

Rolf Auf der Maur | Elias Mühlemann

On Demand Streaming Plattformen im Schweizer (Urheber-)Recht

Fragen und Antworten zu ihrer Rolle und Verantwortlichkeit am Beispiel der neuen VOD-Abgabe

Das Urheberrecht enthält neu eine Abgabepflicht für VOD-Anbieter, die Nutzern in der Schweiz Filme zum Abruf zugänglich machen. Erste Stimmen in der Lehre lassen vermuten, dass nicht hinreichend klar ist, wer die neue Abgabe schuldet. Die Beantwortung dieser Frage setzt eine Analyse der Rollen der am Vorgang des Zugänglichmachens beteiligten Marktteilnehmer voraus. Diese Analyse muss die funktionalen, technischen und vertraglichen Aspekte des anspruchsbegründenden Vorgangs umfassen: das erlaubterweise Zugänglichmachen von (nicht von einer Ausnahme erfassten) audiovisuellen Werken in der Schweiz. Andernfalls sind Missverständnisse unvermeidlich, denn das Schweizer Recht kennt keine spezialgesetzliche Regelung der zivilrechtlichen Verantwortung von Onlinediensteanbietern.

La loi sur le droit d'auteur (LDA) contient désormais une obligation de rémunération à la charge des fournisseurs de vidéo à la demande (VOD) qui mettent des films à la disposition d'utilisateurs en Suisse. Les premiers commentaires de la doctrine laissent suggérer que la loi n'indique pas assez clairement à qui il revient de payer cette nouvelle redevance. La réponse à cette question nécessite une analyse des rôles des acteurs du marché impliqués dans le processus de mise à disposition de ces films. Cette analyse doit porter sur les aspects fonctionnels, techniques et contractuels de la transaction à l'origine de la créance: la mise à disposition licite d'œuvres audiovisuelles en Suisse (qui n'est pas couverte par une exception). Sinon, les malentendus sont inévitables, car le droit suisse ne prévoit pas de réglementation juridique particulière en matière de responsabilité civile des fournisseurs de services en ligne.

- I. On demand Streaming: «the new normal»
- II. VOD-Marktteilnehmer und ihre Rollen
- III. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Onlinediensten
- IV. Die neue VOD-Abgabe im URG
 1. Konzeption des Gesetzgebers
 2. Wer ist vergütungspflichtig?
 3. Würdigung des Konzepts der VOD-Abgabe

I. On demand Streaming: «the new normal»

Abrufdienste über Internet haben die Urheberrechtsindustrie in weniger als einem Jahrzehnt buchstäblich auf den Kopf gestellt: Der Siegeszug der Abo-Modelle für Musikaufnahmen hat ohne grossen Verzug auch die Film- und TV-Branche erfasst. Netflix war der Wegbereiter für das Zugänglichmachen von Filmen und Serien. Inzwischen verzichtet kaum ein relevanter Hersteller von audiovisuellen Inhal-

ten darauf, seine Kunden direkt über ein internetbasiertes Streaming-Angebot zu erreichen: von DAZN im Bereich der Sportübertragungen, über Disney+ für sein eigenes Ökosystem von Entertainmentinhalten bis hin zur Service Public Anbieterin SRG mit Play Suisse. Diese Entwicklung setzt die traditionellen Verwertungsformen und die bis anhin eingespielten Wertschöpfungsketten unter Druck.

VOD-Angebote treten so zunehmend an die Stelle des linearen Fernsehens und tangieren damit die gleichen öffentlichen Interessen: Jugendschutz, Einfluss auf die politische Meinungsbildung, Filmförderung, Konsumentenschutz und branchenspezifische Werbeverbote. Während die EU bereits im Jahr 2010 ihre TV-Regulierung auf audiovisuelle Mediendienste ausdehnte und anpasste,¹ sind VOD-Anbieter in der Schweiz von der aktuellen Medienregulierung nur punktuell erfasst.² Das ist wohl (auch) darauf zurückzuführen, dass die verfassungsrechtliche Grundlage für eine Kom-

ROLF AUF DER MAUR, Dr. iur., Zürich.

ELIAS MÜHLEMANN, M.A. HSG in Law and Economics, LL.M., Zürich.

- 1 Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste, geändert mit Richtlinie 2018/1808/EU («AVMD»).
- 2 Das Filmgesetz sieht in Art. 24 Abs. 3^{bis} seit 2016 eine Registrierungs- und Meldepflicht für VOD-Anbieter vor. Die strengen Vorgaben des RTVG im Bereich der Werbung und des Sponsorings sowie beim Jugendschutz gelten nur für TV-Veranstalter. Für VOD-Anbieter sind bislang nur die branchenspezifischen Werberegulierungen (z.B. im Bereich Alkohol und Tabak) sowie die allgemeinen Schranken des Lauterkeitsrechts anwendbar.

petenz des Bundes zur Regulierung von elektronischen Medien umstritten ist.³

Aktuell sind aber auch in der Schweiz diverse Bestrebungen im Gang, VOD-Anbieter regulatorisch in die Pflicht zu nehmen.⁴ Bereits gesetzgeberisch umgesetzt ist die Einführung einer Abgabe auf VOD-Angeboten in Art. 13a für Urheberrechte und Art. 35a für Leistungsschutzrechte im URG.⁵ Die Verhandlungen für einen entsprechenden Tarif sind noch im Gange.⁶

