

Besprechung | Compte rendu

Peter Mosimann (Hg.)

Das revidierte Urheberrecht – Die wesentlichen Neuerungen – eine Standortbestimmung

Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020, XXXVIII+244 Seiten, CHF 78.00, ISBN 978-3-7190-4284-4

2019 kam die zweite umfassende Teilrevision des Schweizer Urheberrechtsgesetzes von 1992 zum Abschluss. Wiederum dauerte sie fast 10 Jahre, doch das wundert niemanden mehr. Pünktlich zu ihrem Inkrafttreten legen PETER MOSIMANN als Herausgeber und acht Autoren einen Sammelband vor, der die Neuerungen detailliert darstellt und kritisch würdigt. Dabei nehmen die rechtstheoretisch wie praktisch wichtigsten neuen Bestimmungen zu Recht den meisten Platz ein – Schutz der Fotografie, Vergütungsanspruch für das Zugänglichmachen audiovisueller Werke und Darbietungen, Stay-Down-Pflicht der Hosting-Provider und Erweiterte Kollektivlizenz. Darauf soll sich auch die vorliegende Besprechung beschränken.

MOSIMANN widmet sich dem neuen Schutz der Fotografie (nArt. 2 Abs. 3^{bis} URG), stellt ihn in den grösseren Zusammenhang und leuchtet seine einzelnen Facetten in allen Einzelheiten und ausgewogen aus, verhehlt jedoch nicht, dass er ihn angesichts der Bundesgerichtspraxis zum urheberrechtlichen Fotografieschutz für überflüssig hält. Dabei hätte erwähnt werden müssen, dass, trotz dieser Gerichtspraxis, die Rechtsunsicherheit, welche Fotografien nun urheberrechtlich geschützt sind und welche nicht, viel zu gross blieb und deshalb ein gesetzlicher Schutz gerechtfertigt ist.

Ein Urheberrechtsschutz für nicht-individuelle Schutzgegenstände ist dogmatisch und praktisch – wie MOSIMANN zu Recht einwendet – ein Unding. Die bereits aufgebrochene Auslegungskontroverse mit Willi Egloff um die Art. 3 und 11 URG, ob eine nicht-individuelle Fotografie zu einem Werk zweiter Hand führen kann, legt davon beredtes Zeugnis ab. Noch verschlimmert wird das Ganze durch fehlende Konsequenz: Wegen unterschiedlicher Schutzfristen muss doch die Abgrenzung in Fotografien mit und ohne individuellen Charakter gemacht werden. Und um das Mass voll zu machen, ist die gewählte Lösung auch international eine Insellösung, die im Verhältnis zu RBÜ/WCT viele offene Fragen aufwirft.

Letztlich grenzt es fast an ein Wunder, dass dieser allseits bekämpfte Schutz für die Fotografen dennoch Gesetz geworden ist. Er ist ein Musterbeispiel, was virtuoses Lobbying vermag.

Nicht minder kritisch bespricht KAI-PETER UHLIG den neuen Vergütungsanspruch für das Zugänglichmachen von audiovisuellen Werken und Darbietungen (nArt. 13a und

35a URG). Seine Ausführungen gehen in die Tiefe, sind fundiert und erweisen den Autor als Branchenkenner, doch stört gleich am Anfang seines Beitrags das an der Realität vorbeigehende Kleinreden der rechtspolitischen «Motive» der neuen Artikel 13a und 35a URG.

Die kritischen Einwände von UHLIG betreffen den Eingriff in die Vertragsketten, das Nebeneinander von Ausschliesslichkeitsrecht und Vergütungsanspruch sowie die Verdrängung der vertraglich vereinbarten Entschädigung durch den Vergütungsanspruch. Die Praxis wird seiner Ansicht nach viele offene Fragen zu klären haben: Wie weit reichen die Unverzichtbarkeit und Unübertragbarkeit des Vergütungsanspruchs? Wie ist das Verhältnis zu anderen vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenzen? Für welche Arten von Tonträgern können die Interpreten eine Vergütung nach Art. 35a URG geltend machen? usw. Grosse Probleme sieht der Autor auf die Verwertungsgesellschaften und letztlich auch die Tarifgenehmigungsinstanzen bei der Berechnung der angemessenen Vergütung nach Art. 60 URG zukommen. Er stellt gar die Frage, ob die Regelhöchstsätze von Abs. 2 der eben genannten Bestimmung zu einer angemessenen Vergütung führen können. Damit hängt der noch wesentlich gravierendere Vorwurf von UHLIG zusammen, die neue Regelung könnte gegen die RBÜ verstossen, weil sie dem Drei-Stufen-Test nicht standhält. Im internationalen Verhältnis kommen noch Unklarheiten bezüglich des Gegenrechtsvorbehalts für ausländische Filme und die fragliche Anerkennung von (aufgrund des im IPRG neu geschaffenen Gerichtsstandes) ergangenen Schweizer Urteilen im Ausland hinzu.

Bei so viel Kritik kann man nur hoffen, dass sich die Bedenken des Autors, der neue Vergütungsanspruch könnte die Erwartungen der Urheber und Interpreten auf bessere Honorierung der VoD-Nutzungen enttäuschen und zu einem Wettbewerbsnachteil für Schweizer Filme führen, als falsch herausstellen.

