

Zur Diskussion / A discuter

Der Vergütungsanspruch für das Senden von Ton- und Tonbildträgern nach Art. 35 URG (inkl. Gegenrechtsvorbehalt)

EMANUEL MEYER*

Art. 35 URG ist eine auf den ersten Blick klare Regelung. Sie ist aber in der Praxis nicht immer einfach zu handhaben. Mit dem Bundesgerichtsentscheid «Tarif S» und der damit einhergehenden Klärung des Begriffs «Verwendung zu Sendezwecken» wurde eine zentrale Frage gelöst. Der vorliegende Beitrag, der auf einem Referat zur Fachtagung «Der Vergütungsanspruch für Senden und öffentliche Wiedergabe im revidierten URG» beruht, gibt eine Übersicht über weitere Punkte, die einer Klärung bedürfen.

L'art. 35 LDA est une disposition claire à première vue. Néanmoins, son application pratique n'est pas toujours évidente. L'arrêt du Tribunal fédéral «Tarif S» a permis de clarifier la notion d'«usage à des fins de diffusion» et a ainsi résolu une question fondamentale. L'article qui suit, basé sur un exposé fait lors d'une journée consacrée au droit à rémunération en matière de diffusion et de reproduction publique dans la LDA révisée, donne un aperçu des autres questions non encore résolues.

- I. Einleitung
- II. Die Berechtigten
- III. Anforderungen an den Ton- oder Tonbildträger
- IV. Zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs
- V. Vergütungshöhe und Frage der Angemessenheit
- VI. Der Gegenrechtsvorbehalt

I. Einleitung

Was den Vergütungsanspruch für das Senden von Ton- und Tonbildträgern nach Art. 35 URG betrifft, so hat die Teilrevision kaum eine Änderung gebracht. Zwar hat man im Vorentwurf noch eine Anpassung von Abs. 1 und eine Streichung von Abs. 4 erwogen. Beide Änderungen fanden aber keinen Eingang in die Botschaft. Darauf wird in der Folge noch kurz einzugehen sein.

Die ausschliesslichen Rechte der ausübenden Künstler und Künstlerinnen sind in Art. 33 URG geregelt. Sie verfügen unter anderem über das Recht, ihre Darbietung oder deren Festlegung zu senden oder weiterzusenden und die Sendung wahrnehmbar zu machen. Art. 35 URG unterscheidet sich von Art. 33 URG durch das Element der Unmittelbarkeit: in den Fällen von Art. 33 URG ist es den Künstlern und Künstlerinnen möglich, über ihr Verbotsrecht direkt eine Entschädigung für die Nutzung auszuhandeln¹. Art. 35 URG garantiert ihnen darüber hinaus eine Entschädigung für die Zweitnutzung von Ton- und Tonbildträgern.

II. Die Berechtigten

Anspruchsberechtigt sind die «ausübenden Künstler». Diese sind in Art. 33 Abs. 1 URG definiert als natürliche Personen, die ein Werk oder eine Ausdrucksform der Volkskunst darbieten oder an einer solchen Darbietung künstlerisch mitwirken. Ein Vergütungsanspruch besteht also nicht bei jeder Verwendung von Ton- und Tonbildträgern, die eine Darbietung enthalten, sondern nur in denjenigen Fällen, in welchen die Darbietung eines Werks oder einer Ausdrucksform der Volkskunst auf dem Ton- und Tonbildträger enthalten ist². Das kann beispielsweise Aufnahmen von Sportevents ausschliessen.

¹ R. HILTY, Die Leistungsschutzrechte im schweizerischen Urheberrechtsgesetz, UFITA 1994, 96.

² Insofern ist der Vergütungsanspruch für Zweitnutzungen für Ton- und Tonbildträgerhersteller enger gefasst als ihre ausschliesslichen Rechte, da sich diese auch auf Ton- und Tonbildträger wie beispielsweise Geräuschplatten beziehen, die keine Werke enthalten (vgl. Botschaft 1989, BBl 1989 III 550).

