richtigerweise zu Art. 60 URG gehört):

¹Die Vergütung gemäss Art. 20 wird in Form von Abgaben auf Geräten, die für das Vervielfältigen von Werken geeignet sind, auf dafür verwendbare Datenträgern oder auf allfällige weitere für die Vervielfältigung notwendige Komponenten erhoben. Schuldner ist deren Hersteller oder Importeur. [Die Abgaben auf Geräten, Datenträgern oder weiteren Komponenten können einzeln oder kombiniert erhoben werden, wobei für die jeweilige Höhe der Vergütung die Gesamtbelastung für den einzelnen Vervielfältigungsvorgang massgeblich ist.]

²Für Vervielfältigungen gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b und c sowie Abs. 2 schulden die Betreiber der benutzten Geräte eine zusätzliche volumenabhängige Vergütung. Diese entfällt im Falle von Art. 19 Abs. 1 lit. c, wenn nur in geringem Ausmass Vervielfältigungen hergestellt werden.

3. Aufsicht

Etwas gar schlank wirkt die Kontrolle über die neue Regelung, welche in Art. 22a Abs. 4 E-URG als Pflicht zur Prüfung ausgestaltet ist, ob die Vergütungsansprüche «in angemessener Weise geltend gemacht werden». Wie bereits angetönt überzeugt dies im Lichte der im schweizerischen Recht ansonsten relativ detaillierten Vorgaben wenig. Wenn in Art. 60 Abs. 1 URG schon diverse Kriterien dafür vorgegeben werden, wie Tarife zu bestimmen sind, entspräche es dem Grundsatz einer gewissen Symmetrie, dass der Gesetzgeber mit Bezug auf die hierzulande völlig neue Geräteabgabe ebenfalls grobe Eckwerte vorgibt. Solche mögen etwa im vorstehend schon erläuterten Grundsatz bestehen, dass die diversen Abgaben zwar kombiniert werden können, dass für die Gesamthöhe einer Vergütung jedoch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise Platz greifen muss.

Passend erscheint es, für den Sachverhalt der Geräteabgabe einen neuen Art. 60 Abs. 2bis einzufügen, der auch noch weitere Details regeln mag. Ohne solche «Sicherheiten» ist kaum anzunehmen, dass die Geräteabgabe im politischen Prozess reibungslos durchgehen wird. Darüber hinaus wäre in Betracht zu ziehen, Art. 46 Abs. 2 URG (und entsprechend allenfalls Art. 56 Abs. 2 bzw. 57 Abs. 2 und 3 URG) sprachlich anzupassen, denn Verhandlungen in Deutschland zeigen, wie wichtig es im Rahmen der Geräteabgabe an sich – aber insbesondere auch mit Blick auf die Abgrenzung der verschiedenen belasteten Komponenten – für eine gedeihliche Verwertungskultur ist, dass die verschiedenen Gerätehersteller bzw. Importeure, welche ja die primären Schuldner der entsprechenden Abgaben sind, in adäquater Form in die Tarifverhandlungen involviert sind. Es ist aber zweifelhaft, ob dem mit dem Begriff des «Nutzers» – der sich primär auf die Verwendung des geschützten Werks, der Darbietung etc. bezieht – ausreichend transparent Rechnung getragen wird.

Eine empfindliche Fehlerstelle besteht überdies insoweit, als der Entwurf überhaupt nicht reflektiert, dass technische Schutzmassnahmen (dazu nachstehend V. 1) demjenigen, der sie entsprechend einsetzt, nicht nur erlauben, auf individuellizenzvertraglicher Basis eine Vergütung für Vervielfältigungen zu erwirken; vielmehr vermag er sie auch ganz zu verhindern. Unter diesen Umständen rechtfertigte es sich nicht, dass er aus den Erlösen aus der kollektiven Rechtswahrnehmung partizipiert; vielmehr soll hier – wenn schon – ein fairer Wettbewerb verschiedener Verwertungsmodelle spielen. Nachdem der Gesetzgeber schon heute in Art. 48 f. URG die Grundsätze der Verteilung regelt, erscheint es unumgänglich, dieser Neuerung in geeigneter Form Rechnung zu tragen. In diesem Sinne könnte dort etwa ein Abs. 1bis eingefügt werden:

Sie sorgen dafür, dass Rechtsinhaber, welche technische Massnahmen nach Art. 39a einsetzen, insoweit nicht am Verwertungserlös beteiligt werden, als vergütungspflichtige Nutzungshandlungen durch diese Massnahmen verhindert werden können.

