

## Zur Diskussion / A discuter

### Der Begriff des im Handel erhältlichen Tonbildträgers nach Art. 35 Abs. 1 URG

**ERNST BREM\***

*Der Begriff des im Handel erhältlichen Tonbildträgers grenzt die in Art. 33 Abs. 2 URG gewährten Exklusivrechte der ausübenden Künstlerinnen und Künstler im Audiovisionsbereich von ihrer Reduktion auf einen blossen Vergütungsanspruch nach Art. 35 Abs. 1 URG ab. Weder der Wortlaut, noch die Gesetzssystematik noch die Gesetzesmaterialien führen jedoch zu einer klaren Auslegung dieses Begriffs. Nach Meinung des Autors ist eine Auslegung zu suchen, die am wenigsten in Konflikt zu anderen gesetzgeberischen Zielsetzungen der Regelung in Art. 35 URG steht.*

*La notion de vidéogramme disponible dans le commerce permet de délimiter les droits exclusifs conférés aux artistes interprètes par l'art. 33 al. 2 LDA dans le domaine audiovisuel des simples droits à rémunération au sens de l'art. 35 al. 1 LDA. Cependant, le libellé, la systématique de la loi et les travaux préparatoires ne permettent aucune interprétation claire de cette notion. De l'avis de l'auteur, il est nécessaire de trouver une interprétation qui soit compatible avec les autres objectifs législatifs de l'art. 35 LDA.*

- I. **Vorbemerkungen**
- II. **Auslegungselemente**
  - 1. Wortsinn und systematische Auslegung
  - 2. Gesetzgeberische Absicht (historischer Wille des Gesetzgebers)
- III. **Lehrmeinungen**
  - 1. Vorbemerkung
  - 2. Gerichtspraxis
  - 3. Diskussion der vertretenen Lehrmeinungen

#### I. Vorbemerkungen

Nach Art. 35 Abs. 1 URG haben ausübende Künstlerinnen und Künstler einen Anspruch auf Vergütung, wenn im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung verwendet werden. Diese Bestimmung ist als Ausnahmebestimmung zu den in Art. 33 Abs. 2 URG gewährten Exklusivrechten zu sehen<sup>1</sup>. Werden im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger für eine der im Gesetz aufgezählten Nutzungshandlungen verwendet, so reduziert sich das Ausschliesslichkeitsrecht der ausübenden Künstlerinnen und Künstler auf einen blossen Vergütungsanspruch<sup>2</sup>. Dieser wird nach Art. 35 Abs. 4 URG nur schweizerischen Staatsangehörigen und Künstlerinnen und Künstlern gewährt, die in der Schweiz ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder Angehörige eines Staates sind, welcher schweizerischen Staatsangehörigen ein entsprechendes Recht gewährt. Nach Art. 35 Abs. 2 haben die ausübenden Künstlerinnen und Künstler die Produzenten an ihren Einnahmen aus dem Vergütungsanspruch zu beteiligen.

Obwohl als Ausnahme zum Ausschliesslichkeitsrecht formuliert, kommt der Regelung in Art. 35 Abs. 1 URG auch eine Schutzfunktion zugunsten der ausübenden Künstlerinnen und Künstler zu<sup>3</sup>. Diese zeigt sich darin, dass Art. 35 Abs. 3 URG die Wahrnehmung der gewährten Ansprüche durch eine Verwertungsgesellschaft vorschreibt und die Aufteilung der Vergütung zwischen Produzenten und ausübenden Künstlern und Künstlerinnen in Art. 35 Abs. 2 und Art. 49 Abs. 3 URG gesetzlich regelt. Auch wenn umstritten ist, wie weit diese Regelung anderslautende vertragliche Gestaltungen ausschliesst, hat sie sich doch als wirksam erwiesen. In der Regel werden heute die Einnahmen aus den Rechten nach Art. 35 URG hälftig zwischen Produzenten und Künstlern und Künstlerinnen geteilt, was

<sup>1</sup> Bericht zum Entwurf der III. Expertenkommission vom 18. Dezember 1987, 46.

