

Dokument	sic! 2005 S. 96
Autor	Willi Egloff
Titel	Rundfunk im Internet? Zur urheberrechtlichen Qualifikation von Simulcasting und Webcasting
Publikation	sic! - Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
Herausgeber	Marc Amstutz, Mathis Berger, Ivan Cherpillod, Reto M. Hilty, Michel Jaccard, Eugen Marbach, Jürg Müller, Cyrill P. Rigamonti, Michael Ritscher, Werner Stieger, Rolf H. Weber, Jacques de Werra
ISSN	1422-2019
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

Rundfunk im Internet? Zur urheberrechtlichen Qualifikation von Simulcasting und Webcasting

Willi Egloff*

Radio- und Fernsehprogramme werden zunehmend auch über Internet verbreitet. In vielen Fällen ergänzt diese Verbreitungsart eine terrestrische Ausstrahlung, in andern werden die Programme ausschliesslich im Internet zugänglich gemacht. Wie diese Vorgänge urheberrechtlich zu qualifizieren sind, ist unklar und auch in der internationalen Diskussion umstritten. Der nachfolgende Beitrag versucht, vor dem Hintergrund der geltenden schweizerischen Rechtslage und der geplanten Anpassungen an WCT und WPPT zu einer Klärung dieser Qualifikationsfrage beizutragen.

Les programmes de radio et de télévision sont de plus en plus diffusés également par Internet. Dans de nombreux cas, cette diffusion complète une émission terrestre; dans d'autres, les programmes sont accessibles exclusivement sur Internet. La qualification de ces procédés du point de vue du droit d'auteur n'est pas claire et est débattue également sur le plan international. Le présent article essaie de contribuer à la clarification de cette question en tenant compte du droit suisse actuel et des adaptations prévues au WCT et au WPPT.

sic! 2005 S. 96

I. Ausgangspunkt

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Vizepräsident der Verwertungsgesellschaft Swissperform, Bern.



Am 20. Dezember 1996 sind im Rahmen der Weltorganisation für Geistiges Eigentum zwei internationale Konventionen abgeschlossen worden, welche den bestehenden internationalen Urheberrechtsschutz auf Fragestellungen ausrichten sollen, die durch "neue wirtschaftliche, soziale, kulturelle und technologische Entwicklungen"¹ aufgeworfen wurden. Die eine dieser beiden Konventionen, der WIPO Copyright Treaty (WCT)², enthält entsprechende Anpassungen auf der Ebene des Urheberrechts, die andere, der WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)³, regelt Analoges für den Bereich der verwandten Schutzrechte.

Die Schweiz hat die beiden Abkommen unterzeichnet und sich gegenüber den übrigen EFTA-Staaten völkerrechtlich verpflichtet, diesen Beitritt noch vor dem 1. Januar 2005 zu ratifizieren⁴. Allerdings ist diese Ratifikation bisher nicht beschlossen worden, und sie wird auch erst mit ganz erheblicher Verspätung erfolgen können. Die zuständigen Behörden sind der zweifellos zutreffenden Meinung, dass das schweizerische URG⁵ in einigen Punkten nicht den Anforderungen dieser beiden Staatsverträge entspreche und daher vorgängig revidiert werden müsse⁶. Das

sic! 2005 S. 96, 97

Vernehmlassungsverfahren über den Vorentwurf zu einer entsprechenden Gesetzesrevision ist vor kurzem abgeschlossen worden⁷. Es ist vorgesehen, den Entwurf noch im laufenden Jahr der Bundesversammlung zu unterbreiten.

Gegenstand dieser Gesetzesrevision wird unter anderem eine Neugestaltung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe sein müssen, da das schweizerische URG in diesem Bereich Schutzlücken aufweist⁸. Allerdings erweist es sich als recht anspruchsvolle Aufgabe, die notwendigen Ergänzungen so auszugestalten, dass keine Widersprüche zu bestehenden Vorschriften entstehen. Insbesondere stellen sich komplizierte Abgrenzungsfragen, die sich aus technologischen Entwicklungen in der Nutzung von Werken in elektronischen Medien ergeben.

Eines dieser Probleme ist die gesetzliche Regelung der Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen über Internet. Handelt es sich dabei um eine bloss technische Variante des herkömmlichen "Sendens"? Oder handelt es sich bei Simulcasting und Webcasting um On-demand-Dienste, die analog zu andern Abruf-Diensten zu regeln sind? Die urheberrechtliche Zuordnung dieser Nutzungsarten von Werken und Leistungen ist auch unter Fachleuten stark umstritten⁹. Dabei handelt es sich keineswegs um rechtsdogmatische Spitzfindigkeiten, sondern um eine für die Praxis höchst bedeutsame Frage, die mit erheblichen ökonomischen Interessen verbunden ist. Je nach Antwort gelten nämlich ganz unterschiedliche Rahmenbedingungen für die

1 So ausdrücklich die Präambeln zu den beiden Verträgen.

2 Eine offizielle deutschsprachige Version des WCT ist publiziert in ABl. EG vom 11. April 2000, L 89/8 ff.

3 Eine offizielle deutschsprachige Version des WPPT ist publiziert in ABl. EG vom 11. April 2000, L 89/15 ff.

4 Übereinkommen zur Errichtung der EFTA vom 4. Januar 1960, SR 0.632.3, Anhang J, Art. 2.

5 Bundesgesetz über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte vom 9. Oktober 1992, SR 232.1.

6 Dazu W. Egloff, Die EU-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechts und das schweizerische URG, sic! 2002, 739 ff.

7 BBI 2004, 5088. Der Vernehmlassungsentwurf und der erläuternde Bericht vom 15. September 2004 sind im Bundesblatt nicht publiziert, aber im Internet abrufbar (www.ige.ch/D/jurinfo/j103/.shtm).

8 Egloff (Fn. 6), 742 ff.; C. Mettraux Kauthen, Rapport concernant la conférence diplomatique de l'OMPI sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, sic! 1997, 105 ff.

9 Vgl. dazu N. Bortloff, Internationale Lizenzierung von Internet-Simulcasts durch die Tonträgerindustrie, GRUR int. 2003, 669 ff.; Y. Burckhardt, Simulcasting und Webcasting; die Wahrnehmung der Onlinerechte durch die Verwertungsgesellschaften, sic! 2003, 938 f.; L. Guibault/R. Melzer, Der rechtliche Schutz von Rundfunksignalen, IRIS plus 2004, 2 ff.; O. Schweizer, Tonträgerauswertung zwischen Exklusivrecht und Sendeprivileg im Lichte von Internetradio, GRUR int. 2001, 722 ff.



Verwertung von Werken und Leistungen, die durch Urheberrechte und verwandte Schutzrechte geschützt werden, beim Betrieb von Simulcasting und Webcasting.

II. Das Recht auf Zugänglichmachung

Mit einem so genannten "Recht auf Zugänglichmachung"¹⁰ wird durch die WIPO-Verträge von 1996 ein neues Ausschliesslichkeitsrecht in das internationale Urheberrecht eingeführt. Es zielt darauf ab, Schutzlücken im Bereich der On-demand-Nutzungen von Werken und geschützten Leistungen zu erfassen. Die explizite Verankerung dieses neuen Rechts darf allerdings nicht in dem Sinne verstanden werden, dass die betreffenden Werknutzungen vorher ungeschützt geblieben wären. Vielmehr waren die entsprechenden Tatbestände in vielen nationalen Rechtsordnungen bisher unter andere Teilrechte subsumiert worden oder durch übergreifende Generalklauseln erfasst gewesen.

1. Das Recht auf Zugänglichmachung in WCT und WPPT

In Art. 8 WCT wird Urheberinnen und Urhebern ein Recht auf öffentliche Wiedergabe eingeräumt, welches im englischen Konventionstext wie folgt umschrieben wird:

"Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis (1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14 (1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them."

Die Formulierung stellt klar, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Ergänzung zu verschiedenen Bestimmungen der RBÜ¹¹ handelt. Das entspricht zunächst dem Grundcharakter des WCT, der schon in seinem Art. 1(1) als Ergänzungsvereinbarung zur RBÜ definiert wird. In Bezug auf die genannten Bestimmungen wird festgehalten, dass das Recht auf öffentliche Wiedergabe so zu konzipieren ist, dass einerseits über den Wortlaut der genannten RBÜ-Vorschriften hinaus sämtliche WerkGattungen zu erfassen sind und dass andererseits auch Nutzungen geschützter Werke auf individuellen Abruf hin ("on demand") davon erfasst werden¹². Dabei dürfen die technischen Modalitäten des Abrufs keine Rolle spielen: Das Recht bezieht sich nicht nur auf die heute gängigen Online-Nutzungen, sondern auch auf entsprechende drahtlose Abrufe.

Das in Art. 8 WCT definierte Recht auf Zugänglichmachung wird als Teilrecht eines umfassenderen Rechts auf öffentliche Wiedergabe verstanden, wie es sich aus verschiedenen Einzelbestimmungen der RBÜ ergibt¹³. Die in der Vorbehaltsklausel genannten Bestimmungen beziehen sich ausschliesslich auf die öffentliche Wiedergabe unter Abwesenden, umfassen also Tatbestände der

sic! 2005 S. 96, 98

Übermittlung an Personen in einer mehr oder weniger grossen Entfernung, nicht aber die Aufführung oder Vorführung vor einem räumlich anwesenden Publikum. "Communication to the public" im Sinne von Art. 8 WCT meint denn auch nur diese erstgenannte Form der öffentlichen Wiedergabe. Der Begriff bezieht sich nicht auf die öffentliche Aufführung oder Vorführung¹⁴.

Das gleiche Recht auf Zugänglichmachung wird auch in den Art. 10 und 14 WPPT statuiert. Die auf ausübende Künstlerinnen und Künstler bezogene Bestimmung in Art. 10 WPPT lautet:

¹⁰ Vgl. zur Entstehungsgeschichte des Konzepts J. Reinbothe/S. Von Lewinski, The WIPO Treaties 1996, London 2002, 100 ff. (WCT 8 N 1 ff.).

¹¹ Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971, SR 0.231.15.

¹² Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WCT 8 N 11.

¹³ Egloff (Fn. 6), 742.

¹⁴ Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WCT 8 N 11.



"Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them."

In strikter Parallelität heisst es in Art. 14 WPPT hinsichtlich der Produzentinnen und Produzenten:

"Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them."

Trotz des teilweise identischen Wortlautes besteht ein wesentlicher Unterschied zur Regelung im WCT: Es handelt sich bei diesen beiden Bestimmungen nicht um das Teilrecht eines umfassenderen Rechts auf öffentliche Wiedergabe. Ein solches wird durch den WPPT weder den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern noch den Produzentinnen und Produzenten eingeräumt¹⁵. Das Recht auf Zugänglichmachung ist für die Berechtigten an verwandten Schutzrechten somit ein selbständiges Ausschliesslichkeitsrecht.