Nur am Rande und ohne vertiefte Diskussion sei an dieser Stelle sodann die Frage erlaubt, ob Art. 40 Abs. 1 URG in der nun erweiterten Aufzählung noch sinnvolle Abgrenzungen der verschiedenen der Bundesaufsicht unterstellten Bereiche ergibt. Insbesondere kann man mit Fug fragen, ob die neu vorgeschlagene lit. c nicht in der ebenfalls modifizierten lit. b enthalten sei (denn wozu werden dort die Verweise auf die einzelnen Normen aufgehoben, wenn nicht zum Zwecke, für alle entsprechenden gesetzlichen Vergütungsansprüche – wie etwa jener, der sich nun unter gewissen Voraussetzungen aus Art. 38a E-URG ergeben soll – offen zu sein?). Aber auch die Abgrenzung zwischen der vorgeschlagenen neuen lit. abis und lit. b verlangt einige Denkarbeit, welche einem auch die Erläuterungen nicht wirklich abnehmen (S. 27 f.). Insoweit man sich fragt, ob es statt abstrakten Umschreibungen von Kategorien aus praktischer Sicht nicht verständlicher wäre, die betroffenen Normen einfach aufzuzählen.

V. Technische Schutzmassnahmen; Informationen für die Wahrnehmung von Rechten

1. Schutz von technischen Schutzmassnahmen

Interessante Wege will die Schweiz mit Bezug auf den Rechtsschutz von technischen Schutzmassnahmen beschreiten – eine grundsätzliche Neuerung, zu der sie vor dem Hintergrund von Art. 11 WCT bzw. Art. 18 WPPT verpflichtet ist. Jene internationalen Vorgaben sind vergleichsweise offen formuliert, indem sie Nutzungshandlungen Dritter absichern müssen, «die die betreffenden Urheber/der betreffende ausübende Künstler oder Tonträgerhersteller nicht erlaubt haben/hat oder die gesetzlich nicht zulässig sind». Mit andern Worten sind technische Schutzmassnahmen, welche gerade im EU-Ausland (bzw. v.a. in Deutschland) seit den wenigen Jahren ihrer Existenz zum roten Tuch vieler Anhänger von Open Access und Privatkopie geworden sind, nicht in einem Ausmass rechtlich zu schützen, dass Schrankenbestimmungen notwendigerweise ausgehebelt würden. Im Gegenteil ist ein Interessenausgleich an sich durchaus möglich, doch bedarf dies entsprechender gesetzlicher Regulierung.

Hier sucht der Entwurf nun eine wohlthuende Abgrenzung zu den Vorgaben der Info-RL. Dort gibt Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 1 im Falle des Ausbleibens freiwilliger Massnahmen durch die Rechtsinhaber selbst vor, es müssten die Mitgliedstaaten ihrerseits «geeignete Massnahmen» treffen, «um sicherzustellen, dass die Rechtsinhaber dem Begünstigten einer ... Ausnahme oder Beschränkung die Mittel zur Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Beschränkung in dem für die Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Beschränkung erforderlichen Masse zur Verfügung stellen...»

– was nicht nur die maximal mögliche Komplizierung einer Problemlage in sprachlicher Hinsicht bedeutet, sondern die nationalen Gesetzgeber auch hinsichtlich der Frage sinnvoller Umsetzung weitgehend im Stiche lässt. Doch aus der Nähe betrachtet ist dies noch das kleinste Problem. Denn jene Vorgabe zählt gewisse Schranken explizit auf, die sog. «durchsetzungsfähig» sein müssen – mit der Konsequenz, dass darüber hinaus (Unterabsatz 1 und 2) bzw. über das definierte Mass hinaus (Unterabsatz 2) bestehende, durch Schranken abgesicherte Nutzungsfreiräume durch technische Schutzmassnahmen beseitigt werden können. Das Hauptproblem kulminiert dabei in Unterabsatz 4, wonach eine Durchsetzungsfähigkeit von vornherein entfallen muss, wenn geschützte Werke, Darbietungen bzw. Aufnahmen «der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind». Im Klartext bedeutet dies, dass in jenem Bereich, wo die Informationsgesellschaft recht eigentlich erst anfängt – nämlich bei vernetzten On-Demand-Medien – der seit Jahrzehnten gesuchte und in Form von Schranken gefundene Interessenausgleich von vornherein undifferenziert und voraussetzungslos ausser Kraft gesetzt wird. Die Folgen – etwa dahingehend, dass bei Inhalten, die nur noch online bezogen werden können (so immer mehr z.B. im wissenschaftlichen Bereich), Alleinstellungen der Verwerter zu prohibitiven Zugangsbedingungen führen können – brauchen hier nicht im Detail diskutiert zu werden.