Der Schutz von Urheberrechten stellt zwar ein privates Interesse dar, doch waren dem Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers immer schon Grenzen gesetzt, um öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Erinnerung sei in diesem Zusammenhang an die zahlreichen Schrankenbestimmungen, wobei das Schweizer Recht seinen durch internationale Abkommen beschränkten Spielraum seit geraumer Zeit grosszügig nutzt.⁷ Mit Art. 13a und 35a URG greift das Urheberrecht nun erstmals direkt in die Vertragsfreiheit ein, denn bisher fehlten im Schweizer Recht Regeln zum Urhebervertragsrecht.⁸ VOD-Anbieter sollen zwar wie bisher das Recht zum Zugänglichmachen vom Rechteinhaber erwerben und die vertragstypischen Konditionen aushandeln. Allerdings mit einer gewichtigen Ausnahme: die Vergütung für Urheber und Leistungsschutzberechtigte. Diese sollen die VOD-Anbieter in Form einer Abgabe an die Verwertungsgesellschaft SSA entrichten, die ihrerseits für die Verteilung an die (ihr bekannten) Berechtigten besorgt ist. Damit wollte der Gesetzgeber den sogenannten «Value Gap» zwischen den als ungenügend empfundenen Erträgen der an der Herstellung von Filmen beteiligten Personen und den vermuteten hohen Gewinnen der VOD-Anbieter überbrücken.⁹ Es geht also um eine Art des Sozialschutzes, der als öffentliches Interesse für den Eingriff in die Vertragsfreiheit ausgemacht wird.

Dieser Beitrag beschränkt sich auf die Frage, welcher Anbieter ein audiovisuelles Werk «erlaubterweise zugänglich macht» und damit Schuldner der neuen Abgabe ist. Was sich einfach anhört, bedarf angesichts weitverbreiteter Missverständnisse über die Rolle und die Verantwortlichkeit der am Vorgang des Zugänglichmachens beteiligten Marktteilnehmer einer näheren Betrachtung.

II. VOD-Marktteilnehmer und ihre Rollen

Am VOD Geschäftsmodell sind typischerweise mehrere Marktteilnehmer beteiligt, die mit Bezug auf den Vorgang des Zugänglichmachens von audiovisuellen Inhalten unterschiedliche Rollen einnehmen können.¹⁰

- **«Produzent»:** Der Produzent hält die Verwertungsrechte am audiovisuellen Werk. Typischerweise hat er diese Rechte vom Autor bzw. Drehbuchautor, vom Regisseur, von den Schauspielern und von anderen Mitwirkenden erworben und an sich abtreten lassen. Oft sind mehrere Produzenten an einem Filmwerk beteiligt, doch liegen die kommerziellen Verwertungsrechte meist bei einer einzigen (juristischen) Person.
- **«Distributor»:** Der Distributor ist vertraglich berechtigt, das Werk in spezifischen Ländern und/oder auf definier-

ten Verbreitungs Kanälen (Kino, Free TV, VOD) zu verwenden. Distributor kann der Produzent selber oder ein von ihm beauftragter Dritter sein.

- **«VOD-Anbieter»:** Der VOD-Anbieter erwirbt vom Produzenten oder vom Distributor das Recht zur Zugänglichmachung von Werken und kuratiert damit ein VOD-Angebot für seine Kunden. Dieses Angebot kann er über verschiedene Kanäle zugänglich machen. So kann er eine eigene Onlineplattform betreiben, damit die Kunden über einen Webbrowser darauf zugreifen können. Er kann den Nutzern aber auch Apps zur Installation auf Mobiltelefonen, Computern oder auf Smart TV Geräten zur Verfügung stellen, wobei er diese Apps über einen oder mehrere App Stores zum Download bereitstellt. Schliesslich kann er sein Angebot auch über «Plattform Provider» anbieten, die verschiedene VOD-Angebote aggregieren oder als Teil eines «Bundle» zugänglich machen. VOD-Anbieter verfolgen unterschiedliche Geschäftsmodelle, die aber stets in eine der folgenden Kategorien fallen dürften: SVOD (Subscription VOD), TVOD (Transactional VOD), AVOD (Advertising supported VOD) und FVOD (Free VOD).

3 Vgl. P. HETTICH, Regulierung von audiovisuellen Abrufdiensten (Video On Demand) – Nur eine Frage des Nachvollzugs der neuen europäischen Richtlinie 2007/65/EG?, ZBl 2009, 355; M. DUMERMUTH, Die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der elektronischen Medien nach Art. 93 BV, ZBl 2016, 335 ff.

4 So etwa das Bundesgesetz über den Jugendschutz in den Bereichen Film und Videospiele (JSFVG) (Entwurf) (BBl 2020, 8295) und die geplante Einführung einer Pflicht zur Investition in Schweizer Filme für VOD-Anbieter, gekoppelt mit einer 30%-Quote für Europäische Filme als Teil der Kulturbotschaft 2021–2024 vom 26. Februar 2020, die eine entsprechende Revision des Filmgesetzes vorsieht.