Die Teilrevision hat insofern eine Ausweitung gebracht, als neu auch bei Ausdrucksformen der Volkskunst ein Vergütungsanspruch besteht.

An diesem Vergütungsanspruch sind die «Ton- und Tonbildträgerhersteller» zu beteiligen. Gemeint sind die Berechtigten nach Art. 36 URG: die Produzenten und nicht etwa ein Presswerk. Im Gegensatz zu den ausübenden Künstlern und Künstlerinnen, bei welchen eine Definition im Gesetz enthalten ist, fehlt eine solche bei den Ton- und Tonbildträgerherstellern. Sie ist jedoch in der Botschaft enthalten³:

«Es wurde davon abgesehen, die verschiedenen in dieser Bestimmung enthaltenen Schutzadressaten und -objekte zu definieren. Der Begriff des Herstellers macht klar, dass nicht derjenige geschützt ist, der einen Träger vervielfältigt. Schutzbegründend ist auch nicht die Festlegung von Tönen, Bildern oder Zeichen als solche, sondern der komplexe Produktionsvorgang, der einem Ton- oder Tonbildträger zugrunde liegt und auf einer qualifizierten unternehmerischen Leistung beruht.»

Die Beteiligung der Ton- und Tonbildträgerhersteller hat zur Folge, dass diese nicht direkt anspruchsberechtigt sind und somit nicht gegen den Schuldner der Vergütung vorgehen können, sondern nur einen Anspruch auf Beteiligung gegen die ausübenden Künstler und Künstlerinnen haben⁴. In der Praxis dürfte dies aber ohne Bedeutung sein, weil der Vergütungsanspruch der kollektiven Verwertung unterstellt ist und die ausübenden Künstler und Künstlerinnen und die Produzenten von derselben Verwertungsgesellschaft vertreten werden.

In der Lehre wird zum Teil die Auffassung vertreten, dass auch die Sendeunternehmen Beteiligte im Sinne von Art. 35 Abs. 2 URG sein können⁵. Bei dieser Auffassung, die auf Hilty⁶ zurückzugehen scheint, dürfte es sich allerdings ausschliesslich um eine Definitionsfrage handeln, denn die Beteiligung erfolgt nur in denjenigen Fällen, in welchen das Sendeunternehmen als Produzent tätig ist, mithin also von seinen Sendungen Aufnahmen macht, die in der Folge im Handel erhältlich sind. Allerdings ist, wie HILTY zu Recht festhält, die Vergütung für die Zweitnutzung nicht gerechtfertigt, wenn das Sendeunternehmen sein ausschliessliches Recht der Wahrnehmbarmachung seiner Sendung (Art. 37 lit. b URG) geltend macht⁷.

III. Anforderungen an den Ton- oder Tonbildträger

Nach Art. 35 URG muss der Ton- oder Tonbildträger «im Handel erhältlich» sein. Das heisst, er muss zum Verkauf, zur Ausleihe oder zur Vermietung an praktisch beliebige Abnehmerinnen und Abnehmer angeboten werden⁸. Der Vorentwurf wies hier noch eine Änderung auf. Statt der bisherigen Formulierung «Werden im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger [...]» enthielt er eine erweiterte Fassung «Werden im Handel erhältliche oder zugänglich gemachte Ton- oder Tonbildträger [...]». Laut den Erläuterungen zum Vorentwurf wurde die Ergänzung vorgenommen, um klarzustellen, dass sich «die gesetzliche Lizenz auch auf Ton- und Tonbildträger bezieht, die erlaubterweise über On-Demand-Dienste – also durch interaktive Übermittlung auf Abruf – angeboten werden»⁹. Diese Erweiterung findet sich in der Botschaft nicht mehr. Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, dass der Vergütungsanspruch in Fällen des Downloads über On-Demand-Dienste nicht greift. Vielmehr war die Erweiterung ganz einfach redundant, weil der Ausdruck «im Handel erhältlich» im digitalen Umfeld dahingehend zu verstehen ist, dass er auch den elektronischen Geschäftsverkehr mit Musikwerken erfasst¹⁰.