In solche trügerische Fallen liessen sich die Verfasser des schweizerischen Entwurfs nicht locken. Vielmehr – und das sei hier vor der Erörterung einiger weiterer Details vorweg genommen – regelt Art. 39a Abs. 4 E-URG schlicht und eindeutig, dass der Rechtsschutz technischer Schutzmassnahmen dort endet, wo eine gesetzlich erlaubte Verwendung einsetzt. Der Nutzer findet aber auch in anderer Hinsicht – anders als in der Europarechtlichen Vorgabe – sinnvolle Berücksichtigung, etwa durch eine

Kennzeichnungspflicht mit Angaben der Eigenschaften solcher Schutzmassnahmen und der Identifizierung der sie einsetzenden Person (Art. 39b Abs. 1 lit. a E-URG, der sich wiederum eng an den deutschen § 95d UrhG anlehnt), letzteres namentlich vor dem Hintergrund von «Vorkehrungen», die verlangt werden können, um erlaubte Verwendungen auch durchzusetzen (lit. b). Die Sanktion einer Nichtbeachtung dieser Vorgaben ist an sich erdenklich einfach: wer eine dieser Vorgaben nicht erfüllt, verliert den Rechtsschutz für die technische Schutzmassnahme (Abs. 3). Unmittelbar helfen wird dies freilich nur jenem, der über die Fähigkeit verfügt, die technische Schutzmassnahme selbst zu beseitigen – ein wohl kleiner Kreis, nachdem die Vermarktung entsprechender technischer Abhilfemassnahmen nach Art. 39a Abs. 3 E-URG nicht zulässig sein soll; immerhin ist für lit. b eine Leistungsklage vorgesehen (Art. 62 Abs. 3 E-URG). Strafbewehrt ist demgegenüber nur ein Verstoss gegen lit. a (Art. 70a E-URG)

In einem Punkt sieht der Entwurf im Verhältnis zu diesem weit reichend bewahrten Freiraum freilich eine interessante Einschränkung vor: Mit Bezug auf Vervielfältigungshandlungen wird versucht, zu jener Grenze, die sich aus Art. 19 Abs. 3 lit. a URG ergibt – d.h. ein Verbot der vollständigen oder weitgehend vollständigen Vervielfältigung von im Handel erhältlichen Werkexemplaren – eine Parallelität zu ziehen (Art. 39b Abs. 2 E-URG). Allerdings greift die vorgeschlagene Regelung weiter als ihr Vorbild. Denn jenes bezieht sich explizit nicht auf den privaten Kreis nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG (d.h. Private dürfen auch vollständig vervielfältigen), während dann, wenn technische Kopiersperren eingebaut werden, nun auch Private z.B. CDs oder DVDs während der Dauer der Schutzfrist (Art. 39c Abs. 4 E-URG) nicht «klonen» dürfen. Sachlich ist dies natürlich nachvollziehbar – denn genau für diesen Bereich macht die Unterhaltungsindustrie enorme Umsatzeinbussen geltend. Begründbar ist diese Grenze umso eher, als die Regelung letztlich doch sehr eng gefasst wird; wird beispielsweise Musik online bezogen, dergestalt mit einem Kopierschutz ausgestaltet, dass ein einmaliger Download zwar möglich ist, nicht aber weiteres Kopieren des so bespielten Trägers, so greift diese Norm bereits nicht mehr, weil es sich dabei nicht um ein im Handel erhältliches «Werkexemplar» handelt. Zu Ende gedacht muss daraus geschlossen werden, dass gegen einen dergestalt kopiergeschützten Download gestützt auf Art. 39a Abs. 4 E-URG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. a (und e contrario Abs. 3 lit. a) URG im Sinne von Art. 39b Abs. 1 lit. b E-URG entsprechende «Vorkehrungen» verlangt werden können. Ob dies tatsächlich die Absicht war oder nicht, sei dahin gestellt; der Lösungsvorschlag scheint insoweit jedenfalls bemerkenswert liberal.