5 In Kraft seit 1. April 2020 (AS 2020 1003; BBl 2018, 591).

6 Unter Federführung der SSA verhandeln die Verwertungsgesellschaften seit Mai 2020 mit Nutzerverbänden über einen gemeinsamen Tarif («GT 14»).

7 Die in der Praxis wichtigste Schranke ist die Verwendung von Werken und Leistungen zum Eigengebrauch gemäss Art. 19 URG. Die Anzahl der Schrankenbestimmungen wächst aber stetig. Allein anlässlich der jüngsten Revision des Urheberrechts wurde Art. 24 URG um zwei neue Schrankenbestimmungen ergänzt: die Verwendung von Werken zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung (Art. 24d) sowie zur Erstellung von Bestandesverzeichnissen durch Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Sammlungen und Archive (Art. 24e), in Kraft seit 1. April 2020 (AS 2020 1003).

8 R. M. HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 356.

9 Bundesrätin Sommaruga in der parlamentarischen Debatte: «Für die Kulturschaffenden wiederum enthält die Vorlage Massnahmen, um den sogenannten «value gap» zu reduzieren. Das heisst, Kulturschaffende erzielen heute bei Online-Nutzungen ihrer Werke deutlich geringere Einnahmen als früher bei den sogenannten traditionellen Offline-Nutzungen, und das möchten wir mit dieser Vorlage ein Stück weit korrigieren.» (Amtl. Bull. NR 2018, 2186; vgl. auch Amtl. Bull. NR 2018, 2190). So dazu auch E. J. BREM, Die neuen Vergütungsansprüche für das Zugänglichmachen von audiovisuellen Werken und von Darbietungen in audiovisuellen Werken, sic! 2020, 610; HILTY (Fn. 8), N 354; K.-P. UHLIG, Zugänglichmachen von audiovisuellen Werken und Darbietungen, in: P. Mosimann (Hg.), Das revidierte Urheberrecht, Basel 2020, N 63.

10 Das unterscheidet diese Verwertungsform deutlich von den anderen (klassischen) Verwertungsformen wie Kino oder Fernsehen. Im linearen Fernsehen sind die Rollen beispielsweise klar verteilt. Es gibt Programmveranstalter und (Weiter-)Verbreiter. Der Veranstalter gestaltet das Programm (und ist für dessen Inhalt verantwortlich). Der Verbreiter transportiert das Sendesignal an seine Kunden, darf den vom Programmveranstalter bereitgestellten Inhalt aber nicht abändern.

- **«Plattform Provider»:** Der Plattform Provider betreibt ein System, über das Endkunden verschiedenste Angebote nutzen können, darunter auch von ihm auf der Plattform integrierte VOD-Angebote Dritter. Bekannte Plattform Provider sind Apple TV, Samsung TV, oder auch die Plattformen der TV Verbreiter Swisscom und Sunrise-UPC. Plattform Provider können VOD-Angebote mit anderen Diensten in sog. «Bundles» kombinieren und anbieten. In diesen Fällen treffen sie zwar die Auswahl der in einem Bundle enthaltenen Angebote Dritter, sie werden damit aber nicht zu Kuratoren dieser Angebote. Diese Rolle verbleibt beim VOD-Anbieter.
- **«Sharing-Dienst»:** Der Betreiber eines Sharing-Dienstes ermöglicht es Nutzern, Inhalte (darunter auch audiovisuelle Werke) so zugänglich zu machen, dass andere Nutzer auf diese Inhalte zugreifen und sie streamen oder auf ein eigenes Gerät kopieren können. Die bekanntesten Anbieter im Bereich des Teilens von audiovisuellen Inhalten sind Social-Media-Betreiber wie Youtube und Facebook oder auch die Plattform Vimeo. Sie kuratieren den über ihre Dienste zugänglichen «User Generated Content» nicht, üben aber über ihre Nutzungsbedingungen einen gewissen Einfluss darauf aus. So verbieten die Betreiber von Sharing-Diensten in der Regel rechtsverletzende Inhalte und ergreifen auch geeignete Massnahmen, um Rechtsverletzungen zu unterbinden, wenn sie davon Kenntnis erlangen.
- **«Hoster»:** Der Hoster betreibt die Serverinfrastruktur, auf der seine Kunden VOD-Angebote (und andere Daten und Applikationen) speichern und zum Abruf bereitstellen können. VOD-Anbieter benötigen somit einen Hoster, damit sie ihr Angebot über Internet zugänglich machen können, sofern sie die Hosting-Infrastruktur nicht selber betreiben. Auch der Sharing-Dienst benötigt einen Hoster, wenn er diese Funktion nicht selber wahrnimmt. Oft werden Sharing-Dienste und Hoster denn auch gleichgesetzt, obwohl es um unterschiedliche Rollen geht. Der Hoster hat keinen Einfluss auf die durch seine Kunden gespeicherten Inhalte, schliesst aber – ähnlich wie der Sharing-Dienst – in seinen Nutzungsbedingungen rechtsverletzende Inhalte aus und trifft geeignete Massnahmen, um Rechtsverletzungen zu unterbinden, wenn er davon Kenntnis erhält. Das revidierte URG verpflichtet Hosting Anbieter überdies zur Verhinderung wiederholter Rechtsverletzungen (sog. «Stay Down»), sofern sie *«eine besondere Gefahr solcher Rechtsverletzungen schaffen, namentlich durch eine technische Funktionsweise oder eine wirtschaftliche Ausrichtung, die Rechtsverletzungen begünstigt.»*¹¹ Die Bestimmung richtet sich ausschliesslich an sogenannte «Piraterie Hoster». Die im Schweizer Hosting-Geschäft tätigen Anbieter befolgen einen als Massnahme der Selbstregulierung erlassenen Code of Conduct des Branchenverbandes Swico.¹²
- **«Access Provider»:** Der Access Provider betreibt die Kommunikationsinfrastruktur und Dienste, die für den Zugang zum Internet erforderlich sind. Er betreibt damit einen Dienst der Grundversorgung, ohne aber auf die Art der über seine Infrastruktur geleiteten Daten Einfluss zu