2. Das Recht auf Zugänglichmachung im URG

Art. 10 Abs. 1 URG räumt Urhebern und Urheberinnen ein umfassendes Ausschliesslichkeitsrecht an der Nutzung ihrer Werke ein. Angesichts dieser Generalklausel ist klar, dass das in Art. 8 WCT neu statuierte Recht auf Zugänglichmachung im geltenden schweizerischen Recht bereits realisiert ist¹⁶.

Allerdings wird dieses Recht auf Zugänglichmachung nach schweizerischer Auffassung nicht als Teil eines Rechts auf öffentliche Wiedergabe verstanden, sondern als Teil des Aufführungs- oder Vorführungsrechtes. Danach handelt es sich bei der Bereitstellung eines Werks zum individuellen Abruf auf Wiedergabegeräte um eine Aufführung oder Vorführung vor einem nicht räumlich anwesenden Publikum¹⁷. Textlich wird dieser Vorgang unter den Begriff des "anderswo wahrnehmbar machen" subsumiert, wie er in Art. 10 Abs. 2 lit. c URG verankert ist.

Für den Bereich der verwandten Schutzrechte existiert keine identische Bestimmung. Immerhin ist den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern in Art. 33 Abs. 2 lit. a URG das ausschliessliche Recht eingeräumt, ihre Darbietung "ausserhalb des Raumes, in welchem sie erbracht wird, wahrnehmbar zu machen". Aufgrund der vorparlamentarischen Entstehungsgeschichte dieser Norm, insbesondere auch vor dem konventionsrechtlichen Hintergrund, wurde die Bestimmung von der Lehre zunächst lediglich auf das zeitgleiche Wahrnehmarmachen von Live-Darbietungen bezogen¹⁸. Diese Auffassung ist nicht unbestritten geblieben. Mit guten Gründen wird darauf hingewiesen, dass die Parallelität der Begriffe "wahrnehmbar machen" und die bei der parlamentarischen Beratung des Urheberrechtsgesetzes erklärte gesetzgeberische Absicht, Urheberinnen und Urheber einerseits, Interpretinnen und Interpreten andererseits rechtlich möglichst gleich zu stellen, es nahe legen, das Recht auf Zugänglichmachung ebenfalls unter diese Bestimmung zu subsumieren¹⁹. In dieser neueren Auslegung wäre der Minimalschutz des Art. 10 WPPT für ausübende Künstlerinnen und Künstler bereits in Art. 33 Abs. 2 lit. a URG verankert. Wird diese

¹⁵ Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WPPT 10 N 8.

¹⁶ D. Barrelet/W. Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000, URG 10 N 11.

¹⁷ Barrelet/Egloff (Fn. 16), URG 10 N 22 f.; L. Bühler, Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Freiburg i.Ü 1999, 189; I. Cherpillod, Wildwuchs im Internet - Urheberrecht im Clinch, medialex 1995, 65; Th. Semadeni, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Bern 2004, 149; R.H. Weber/R. Unternährer, Online-Tauschbörsen, AJP 2004, 1375 f.

¹⁸ So etwa Barrelet/Egloff (Fn. 16), URG 33 N 16; I. Cherpillod, Droit d'auteur et droits voisins en relation avec les autoroutes d'information: le contenu des droits et leurs limitations, in: R.M. Hilty (Hg.), Information Highway, Bern 1996, 271; Mettraux Kauthen (Fn. 8), 105 ff.

¹⁹ So ausdrücklich Y. Burckhardt, Die Vermögensrechte der ausübenden Künstler und Künstlerinnen gemäss Art. 33 Abs. 2 und Art. 35 URG, sic! 2000, 166; W. Egloff (Fn. 6), 743.

Bestimmung dagegen nur auf das zeitgleiche Wahrnehmbarmachen von Live-Darbietungen bezogen, müsste das Teilrecht neu gewährt werden.

Den Herstellern und Herstellerinnen von Tonträgern stehen gemäss Art. 36 URG je ein ausschliessliches Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht zu. Ein Aufführungs- oder Vorführungsrecht ist ihnen nicht gewährt. Damit fehlt es für diesen Bereich am für das hiesige Rechtsverständnis üblichen Anknüpfungspunkt für das Recht auf Zugänglichmachung. Auch

sic! 2005 S. 96, 99

ist keine andere Norm ersichtlich, unter welche das Recht auf Zugänglichmachung subsumiert werden könnte. Zumindest für diesen Bereich erfordert die Anpassung des URG an den Minimalstandard des WPPT daher die Einführung eines entsprechenden Ausschliesslichkeitsrechts²⁰.

Das schweizerische URG geht insofern weit über den Geltungsbereich von WCT und WPPT hinaus, als sich die eingeräumten Rechte immer auch auf die Audiovision beziehen. Produzentinnen und Produzenten von Tonbildträgern sind in gleicher Weise geschützt wie die Herstellerinnen und Hersteller von Tonträgern. Ebenso fallen auch Filmschauspielerinnen und Filmschauspieler und andere künstlerische Mitwirkende des Audiovisionsbereichs unter den Begriff der ausübenden Künstlerinnen und Künstler. Sofern nicht diese grundsätzliche Ausrichtung des Gesetzes in Frage gestellt werden soll, wozu kein ersichtlicher Anlass besteht, wird auch ein zukünftiges Recht auf Zugänglichmachung für Berechtigte an verwandten Schutzrechten den Audiovisionsbereich mit umfassen.

3. Die Umsetzung des Rechts auf Zugänglichmachung in nationales Recht

Wie soeben dargestellt, ist das Recht auf Zugänglichmachung im WCT als Teil des Rechts auf öffentliche Wiedergabe konzipiert, im URG als Teil des Vorführungsrechts. Trotzdem ist unbestritten, dass die geltende schweizerische Regelung den Anforderungen des WCT entspricht. Die Umsetzung des neuen Ausschliesslichkeitsrechts in das nationale Recht erfordert eben nicht eine explizite gesetzliche Verankerung, sondern kann auch durch analoge Anwendung eines anderen Teilrechts oder über eine Generalklausel verwirklicht werden²¹.

Theoretisch wären daher natürlich auch noch andere Umsetzungsmöglichkeiten möglich. Zu denken wäre insbesondere an eine analoge Anwendung des Verbreitungs- oder Vermietrechts, geht es doch auch bei diesen Rechten darum, den Nutzerinnen und Nutzern den Zugriff auf ein Werkexemplar und damit den Werkgenuss zu ermöglichen. Allerdings zeigt eine nähere Betrachtung, dass sich bei einer solchen Lösung zumindest für die schweizerische Gesetzssystematik erhebliche Schwierigkeiten ergäben.

Art. 6 WCT definiert das Verbreitungsrecht als "the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership". Das exakt gleiche Konzept findet sich in den Art. 8 und 12 WPPT. In Art. 8 WPPT, der sich auf ausübende Künstlerinnen und Künstler bezieht, ist das Verbreitungsrecht "the exclusive right of authorizing the making available of the original and copies of their performances fixed in phonograms through sale or other transfer of ownership". Im entsprechenden Art. 12 WPPT für die Produzentinnen und Produzenten von Tonträgern ist es dann "the exclusive right of authorizing the making available of the original and copies of their phonograms through sale or other transfer of ownership".

Art. 7 WCT garantiert den Urheberinnen und Urhebern von Computerprogrammen, audiovisuellen Werken und von Werken, die auf Tonträgern fixiert sind, ein ausschliessliches Vermietrecht. Ein analoges Ausschliesslichkeitsrecht wird in Art. 9 WPPT ausübenden Künstlerinnen und Künstlern in Bezug auf ihre auf Tonträgern festgehaltenen Darbietungen und in Art. 13 WPPT den Produzentinnen und Produzenten von Tonträgern eingeräumt. Staaten, welche bis zum 15. April 1994 für

²⁰ Egloff (Fn. 6), 743; Mettraux Kauthen (Fn. 8), 107.

²¹ Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WCT 8 N 16.



diese Nutzungen einen Vergütungsanspruch eingeführt hatten und diesen im Zeitpunkt des Beitritts zu WCT und WPPT noch anwenden, sind unter gewissen Voraussetzungen berechtigt, auf die Einführung von Ausschliesslichkeitsrechten zu verzichten und die bestehenden gesetzlichen Lizenzen beizubehalten.

Alle diese Bestimmungen sind begleitet von einem identischen "agreed statement", wonach sich die Begriffe "copies" and "original and copies" ausschliesslich auf fixierte Träger beziehen, die als "tangible objects" in Verkehr gesetzt werden können. Dies schliesst jede Form digitaler Vermittlung von vorneherein aus²². Damit wird indirekt auch vermieden, dass bei einer digitalen Übermittlung eine Erschöpfung des Urheberrechts eintreten kann. Aus den zitierten Definitionen ergibt sich weiter, dass das Verbreitungsrecht nur die definitive Veräusserung solcher physisch greifbarer Objekte betrifft, nicht aber Tatbestände der vorübergehenden Gebrauchsüberlassung wie Ausleihe oder Miete²³. Das Vermietrecht wiederum ist beschränkt auf die "kommerzielle Vermietung", worunter eine geschäftsmässige, auf Gewinn orientierte Tätigkeit zu verstehen ist. Es bezieht sich also ebenso wenig auf die kostenlose Gebrauchsüberlassung wie auf gewisse nicht-kommerzielle Vermietvorgänge.

Das Verbreitungsrecht des WCT und des WPPT erfasst demnach von vorneherein nur die Veräusserung physischer Werkexemplare. Umgekehrt bezieht sich das Recht auf Zugänglichmachung auf Tatbestände, bei welchen keine tangible objects und damit auch keine Sachenrechte übertragen werden. Die Anwendungsbereiche der beiden Rechte schliessen sich folglich aus.

Das geltende schweizerische Recht unterscheidet sich in verschiedener Hinsicht von dieser Konzeption.

sic! 2005 S. 96, 100

Zunächst gibt es kein ausschliessliches Vermietrecht, sondern lediglich einen Vergütungsanspruch²⁴. Angesichts der Ausnahmeklauseln, welche die Anwendbarkeit der Art. 7 WCT sowie 9 und 13 WPPT relativieren, erscheint die geltende Regelung dennoch als WCT- und WPPT-konform²⁵. Allerdings ist damit auch ausgeschlossen, das Recht auf Zugänglichmachung als Teil des Vermietrechts zu konzipieren, da in Bezug auf diese Nutzungsart eben ein Ausschliesslichkeitsrecht gewährt werden muss.