Weitaus pfleglicher gehen BERNADETTE BUCHELI und DAVID VASELLA mit der eingeschränkten Stay-Down-Pflicht der Hosting-Provider nach nArt. 39d URG um. Diese Anti-Piraterie-Massnahme ist im Gesetzgebungsprozess als einzige übriggeblieben – neben der erleichterten Datenbearbeitung zum Zweck der Strafverfolgung (nArt. 77i URG).

Über die Effektivität von Anti-Piraterie-Massnahmen sind schon viele Diskussionen geführt worden. Wenn schon der Wortlaut einer Bestimmung – wie das bei nArt. 39d URG der Fall ist – grösstenteils aus Einschränkungen besteht, ist eine gewisse Skepsis angebracht. Die Autoren set-

Besprochen von **BERNHARD WITTWEILER**, RA Dr. iur., Zürich.

zen hier noch einen drauf und plädieren durchwegs für eine sehr extensive Auslegung dieser Einschränkungen. Zum Beispiel sehen sie den Gegenstand der Stay-Down-Pflicht in einer «bestimmten rechtsverletzenden Verkörperung» des Werks oder Schutzobjekts, was im klaren Widerspruch zum Wortlaut der Bestimmung steht. Damit wird auch die in Abs. 2 der Norm vorgesehene Beurteilung der Zumutbarkeit von Massnahmen zugunsten von Rechtsverletzern vorweggenommen.

Die Geltendmachung der Stay-Down-Pflicht von Hosting Providern setzt zumindest deren Erreichbarkeit voraus. Fehlt diese – was bei widerrechtlich Handelnden der Regelfall sein dürfte – bleibt nur die gerichtliche Durchsetzung von Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüchen, wie die Autoren an sich richtig feststellen. Doch in der Praxis wird auch das zum Scheitern verurteilt sein: Wenn jemand nicht einmal erreichbar ist, werden auch die notwendigen Informationen fehlen, um gegen ihn Klage einzureichen. Somit braucht es wenig prophetische Gabe um vorherzusagen, dass nArt. 39d URG weitgehend toter Buchstabe bleiben und eine einigermaßen wirksame Pirateriebekämpfung nur auf strafrechtlichem Weg möglich sein wird. Für diesen hält nArt. 77i URG immerhin einige Erleichterungen bereit – dies wird im Buch eigenartigerweise jedoch nicht behandelt.

Auf unbestrittenem Terrain bewegen sich CHRISTOPH GASSER und THIERRY BURNENS mit ihrer Darstellung der neu eingeführten Erweiterten Kollektivlizenz (nArt. 43a URG). Ihre Ausführungen sind kenntnisreich, umfassend und überzeugen zum allergrössten Teil. Doch so unbestritten das neue Institut als solches gewesen ist, zeigen sich doch bereits viele Auslegungsdifferenzen, insbesondere im Verhältnis zum Kommentar von BARRELET/EGLOFF. Das ist auf die Knappheit und die vielen unbestimmten Rechtsbegriffe der Regelung zurückzuführen. Das schmälert zwar die Rechtssicherheit, eröffnet dafür den Verwertungsgesellschaften und Nutzern die nötige Flexibilität zur praktischen Entwicklung des Instituts, wie die Autoren zu Recht festhalten.

Eine wichtige Rolle können Erweiterte Kollektivlizenzen künftig bei der öffentlichen Zugänglichmachung des kulturellen Erbes spielen. Umfangreiche Bestände von Sammlungen, Archiven und Bibliotheken liegen bisher brach und sind wegen der unklaren Urheberrechtssituation nur sehr eingeschränkt oder gar nicht zugänglich. Solche Bestände bestehen oft ganz oder grösstenteils aus verwaisten Werken im Sinne von nArt. 22b URG. Sind die Bestände (noch) nicht aufgearbeitet – was ebenfalls nicht selten vorkommt –, ist gar unklar, ob sich überhaupt verwaiste Werke in ihnen befinden und, wenn ja, wie viele und welche das sind. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Anzahl der einzelnen Objekte sehr hoch sein kann und die Trägerschaften nur über eingeschränkte Mittel verfügen. In solchen Fällen sollten keine allzu hohen Anforderungen an die Abklärungs- und Mitteilungspflichten der Nutzer und Verwertungsgesellschaften gestellt werden. Zu weit geht da die Forderung der Autoren, wonach die Lizenzvereinbarungen mit den Nutzern und deren Bekanntmachung durch die Verwertungsgesellschaften die Werke einzeln aufzuzählen haben. Zurückhaltung ist auch – trotz des Verweises auf Art. 49 URG – bei der Feinheit der Verteilung angebracht: Wenn die Nutzer keine oder nur rudimentäre Nutzungsdaten liefern (können) und/oder die genutzten Werke nicht dokumentiert sind, erscheint eine streng ertrags- und werkbezogene Verteilung unter dem Wirtschaftlichkeitsgebot von Art. 45 Abs. 1 URG überzogen.

Das Fazit zur URG-Revision von 2019 im Gesamten – das im Buch leider nicht gezogen wird – fällt uneinheitlich aus. Höchst bedauerlich ist der fehlende Mut des Gesetzgebers bei der Bekämpfung unerlaubter Nutzungen im Internet. Allein deshalb muss konstatiert werden, dass sich das Schweizer Urheberrecht nach wie vor nicht auf der Höhe der Zeit befindet und hinter der internationalen Rechtsentwicklung weit hinterherhinkt. Die weitere Zunahme von Insellösungen für an sich berechtigte Anliegen verstärkt die Abkoppelung vom Rest der Welt.