nehmen. Das Bundesgericht hat 2019 in einem Leitescheid klargestellt, dass Access Provider nicht für unzulässige Inhalte im Internet verantwortlich gemacht werden können, da sie keinen konkreten Tatbeitrag zu einer Urheberrechtsverletzung leisten.¹³ Seit 1. Januar 2021 sind Access Provider zudem explizit zur Netzneutralität verpflichtet – sie dürfen also bei der Übermittlung der Daten nicht einzelne Anbieter (z.B. einen bestimmten Sharing-Dienst) bevorzugen.¹⁴

Diese von Anglizismen dominierten Begriffe sind vom dynamischen technologischen Wandel geprägt und finden kaum einheitliche Anwendung, insbesondere über die Sprachgrenzen hinweg. Das gilt auch für die Gesetzgebung. Die EU führte 2010 mit der AVMD den Begriff der «audiovisuellen Mediendienste» ein. Mit der Revision 2018 fand in Art. 1 der Begriff des «Video-Sharing-Plattform-Dienstes» Eingang in die AVMD. Ein solcher Dienst bezweckt, *«Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Video-Sharing-Plattform-Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze [...] bereitzustellen.»* Die EU Richtlinie 2019/790 führte in Art. 2 erstmals den Begriff des «Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten» in das EU Urheberrecht ein. Auch der Gesetzgeber in der Schweiz will neuerdings Sharing-Dienste in die Pflicht nehmen, bezeichnet diese aber zum Beispiel im Entwurf zum Bundesgesetz über den Jugendschutz in den Bereichen Film und Videospiele als «Plattformdienste».¹⁵ Die Filmverordnung verwendet seit 2016 den Begriff des «elektronischen Abruf- oder Abonnementsdienstes» für VOD-Anbieter und verpflichtet diese, Informationen über die abgerufenen Filme zu rapportieren.¹⁶ Gemeinsam ist diesen Definitionen, dass der Sharing-Dienst keine redaktionelle Verantwortung für die geteilten Inhalte trägt, diese aber «organisiert». Unabdingbar ist im Zusammenhang mit der Diskussion um die Verantwortlichkeit eines Anbieters daher stets eine genaue Analyse seiner funktionalen, technischen und vertraglichen Rolle. Weniger entscheidend ist die verwendete Terminologie.

Einzelne Anbieter können gleichzeitig unterschiedliche Rollen einnehmen: Ein TV-Veranstalter kann (als Produzent) seine Sendungen (zusätzlich zum linearen Programm) über eine eigene Onlineplattform veröffentlichen. Gleichzeitig kann er seine Sendungen über Sharing-Dienste

11 Art. 39b URG (in Kraft seit 1. April 2020 [AS 2020 1003; BBl 2018, 591]).

12 <www.swico.ch/de/wissen/normen-standards/code-conducts-hosting/> (Januar 2021).

13 BGE 145 III 72 ff. (E 2.3.2).

14 Art. 12e FMG (in Kraft seit 1. Januar 2021 [AS 2020 6159; BBl 2017, 6559]).

15 Art. 5 E-JSVFG definiert den Begriff des Plattformdienstes als *«Dienst oder abtrennbarer Teil eines Dienstes, dessen Hauptzweck darin besteht, der Allgemeinheit eine elektronische Plattform bereitzustellen, auf die die Nutzerinnen und Nutzer selbst Filme und Videospiele hochladen und von der sie diese abrufen können, wobei die Anbieterin des Plattformdienstes die Organisation der nutzergenerierten Inhalte bestimmt, aber keine redaktionelle Verantwortung für diese Inhalte trägt.»*

16 Art. 16a FiV: Meldepflicht für Unternehmen, die Filme ausserhalb der Kinos verwerthen (in Kraft seit 1. Januar 2016 [AS 2015 5639]).

wie etwa Youtube oder Facebook bereitstellen – oder die Rechte für die Online-Verwertung einem VOD-Anbieter wie Netflix einräumen. Der TV-Veranstalter ist in einem solchen Fall also gleichzeitig Produzent, Distributor (für den Inhalt auf Netflix) und VOD-Anbieter (als Betreiber der eigenen Plattform). Youtube als klassischer Sharing-Dienst kann auch eigene Angebote kuratieren und zugänglich machen (z.B. mit Youtube Originals¹⁷). Damit nimmt Youtube für diese Werke (und nur für diese) die Rolle des VOD-Anbieters ein. Ein Access Provider oder ein Hostler kann auch ein VOD-Angebot betreiben, oder aber auf seiner Plattform (als Plattform Provider) Angebote Dritter in Bundles integrieren.¹⁸ Damit macht aber nicht der Plattform Provider die Werke zugänglich (und schon gar nicht der Access Provider oder der Hosting Provider), sondern wiederum einzig der VOD-Anbieter.

III. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Onlinediensten

Die Schweiz hat im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen (etwa die EU Staaten gestützt auf die E-Commerce Richtlinie¹⁹ und die USA mit dem Digital Millennium Copyright Act²⁰) die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Onlinedienste nie spezialgesetzlich geregelt. Das Schweizer Recht verzichtet somit auf eine Privilegierung der Anbieter, nimmt sie aber auch nicht spezialgesetzlich in die Pflicht. Die Anwendung der allgemeinen Regelung der Haftpflicht für Teilnahmehandlungen gemäss Art. 50 OR hat sich im Bereich der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit bewährt. Ein Anbieter leistet erst dann einen relevanten Tatbeitrag zu einer Urheberrechtsverletzung, wenn ein bewusstes Zusammenwirken mit dem Verletzer entsteht. Dafür muss er eine hinreichend konkrete Kenntnis vom rechtsverletzenden Verhalten seines Kunden haben und trotzdem untätig bleiben, sodass das widerrechtliche Angebot weiterhin besteht.²¹ Noch 2015 hielt der Bundesrat in einem Bericht zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Providern eine spezialgesetzliche Regulierung für nicht notwendig. Er lobte in diesem Zusammenhang ausdrücklich die bei Onlineplattformen etablierten Notice-and-Takedown-Verfahren.²²

Wenn es darum geht, die Verantwortlichkeit eines einzelnen Akteurs zu bestimmen, gilt es somit, seinen «Tatbeitrag» zur rechtsverletzenden Handlung zu analysieren. Keine Teilnahmehandlung liegt gemäss Bundesgericht vor, wenn der Beitrag *«lediglich irgendwie von förderndem Einfluss ist, jedoch nicht in hinreichendem Zusammenhang mit der Tat selber steht.»*²³ Bei der Analyse des Sachverhaltes genügt es nicht, mit interpretationsbedürftigen Begriffen wie «Social Media» oder gar mit Namen wie «Facebook» oder «Youtube» zu operieren, auch wenn diese in bestimmten Bereichen sehr bekannt oder erfolgreich sind. Die vorstehend zitierten Erwägungen des Bundesgerichts beziehen sich zwar auf die Verantwortlichkeit von Access Providern für rechtsverletzende Handlungen, doch lassen sie sich auch auf eine anspruchsbegründende Handlung anwenden. Der Lebenssachverhalt ist derselbe: es geht um den Akt des Zugänglich-

machens, ob dieser nun auf vertraglicher Basis erfolgt, also mit Zustimmung des Rechteinhabers (und damit gemäss der neuen Regelung des Urheberrechts eine Zahlungspflicht unter dem GT 14 auslöst) oder auf ausservertraglicher Basis ohne Zustimmung des Rechteinhabers (in diesem Falle liegt eine Rechtsverletzung vor).

IV. Die neue VOD-Abgabe im URG

1. Konzeption des Gesetzgebers

Mit der jüngsten Revision des Urheberrechtsgesetzes führte der Gesetzgeber eine Vergütungspflicht für das Zugänglichmachen von audiovisuellen Werken ein: *«Wer ein audiovisuelles Werk erlaubterweise so zugänglich macht, dass Personen von Ort und Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben, schuldet den Urhebern und Urheberinnen, die das audiovisuelle Werk geschaffen haben, hierfür eine Vergütung»* (Art. 13a URG; analog auch in Art. 35a URG für die verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler).

Konzeptionell ist die Vergütung als gesetzlicher Beteiligungsanspruch umgesetzt, der über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft wahrzunehmen ist. Das bedeutet konkret, dass der Urheber (oder der ausübende Künstler) das ihm zustehende Ausschliesslichkeitsrecht (ein Werk so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben) weiterhin durch individuellen Vertrag wahrnimmt, indem er dieses beispielsweise wie in der Filmindustrie üblich an eine Produktionsfirma abtritt. Produzenten müssen sich also das Recht auf Zugänglichmachung weiterhin durch eine Individualvereinbarung vom Urheber bzw. von den ausübenden Künstlern abtreten oder einräumen lassen. Der Produzent wiederum räumt dem VOD-Anbieter (entweder direkt oder über einen Distributor) das Recht zur Zugänglichmachung ein und vereinbart mit diesem die für einen Lizenzvertrag typischen Regelungspunkte sowie die Art der Ausübung der Rechte, also

17 www.youtube.com/originals/videos (Januar 2021).

18 So bietet Swisscom beispielsweise als Teil des «TV X» Angebots auch einen Netflix-Zugang an www.swisscom.ch/de/privatkunden/abostarife/inone-home/swisscom-blue-tv.html (Januar 2021).

19 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. vom 17. Juli 2000, Nr. L 178, 1). Die EU Kommission beabsichtigt mit den am 15. Dezember 2020 veröffentlichten Entwürfen zu einem «Digital Services Act» bzw. einem «Digital Markets Act» weitere Vorgaben zu implementieren, insbesondere für Plattformen mit grosser Reichweite (Gatekeepers).