Das Verbreitungsrecht wird in Art. 10 Abs. 2 lit. b URG Urheberinnen und Urhebern, in Art. 33 Abs. 2 lit. d URG den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern für ihre fixierten Darbietungen und in Art. 36 URG den Herstellerinnen und Herstellern von Ton- und Tonbildträgern eingeräumt. Es bezieht sich auf das Recht, Werkexemplare bzw. Vervielfältigungsexemplare der geschützten Leistung "anzubieten, zu veräussern oder sonstwie zu verbreiten."

Umstritten ist, ob sich dieses Verbreitungsrecht auch nach schweizerischer Auffassung nur auf materialisierte Werkexemplare bezieht oder ob es auch Sachverhalte digitaler Übermittlung umfasst. Während der Begriff "Werkexemplare" klarerweise auf materielle Objekte zielt²⁶, legt der Ausdruck "sonstwie verbreiten" den Einbezug

²² Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WCT 6 N 15; Weber/Unternährer (Fn. 17), 1376.

²³ Das übersieht Semadeni (Fn. 17), 12 f.

²⁴ Art. 13 URG.

²⁵ Mettraux Kauthen (Fn. 8), 107. Allerdings steht diese Regelung in Widerspruch zur Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992, welche ein ausschliessliches Vermiet- und Verleihrecht zwingend vorschreibt.

²⁶ Y. BU, Die Schranken des Urheberrechts im Internet, Bern 2004, 59. Abzulehnen ist die Auffassung von Ph. Gilliéron, *Propriété intellectuelle et Internet*, Lausanne 2003, 279, wonach das Werkexemplar unabhängig vom "support physique" bestehe, also auch die digitale Datei als Werkexemplar zu qualifizieren sei. Vielmehr besteht das "exemplaire de l'oeuvre" eben gerade in der Verbindung von "oeuvre" und "support physique".



digitaler Übermittlungsformen nahe²⁷. Inzwischen dürfte sich eine klare Mehrheit der Autorinnen und Autoren, die sich zu dieser Frage bisher äusserten, der Auffassung angeschlossen haben, dass zumindest als Ergebnis der Verbreitung ein physisches Werkexemplar vorliegen müsse. Allerdings stehe der blosser Umstand, dass dieses Werkexemplar erst als Ergebnis des Übermittlungsvorgangs beim Empfang hergestellt werde, der Subsumierung unter den Verbreitungstatbestand nicht entgegen²⁸. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb die Zusendung einer Diskette oder eines andern Datenträgers mit einer Datei, in welcher ein urheberrechtlich geschütztes Werk festgehalten ist, anders qualifiziert werden sollte als die Zusendung derselben Datei über Internet und die Erstellung des materiellen Trägers beim Empfang. Klar ist dabei allerdings auch, dass letzterer Vorgang nicht nur eine Verbreitungshandlung darstellt, sondern auch mehrere Vervielfältigungshandlungen umfasst. Sowohl beim Uploading als auch beim Downloading wird das in Frage stehende Werk vervielfältigt, und diese jeweiligen Kopiervorgänge bedürfen aus urheberrechtlicher Sicht der Rechtfertigung.

Klarzustellen ist weiter, dass eine Erschöpfungswirkung im Sinne von Art. 12 URG nicht etwa in Bezug auf die übermittelte Datei eintritt, sondern nur in Bezug auf das beim Empfang hergestellte Werkexemplar²⁹. Dieses kann bei einem ordnungsgemässen uploading und der anschliessenden Verbreitung als mit der Zustimmung der Urheberin oder des Urhebers veräussert qualifiziert werden und darf somit weiterveräussert oder sonstwie verbreitet werden. Allerdings kann diese Weiterverbreitung keine digitale mehr sein, da es sich dabei ja nicht um die Verbreitung des in Frage stehenden Werkexemplars, sondern um die Herstellung eines neuen handeln würde³⁰. Ein solcher Vorgang wäre aber keine Verbreitungshandlung, sondern eine Vervielfältigung, welche das entsprechende Ausschliesslichkeitsrecht berührt.

Aufgrund dieser Überlegungen scheidet eine Umsetzung des Rechts auf Zugänglichmachung in das schweizerische Recht über das Verbreitungsrecht aus. Auf diesem Wege könnten einzig diejenigen Vorgänge digitaler Übermittlung erfasst werden, bei welchen auf Empfangsseite materielle Werkexemplare hergestellt, also Texte und Bilder ausgedruckt oder Dateien auf entsprechende Träger gebrannt werden. Das ist aber nur ein kleiner Teil der Nutzungen, auf welche sich die genannten Bestimmungen von WCT und WPPT beziehen. Der weitaus grössere Teil der Fälle, nämlich der Abruf von Werken zum direkten individuellen Werkgenuss am jeweiligen Empfangsgerät, blieben so unregelt.

III. Der Vergütungsanspruch für Sendung und öffentliche Wiedergabe

Urheberinnen und Urhebern sind durch die bisherigen Regelungen der RBÜ und die ergänzenden Bestimmungen des WCT umfassende Ausschliesslichkeitsrechte für die öffentliche Wiedergabe ihrer Werke eingeräumt. Diese beziehen sich insbesondere auch auf die Sendung und

sic! 2005 S. 96, 101

Weitersendung sowie die öffentliche Aufführung oder Vorführung dieser Werke. Demgegenüber besteht im Bereich der verwandten Schutzrechte für bedeutende Teile dieser Nutzungsarten kein Ausschliesslichkeitsrecht, sondern lediglich ein Vergütungsanspruch. Anknüpfungspunkt dieser Sonderregelung sind "phonograms published for commercial purposes", also "zu Handelszwecken veröffentlichte Tonträger".

²⁷ A. Glarner Musikpiraterie im Internet, Bern 2002, 102 ff. weist zu Recht darauf hin, dass die Beschränkung auf materielle Träger einer unerwünschten Orientierung an technischen Gegebenheiten folgt, indem sie unterschiedliche Vertriebsformen mit identischem wirtschaftlichem Ergebnis unterschiedlich behandle.

²⁸ Barrelet/Egloff (Fn. 16), URG 10 N 16; Bühler (Fn. 17), 193 ff.; Gilliéron (Fn. 26), 278 f.; Glarner (Fn. 27), 102 f.; E. Neff/M. Arn, SIWR II/2, Basel 1998, 230 ff. Für eine strikte Beschränkung auf die Übermittlung physischer Werkexemplare aber Semadeni (Fn. 17), 148 ff.

²⁹ Nur dort stellt sich auch der dem Erschöpfungsgrundsatz zugrunde liegende Gegensatz zwischen Urheberrecht und Eigentum am Werkexemplar (so auch BU (Fn. 26), 97 f.).

³⁰ Gilliéron (Fn. 26), 279 f.; Weber/Unternährer (Fn. 17), 1376 (Rn. 33).



1. Der Vergütungsanspruch für Sendung und öffentliche Wiedergabe im WPPT

In Art. 15 WPPT wird der in Frage stehende Vergütungsanspruch wie folgt definiert:

"Performers and producers of phonograms shall enjoy the right to a single equitable remuneration for the direct or indirect use of phonograms published for commercial purposes for broadcasting or for any communication to the public."

Es wird der jeweiligen nationalen Gesetzgebung überlassen, wie dieser gemeinsame Anspruch von ausübenden Künstlerinnen und Künstlern einerseits, Herstellerinnen und Herstellern von Tonträgern andererseits konstruiert wird. Weiter enthält die Bestimmung eine Ausstiegsklausel, wonach die Vertragsstaaten durch einen entsprechenden Vorbehalt die Anwendung dieser Bestimmung für ihr nationales Recht einschränken oder ganz ausschliessen können.

Die Bestimmung knüpft eng an die Art. 12 und 16 Rom-Abkommen³¹ an, entwickelt die dortigen Regelungen aber weiter. So ist nunmehr festgeschrieben, dass die gemeinsame angemessene Vergütung sowohl den Interpretinnen und Interpreten als auch den Produzentinnen und Produzenten zugute kommen muss³². Es wird klar gestellt, dass sowohl die direkte als auch die indirekte Verwendung von Tonträgern erfasst werden, und der Vergütungsanspruch wird explizit auch auf Tonträger bezogen, welche lediglich online veröffentlicht wurden, also nicht auf materiellen Trägern verbreitet werden.

Die Sonderregelung des Art. 15 WPPT bezieht sich auf Sendung und öffentliche Wiedergabe. Beide Begriffe werden in Art. 2 WPPT definiert, wobei unter "Sendung" ausschliesslich eine drahtlose Übermittlung verstanden wird³³. Diese drahtlose Übermittlung zielt auf öffentlichen Empfang, also auf die gleichzeitige Wahrnehmung durch ein relevantes Publikum. Sie umfasst aber auch codierte Sendungen, soweit die vermittelten Inhalte zum öffentlichen Empfang bestimmt sind und mit Zustimmung des Veranstalters entschlüsselt werden können³⁴.

In direkter Abhängigkeit von diesem Begriff der "Sendung" definiert Art. 2 lit. g WPPT als öffentliche Wiedergabe jede Übermittlung von Darbietungen oder Inhalten von Tonträgern, die nicht Sendung ist. Erfasst ist hier also insbesondere jede drahtgebundene Übermittlung. Ergänzend wird festgehalten, dass in Bezug auf den Vergütungsanspruch von Art. 15 WPPT auch die öffentliche Vorführung von Tonträgern als öffentliche Wiedergabe zu qualifizieren sei.

Aus dem systematischen Zusammenhang der Art. 10 und 14 WPPT einerseits, des Art. 15 WPPT andererseits, ergibt sich, dass der hier verwendete Begriff der "öffentlichen Wiedergabe" die Zugänglichmachung in Form eines On-demand-Dienstes nicht umfasst. Andernfalls stünden die genannten Bestimmungen zueinander in unauflösllichem Widerspruch³⁵. "Öffentliche Wiedergabe" im Sinne des WPPT ist also ein eigenständiger Begriff, der ausschliesslich aus dem Zusammenhang des WPPT heraus zu definieren ist. Er ist einerseits insofern wesentlich enger als die "öffentliche Wiedergabe" im Sinne des WCT, als er die Online-Zugänglichmachung nicht umfasst, andererseits aber auch weiter, indem er einzelne Tatbestände der öffentlichen Vorführung umfasst, auf welche sich der WCT nicht bezieht. Auch wenn diese begrifflichen Unterschiede aus dem Werdegang der beiden Verträge erklärt werden können, ist vor dem Hintergrund der angestrebten Parallelität von WCT und WPPT doch bedauerlich, dass keine grössere terminologische Stringenz erzielt werden konnte.

³¹ Internationales Abkommen vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, SR 0.231.171.

³² Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WPPT 15 N 11.