<sup>2</sup> D. BARRELET/W. EGLOFF, Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, URG 35 N 3.

<sup>3</sup> Bericht zum Entwurf der III. Expertenkommission vom 18. Dezember 1987, 46.

bei den Einnahmen aus den Exklusivrechten nach Art. 33 Abs. 2 URG nur ausnahmsweise der Fall ist. Das Bundesgericht hat dieser Doppelnatur der Regelung in Art. 35 als Ausnahme vom Herrschaftsrecht und Sicherung der Vermögensrechte der ausübenden Künstlerinnen und Künstler im Entscheid vom 2. Februar 1999 in Sachen GTS insofern Rechnung getragen, als es von einem «zusätzlichen» Vergütungsanspruch zugunsten der ausübenden Künstlerinnen und Künstler spricht<sup>4</sup>.

Mit der Regelung in Art. 35 URG hat der Gesetzgeber Art. 12 des Rom-Abkommens umgesetzt. Dieser Konvention war eine heftige Diskussion um die Ausgestaltung der Rechte der ausübenden Künstlerinnen und Künstler und der Fonoproduzenten vorausgegangen. Weitgehend einig war man sich unter den Signatarstaaten des Abkommens, dass bei der Verwendung von Schallplatten zu Sendezwecken den Künstlern und Produzenten kein Verbotsrecht gegen das Sendeunternehmen zustehen sollte<sup>5</sup>. Das entsprechende Verbotsrecht der ausübenden Künstlerinnen und Künstler wurde deshalb in Art. 7 Abs. 1 lit. a RA auf die sog. Liveperformance eingeschränkt. Die Lösung eines Vergütungsanspruchs mit weitestgehenden Vorbehaltsmöglichkeiten der Mitgliedsstaaten für die sog. Zweitnutzungsrechte fand allgemeine Zustimmung<sup>6</sup>. Zwingende Schutzmechanismen zugunsten der ausübenden Künstlerinnen und Künstler wurden zwar mehrheitlich gefordert, eine entsprechende konventionsrechtliche Verankerung scheiterte jedoch am Widerstand der englischen Delegation<sup>7</sup>. Dies hinderte die Mehrheit der Beitrittsstaaten nicht, solche in ihren nationalen Gesetzen vorzusehen. Entsprechende Regelungen wurden auch von den zuständigen internationalen Organisationen empfohlen. Das WPPT änderte an diesen Vorgaben nur wenig. Wohl wurde der Rechtekatalog der sog. Zweitnutzungsrechte in Art. 15 WPPT gegenüber Art. 12 RA erweitert, den Mitgliedländern ist es aber nach Art. 15 Abs. 3 WPPT weiterhin möglich, praktisch beliebige Vorbehalte gegen die in Art. 15 WPPT enthaltenen Rechte zu machen. Ebenso wurde auf die Einführung zwingender Bestimmungen, die den Künstler wirksam an der leichtfertigen Veräusserung der ihm gewährten Akommensrechte hindern sollten, trotz entsprechender Vorschläge der vorbereitenden Expertenkommission weiterhin verzichtet. Nationale Regelungen über eine Verteilung der Erlöse zwischen Produzenten und Künstlern werden zwar in Art. 15 Abs. 2 WPPT ausdrücklich als zulässig bezeichnet, die Regelung ist aber unklar, und in den «agreed statements» zu dieser Bestimmung wird ausdrücklich festgehalten, dass man sich über die Ausgestaltung von Schutzbestimmungen nicht einigen konnte und diese weiterer Überlegungen bedürften<sup>8</sup>. In der EU sind entsprechende Schutzbestimmungen durch Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100 EWG vom 19. November 1992 zwingend vorgeschrieben<sup>9</sup>. Die nationalen Verwertungsordnungen sorgen dafür, dass die Einnahmen angemessen, d.h. meist hälftig zwischen Künstlern und Produzenten aufgeteilt werden.