Die Regelung für den Schutz an sich (Art. 39a E-URG) fällt dadurch auf, dass nicht nur der Rechteinhaber als Schutzsubjekt genannt wird, sondern auch der ausschliessliche Lizenznehmer (Abs. 2). Liest man diese Norm zusammen mit Art. 62 Abs. 1 E-URG, welcher jenem die Leistungsklage erlaubt, dessen Rechte «in Bezug auf den Schutz seiner technischen Massnahmen» verletzt werden, ergibt sich daraus – jedenfalls in diesem Teilbereich – eine Aktivlegitimation für den ausschliesslichen Lizenznehmer. Das im Designrecht eingeleiteten Konzept, ihm grundsätzlich von Gesetzes wegen die Aktivlegitimation zuzugestehen (Art. 35 Abs. 4 DesG), ist damit freilich noch nicht erreicht. An dieser Stelle stolpert aber ohnehin, wer etwas über den Tellerrand des Urheberrechts hinaus schaut:

Wie ist es möglich, dass aus der gleichen Behörde mit wenigen Monaten Vorlauf just derselbe Art. 62 URG im Rahmen der Revision des Patentrechts (zu finden unter www.ige.ch/D/jurinfo/documents/j10013d.pdf) ebenfalls – wie auch die entsprechende Norm des MSchG, zusammen mit anderen Normen beider Erlasse – angepasst werden soll, dies zwar nun tatsächlich im Sinne des DesG, jedoch gänzlich anders als im Zusammenhang mit der Revision des URG jetzt nachträglich vorgesehen? Einem gewissen Spott wird sich das IGE hier nicht entziehen können – ein Korrekturbedarf jedenfalls ist offensichtlich.

In sachlicher Hinsicht vermag man im E-URG auf der andern Seite ein Detail vermissen, das einzufügen sich noch lohnen könnte: Nicht ohne Gründe schreibt die Info-RL in Art. 6 Abs. 1 «nur» den Schutz von «wirksamen» technischen Massnahmen vor. Dies mag auf den ersten Blick zwar redundant wirken, doch macht es möglicherweise schon Sinn, der Rechtsprechung einen Ausweg für den Fall zu geben, dass ein Anwender bloss einen banalen Trick anwendet, um gewisse – insoweit dann eben nicht wirklich wirksame – Schutzmassnahmen auszuschalten. Entsprechende «Erkenntnisse», z.B. bezogen auf gewisse Tastenkombinationen auf dem Computer, sind in den Medien auch in der Tat immer mal wieder lesbar – hier sollten (künftig strafrechtlich bewehrte: Art. 69a Abs. 1 lit. a-d E-URG) Sanktionen nicht befürchtet werden müssen.

2. Schutz von Informationen für die Wahrnehmung von Rechten

Die Regelung zum Schutz von Informationen für die Wahrnehmung von Rechten geht auf die Verpflichtung gemäss Art. 12 WCT bzw. Art. 19 WPPT zurück. In sachlicher Hinsicht geht Art. 39c E-URG etwas mehr in die Details, erfasst insoweit aber durchaus sinnvoll die relevanten Konstellationen. Im Einzelnen fällt bloss auf, dass abermals (wie schon bei Art. 20a Abs. 1 E-URG) die Tatsache nicht berücksichtigt wird, dass (digitale) Ton- und Tonbildträger ihrerseits Datenträger sind, mithin letztere Wendung ausreicht. Sodann fehlt mit dem zusätzlichen Abs. 4 hinsichtlich der Dauer des Schutzes die Symmetrie zu Art. 39a URG, wo die Befristung in einem Nebensatz elegant Platz fand. Entsprechend würde es auch hier wohl genügen, Art. 39c Abs. 1 E-URG etwa zu formulieren wie folgt:

Informationen für die Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten dürfen bis zum Ablauf der Schutzfrist der Werke oder Schutzobjekte, auf welche sich die Informationen beziehen, nicht entfernt oder geändert werden.