20 The Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA; Pub. L. No. 105–304, 112 Stat. 2860, Oct. 28, 1998).

21 Siehe dazu auch C. P. RIGAMONTI, Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?, sic! 2016, 121 f.; auch F. THOUVENIN/B. STILLER/P. HETTINGER/T. BOCEK/K. REUTIMANN, Keine Netzsperrern im Urheberrecht, sic! 2017, 719 f.; C. P. RIGAMONTI/M. WULLSCHLEGER, Zur Teilnahme an Urheberrechtsverletzungen, sic! 2018, 51 f.

22 Bundesrat, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern: Bericht des Bundesrates vom 11. Dezember 2015, www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-12-110/ber-br-d.pdf (Januar 2021).

23 BGE 145 III 72 ff. E 2.3.1.

beispielsweise ob der Download zulässig ist, ob das Werk auch in werbefinanzierte Angebote integriert werden darf, ob das Auswertungsfenster beschränkt ist (etwa zum Schutz der Kinoauswertung) und vieles mehr.

Anstelle der bis anhin vertraglich vereinbarten Vergütung für die Einräumung des Rechts, ein Werk zugänglich zu machen, tritt nun aber die gesetzliche Abgabe zu Gunsten der an der Verteilung beteiligten Urheber und Mitwirkenden. Es handelt sich also nicht um den Anwendungsfall einer gesetzlichen Lizenz, bei der der Nutzer durch Bezahlung des anwendbaren Tarifs das Recht erwirbt, ein Werk zu nutzen.²⁴

Die Höhe und die übrigen Konditionen dieser Abgabe sind Gegenstand von Tarifverhandlungen. Die federführende Verwertungsgesellschaft SSA will der ESchK den Tarif im Mai 2021 vorlegen, damit dieser – eine rechtskräftige Genehmigung vorausgesetzt – per 1. Januar 2022 in Kraft treten kann. Unter anderem werden auch die Frage der rückwirkenden Anwendung und die Frage der Ausklammerung von Lizenzverträgen, die vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung geschlossen wurden und noch andauern, zu klären sein. Nicht ohne weiteres erschliesst sich ferner der Sinngehalt der in Art. 13a Abs. 2 und Art. 35a Abs. 2 URG enthaltenen Kataloge von Werken und Leistungen, die von der Vergütungspflicht ausgenommen sind. Die gleichlautenden Bestimmungen beinhalten unbestimmte Rechtsbegriffe, die Interpretationsspielraum eröffnen. Teilweise wurden diese Fragen in ersten Kommentaren bereits aufgeworfen.²⁵ Nachstehend gehen wir einzig der Frage nach, wer die neue Abgabe entrichten soll.

2. Wer ist vergütungspflichtig?

Der Vergütungspflicht nach Art. 13a und Art. 35a URG unterstehen jene Personen, die ein Werk «zugänglich machen». Damit nimmt der Gesetzgeber die Formulierung und die Konzeption von Art. 10 Abs. 2 lit. c bzw. Art. 33 Abs. 2 lit. a URG auf. Urheber bzw. ausübende Künstler haben das ausschliessliche Recht, das Werk «so zugänglich zu machen, dass Personen von Orten und Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben». Folgerichtig kann nur der Vergütungspflicht unterliegen, wer vom originären Urheber das entsprechende Ausschliesslichkeitsrecht vertraglich übertragen erhalten hat. Art. 13a und 35a URG setzen voraus, dass das Zugänglichmachen «erlaubterweise» erfolgte. Macht ein Nutzer eines Sharing-Dienstes ein Werk ohne Einwilligung des Rechteinhabers zugänglich, liegt kein Anwendungsfall für die Vergütungspflicht vor. Dann handelt es sich um eine Rechtsverletzung, gegen die sich der Rechteinhaber mit den bewährten Rechtsbehelfen des Urheberrechts zivilrechtlich oder strafrechtlich zur Wehr setzen kann.

Macht der Produzent oder der Distributor ein Filmwerk über einen Sharing-Dienst den Nutzern selber zugänglich, ist der Akt des Zugänglichmachens nicht dem Sharing-Dienst zuzurechnen. Veröffentlicht beispielsweise das SRF einen DOK-Film über den eigenen Youtube-Kanal «SRF DOK», so macht das SRF den Film (erlaubterweise) zugäng-

lich i.S. von Art. 10 URG, nicht Youtube. Das SRF überträgt das Recht, den Film zugänglich zu machen, nicht an Youtube, sondern nutzt nur dessen Infrastruktur (Plattform), um das Werk selber zu verwerten. Meinungen in der Lehre, wonach auch Social-Media-Dienste *per se* der Vergütungspflicht zu unterstellen sind, falls deren Nutzer Werke hochladen und zugänglich machen, blenden die Rolle und Verantwortlichkeit der einzelnen Anbieter aus, bzw. setzen sich mit diesen nicht hinreichend auseinander.²⁶

Etwas verwirrend mag auf den ersten Blick die Ausnahmebestimmung von Art. 13a Abs. 2 URG wirken. Diese sieht vor, dass die persönliche Verwertung eines Werks durch den Urheber (der diese Rechte also nicht an einen Dritten, z.B. einen Produzenten, abgetreten hat) keiner Vergütung unterliegt. Art. 13a Abs. 2 URG schliesst aus, dass ein Urheber sich selber eine Vergütung schuldet, die er aber über den Umweg der kollektiven Verwertung der SSA zu bezahlen hätte. Art. 13a Abs. 2 URG nimmt hingegen keine Wertung dahingehend vor, wer das Werk i.S.v. Art. 10 URG zugänglich macht. Im vorstehend genannten Beispiel wäre es das SRF (unter der Annahme, dass es sich das Recht zur Zugänglichmachung vorher von den Berechtigten einräumen liess).