Der schweizerische Gesetzgeber ist in Art. 35 URG insofern weit über den durch das Rom-Abkommen und das WPPT gewährten Rechtebestand hinausgegangen, als nicht nur im Handel erhältliche Tonträger, sondern auch im Handel erhältliche Tonbildträger dem Vergütungsrecht der ausübenden Künstlerinnen und Künstler unterstellt werden<sup>10</sup>.

Die Auslegung von Art. 35 Abs. 1 URG hat im Fonobereich im schweizerischen Rechtsalltag bis heute zu erstaunlich wenig Auslegungsproblemen geführt. Anders ist die Sachlage im Bereich der audiovisuellen Darbietungen. Hier stellt die schweizerische Regelung eigentliches Sondergut dar, das weder in internationalen Abkommen noch in ausländischen Rechtsordnungen ein Vorbild findet. In diesem Bereich bedürfen verschiedene offene Rechtsfragen weiterhin einer Klärung. Erst dann wird sich herausstellen, ob der Gesetzgeber mit einer einheitlichen Formulierung der Rechtsgrundlage tatsächlich

<sup>4</sup> BGer vom 2. Februar 1999 in sic! 1999, 255 ff., 257 E. 3a.

<sup>5</sup> Zur Vorgeschichte des Rom-Abkommens vgl. insbesondere E. ULMER, Das Rom-Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, GRUR AIT 1961, 569 ff., 571 f.

<sup>6</sup> ULMER (Fn. 5), 571 f.

<sup>7</sup> ULMER (Fn. 5), 585.

<sup>8</sup> A.M. J. REINBOTHÉ/V. S. LEWINSKI, The WIPO Treaties 1996, London 2002, WPPT 15 N 12 ff., die die Auffassung vertreten, Art. 15 Abs. 2 WPPT schreibe Aufteilungsregeln zwingend vor. Die WIPO selbst empfiehlt den Mitgliedstaaten eine hälftige Teilung der Vergütung zwischen Herstellern und Künstlern, vgl. Empfehlungen betreffend den Schutz von ausübenden Künstlern, Tonträgerherstellern und Sendeunternehmen, in: Copyright 1979, 105 ff.

<sup>9</sup> Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des Geistigen Eigentums, Amtsblatt Nr. L 346 vom 27. November 1992.

<sup>10</sup> Die Gleichbehandlung von Ton- und Tonbildträgern wurde bereits von der III. Expertenkommission in Art. 49 des Entwurfs festgehalten, sie schien der Expertengruppe und dem Parlament seit Überweisung der Initiative Morf von 1983 als Motion (Amtl. Bull. NR 1986, 695 ff.) so selbstverständlich, dass sie weder im Bericht zum Entwurf noch später im Parlament je in Frage gestellt oder besonders kommentiert wurde.

seine Absicht verwirklichen kann, die im audiovisuellen Bereich tätigen Künstlerinnen und Künstler ihren Kollegen im Audiobereich gleichzustellen.

Die Abgrenzung des vertraglichen Interessenausgleichs über Exklusivrechte nach Art. 33 Abs. 2 URG und der gesetzlichen Regelung des Interessenausgleichs nach Art. 35 URG erfolgt im audiovisuellen Bereich über den Begriff des «im Handel erhältlichen Tonbildträgers». Was ist damit gemeint? Ist es der physische Träger oder das audiovisuelle Werk, die im Handel erhältlich sein müssen? Spielt das dem Sendeunternehmen gelieferte Datenformat, welches evtl. für Private nicht erhältlich ist, eine Rolle? Von der Beantwortung dieser Fragen hängt es ab, ob Art. 35 Abs. 1 URG im audiovisuellen Bereich überhaupt eine praktische Relevanz hat und ob die gesetzliche Regelung ihren Schutzgedanken zugunsten des ausübenden Künstlers überhaupt zum Tragen bringen kann.