Im Weiteren muss der Ton- oder Tonbildträger legal hergestellt worden sein. Da es sich um ein rechtliches Kriterium handelt und nicht um ein faktisches, sind illegal hergestellte Träger nicht erfasst¹¹. Zu denken ist hier insbesondere an unautorisierte Konzertmitschnitte. Während der Antrag der ständerätlichen Kommission noch von «rechtmässig hergestellten und in Verkehr gebrachten Ton- und Tonbildträgern» sprach¹², fand der Gesetzestext seinen endgültigen Wortlaut in einem Antrag der natio-

³ Botschaft 1989, BBl 1989 III 550.

⁴ D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue schweizerische Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, URG 35 N 10.

⁵ P. MOSIMANN, SIWR II/1, 2. Aufl., Basel 2006, 377.

⁶ HILTY (Fn. 1), 97.

⁷ HILTY (Fn. 1), 97.

⁸ BARRELET/EGLOFF (Fn. 4), URG 35 N 4.

⁹ VE, 21, <https://www.ige.ch/d/jurinfo/documents/j10305d.pdf> (zuletzt besucht am 24. August 2009).

¹⁰ Botschaft Teilrevision, BBl 2006, 3432.

¹¹ BARRELET/EGLOFF (Fn. 4), URG 35 N 5 m.w.N.

¹² Amtl.Bull. 1991 II 118.

narrätlichen Kommission¹³. Die Streichung ist nicht als Verzicht auf das Erfordernis der Rechtmässigkeit zu sehen. Die ausübenden Künstler und Künstlerinnen können gestützt auf Art. 33 URG gegen solche Ton- und Tonbildträger vorgehen, und wer in seinem Aufnahme- oder in seinem Vervielfältigungsrecht verletzt ist, muss sich auch gegen nachfolgende Verwertungshandlungen wehren können¹⁴. «Im Handel erhältlich» sind auch Träger, die dies einmal waren. Sie fallen auch nach Erschöpfung der betreffenden Auflage in diese Kategorie¹⁵.

Mit der Wendung «im Handel erhältlich» wird der Zweck der Norm eingeschränkt. Es soll eine Vergütung für eine im Verkaufspreis nicht eingerechnete Zweitnutzung sein. DJs beispielsweise können nicht über iTunes einkaufen, weil die dabei anfallende Kopie nicht von der Eigengebrauchsschranke gedeckt ist, sondern spezielle DJ-Angebote verwenden, die dann natürlich teurer sind. Auch solche Angebote sind «im Handel erhältlich». Es ist aber fraglich, ob diesfalls eine Entschädigung für die Zweitnutzung gerechtfertigt ist, denn diese ist im Preis bereits berücksichtigt. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass solche Angebote durch die Produzenten erfolgen und nicht durch die ausübenden Künstler und Künstlerinnen. Es erscheint somit auch nicht korrekt, solche Angebote einfach nicht unter Art. 35 URG zu subsumieren. Evtl. müsste in diesen Fällen auf einen Einzug des auf die Produzenten entfallenden Anteils verzichtet werden. Es stellt sich jedoch ein weiteres Problem. Die Vergütung für diese Zweitnutzung wurde vom Gesetzgeber der kollektiven Verwertung unterstellt. Zum Einzug berechtigt sind somit nur Verwertungsgesellschaften, die über eine entsprechende Bewilligung verfügen. Es ist deshalb auch zu überlegen, ob es sich bei einem Modell mit Preisdifferenzierung um eine unerlaubte Geltendmachung von Rechten handelt. Diesfalls müsste allerdings geprüft werden, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestünde, denn eine individuelle Verwertung sollte soweit möglich Vorrang geniessen. In diesem Zusammenhang muss man sich allerdings auch die Frage stellen, ob dieses Geschäftsmodell vor dem Hintergrund des neu eingefügten Abs. 3bis von Art. 19 URG noch durchsetzbar ist. Danach sind Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, von den in diesem Artikel enthaltenen Einschränkungen des Eigengebrauchs ausgenommen. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass sich diese «Schrankenschranke» nur auf den Abs. 3 bezieht und nicht auch auf die Einschränkung in Abs. 1 lit. c, der das Vervielfältigen in Betrieben etc. auf Kopien für die interne Information oder Dokumentation beschränkt.