Auch aus dem EU-Recht lässt sich nicht ableiten, dass Sharing-Dienste Werke im urheberrechtlichen Sinne zugänglich machen. Die EU-Richtlinie 2019/790 verpflichtet die Mitgliedsstaaten zwar unter anderem in Art. 17(1) dazu, eine rechtliche Fiktion zu schaffen, damit «der Dienstanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine (...) Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung für die Zwecke dieser Richtlinie vornimmt». Dienstanbieter können sich aber nach Art. 17(4) von dieser Fiktion befreien. Würden diese Dienstanbieter tatsächlich Werke im urheberrechtlichen Sinn zugänglich machen, wäre die Vorgabe nach Art. 17(1) in dieser Form nicht notwendig. Die Ausnahmebestimmung nach Art. 17(4) wäre systemwidrig. Hätte der Gesetzgeber in der Schweiz eine ähnliche (fiktive) Ausweitung des Begriffs des Zugänglichmachens für den Zweck der VOD-Abgabe einführen wollen, wäre dies im neuen Art. 13a bzw. 35a URG explizit festzuhalten gewesen. Die Bestrebungen in der EU, Sharing-Diensten gewisse Pflichten aufzuerlegen, waren zur Zeit der Gesetzesrevision in der Schweiz bereits bekannt. Die Botschaft des Bundesrats zum revidierten URG enthält jedenfalls keine Aussage in diese Richtung.²⁷

24 Beispielsweise die gesetzliche Lizenz zur Nutzung von im Handel erhältlichen Musikaufnahmen für Fernsehsendungen gemäss GT S der SUISA.

25 Vgl. BREM (Fn. 9), 619; V. SALVADÉ, La responsabilité des plateformes au regard de la révision du droit d'auteur, jusletter 25. Mai 2020, N 42 f.; HILTY (Fn. 8), N 357 ff.; UHLIG, (Fn. 9) N 57 ff.

26 BREM (Fn. 9), 609, vertritt die Auffassung, dass Anbieter von Online-Angeboten der Vergütungspflicht auch dann zu unterstellen sind, wenn Werke z.B. im Bereich von Social Media von Dritten hochgeladen werden. SALVADÉ (Fn. 25), N 40 sieht «bonnes raisons» für eine Vergütungspflicht von Social-Media-Anbietern. UHLIG (Fn. 9), N 88; lässt mit Verweis auf die EU-Richtlinie 2019/790 offen, «ob und unter welchen Umständen» auch Betreiber von Social-Media-Plattformen für Filme von Nutzern in Anspruch genommen werden können.

27 BBl 2018, 591.

Fazit: Vergütungspflichtig nach Art. 13a/35a URG ist, wer ein Werk zugänglich macht i.S.v. Art. 10 bzw. 33 URG. Sharing-Dienste oder Platform Provider schulden keine VOD-Abgabe, ausser sie erwerben das Recht zum Zugänglichmachen nach Art. 10 bzw. 33 URG und kuratieren damit ein eigenes VOD-Angebot.

3. Würdigung des Konzepts der VOD-Abgabe

Der Gesetzgeber wollte mit der neuen VOD-Abgabe den Urhebern und ausübenden Künstlern Einnahmen aus der Online-Nutzung ihrer Werke sichern und dadurch den sog. «Value Gap» reduzieren. Ob sich dieses Ziel mit der vom Gesetzgeber gewählten Konzeption erreichen lässt, ist zumindest fragwürdig. Die Rechteinhaber (Produzenten und Distributoren) müssten dazu bereit sein, in künftigen Verträgen mit VOD-Anbietern ihre Lizenzgebühren um jene Beträge zu kürzen, welche letztere dereinst unter dem GT 14 der

SSA zu entrichten haben. Nur so liesse sich vermeiden, dass die Konsumenten am Ende doppelt für ihren Werkgenuss bezahlen.²⁸

Diese Vorstellung dürfte illusorisch bleiben. Bei Produktionen, die nicht ausschliesslich für den Schweizer Markt bestimmt sind, wird sich die Höhe des Honorars eines Schauspielers nicht wegen Art. 35a URG reduzieren. Vielmehr dürften Schweizer Drehbuchautoren und Schauspieler durch die neue Abgabe im internationalen Markt benachteiligt werden, weil dadurch ihre Leistungen für die Verwertung unattraktiver werden. Sollte der GT 14 prohibitiv hoch ausfallen, dürften zudem VOD-Anbieter die vom Tarif erfassten Werke in der Schweiz ganz einfach nicht mehr zugänglich machen oder aber ihr gesamtes Angebot für Zugriffe aus der Schweiz sperren, beispielsweise durch Geoblocking-Massnahmen. Welche Akteure schlussendlich die Vergütungspflicht am meisten trifft, wird nicht das URG definieren, sondern der Markt.