## II. Auslegungselemente

### 1. Wortsinn und systematische Auslegung

#### a) «Tonbildträger»

Der Wortsinn ist nicht klar, insbesondere besteht eine Divergenz zwischen dem deutschen und italienischen Wortlaut des Gesetzes und der französischen Fassung. Die im deutschen und italienischen Text verwendeten Begriffe «Träger» bzw. «supporti» weisen eher auf einen körperlichen Gegenstand hin, analog dem bei urheberrechtlichen Bestimmungen z.B. in Art. 19 Abs. 3 lit. a und Art. 10 URG verwendeten Begriff «Werkexemplar». Demgegenüber haben die Begriffe «phonogramme» bzw. «vidéogramme» keinen bestimmten körperlichen Bezug, sie lassen sich eher mit Aufnahme oder Fixierung eines Schall- oder Schallbildereignisses und demnach als immaterialgüterrechtliche Abstraktion von in allen körperlichen Konkretisierungen enthaltenen wieder erkennbaren Eigenschaften verstehen. Eine Rückübersetzung aus dem französischen Gesetzestext würde deshalb eher die Verwendung der Begriffe Ton- oder Tonbildaufnahme nahe legen.

Die Begriffe Ton- und Tonbildträger werden im Gesetz mehrfach verwendet (Art. 36, Art. 20 Abs. 3 und Art. 23 URG). Allerdings fällt bei der Betrachtung des französischen Wortlautes auf, dass das dem Begriff «Träger» anhaftende körperliche Element nicht in den französischen Text übernommen wurde. Es scheint, dass der Gesetzgeber wenigstens bei der Redaktion des französischen Textes darauf geachtet hat, ob nun eher das körperliche Exemplar oder aber der von einer einzelnen körperlichen Konkretisierung abstrahierende Begriff der Aufnahme gemeint ist. Demnach wäre bei Art. 35 Abs. 1 URG eher die Aufnahme gemeint, während man bei Art. 20 Abs. 3 URG, welcher in der französischen Fassung in der letzten Revision von 2007 neu formuliert wurde, auch aufgrund der Materialien völlig klar ist, dass das physische Exemplar gemeint ist. Bei Art. 36 URG ist ebenfalls klar, dass die Aufnahme und nicht etwa eine bestimmte körperliche Konkretisierung gemeint ist, werden doch die Begriffe Ton- und Tonbildträger und Aufnahme gleichbedeutend im selben Artikel verwendet. Nun wird das Bild allerdings wieder gestört durch den französischen Wortlaut von Art. 35 Abs. 2 URG. Hier wird im Gegensatz zum Absatz 1 nicht der Begriff des «phonogramme» bzw. «vidéogramme» verwendet, sondern der Begriff «support», obwohl aus einer systematischen Auslegung der Bestimmung völlig klar ist, dass das Gleiche gemeint ist wie in Absatz 1 und sich ausserdem ein direkter Bezug zu Art. 36 URG aufdrängt.

Aus dem inneren systematischen Zusammenhang des Art. 35 Abs. 1 URG ist es völlig klar, dass ein physischer Träger wohl für die Sendung oder das Vorführen verwendet werden kann, nicht aber für das Weitersenden und den öffentlichen Empfang. Mindestens bezüglich dieser beiden Verwendungsarten liegt es deshalb nahe, dass es um die Aufnahme und nicht um den physischen Träger geht. Da die Formate im Bereich der Weitersendung und des öffentlichen Empfangs nicht notwendigerweise demjenigen entsprechen, in welchem sie auf dem einem Sendeunternehmen gelieferten Träger festgehalten sind, kann es bei diesen Verwendungsarten auch nicht auf die Formatierung der zur Sendung verwendeten Aufnahme ankommen.

Nach herrschender Lehrmeinung ist Art. 35 als *lex specialis* zu Art. 33 Abs. 2 URG zu betrachten<sup>11</sup>. In Art. 33 Abs. 2 URG korrespondiert der Begriff des im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgers mit

<sup>11</sup> Bericht zum Entwurf der III. Expertenkommission vom 18. Dezember 1987, 46; R. AUF DER MAUR, in: B. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, Bern 2006, URG 35 N 5.