Auf internationaler Ebene ist dieser Vergütungsanspruch in Art. 12 des Rom-Abkommens und Art. 15 WPPT geregelt. Die schweizerische Lösung geht über die darin enthaltenen Anforderungen hinaus, da nicht nur Tonträger, sondern auch Tonbildträger erfasst werden.

IV. Zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs

Auch hierzu stellen sich Fragen. Was ist eine Sendung? Und wie ist sie von anderen Verbreitungsarten – zu denken ist hier an das Online-Recht – abzugrenzen? Auf internationaler Ebene wird bei den Verhandlungen über ein Instrument zur Verbesserung des Schutzes der Sendeunternehmen bereits darüber gestritten, ob Internet-Sachverhalte miteinzubeziehen sind.

In der Teilrevision noch umstritten¹⁶, scheinen in der Schweiz auch gewisse Verbreitungen über das Internet mit eingeschlossen, wenn sie im Ergebnis zu vergleichbaren Verbreitungen führen. Dazu gehören das direkte Einspeisen und Mitteilen (Wahrnehmbarmachen) von Werken und Leistungen im Internet und anderen IP-basierten Netzen ohne parallele Sendung (Webcasting) und das zeitgleiche und unveränderte Einspeisen und Mitteilen (Wahrnehmbarmachen) von Werken und Leistungen im Internet und in anderen IP-basierten Netzen durch den Sender parallel zum Senden (Simulcasting)¹⁷. Im internationalen Verhältnis könnte dies aber zu Asymmetrien führen, wenn andere Länder diese Vorgänge ausschliessen, denn der Gegenrechtsvorbehalt in Abs. 4 von Art. 35 URG knüpft an die grundsätzliche Anerkennung des Anspruchs an und nicht an die konkrete gesetzliche Ausgestaltung¹⁸.

¹³ Amtl. Bull. 1992 I 44.

¹⁴ Y. BURCKHARDT, Die Vermögensrechte der ausübenden Künstler und Künstlerinnen gemäss Art. 33 Abs. 2 und Art. 35 URG, sic! 2000, 171.

¹⁵ BARRELET/EGLOFF (Fn. 4), URG 35 N 6.

¹⁶ EJPD, Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zu Änderungen im Urheberrechtsgesetz, 8, https://www.ige.ch/d/jurinfo/documents/j10_309d.pdf (zuletzt besucht am 25. August 2009).

¹⁷ GT S Ziff. 4.

¹⁸ BARRELET/EGLOFF (Fn. 4), URG 35 N 17.

Gemäss Lehre erfasst der Vergütungsanspruch über die in Art. 35 URG genannten Nutzungen hinaus alle in Art. 10 Abs. 2 lit. c bis f genannten Nutzungen – mit Ausnahme des Online-Rechts¹⁹. Die aus Art. 15 WPPT resultierende Verpflichtung, für die öffentliche Wiedergabe eine Vergütung vorzusehen, verbunden mit der in Art. 2 lit. g WPPT enthaltenen Definition der «öffentlichen Wiedergabe» und der Umstand, dass die Schweiz hierzu keinen Vorbehalt angebracht hat, sprechen eher für die Richtigkeit dieser Auffassung.

Bei den Nutzungen geht die schweizerische Lösung insofern über Art. 12 des Rom-Abkommens und Art. 15 WPPT hinaus. Während diese nur direkte Nutzungen wie beispielsweise das Senden erfassen, schliesst der Vergütungsanspruch im schweizerischen Recht auch indirekte Nutzungen wie das Weitersenden mit ein²⁰.