³³ Art. 2 lit. f WPPT. Auch der vom Ständigen Ausschuss der WIPO für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte erarbeitete konsolidierte Text für einen Vertrag über den Schutz von Rundfunkveranstaltern vom 29. Februar 2004 (abrufbar unter <http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/sccr/doc/sccr113.doc>) definiert "Rundfunk" als "drahtlose Übertragungen von Ton oder Bildern und Ton oder Darstellungen davon für den öffentlichen Empfang; ..."

³⁴ Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WPPT 2 N 18; vgl. auch Guibault/Melzer (Fn. 9), 6.

³⁵ Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WPPT 10 N 7; 15 N 22.

Art. 15 WPPT ist, wie dies grundsätzlich für sämtliche Regelungen der WIPO-Verträge gilt, eine Mindestvorschrift. Es ist also den Vertragsstaaten unbenommen, im nationalen Recht einen weitergehenden Rechtsschutz vorzusehen³⁶. So wäre es theoretisch durchaus möglich, statt des in Art. 15 WPPT vorgesehenen Vergütungsanspruches auf der nationalen Ebene ein Ausschliesslichkeitsrecht zu gewähren.

2. Der Vergütungsanspruch für Sendung und öffentliche Wiedergabe im URG

Die Bestimmungen von Art. 12 und 16 Rom-Abkommen werden im

sic! 2005 S. 96, 102

Wesentlichen durch Art. 35 URG in das schweizerische Recht umgesetzt. Danach steht der Vergütungsanspruch den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern zu, und die Herstellerinnen und Hersteller der benutzten Träger sind an der Vergütung zu beteiligen. Der Anspruch bezieht sich nicht nur auf Tonträger, sondern auch auf sämtliche audiovisuellen Produkte, hat also einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich als das Rom-Abkommen. Schliesslich enthält Art. 35 Abs. 4 URG den letzten im Gesetz verbliebenen Gegenrechtsvorbehalt.

Da Art. 15 WPPT an die genannten Bestimmungen des Rom-Abkommens anknüpft, verändert sich die Ausgangslage für das schweizerische Recht nicht. Die im Hinblick auf die Ratifizierung des Rom-Abkommens konzipierten gesetzlichen Regelungen entsprechen den Anforderungen des WPPT. Auch der Gegenseitigkeitsvorbehalt kann beibehalten werden, da Art. 15 Abs. 3 WPPT entsprechende Einschränkungen erlaubt³⁷. Allerdings wird der Vergütungsanspruch ausdrücklich auch den Produzentinnen und Produzenten gewährt werden müssen, kann also nicht mehr als abgeleiteter Beteiligungsanspruch konzipiert werden.

Nach seinem Wortlaut bezieht sich Art. 35 URG auf die Verwendung von Ton- oder Tonbildträgern zum Zwecke der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs und der Aufführung. Diese Terminologie könnte, bezogen auf die Umschreibung der Werknutzungsarten in Art. 10 Abs. 2 Bst. c-f URG, als einschränkend verstanden werden. Allerdings zeigt eine historische Auslegung, insbesondere auch das Fehlen eines entsprechenden Vorbehaltes bei der Ratifizierung des Rom-Abkommens, dass es sich um ein redaktionelles Versehen handelt und keine Differenzierungsabsicht vorhanden war³⁸. Für das Verständnis des Art. 35 URG ist daher davon auszugehen, dass sämtliche Formen der öffentlichen Wiedergabe im Sinne von Art. 15 WPPT gemeint sind.

In Art. 35 URG ist auch der Anknüpfungspunkt der Sonderregelung anders umschrieben als im Rom-Abkommen und im WPPT. Ist in den internationalen Verträgen von Tonträgern die Rede, die "zu Handelszwecken veröffentlicht" wurden, sind es in der schweizerischen Gesetzesbestimmung "im Handel erhältliche" Ton- und Tonbildträger³⁹. Eine praktische Auswirkung dieser terminologischen Differenzierung ist nicht ersichtlich. Im Hinblick auf Art. 15 Abs. 4 WPPT erweist sich der in Art. 35 URG enthaltene Begriff weiterhin als adäquat, da Tonträger, die lediglich über On-demand-Dienste vertrieben werden, zwanglos unter den Begriff des "im Handel erhältlichen Tonträgers" subsumiert werden können.

3. "Ephemere Aufnahmen" und der Vergütungsanspruch für Sendung und öffentliche Wiedergabe

³⁶ Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WPPT 15 N 13.

³⁷ Der bundesrätliche Revisionsvorschlag sieht allerdings vor, diesen Gegenrechtsvorbehalt zu streichen. Dies wäre schon deshalb zu begrüssen, weil die Bestimmung von Art. 35 Abs. 4 URG so unglücklich redigiert ist, dass sie kaum anwendbar ist.

³⁸ Barrelet/Egloff (Fn. 16), URG 35 N 8; Burckhardt (Fn. 18), 170; F. Dessemontet, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, 414 f.

³⁹ Im bundesrätlichen Revisionsentwurf wird der Ausdruck "im Handel erhältliche oder zugänglich gemachte Ton- und Tonbildträger" vorgeschlagen, womit die Bestimmung von Art. 15 Abs. 4 WPPT umgesetzt werden soll.

Anlass von Auseinandersetzungen war in der Vergangenheit die Frage, inwieweit diese gesetzliche Lizenz für die Verwendung im Handel erhältlicher Ton- und Tonbildträger auch Vervielfältigungshandlungen im Vorfeld des Sendens oder der öffentlichen Wiedergabe zu rechtfertigen vermag. Der bundesrätliche Entwurf zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19. Juni 1989 hatte eine entsprechende Schutzausnahme für "ephemere Aufnahmen" vorgesehen. Der Nationalrat hatte sie als nicht erforderlich beurteilt und aus dem Gesetzentwurf gestrichen⁴⁰. Aufgrund dieses gesetzgeberischen Entscheides kam auch das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die gesetzliche Lizenz des Art. 35 URG keine Vervielfältigungsrechte umfasse, sondern dass diese von den Sendeunternehmen auf vertraglichem Wege zu erwerben seien, soweit sie für ihren Sendebetrieb von diesen Rechten Gebrauch machen wollten⁴¹.

Hintergrund dieser Diskussion sind entsprechende Schutzausnahmen in der RBÜ und im Rom-Abkommen⁴². Art. 11 Abs. 3 RBÜ sieht die Befugnis der Verbandsländer vor, "Bestimmungen über die von einem Sendeunternehmen mit seinen eigenen Mitteln und für seine eigenen Sendungen vorgenommenen ephemeren Aufnahmen auf Bild- oder Tonträger zu erlassen." Art. 15 Rom-Abkommen ermöglicht eine ähnliche Schutzausnahme "für eine ephemere Festlegung, die von einem Sendeunternehmen mit seinen eigenen Mitteln und für seine eigenen Sendungen vorgenommen wird". Wie das Bundesgericht in seinem bereits erwähnten Urteil mit sorgfältiger Begründung dargelegt hat, bezieht sich diese letztgenannte Ausnahmebestimmung nur auf die Festlegung von Darbietungen, nicht aber auf die Vervielfältigung von Tonträgern⁴³. Dementsprechend wäre eine Ausnahmeregelung, welche auch das Vervielfältigungsrecht der ausübenden Künstlerinnen und Künstler oder der Herstellerinnen und Hersteller von Tonträgern einschränken wollte, nur gestützt auf

sic! 2005 S. 96, 103

Art. 15 Abs. 2 Rom-Abkommen möglich, welcher Schutzausnahmen erlaubt, die in der nationalen Gesetzgebung auch für die Rechte der Urheberinnen und Urheber vorgesehen sind. Da es im geltenden Recht keine solche Bestimmung gibt, kann es sie einstweilen auch für die Berechtigten an verwandten Schutzrechten nicht geben⁴⁴.

WCT und WPPT enthalten keine Regelungen über ephemere Aufnahmen zu Sendezwecken. Immerhin wiederholt Art. 16 Abs. 1 WPPT die Bestimmung von Art. 15 Abs. 2 Rom-Abkommen, wonach Schutzausnahmen in Bezug auf verwandte Schutzrechte möglich sind, wenn in der gleichen nationalen Gesetzgebung die gleiche Schranke auch für den Rechtsschutz der Urheberinnen und Urheber besteht. Auch aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass eine gesetzliche Lizenz oder gar eine Beseitigung des Vervielfältigungsrechts der Berechtigten an verwandten Schutzrechten hinsichtlich ephemerer Aufnahmen nur zulässig ist, wenn die gleiche Schutzausnahme auch in Bezug auf die Rechte der Urheberinnen und Urheber eingeführt wird.

Die Schaffung einer solchen Sonderregelung für "ephemere Aufnahmen" ist aufgrund des Gesagten konventionsrechtlich also zwar möglich, aber keineswegs notwendig. Das Fehlen der Schutzausnahme bringt die in der Schweiz geltende Rechtslage auch nicht in Widerspruch zum "Acquis communautaire" der EU. Wohl sieht die EU-Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechtsschutzes und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft eine Schutzausnahme für ephemere Aufnahmen vor, die sich an die erwähnte Bestimmung von Art. 11 Abs. 3

⁴⁰ Amtl. Bull. NR 1992 I 43.

⁴¹ BGE vom 2. Februar 1999, auszugsweise publiziert in sic! 1999, 255 ff.

⁴² Vgl. zur Entstehungsgeschichte dieser Regelung Schwenzer (Fn. 9), 725 ff.

⁴³ BGE vom 2. Februar 1999 (Fn. 41), 257 f.

⁴⁴ Folgerichtig sieht der Revisionsentwurf denn auch eine Bestimmung vor, die schon auf der Ebene der Urheberrechte ansetzt. Danach soll das Vervielfältigungsrecht an nichttheatralischen Werken der Musik einem Zwang zur kollektiven Verwertung unterstellt werden (Art. 24 b des Revisionsentwurfes).



RBÜ anlehnt⁴⁵. Durch diese Bestimmung wird es den EU-Staaten ermöglicht, eine solche Schranke beizubehalten, falls sie besteht, oder allenfalls auch neu einzuführen. Sie sind dazu aber nicht verpflichtet. Zwingend ist die Bestimmung nur insofern, als die nationale Regelung nicht über das in der Richtlinie Geregelte hinaus gehen darf.