Auch hier erstreckt sich der Schutz auf den ausschliesslichen Lizenznehmer, der insoweit abermals über Art. 39c Abs. 2 i.V.m. Art. 62 Abs. 1 E-URG zu einer Aktivlegitimation kommt – wenn sich denn dieser im Urheberrechtsentwurf vorgeschlagene Ansatz durchsetzen sollte. Der Schutz ist strafbewehrt (Art. 69a Abs. 1 lit. e und f E-URG; s. aber auch Abs. 3).

Bemerkenswerterweise nicht aufgegriffen wird demgegenüber die Möglichkeit eines Auskunftsanspruchs des Providers, wie er vor dem Hintergrund von Art. 8 Abs. 2 Info-RL derzeit namentlich in Deutschland diskutiert wird. In der Tat mag es indes vernünftig sein, in diesem sensiblen Bereich erst mal Erfahrungen aus dem Ausland abzuwarten.

Zusammenfassung

Die – vorstehend gewiss nicht abschliessend – skizzierten Ungereimtheiten zeugen zwar nicht unbedingt davon, dass der nun vorgelegte Entwurf in jeder Hinsicht zu Ende gedacht wäre. Gerade «Versuchsballone» wie etwa der vorgeschlagene Art. 22a E-URG hätten eigentlich viel einfacher im Vorfeld einer wissenschaftlichen Durchdringung unterzogen werden können; und der eine oder andere weiterführende Gedankengang, welcher ausserhalb der Schweiz bereits zu Ende geführt werden konnte, hätte vielleicht auch noch berücksichtigt werden sollen.

Gleichwohl dürfen die vorstehenden Kritikpunkte nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Entwurf durchaus weitsichtig einige wichtige Weichen zu stellen vorschlägt. Dies bezieht sich in erster Linie auf die gesunde Distanz, welche die Schweiz zum Europäischen Recht hält. Sie wird damit nicht nur jener Rolle gerecht, welche ihr aufgeschlosseneren Kreise innerhalb der EU zuweilen durchaus gerne zuhalten würden – nämlich als eine Art «Labor» gangbare Alternativen zu Brüsseler Lösungen zu entwickeln. Der Entwurf spielt in manchem Punkt auch geschickt den Ball der Nichtmitgliedschaft aus. Denn das Fernbleiben der Schweiz von der EU braucht nicht nur mit Nachteilen verbunden zu sein; es sichert ihr auch jenen gesetzgeberischen Handlungsspielraum, welcher ihr auf längere Sicht zu manchem Vorteil gereichen könnte.

Vor diesem Hintergrund wäre es in hohem Masse unklug, den Entwurf bekämpfen zu wollen. Vielmehr sollte er von allen Betroffenen wohl kritisch, aber konstruktiv aufgenommen werden, um ihn im demokratischen Prozess reifen zu lassen und ihn schliesslich als schweizerisches Modell zur Bewältigung der Herausforderungen der Informationsgesellschaft anzunehmen.

Résumé

Les imperfections relevées – certainement pas de manière exhaustive – ne témoignent certes pas forcément du fait que le projet proposé serait parvenu à son terme. En particulier, il aurait été plus simple de soumettre les «ballons d'essais», tels que l'art. 22a PLDA, à une appréciation scientifique

lors de leur préparation; et on aurait éventuellement pu aussi tenir compte de l'une ou l'autre des réflexions qui ont été conduites à l'étranger.

Pourtant, il ne faut pas que les quelques critiques fassent perdre de vue les importants jalons que le projet propose de manière tout à fait clairvoyante. En premier lieu, il faut saluer la juste distance que la Suisse maintient par rapport au droit européen. Elle s'inscrit ainsi dans la ligne que certains cercles dans l'UE voudraient parfois lui voir suivre – à savoir l'élaboration d'alternatives praticables aux solutions de Bruxelles, comme une sorte de «laboratoire». Sur certains points également, le projet use de manière adroite du fait qu'elle n'en est pas membre. En effet, l'absence de la Suisse à l'UE ne doit pas seulement être liée à des désavantages, mais doit aussi lui assurer une marge de manœuvre législative qui pourrait à long terme lui apporter maints avantages.

Dans cette perspective, il serait largement malvenu de vouloir combattre ce projet. Bien au contraire, il devrait être accueilli par toutes les personnes concernées de manière certes critique mais constructive, pour qu'il puisse mûrir au cours du processus démocratique et finalement être accepté comme le modèle proposé en Suisse pour maîtriser les défis de la société de l'information.

* Dr. iur.; ord. Professor an der Universität Zürich; Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, München.