dem Begriff der festgehaltenen Darbietung bzw. im französischen Wortlaut mit demjenigen der «fixation d'une prestation». Über das Konventionsrecht und Art. 35 Abs. 2 URG ergibt sich aber auch ein zwingender systematischer Bezug zu Art. 36 URG. Die Hersteller sollen zwar keine direkt gegen die Nutzer wirksamen Rechte an der unkörperlichen Widergabe erhalten, jedoch setzt Art. 35 Abs. 2 URG einen Beteiligungsanspruch an den Vergütungsansprüchen der Künstler fest. Auf Grund der Materialien scheint es klar, dass die Begriffe des Ton- und Tonbildträgers in Art. 35 und Art. 36 inhaltsgleich verwendet werden. Da aber bei Art. 36 URG nicht streitig ist, dass nicht der Hersteller des physischen Trägers, sondern vielmehr der Produzent der ersten Aufnahme, also derjenige, der die Darbietung erstmals in einem reproduzierbaren Datensatz festgelegt hat, geschützt ist, muss diese Auslegung auch für Art. 35 gelten.

Dass nicht der physische Träger, sondern die entsprechende Aufnahme gemeint ist, legt auch die Entwicklung des Konventionsrechts nahe. Zwar betreffen die konventionsrechtlichen Vorgaben nur die Tonträger. Es gibt aber keine Gründe, die entsprechenden Überlegungen nicht auch für die Tonbildträger gelten zu lassen. Art. 12 RA und Art. 15 WPPT verwenden beide den englischen Begriff: «phonogram». Aus den Materialien zum Rom-Abkommen ist zwar klar, dass man dabei an Schallplatten, d.h. an physische Träger dachte. Die entsprechende Definition war aber von Anfang an nicht an eine bestimmte physische Konkretisierung gebunden. Art. 3 lit. b RA lautet: «phonogram means any exclusively aural fixation of sounds of a performance or of other sounds». Dieser Begriff ist in Art. 2 lit. b WPPT erweitert worden: «phonogram» means the fixation of the sounds of a performance or of other sounds, or of a representation of sounds. Der Grund für diese Erweiterung «representations of sound» war die Tatsache, dass moderne Techniken nicht mehr einfach das Festhalten von Tönen, sondern vielmehr auch deren weitere Bearbeitung und Verfremdung erlauben. Ebenso müssen Töne nicht mehr aufgenommen werden, sie können auch künstlich als Datensatz generiert werden. Diese technische Entwicklung sollte mit dem Begriff «representation of sound» eingefangen werden. Art. 12 RA und Art. 15 WPPT verweisen auf den Begriff der «fixation» bzw. Aufnahme oder Festlegung. Diese wird in Art. 2 lit. c WPPT wie folgt definiert: «fixation» means the embodiment of sounds, or of the representations thereof, from which they can be perceived, reproduced or communicated through a device. Die Definition des WPPT ist funktional: Festlegung ist alles, was eine Aufnahme reproduzierbar macht, eine feststellbare örtliche Gebundenheit und eine bestimmte Technik der Reproduktion ist nicht mehr notwendig. Sofern ein System in der Lage ist, eine Aufnahme auf Abruf auf technische Weise zu generieren, liegt eine Festlegung vor. Woher und wie dies geschieht, ist unerheblich. Neben zusammenhängenden Datensätzen ist auch eine Ist-Zeit-Erzeugung mithilfe eines Programms und in Datenbanken enthaltenen Tonsequenzen möglich.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten: Wenn Art. 35 Abs. 1 URG von Tonbildträger spricht, ist die Aufnahme als der reproduzierbare Datensatz eines audiovisuellen Werks gemeint, unabhängig von der Art des Trägers, auf welchem diese Aufnahme festgehalten ist.