Nicht übersehen werden sollte in diesem Zusammenhang, dass in der schweizerischen Diskussion unter den Begriff der "ephemeren Aufnahme" Nutzungstatbestände subsumiert werden, die mit den Schutzausnahmen in RBÜ und Rom-Abkommen kaum noch etwas zu tun haben. So wird im bereits erwähnten Urteil des Bundesgerichts das Vorbringen der Nutzerverbände referiert, wonach Überspielungen von Ton- und Tonbildträgern ganz generell durch Art. 35 URG gedeckt seien, "sofern sie letztlich nur zum Zwecke späterer Sendung erfolgten. Insbesondere habe auch das Überspielen eines Tonträgers auf die Festplatte eines Personal Computers, von wo die Kopie beliebig oft abgerufen werden könne, als ephemere Aufnahme zu gelten"⁴⁶. Allein schon die Tatsache, dass die Träger bei dieser Überspielung umformatiert und in erheblichem Masse qualitativ verändert werden, steht der Annahme einer bloss akzessorischen Vervielfältigung entgegen. Zum gleichen Ergebnis führt auch eine etymologische Betrachtung: "ephemer" meint "einen Tag dauernd", ist also mit Begriffen wie "beliebig oft" oder "zeitlich unbeschränkt" wohl kaum in Einklang zu bringen. Eine derart weit gefasste Schutzausnahme müsste daher wohl als konventionsrechtlich unzulässig qualifiziert werden. Auch Art. 5 Abs. 2 Bst. d EU-Richtlinie 2201/29/G deckt solche Vorgänge nicht ab⁴⁷.

IV. Simulcasting und Webcasting

Ist somit der konventionsrechtliche und der gesetzgeberische Rahmen abgesteckt, von welchen die zukünftige rechtliche Ordnung auszugehen hat, sind nun die Phänomene von Simulcasting und Webcasting innerhalb dieses Rahmens zu situieren⁴⁸. Dabei ist vorerst klarzustellen, wovon überhaupt gesprochen wird.

1. Begriffliches

Unter Simulcasting wird die zeitgleiche und unveränderte Übertragung eines auch terrestrisch oder über Kabel empfangbaren Radio- oder Fernsehprogramms über das Internet verstanden⁴⁹. Zu diesem Zweck wird das Sendesignal gestreamt, d.h. in Datenpakete aufgeteilt an die Computer der Empfängerinnen und Empfänger übermittelt, wo das Signal über entsprechende Anwendersoftware wahrnehmbar gemacht werden kann. Als Folge dieser technischen Vorgänge verzögert sich die Wahrnehmbarkeit der Programme bei den Empfängerinnen und Empfängern im Verhältnis zur terrestrischen Verbreitung oder zum Empfang über Kabel um wenige Sekunden. Ausserdem ist der über Internet übermittelte Datenstrom unter Umständen stärker komprimiert als es die terrestrisch verbreiteten Signale sind. Davon abgesehen sind aber das im herkömmlichen Sinne gesendete

| sic! 2005 S. 96, 104

und das über Internet übermittelte Programm identisch.

Beim Webcasting gibt es demgegenüber keine terrestrische oder kabelgebundene Übermittlung eines Sendesignals. Die als Radio- oder Fernsehprogramm bezeichneten Inhalte werden nur gestreamt, also über Internet an die Empfangscomputer übermittelt⁵⁰. Da für diese Tätigkeit keine Sondernutzung öffentlicher Güter wie Sendefrequenzen erforderlich ist, fällt sie gar nicht in den Anwendungsbereich des Radio- und Fernsehgesetzes, und sie untersteht auch keiner Konzessionierungspflicht. Es handelt sich also nicht um "Radio und Fernsehen" im Sinne des RTVG⁵¹ oder

⁴⁶ BGE vom 2. Februar 1999 (Fn. 41), 256.

⁴⁷ F. Bayreuther, Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, ZUM 2001, 834.

⁴⁸ Dabei handelt es sich natürlich bei weitem nicht um die einzigen Formen der Tonträgerauswertung im Internet; vgl. dazu etwa Schwenzer (Fn. 9), 723 ff.

⁴⁹ Dazu ausführlich Bortloff (Fn. 9), 670 ff.; Guibault/Melzer (Fn. 9), 6; vgl. auch Glarner (Fn. 27), 120 f.

⁵⁰ Guibault/Melzer (Fn. 9), 6 f.

⁵¹ Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991, SR 784.40.

internationalrechtlicher Vereinbarungen wie etwa der Europarats-Konvention über das grenzüberschreitende Fernsehen⁵².

In beiden Fällen haben Empfängerinnen und Empfänger keinen Einfluss auf den Programmablauf. Sie können die zeitliche Anordnung der Sendeinhalte nicht beeinflussen, sondern die einzelnen Programmteile nur zu den vom veranstaltenden Unternehmen festgesetzten Zeiten wahrnehmen. Auch handelt es sich um einen flüchtigen Datenstrom, der zwar aus technischen Gründen auf dem Empfangscomputer kurzzeitig gespeichert, dann aber gleich wieder gelöscht wird. Eine dauerhafte Speicherung der auf diesem Wege übermittelten Inhalte ist daher - ohne zusätzliche Vorkehrungen - nicht möglich.

Allerdings ist dies nur die halbe Wahrheit. Ein Blick auf die schweizerische Radio- und Fernsehlandschaft zeigt nämlich, dass die meisten Sendeunternehmen, welche ihre Programme auch über Internet verbreiten, diese Inhalte vollumfänglich oder auszugsweise nicht nur als Live-Stream, sondern auch als Archivprogramm anbieten. Damit können die ausgestrahlten Sendungen während längerer Zeit beliebig oft und zu beliebiger Zeit abgerufen werden⁵³. Aus einem reinen push-Angebot wird dadurch ein ebenso eindeutiger On-demand-Dienst, welcher der eigenen urheberrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Auf der andern Seite sind im Internet Softwareprogramme erhältlich, welche das punktuelle Herunterladen von Live-Streams, teilweise sogar die gezielte Suche nach vorgegebenen Programmteilen in solchen Streams und deren anschliessende Abspeicherung (sogenanntes "streamripping") gleichwohl ermöglichen⁵⁴. Auch durch solche Zusatzanwendungen wird aus dem push-Angebot ein interaktives Medium, das mit den Begriffen "Simulcasting" oder "Webcasting" nicht adäquat erfasst wird.

2. Simulcasting und Webcasting im Lichte des WCT und des WPPT

Die Begriffe "Simulcasting" und "Webcasting" kommen in WCT und WPPT nicht vor. Die beiden Phänomene erfahren auch sonst in diesen Konventionen keine explizite Regelung⁵⁵. Es kann sich daher einzig die Frage stellen, ob sie als Anwendungsbeispiel einer umfassenderen Nutzungsart verstanden werden können.

Wie bereits ausgeführt, verwenden WCT und WPPT sehr unterschiedliche Begriffe der öffentlichen Wiedergabe. Nach Art. 8 WCT bezieht sich das "right of communication to the public" auf jede drahtgebundene oder drahtlose Wiedergabe eines Werkes vor einem räumlich nicht anwesenden "Publikum" und umfasst sowohl die Zugänglichmachung als auch das drahtlose Senden. Simulcasting und Webcasting fallen zweifellos auch unter diesen sehr weiten Begriff; sie sind aber weder Zugänglichmachen (da nicht zu beliebigen Zeiten abrufbar) noch Senden (da nicht drahtlos), sondern je andere Formen der öffentlichen Wiedergabe.

Demgegenüber schliessen sich im WPPT "communication to the public" und Senden einerseits, "communication to the public" und Zugänglichmachung andererseits aus. Was gesendet wird, kann nicht gleichzeitig öffentlich wiedergegeben sein, und was zugänglich gemacht wird, kann ebenfalls nicht gleichzeitig öffentlich wiedergegeben sein. Ebenso wenig kann Zugänglichmachen gleichzeitig Senden sein. Simulcasting und Webcasting müssen daher für die Anwendung des WPPT präzise der einen oder der andern Nutzungsart zugeordnet werden.

Dabei ist von vorneherein klar, dass diese Nutzungsart nicht die Zugänglichmachung sein kann. Nach den klaren Umschreibungen der Art. 10 und 14 WPPT bezieht sich dieses Teilrecht auf Nutzungsarten, bei denen Mitglieder der Öffentlichkeit von Orten

⁵² Europäisches Übereinkommen vom 5. Mai 1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen, SR 0.784.405.

⁵³ Diese Nutzungsarten werden dann als "On-demand-webcasting" bezeichnet, stellen aber einen reinen On-demand-Dienst dar (vgl. Guibault/Melzer (Fn. 9), 6).

⁵⁴ Dazu Bortloff (Fn. 9), 671 f.

⁵⁵ Allerdings enthält der in Fn. 33 erwähnte konsolidierte Text für einen Vertrag über den Schutz von Rundfunkveranstaltern vom 29. Februar 2004 den folgenden negativen Definitionsvorschlag: "Rundfunk" ist nicht dahingehend zu verstehen, dass die Übertragung über Computernetze beinhaltet ist."

und zu Zeiten ihrer Wahl Zugang zu den in Frage stehenden Leistungen haben. Dies ist weder beim Simulcasting noch beim Webcasting der Fall. Der Zeitpunkt des Abrufs ist in beiden Fällen durch den Programmablauf vorgegeben, kann also von den Empfängerinnen und Empfängern nicht beeinflusst werden. Simulcasting und Webcasting sind daher keine Unterfälle der Zugänglichmachung.

Ebenso wenig kann es sich aber um "Senden" handeln. Gemäss der in

sic! 2005 S. 96, 105

Art. 2 (f) WPPT enthaltenen Definition bezieht sich "Senden" nur auf drahtlose Übermittlungen. Simulcasting und Webcasting sind aber in erheblichem Masse drahtgebunden, also keine Sendung im Sinne dieser Bestimmung.

Somit können Simulcasting und Webcasting im systematischen Kontext des WPPT eigentlich nur als "communication to the public" im Sinne von Art. 2 lit. g WPPT verstanden werden. Diese wird definiert als Übermittlung von Tönen einer Darbietung oder von Tönen der Vorführung einer auf einem Tonträger fixierten Darbietung über irgendein beliebiges Medium mit Ausnahme der "Sendung", was auf Simulcasting und Webcasting insofern zutrifft, als es sich dort ausschliesslich um gestreamte Hörprogramme handelt. Soweit die Programme auch Bilder umfassen, insbesondere also beim Streaming von Fernsehprogrammen, gibt es keine konventionsrechtlichen Regelungen, da weder das Rom-Abkommen noch der WPPT darauf anwendbar sind.

Es ergibt sich somit, dass die Bestimmung von Art. 15 WPPT auf gestreamte Radioprogramme anwendbar ist. Dies bedeutet, dass den Berechtigten an verwandten Schutzrechten mindestens ein Vergütungsanspruch für die direkte oder indirekte Nutzung der zu Handelszwecken veröffentlichten Tonträger eingeräumt werden muss. Wiederum handelt es sich hier lediglich um eine Mindestverpflichtung, und es ist den Vertragsstaaten unbenommen, den Berechtigten ein teilweises oder umfassendes Ausschliesslichkeitsrecht auch für die Nutzung von Handelstonträgern zum Zwecke der Sendung oder der öffentlichen Wiedergabe einzuräumen.