28 In der parlamentarischen Beratung erachtete Bundesrätin Sommaruga entsprechende Befürchtungen als unbegründet: «Eine Doppelvergütung ist ausgeschlossen, weil die neuen Bestimmungen zwingend vorsehen, dass die durch die Verwertungsgesellschaften eingezogene Vergütung an die Stelle einer vertraglich vereinbarten Vergütung für die Video-on-Demand-Auswertung tritt» (Amtl. Bull. NR 2018, 2191).

Zusammenfassung

Mit der jüngsten Revision des Urheberrechts hat die Schweiz eine gesetzliche Abgabe für VOD-Anbieter eingeführt, die Nutzern in der Schweiz Filme zum Abruf zugänglich machen. Die Vergütungspflicht knüpft an den Vorgang des «Zugänglichmachens» im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. c bzw. Art. 33 Abs. 2 lit. a URG an. Erste Kommentare in der Lehre lassen darauf schliessen, dass nicht hinreichend klar ist wer die neue Abgabe schuldet. Die Beantwortung dieser Frage setzt eine Analyse der funktionalen, technischen und vertraglichen Rolle der verschiedenen am Vorgang des Zugänglichmachens beteiligten Marktteilnehmer voraus: Produzent, Distributor, VOD-Anbieter, Platform Provider, Sharing-Dienst, Hoster und Access Provider, um nur die wichtigsten Funktionsträger zu nennen. Die Begrifflichkeiten sind weder in der Rechtsetzung noch in der Praxis einheitlich. Umso wichtiger ist es, nicht bei interpretationsbedürftigen Begriffen wie Social Media oder den Namen bekannter Anbieter wie YouTube oder Facebook stehenzubleiben. Die Analyse der Rolle der verschiedenen Marktteilnehmer führt zum Resultat, dass derjenige die neue Abgabe zu entrichten hat, der das Recht zum Zugänglichmachen vom Berechtigten erwirbt und damit ein VOD-Angebot für Nutzer in der Schweiz betreibt. Mit der Einführung der neuen Abgabe wollte der Gesetzgeber den von ihm ausgemachten «Value Gap» zwischen den als ungenügend empfundenen Einnahmen der an der Herstellung von audiovisuellen Werken Beteiligten und den vermuteten hohen Gewinne der grossen VOD-Anbieter schliessen. Es bleibt abzuwarten, ob die neue Abgabe dereinst diesem Anspruch gerecht wird, wenn der unter dem Namen GT 14 unter Federführung der SSA verhandelte Tarif dereinst rechtskräftig anwendbar ist. Fällt der Tarif zu hoch aus ist zu befürchten, dass Schweizer Mitwirkende im internationalen Geschäft von Filmproduktionen benachteiligt werden. Auch ist nicht auszuschliessen, dass VOD-Anbieter die unter den Tarif fallenden Produktionen in der Schweiz nicht mehr zugänglich machen, zum Beispiel durch Einsatz von Geo Blocking Massnahmen.

Résumé

Avec la dernière révision de la loi sur le droit d'auteur, la Suisse a introduit une redevance légale pour les fournisseurs de VOD qui mettent des films à la disposition d'utilisateurs en Suisse. L'obligation de verser une rémunération est liée à l'acte de «mise à disposition» au sens de l'art. 10 al. 2 let. c) et de l'art. 33 al. 2 let. a) LDA. Les premiers commentaires de la doctrine montrent que la loi n'indique pas assez clairement à qui il revient de payer cette rémunération. La réponse à cette question nécessite une analyse du rôle fonctionnel, technique et contractuel des différents acteurs du marché impliqués dans le processus de mise à disposition: producteur, distributeur, fournisseur de VOD, fournisseur de plateforme, service de partage, hébergeur et fournisseur d'accès, pour ne citer que les principaux acteurs. La terminologie n'est uniforme ni dans la législation ni dans la pratique. Il est donc d'autant plus important de ne pas s'arrêter à des termes sujets à interprétation, tels que «les médias sociaux», et ne de pas se référer non plus aux noms bien connus de fournisseurs comme YouTube ou Facebook. L'analyse du rôle des différents acteurs du marché montre qu'il revient à la personne qui acquiert le droit de mise à disposition auprès du titulaire du droit et exploite ainsi une offre de VOD à destination d'utilisateurs en Suisse de payer la nouvelle redevance. Avec l'introduction de cette nouvelle redevance, le législateur a voulu combler le *value gap* qu'il a identifié entre les revenus des acteurs impliqués dans la production d'œuvres audiovisuelles, perçus comme insuffisants, et les profits élevés présumés des grands fournisseurs de VOD. Il n'est pas certain que la nouvelle redevance répondra à cette exigence lorsque le tarif négocié sous le nom de GT 14 sous l'égide de la SSA deviendra légalement applicable. Si le tarif est trop élevé, il est à craindre que les participants suisses au commerce international des productions cinématographiques soient désavantagés. Il n'est pas non plus exclu que les fournisseurs de VOD ne rendent plus accessibles en Suisse les productions concernées par cette redevance, par exemple au moyen de mesures de géoblocage.