#### b) «Im Handel erhältlich»

Auch hier ergibt der deutsche Wortsinn keinen eindeutigen Sinn: Sofort stellt sich die Frage: Erhältlich für wen und damit die Frage: welcher Markt? Eine Betrachtung des französischen und des italienischen Wortlauts führt nicht weiter: «disponible sur le marché»/«disponibili in commercio». Die verwendeten Begriffe führen zu den genau gleichen Auslegungsproblemen wie der deutsche Wortlaut. Der Ausdruck «im Handel erhältlich», ebenfalls französisch «disponible sur le marché» findet sich im Gesetz noch in Art. 19 Abs. 3 lit. a URG. Nach dieser Bestimmung ist ausserhalb des privaten Gebrauchs die Vervielfältigung von ganzen im Handel erhältlichen Werkexemplaren verboten. Die klare gesetzgeberische Absicht ergibt bei dieser Bestimmung einen eindeutigen Sinn. Verboten werden soll die Herstellung von Werkexemplaren, die ein gleiches Bedürfnis abdecken wie solche, die im Markt angeboten werden<sup>12</sup>. Nicht auf das körperliche Exemplar, welches als Kopiervorlage dient, kommt es an, sondern darauf, ob das Werk – wenn auch in anderer Form oder in anderem Format – auch frei im Handel erhältlich ist. Die Schutz Ausnahme soll demnach den Markt mit entgeltlich angebotenen Exemplaren nicht stören. Diese Überlegung hilft jedoch im Fall von Art. 35 URG höchstens insofern weiter, als der Begriff Werkexemplar ebenso wenig wie derjenige des Trägers allzu wörtlich als körperlich abgrenzbare Einheit ausgelegt werden sollte.

<sup>12</sup> BARRELET/EGLOFF (Fn. 2), URG 19 N 23, Botschaft URG BBI 1989 III 541.

Aus dem systematischen Bezug zu Art. 33 Abs. 2 lit. a, b und e URG ergibt sich, dass der in Art. 35 Abs. 1 URG verwendete Begriff «im Handel erhältlich» bestimmte Festlegungen von Darbietungen aus dem Bereich der fixierten Darbietungen herausnehmen und der gesetzlichen Lizenz unterstellen soll. Damit wird auch die Grenze zwischen dem vertraglichen und dem gesetzlichen Rechtserwerb des Nutzers gezogen. Weder eine Auslegung nach dem Wortlaut noch der aufgezeigte systematische Bezug gibt aber einen klaren Hinweis darauf, wie die so gestellte Aufgabe nun vom Gesetzgeber gelöst wurde.

## 2. Gesetzgeberische Absicht (historischer Wille des Gesetzgebers)

Das Parlament griff bei der Ausgestaltung des Nachbarrechts weitgehend auf die Vorarbeiten der III. Expertenkommission zurück, welche in Anlehnung an die als Motion überwiesene parlamentarische Initiative Morf zu einem Ton- und Bildschutzgesetz von 1983 einen umfassenden Rechtsschutz zugunsten der ausübenden Künstlerinnen und Künstler sowohl im Ton- wie im Bildtonbereich verlangte<sup>13</sup>. Aus den allgemein zugänglichen Materialien wird allerdings nicht ganz verständlich, warum das Parlament nicht die juristisch klarere Definition der III. Expertenkommission in Art. 49 ihres Entwurfes verwendete. Dort hatte die Formulierung juristisch präziser gelautet: «rechtmässig hergestellte und in Verkehr gebrachte Ton- und Tonbildträger». Aus den Kommissionsprotokollen ist ersichtlich, dass man befürchtete, mit der Formulierung «in Verkehr gebrachte» könnten auch Kinofilme während der exklusiven Auswertungszeit gemeint sein. Man lud deshalb das damalige Amt für geistiges Eigentum ein, eine Formulierung zu finden, die diesen unerwünschten Effekt vermeide. Das Amt schlug den heute im Gesetz befindlichen Begriff vor. Da allerdings im Parlament kein Wort über die diesen Begriffen von der Kommission zugeschriebene Bedeutung verloren wurde, scheint es zweifelhaft, darin einen verbindlichen historischen Willen des Gesetzgebers zu erkennen.

Zu den vorliegend interessierenden Fragen der Abgrenzung zwischen vertraglichem und gesetzlichem Erwerb der Rechte zur Sendung von Tonbildträgern lässt sich weder dem Bericht der III. Expertenkommission noch den weiteren Materialien eine konkrete Regelungsabsicht entnehmen.