3. Simulcasting und Webcasting im Lichte des URG

Auch das URG enthält selbstverständlich keine Regelung von Simulcasting und Webcasting. Im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes waren diese Phänomene noch weitgehend unbekannt. Es kann also auch in Bezug auf die nationale Gesetzgebung einzig um die Frage gehen, inwieweit diese neuen Sachverhalte mittels Analogieschlüssen unter bestehende gesetzliche Bestimmungen subsumiert werden können. Dabei ist die Ausgangslage insofern anders als beim WCT und beim WPPT, als das URG das Senderecht anders definiert und das Recht auf Zugänglichmachung nach schweizerischem Verständnis Teil des Aufführungs- und Vorführungsrechts ist⁵⁶.

Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c URG haben Urheber und Urheberinnen das Recht, ihr Werk "direkt oder mit Hilfe irgendwelcher Mittel vorzutragen, aufzuführen, vorzuführen oder es anderswo wahrnehmbar zu machen". Darunter fällt nach weithin übereinstimmender Auffassung auch die Bereitstellung eines Werkes in einer Datenbank und der anschliessende Abruf auf irgendein Empfangsgerät⁵⁷. Dabei kommt es nicht darauf an, ob Empfängerinnen und Empfänger den Zeitpunkt der Übermittlung beeinflussen können oder nicht. Die Zugänglichmachung im Sinne von Art. 8 WCT und Art. 10 und 14 WPPT ist daher eine der unter Art. 10 Abs. 2 lit. c URG fallenden Nutzungsarten. Ebenso ist die punktuelle Internet-Übermittlung von Werken oder Darbietungen zur Wahrnehmarmachung auf dem Bildschirm der Empfängerinnen und Empfänger eine Vorführung im Sinne dieser Bestimmung. Deshalb stellen Simulcasting und Webcasting ohne Zweifel ebenfalls derartige Vorführungshandlungen dar: Werke und Darbietungen werden per Internet auf die Computer derjenigen Empfängerinnen und Empfänger übermittelt, welche diese jeweiligen Leistungen abgerufen haben, und werden dort wahrnehmbar gemacht. Nach geltendem

⁵⁶ Vorne II/2.

⁵⁷ Barrelet/Egloff (Fn. 16), URG 10 N 22 (m.w. Hinw.).

schweizerischem Recht beschlagen Simulcasting und Webcasting also das Vorführungsrecht des Art.10 Abs. 2 lit. c URG.

Zusätzlich stellt sich die Frage, ob Simulcasting und Webcasting gleichzeitig als "Senden" im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. d URG verstanden werden können, also als Übermittlung eines Werks "durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen, auch über Leitungen". "Senden" umfasst nach schweizerischer Auffassung explizit auch drahtgebundene Vorgänge und bezieht sich auf die Massenmedien Radio und Fernsehen, also auf die gleichzeitige Übermittlung des gleichen Sendehalts an eine mehr oder weniger grosse Zahl von Personen⁵⁸. Eine solche Übermittlung an eine Vielzahl von Personen liegt in Bezug auf das Simulcasting insofern vor, als diese Nutzung als Zusatzelement einer effektiven Sendung erscheint: Auch wenn das per Simulcasting übermittelte Programm im Einzelfall von niemandem abgerufen werden sollte, handelt es sich doch immer noch um ein Radio- oder Fernsehprogramm, das terrestrisch oder über Kabel ausgestrahlt wird, das für ein nicht individuell erfassbares Publikum bestimmt ist und von diesem auch ohne individuellen Abruf empfangen werden kann. Die Übermittlung über Internet erscheint unter diesem Blickwinkel als akzessorische Ergänzungshandlung zum Sendevorgang, der kein eigenständiger rechtlicher Charakter zukommt. In diesem Sinne kann Simulcasting als Teil eines Sendevorganges qualifiziert werden⁵⁹. Falls der Live-Stream nicht durch das Sendeunternehmen selbst produziert wird, sondern durch ein anderes Unternehmen, müsste von

sic! 2005 S. 96, 106

"Weitersenden" im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. e URG gesprochen werden.

Allerdings ist sogleich festzuhalten, dass sich diese Analogie nur auf das Live-Streaming beziehen kann. Das Angebot von Radio- und Fernsehprogrammen zum individuellen zeitverschobenen Abruf ist kein Simulcasting, sondern Zugänglichmachung⁶⁰.

Der vorgeschlagene Analogieschluss gilt aber nicht auch für das Webcasting. Offenkundig gibt es hier keine Sendeaktivität, zu welcher Webcasting als akzessorisches Element hinzutreten könnte. Webcasting ist aber auch nicht ein Vorgang, der sich qualitativ von andern Internetnutzungen unterscheiden würde, die klarerweise Vorführungshandlungen darstellen. So enthalten beispielsweise viele homepages im Internet Töne und bewegte Bilder, ohne dass diese sites als Radio- oder Fernsehprogramme bezeichnet werden könnten. Ganz allgemein ist kein Kriterium ersichtlich, welches das für eine Analogie zu Radio und Fernsehen erforderliche Element eines minimalen "Sendeprogramms" im Bereich des Webcastings definieren könnte⁶¹. Ebenso unklar ist, wie denn das dem Begriff des Sendens immanente Element der Öffentlichkeit im Falle des Webcasting abgegrenzt werden könnte. Der Name "Webcasting" ist eben nicht viel mehr als ein für ganz verschiedene Formen der Internet-Übermittlung von Werken und Leistungen benutztes Etikett, nicht selten auch werbenden Charakters, das keine genau bestimmte Nutzungshandlung umschreibt. Die blosser Selbstdeklaration als Webradio oder Webfernsehen allein macht aber aus einer solchen Punkt-zu-Punkt-Übermittlung noch keine "Sendung"⁶².

Zu beachten ist weiter, dass jeder einzelne Nutzer und jede einzelne Nutzerin die übermittelten Inhalte individuell abrufen muss, um sie wahrnehmbar zu machen. Auch das ist mit dem Begriff des "Sendens" kaum vereinbar. "Senden" ist eine Tätigkeit der Übermittlung von Inhalten, und es genügt für die Wahrnehmung dieser Sendungen, ein Empfangsgerät einzuschalten und auf diesem die richtige Frequenz oder den richtigen

58 Barrelet/Egloff (Fn. 16), URG 10 N 24 f.

59 Zurückhaltend Bortloff (Fn. 9), 673 ff.

60 Glarner (Fn. 27), 124.

61 So auch Schwenger (Fn. 9), 727 ff.

62 Der Einbezug von "webcasting" in den rechtlichen Schutz von Rundfunksignalen im Rahmen des geplanten WIPO-Vertrages über den Schutz von Rundfunkveranstaltern wird denn auch von einer grossen Mehrheit der Delegationen abgelehnt (vgl. dazu Guibault/Melzer, (Fn. 9), 6 f.).



Kanal zu wählen. Demgegenüber ist bei einer Internet-Verbindung von Seiten der Adressatinnen und Adressaten ein aktiver Abruf am Ursprungsort der Übermittlung notwendig, durch welchen die Verbindung überhaupt erst aufgebaut wird. Das ist etwas qualitativ Anderes als die Wahrnehmbarmachung virtuell bereits übermittelter Inhalte an ein zahlenmässig unbeschränktes Publikum.

Es ergibt sich, dass die Qualifikation von Webcasting als "Senden" einer genaueren Überprüfung nicht standhält. In technischer Hinsicht nicht, weil die dem Webcasting zugrunde liegende Streamingtechnik für zahlreiche Datenübermittlungen verwendet wird, die mit Radio und Fernsehen nichts zu tun haben. In kommunikationstheoretischer Hinsicht nicht, weil Webcasting keineswegs ein grösseres Publikum voraussetzt, sondern auch in kleinstem Kreis erfolgen kann: Es ist jedem und jeder Einzelnen unbenommen, einigen ausgewählten Personen in seinem oder ihrem Bekanntenkreis per Internet eine Abfolge von Musik oder andern Inhalten zu übermitteln und diesen Vorgang als "Webcasting" zu bezeichnen. Technisch handelt es sich in der Tat um solches, aber mit dem urheberrechtlichen "Senden durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen, auch über Leitungen"⁶³ hat diese Nutzungshandlung nichts zu tun.

Angesichts all dieser Ungereimtheiten und Widersprüche erscheint es daher als völlig inadäquat, Webcasting voraussetzungslos als "Senden" zu qualifizieren. Es handelt sich vielmehr um ein "anderswo wahrnehmbar Machen", also um Aufführung oder Vorführung. Der Begriff des "Sendens" muss der drahtlosen oder drahtgebundenen Übermittlung eigentlicher Radio- und Fernsehprogramme an ein nicht individuell feststellbares Publikum vorbehalten bleiben.

V. Simulcasting und Webcasting im bundesrätlichen Revisionsentwurf zum URG

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass für die Übernahme der beiden WIPO-Verträge in nationales Recht auch hinsichtlich der hier diskutierten Phänomene von Simulcasting und Webcasting gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Nachdem nun ein erster Vorentwurf für eine solche Gesetzesrevision vorliegt, lässt sich konkret beurteilen, in welcher Richtung von den zuständigen Behörden Lösungsvorschläge gesucht werden.

1. Kritik der bestehenden Regelung

Die bisherigen Erörterungen haben zum Ergebnis geführt, dass Simulcasting als akzessorisches Element zur herkömmlichen Radio- und Fernsehverbreitung im urheberrechtlichen Sinne als "Senden" oder "Weitersenden" qualifiziert werden kann. Dementsprechend ist Urheberinnen und Urhebern für diese Tätigkeit ein Ausschliesslichkeitsrecht gewährt, wogegen den Berechtigten an verwandten Schutzrechten nur ein Vergütungsanspruch

sic! 2005 S. 96, 107

zusteht. Die diesem Vergütungsanspruch zugrunde liegende gesetzliche Lizenz des Art. 35 URG bezieht sich allerdings nur auf den Sendevorgang selbst. Die im Vorfeld notwendigen Vervielfältigungshandlungen sind dadurch nicht gedeckt, sondern fallen in den Anwendungsbereich der Ausschliesslichkeitsrechte der Art. 33 und 36 URG.

Demgegenüber ist Webcasting als Aufführen bzw. Vorführen zu qualifizieren. Dies führt in der geltenden Rechtssituation allerdings zum gleichen Resultat: Urheberinnen und Urhebern steht ein Ausschliesslichkeitsrecht zu, den Interpretinnen und Interpreten aufgrund von Art. 35 URG lediglich ein Vergütungsanspruch, an welchem Produzentinnen und Produzenten angemessen zu beteiligen sind. Ein Ausschliesslichkeitsrecht besteht aber auch hier für die im Vorfeld des Webcasting erforderlichen Vervielfältigungshandlungen, insbesondere für die allenfalls erforderliche Umformatierung und für das Uploading.