Für den Vergütungsanspruch kommt es nicht darauf an, ob der Original-Ton- oder Tonbildträger verwendet wird oder ob dieser zuvor kopiert wurde²¹. Heftig wurde aber darüber gestritten, ob der Begriff «Verwendung» so zu verstehen ist, dass eine solche Kopie, beispielsweise auf den Server des Senders, miteingeschlossen ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Kopie nicht eingeschlossen, sodass Art. 35 URG in der Praxis nicht mehr spielte. Der Gesetzgeber hat in der Teilrevision die bestehende Regelung ergänzt²² und damit das Funktionieren von Art. 35 URG wieder ermöglicht.

V. Vergütungshöhe und Frage der Angemessenheit

Nach Art. 35 URG sind die Produzenten an der Vergütung angemessen zu beteiligen. Das Gesetz enthält keine Definition von «angemessen». Die Lehre verweist auf Art. 49 Abs. 3 URG. Die Aufteilung müsse so erfolgen, dass auch den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern ein angemessener Anteil verbleibe²³. Diese Erklärung vermag angesichts des Wortlauts der Bestimmung nicht ganz zu überzeugen. Es scheint eher, dass die Regel diejenige ist, dass den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern ein angemessener Anteil zu verbleiben hat und vorliegend abweichend vom Grundsatz, im Sinne einer «lex specialis», die Produzenten Anspruch auf einen angemessenen Anteil haben. Das ist insofern vertretbar, als die ausübenden Künstlerinnen und Künstler ihren Anspruch gegenüber den Sendeunternehmen direkt geltend machen und ihre Interessen aktiv durchsetzen können. Die Produzenten können sich demgegenüber hier nicht einbringen. Sie haben erst in einem zweiten Schritt einen Anspruch gegen die ausübenden Künstlerinnen und Künstler auf Beteiligung an deren Verhandlungsergebnis. In der Praxis scheint üblicherweise eine hälftige Teilung vorgenommen zu werden²⁴.

VI. Der Gegenrechtsvorbehalt

In Abs. 4 zu Art. 35 URG findet sich ein Gegenrechtsvorbehalt. Dieser Vorbehalt hat das Bundesgericht ebenfalls beschäftigt²⁵. Es hat festgestellt, dass der im Gesetz enthaltene Vorbehalt und der zum Rom-Abkommen gemachte Vorbehalt sich nicht decken. Gleichzeitig hat es aber anerkannt, dass der Bundesrat dabei bemüht gewesen war, die parlamentarischen Beschlüsse bestmöglich umzusetzen. Im Resultat hat dies zu einer Lösung geführt, die – so das Bundesgericht – zwar nicht einfach handzuhaben, aber eben doch praktikabel ist.

Konkret besteht ein Vergütungsanspruch in folgenden Fällen:

- der Tonträgerhersteller ist Angehöriger eines Vertragsstaates, oder
- der ausübende Künstler hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, oder
- der ausübende Künstler gehört einem Staat an, der schweizerischen Staatsangehörigen Gegenrecht gewährt.

Der Vorentwurf sah vor, diesen Vorbehalt zu streichen. Die Vernehmlassung hat indessen gezeigt, dass der Streichungsvorschlag umstritten war²⁶. Der Bundesrat hat sich gestützt auf das Ergebnis der

¹⁹ BARRELET/EGLOFF (Fn. 4), URG 35 N 8.

²⁰ BURCKHARDT (Fn. 14), 170.

²¹ BARRELET/EGLOFF (Fn. 4), URG 35 N 9.

²² Art. 24b URG.

²³ BARRELET/EGLOFF (Fn. 4), URG 35 N 12 m.w.N.

²⁴ BARRELET/EGLOFF (Fn. 4), URG Art. 35 N 12.

²⁵ BGer, sic! 1998, 33 ff. «Tarif S».

²⁶ EJP, Bericht (Fn. 16) ebd.

Vernehmlassung für eine schlanke Revision entschieden. Sie sollte die Ratifikation der WIPO-Abkommen ermöglichen und das Urheberrecht an die digitale Informationsvermittlung anpassen. Damit war klar, dass die weiterhin umstrittene Streichung des Abs. 4 nicht Eingang in die Botschaft fand²⁷.

* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bern / Zürich.

²⁷ Botschaft Teilrevision, BBl 2006, 3403.