Dieses Ergebnis ist insofern unbefriedigend, als es eine gesetzliche Regelung neuen Nutzungsarten überstülpt, für welche diese bestehende Regelung offenkundig nicht gedacht war und welcher sie auch nicht gerecht wird. So ist etwa die Interessenlage bei

⁶³ Art. 10 Abs. 2 lit. d URG.

der Vorführung eines Ton- oder Tonbildträgers vor einer Vereinsversammlung oder in einer Ausstellung eine völlig andere als bei der Bereitstellung zum Abruf desselben Trägers im Internet. Es ist auch nicht einsichtig, weshalb für letzteres hinsichtlich der verwandten Schutzrechte eine gesetzliche Lizenz gewährt werden sollte⁶⁴. Der Eingriff in den Rechtebestand ist hier wesentlich grösser als im Falle der örtlich gebundenen Vorführung.

Gerade aus dem letztgenannten Grunde ist auch zu bezweifeln, dass die Anwendung dieser gesetzlichen Lizenz auf Übermittlungsvorgänge im Internet überhaupt WPPT-konform ist. Art. 16 WPPT verpflichtet die Vertragsstaaten, in ihrer nationalen Gesetzgebung nur solche Schutzausnahmen vorzusehen, welche mit dem so genannten Drei-Stufen-Test⁶⁵ vereinbar sind. Danach dürfen Schutzausnahmen nur bestimmte Fälle betreffen, welche eine normale Auswertung von Darbietungen oder Ton-trägern nicht behindern und die Interessen der Berechtigten nicht ungebührlich beeinträchtigen. Eine generelle gesetzliche Lizenz für beliebige Internet-Nutzungen, wie sie sich aus der Anwendung des Begriffs der Aufführung in Art. 35 Abs. 1 URG auf Internet-Übermittlungen ergibt, genügt diesen Anforderungen nicht. Sie ist einerseits nicht auf bestimmte Fälle begrenzt, und sie behindert offensichtlich die normale kommerzielle Auswertung von Darbietungen und Tonträgern im digitalen Umfeld.

Von der bevorstehenden Revision des URG wäre daher zu erhoffen, dass sie für diese Internet-Nutzungen adäquatere Lösungen vorsieht, als sie sich aus der analogen Anwendung bestehender gesetzlicher Regelungen ergeben. Neben der Verankerung des Rechts auf Zugänglichmachung ist insbesondere auch eine Einschränkung der gesetzlichen Lizenz des Art. 35 URG notwendig.

2. Die Änderungsvorschläge im bundesrätlichen Revisionsentwurf

Der bundesrätliche Gesetzesentwurf zur Revision des URG vom 15. September 2004 schlägt unter anderem vor, in Art. 10 Abs. 2 einen lit. c bis einzufügen, welcher den Urheberinnen und Urhebern das Recht gewährt, "das Werk mit irgendwelchen Mitteln so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben". Das analoge Recht soll gemäss Art. 33 Abs. 2 lit. d bis EURG den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern, gemäss Art. 36 lit. b EURG den Herstellern und Herstellerinnen von Ton- und Tonbildträgern und gemäss Art. 37 lit. e EURG den Sendeunternehmen eingeräumt werden.

Mit diesen Änderungsvorschlägen wird das Recht auf Zugänglichmachung der Art. 8 WCT sowie 10 und 14 WPPT linear umgesetzt. Allerdings geht der Anwendungsbereich wiederum weit über denjenigen des WPPT hinaus, indem im URG auch die gesamte Audiovision miterfasst ist. Ausserdem wird im Vorgriff auf ein mögliches weiteres WIPO-Abkommen das Recht auf Zugänglichmachung auch den Sendeunternehmen gewährt.

Wie der erläuternde Bericht zu diesem Vorschlag festhält, erscheint es trotz des bisher praktizierten Analogieschlusses zum "anderswo wahrnehmbar Machen" des Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG "als angebracht, das Zugänglichmachen von Werken als eine ausschliessliche Befugnis des Urhebers explizit in den exemplifikatorischen Rechtskatalog von Absatz 2 aufzunehmen. Damit wird seine Bedeutung für das digitale Umfeld hervorgehoben und auch im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt, dass das URG dem Urheber in Bezug auf das Zugänglichmachen seiner Werke über Internet oder ähnliche Kommunikationssysteme ein ausschliessliches Recht gewährt, das mit Artikel 8 WCT und Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie Informationsgesellschaft kongruent ist"⁶⁶. Gleiches gilt für die neu vorgeschlagene Bestimmung in Art. 33 URG. Diese explizite

⁶⁴ Auf die fehlende Berechtigung einer solchen Privilegierung verweist auch Schwenzer (Fn. 9), 724 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu Reinbothe/Von Lewinski (Fn. 10), WPPT 16 N 17 f.; G. Poll/Th. Braun, Privatkopien ohne Ende oder Ende der Privatkopie? - § 53 Abs. 1 UrhG im Lichte des "Dreistufentests", ZUM 2004, 266 ff.; M. Senftleben, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR int. 2004, 200 ff.

⁶⁶ Erläuternder Bericht (Fn. 7), 11.

sic! 2005 S. 96, 108

Erwähnung ist auch deshalb zu begrüssen, weil damit das Recht auf Zugänglichmachung für alle Berechtigten wörtlich gleich umschrieben wäre, also für Urheberinnen und Urheber ebenso wie auch für die Berechtigten an verwandten Schutzrechten.

In Art 22a EURG wird vorgeschlagen, das Recht der Zugänglichmachung insoweit einem Zwang zur Kollektivverwertung zu unterstellen, als es sich um Rechte an Werken der nichttheatralischen Musik handelt, die in Radio- und Fernsehprogrammen enthalten sind, und es um die Zugänglichmachung in Verbindung mit der Sendung geht. Damit sollen die Sendeunternehmen, die ihre gesendeten Programme nachträglich noch interaktiv zugänglich machen wollen, die Möglichkeit erhalten, "die entsprechenden Rechte über die Verwertungsgesellschaften abgelden zu können, wie das im Bereich der nicht theatralischen Musik auch für die Senderechte der Fall ist"⁶⁷. Diese Sonderregelung soll gemäss Abs. 2 der vorgeschlagenen Bestimmung aber nur für Musik gelten, die eine akzessorische Rolle spielt, also etwa für Filmmusik. "Die Kontrolle über die interaktive Nutzung von Sendungen, bei denen die Musik im Vordergrund steht, darf den originären Rechtsinhabern der Musik und der damit verbundenen Leistungen nicht entzogen werden. Damit würde man ihre berechtigten Interessen ungebührlich verletzen und die normale Verwertung ihrer Werke, Darbietungen und Tonträger beeinträchtigen. Eine solche Regelung liesse sich aber weder mit Artikel 10 Absatz 1 WCT noch mit Artikel 16 Absatz 2 WPPT vereinbaren"⁶⁸.

Weiter wird in Art. 24b EURG ein Zwang zur Kollektivverwertung für Vervielfältigungen "an nichttheatralischen Werken der Musik bei der Verwendung von im Handel erhältlichen oder zugänglich gemachten Ton- und Tonbildträgern zum Zweck der Sendung" vorgeschlagen. Diese neue Bestimmung zielt auf "eine einheitliche und in sich konsistente Verwertungsordnung für diese Art der Verwertung und vervollständigt die mit Art. 35 URG angestrebte Regelung"⁶⁹. Allerdings soll dieser Verwertungszwang nur in Bezug auf die Nutzung von Werken und Leistungen durch Sendeunternehmen im Sinne des RTVG gelten, also gegenüber konzessionierten Radio- und Fernsehveranstaltern. Gegenüber allen übrigen eventuellen Nutzerinnen und Nutzern wird das Vervielfältigungsrecht nicht eingeschränkt.

Schliesslich soll die gesetzliche Lizenz des Art. 35 URG auf die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern ausgeweitet werden, die erlaubterweise über On-demand-Dienste zugänglich gemacht wurden. Damit wird klargestellt, dass solche Träger ebenfalls als "im Handel erhältlich" zu qualifizieren sind. Am Umfang der Lizenz selbst wird nichts geändert.

Der Entwurf enthält eine Vielzahl weiterer Vorschläge, welche aber keinen direkten Einfluss auf die Regelung von Simulcasting oder Webcasting haben. Sie werden daher im vorliegenden Zusammenhang nicht erörtert⁷⁰.

3. Eigene Revisionsvorschläge

Eine erste Sichtung dieser Vorschläge zeigt, dass durch die Verankerung des Rechts auf Zugänglichmachung in ein explizites Teilrecht die entsprechenden Bestimmungen von WCT und WPPT kongruent umgesetzt werden. Die Neuerung entspricht dem vorstehend begründeten Anliegen, dem neuen Sachverhalt nicht eine für andere Situationen geschaffene Regelung überzustülpen, sondern explizit On-demand-Nutzungen im Internet zu regeln. Auch die Tatsache, dass dieses Recht entsprechend der Konzeption des schweizerischen URG über die WPPT-Regelung hinaus im audiovisuellen Bereich Anwendung finden soll, ist zweifellos zu begrüssen.

⁶⁷ Erläuternder Bericht (Fn. 7), 16.

⁶⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 7), 16.

⁶⁹ Erläuternder Bericht (Fn. 7), 17.

⁷⁰ Eine ausführliche Stellungnahme zum Revisionsentwurf findet sich bei R.M. Hilty, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft - Schweizer Modell vs. Europäische Vorgaben, sic! 2004, 966 ff.



In Bezug auf die hier interessierende Frage des Simulcasting und des Webcasting sind die Auswirkungen gering. Für den Bereich des Simulcasting ergäbe sich insofern eine Veränderung, als mit der Einführung von Art. 24b EURG ein Teil der Vervielfältigungshandlungen im Vorfeld des Streaming einem Zwang zur kollektiven Verwertung unterstellt würden. Auf das Webcasting wäre diese Ausnahmeregelung nicht anwendbar, zum einen, weil es sich dabei nach der hier vertretenen Auffassung gar nicht um Senden handelt, zum andern, weil die Webcaster keine Sendeunternehmen im Sinne des RTVG sind. Mit der Anknüpfung an den rundfunkrechtlichen Begriff des Sendeunternehmens wird für diese Sonderregelung ein relativ leicht handhabbares Abgrenzungskriterium eingeführt.

Unbefriedigend ist, dass sich an der gesetzlichen Lizenz des Art. 35 URG für die Verwendung im Handel erhältlicher Ton- und Tonbildträger zum Zwecke der Aufführung nichts ändern soll. Wie dargelegt, verstösst diese gesetzliche Lizenz, wenn sie auf Übermittlungsvorgänge im Internet angewandt wird, gegen den Drei-Stufen-Test des Art. 16 WPPT. Auch ist nicht zu verstehen, weshalb in Bezug auf die Zugänglichmachung im Handel erhältlicher Ton- und Tonbildträger ein Ausschliesslichkeitsrecht bestehen soll, für alle andern Arten der Internet-Übermittlung geschützter Leistungen aber nicht. Art. 35 URG sollte daher in dem Sinne präzisiert werden, dass die gesetzliche Lizenz zum Zwecke der Aufführung nur noch auf die Aufführung bzw.

sic! 2005 S. 96, 109

Vorführung von Ton- und Tonbildträgern vor einem räumlich anwesenden Publikum zielt, nicht aber auf Internet-Nutzungen. Dies könnte durch die Einfügung der Worte "Aufführung oder Vorführung vor einem räumlich anwesenden Publikum" bewirkt werden.

Ausserdem sollten Art. 35 Abs. 1 und 2 so umformuliert werden, dass sie der Anforderung von Art. 15 WPPT entsprechen, einen direkten Vergütungsanspruch auch zugunsten der Produzentinnen und Produzenten vorzusehen. Dabei müsste sich in der praktischen Umsetzung des Anspruchs gegenüber dem jetzigen Rechtszustand nichts ändern.

Ebenso ist zu überlegen, ob nicht auch noch in den Regelungen des Eigengebrauchs in Art. 19 Abs. 3 URG Anpassungsbedarf besteht. Nach der geltenden Regelung sind ausserhalb des privaten Kreises die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare oder die Aufnahme von Vorträgen, Aufführungen oder Vorführungen eines Werks auf Ton-, Tonbild- oder Datenträger nicht zulässig. Dies bedeutet, dass sowohl das Downloading als auch das Streamripping ausserhalb des persönlichen Bereichs keinen erlaubten Eigengebrauch darstellen. Falls nun aber ein Teil der Internet-Nutzungen nicht mehr als Aufführung bzw. Vorführung qualifiziert wird, sondern als eigenständige Nutzungsart des Zugänglichmachens, sollte das Aufnahmeverbot des Art. 19 Abs. 3 lit. d URG auch auf das Aufnehmen von zugänglich gemachten Werken und Darbietungen ausgedehnt werden. Damit wäre auch vom Wortlaut her sichergestellt, dass das unautorisierte Downloading ausserhalb des persönlichen Bereichs auch in Zukunft nicht durch die gesetzliche Lizenz des Eigengebrauchs gerechtfertigt wird. Dies ist nicht zuletzt dann von besonderer Bedeutung, wenn die zum Download angebotene Datei widerrechtlich hergestellt wurde⁷¹.

Schliesslich wäre zu prüfen, ob das Vervielfältigungsverbot des Art. 19 Abs. 3 lit. a URG für im Handel erhältliche Werkexemplare nicht ausdrücklich auch auf den Fall bezogen werden sollte, da Werke oder Darbietungen im Internet zum individuellen Abruf zugänglich gemacht werden. Der kommerzielle Internetvertrieb von Werken und Darbietungen wird durch das massenhafte private Kopieren in vergleichbarer Weise beeinträchtigt wie der Handel mit körperlichen Werkexemplaren. Bei der heute geltenden Formulierung kann davon ausgegangen werden, dass über Internet beziehbare "Werkexemplare" ebenfalls im Handel erhältlich sind. Wird nun aber

⁷¹ Vgl. dazu Weber/Unternährer (Fn. 17), 1381 f.

gemäss Revisionsvorschlag in Art. 22b und in Art. 35 EURG der Begriff "im Handel erhältlich" durch den Begriff "im Handel erhältlich oder zugänglich gemacht" ersetzt, so sollte dies der Klarheit halber auch in Art. 19 Abs. 3 lit. a URG geschehen. Es muss vermieden werden, dass über einen Umkehrschluss der Internetvertrieb von Ton- und Tonbildträgern oder von andern Dateien, die beim Empfänger oder bei der Empfängerin in Werkexemplare verwandelt werden können, keine Schranke der Vervielfältigung zum Eigengebrauch mehr bildet.

VI. Ergebnis

Fasst man die vorstehenden Überlegungen zusammen, so ergibt sich, dass Simulcasting im Kontext des WCT und des WPPT als "communication to the public", nicht aber als "broadcasting" zu qualifizieren ist, im Kontext des URG hingegen als "Senden" im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. d und Art. 33 Abs. 2 lit. b URG verstanden werden kann. Webcasting fällt in gleicher Weise unter die Begriffe der "communication to the public" im WCT und im WPPT und ist ebenfalls kein "broadcasting". Nach geltendem schweizerischem Recht stellt es ein "anderswo wahrnehmbar Machen" im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG dar. Hinsichtlich der gesetzlichen Lizenz des Art. 35 URG wäre Simulcasting als "Senden" zu qualifizieren, Webcasting dagegen als "Aufführen" bzw. "Vorführen".

Die vom Bundesrat vorgeschlagene URG-Revision würde an dieser Situation nur insofern etwas ändern, als gewisse Vervielfältigungshandlungen im Vorfeld des Simulcasting dem Zwang zur kollektiven Verwertung unterstellt würden. Das Webcasting würde von der Revision nicht betroffen.

Allerdings wäre es wünschbar, Art. 35 URG im Rahmen der geplanten Revision so zu ändern, dass die gesetzliche Lizenz für die Verwendung im Handel erhältlicher Ton- und Tonbildträger zum Zwecke der Aufführung bzw. Vorführung sich nicht mehr auf Internet-Nutzungen erstreckt. Webcasting sollte damit nicht mehr in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen, da die geltende Regelung dem Drei-Stufen-Test des WPPT widerspricht. In Art. 19 Abs. 3 URG sollte durch redaktionelle Anpassungen klar gestellt werden, dass Downloading und Streamripping ausserhalb des persönlichen Bereichs keinen erlaubten Eigengebrauch darstellen.

Mit diesen Korrekturen würde sich die Gesetzeslage der Schweiz deutlich den konventionsrechtlichen Vorgaben von WCT und WPPT annähern. In diesen Verträgen gibt es kein "broadcasting" im Internet, und es sollte auch im Urheberrecht der Schweiz keinen **Rundfunk im Internet** geben. Die Ausdehnung des urheberrechtlichen Sendeprivilegs auf das Simulcasting mag aus Gründen der Praktikabilität noch hingenommen werden. Eine Ausdehnung auf

sic! 2005 S. 96, 110

das Webcasting muss aber fast zwingend zur Kollision mit dem konventionsrechtlich verankerten Drei-Stufen-Test führen.

Zusammenfassung:

Die urheberrechtliche Qualifikation von Simulcasting und Webcasting ist stark umstritten. Während vor allem die Sendeunternehmen darin lediglich eine technische Variante des herkömmlichen Sendens sehen wollen, betrachtet die Tonträger- und Tonbildträgerindustrie diese Nutzungsarten als Abrufdienst. Der erste Standpunkt führt dazu, dass die bestehende gesetzliche Lizenz für das Senden oder Aufführen im Handel erhältlicher Ton- und Tonbildträger sich auch auf Simulcasting und Webcasting erstreckt. Nach der Gegenmeinung stehen den Berechtigten an geschützten Leistungen für diese Nutzungen Ausschliesslichkeitsrechte zu.

Der Meinungsstreit ist vor allem im Hinblick auf die Implementierung der beiden WIPO-Konventionen von 1996 in schweizerisches Recht von aktuellem Interesse. Der Beitrag analysiert daher zunächst das in WCT und WPPT verankerte Recht auf Zugänglichmachung und die Möglichkeiten seiner Umsetzung in das URG. Anschliessend werden der Vergütungsanspruch für Sendung und öffentliche Wiedergabe im WPPT und die entsprechende Bestimmung von Art. 35 URG dargelegt. Davon ausgehend wird dann versucht, Simulcasting und Webcasting den in den Konventions- bzw. Gesetzestexten umschriebenen Nutzungsarten zuzuordnen.



Die Untersuchung zeigt, dass Simulcasting und Webcasting konventionsrechtlich nicht als Senden qualifiziert werden können. Nach schweizerischem Recht ist allenfalls Simulcasting unter den Begriff des Sendens zu fassen, nicht aber Webcasting, welches als Aufführung zu qualifizieren ist. Die geplante URG-Revision würde an dieser rechtlichen Qualifikation kaum etwas ändern.

Mit dem Einbezug von Webcasting in den Anwendungsbereich der gesetzlichen Lizenz des Art. 35 URG verstösst die aktuelle schweizerische Regelung gegen den Drei-Stufen-Test des Art. 16 WPPT. Die bevorstehende Gesetzesrevision sollte daher nach Meinung des Verfassers dazu genutzt werden, diesen Anwendungsbereich entsprechend einzuschränken.

Résumé

Sous l'angle du droit d'auteur, la qualification du "simulcasting" et du "webcasting" est largement débattue. Alors que les entreprises de radiodiffusion ne veulent y voir qu'une variante technique de la diffusion ordinaire, l'industrie des phonogrammes et des vidéogrammes considère cette sorte d'utilisation comme un service sur demande. La première opinion a pour conséquence que la licence légale pour la diffusion ou l'exécution des phonogrammes et des vidéogrammes disponibles sur le marché s'étend aussi au "simulcasting" et au "webcasting". Si l'on suit l'avis contraire, les ayants droit des prestations protégées sont au bénéfice de droits exclusifs sur ces utilisations.

La controverse est actuellement d'un intérêt particulier eu égard à la transposition des deux traités de l'OMPI de 1996 dans le droit suisse. Dès lors, l'article analyse d'abord le droit, ancré dans le WCT et le WPPT, de rendre les oeuvres accessibles et les possibilités de le concrétiser dans la LDA. Puis sont exposés le droit à rémunération pour la diffusion et l'exécution publique selon le WPPT et les dispositions correspondantes de l'art. 35 LDA. Ensuite, on tente de classer le "simulcasting" et le "webcasting" parmi les genres d'utilisation décrits dans le texte des traités et dans la loi.

Cet examen montre que ni le "simulcasting" ni le "webcasting" ne peuvent être qualifiés de diffusion au sens des traités. Selon le droit suisse, le "simulcasting" tombe toutefois sous le terme de diffusion, mais pas le "webcasting", qui doit être qualifié comme étant une exécution. Le projet de révision de la LDA ne changerait pratiquement rien à cette qualification légale.

La réglementation suisse actuelle, en ayant inclus le "webcasting" dans le champ d'application de la licence légale de l'art. 35 LDA, contrevient au test des trois étapes de l'art. 16 WPPT. De l'avis de l'auteur, la révision de la loi devrait dès lors être utilisée pour limiter ce champ d'application en conséquence.