## III. Lehrmeinungen

### 1. Vorbemerkung

Soweit sich die Lehre zu den gesetzgeberischen Zwecken von Art. 35 Abs. 1 URG äussert, findet man zwei verschiedene Auffassungen, die sich im Ansatz zwar nicht völlig unterscheiden, jedoch in ihrer Konsequenz zu völlig entgegengesetzten Auslegungsergebnissen führen.

#### a) 1. Auffassung: Vorrang der vertraglichen Regelung

Ein Teil der Literatur hebt hervor, dass Art. 35 Abs. 1 URG dem ausübenden Künstler dort eine Entschädigung sichern wollte, wo er die Nutzung vertraglich nicht kontrollieren kann, weil sie mittels Trägern erfolgt, die für den Privatgebrauch bestimmt sind, sodass beim Erwerb des Trägers keine Entschädigung für die spezifische Nutzung der Aufnahme zur Sendung bezahlt werden muss<sup>14</sup>. Das Fehlen einer vertraglichen Kontrolle und die dadurch bedingte fehlende Abgeltungsmöglichkeit soll demnach der Hauptzweck der Gewährung eines Vergütungsrechts sein. Umgekehrt wäre das Vergütungsrecht des Art. 35 Abs. 1 URG in all jenen Fällen nicht gerechtfertigt, bei denen eine vertragliche Regelung ohne Weiteres möglich wäre. Da im Audiovisionsbereich die Fernsehrechte zusammen mit dem für die Sendung bestimmten Träger direkt vom Produzenten bzw. seinem Rechtsnachfolger erworben werden und dieser regelmässig auch Inhaber der Urheberrechte sowie der ihm übertragenen Künstlerrechte ist, bestünde im Audiovisionsbereich im Unterschied zum Tonträgerbereich nur dann ein Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung, wenn tatsächlich frei erhältliche physische Träger zur Sendung verwendet würden. Dies ist aber wegen des vom Produzenten direkt geltend gemachten Urheberrechts am Werk nur dann möglich, wenn er die Sendung ab einem auch sonst im Handel verfügbaren physischen Werkexemplar gestattet, also auf eine ihm mögliche vertragliche Vereinbarung über die ihm eingeräumten Künstlerrechte verzichtet. Dies im Unterschied zum Fonobereich, wo der Schallplattenproduzent weder über die direkt von den Komponisten über ihre Verwertungsgesellschaft

<sup>13</sup> Bericht zum Entwurf der III. Expertenkommission vom 18. Dezember 1987, 36; Amtl. Bull. NR 1986, 695 ff.

<sup>14</sup> BARRELET/EGLOFF (Fn. 2), URG 35 N 7; Y. BURCKHARD, Vermögensrechte der ausübenden Künstler, sic! 2000, 165 ff., 171.

ten geltend gemachten Senderechte noch über eigene Senderechte verfügt und deshalb gar nicht in der Lage ist, die Einräumung der Senderechte vertraglich zu regeln.

Die allerdings nur selten ausgesprochene Konsequenz dieser Auffassung ist, dass Art. 35 im Bereich der audiovisuellen Träger nur in jenen Fällen Bedeutung hätte, in denen tatsächlich ein zu anderen Zwecken erworbener Träger mit Einwilligung des Inhabers der Urheberrechte auch zur Sendung verwendet würde, was bis heute nicht der Fall ist.

#### *b) 2. Auffassung: Sicherung der Vermögensrechte des ausübenden Künstlers*

Die zweite Auffassung stellt den klaren Begünstigungszweck des ausübenden Künstlers bzw. der ausübenden Künstlerin in den Vordergrund. Nicht das Fehlen einer vertraglichen Kontrollmöglichkeit soll massgeblich sein, sondern die Schwierigkeit des Künstlers und der Künstlerin, ihre Interessen im Rahmen einer an sich möglichen vertraglichen Ordnung durchzusetzen. HILTY spricht im Zusammenhang mit den Vergütungsansprüchen in Art. 13 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 URG, dass diese weniger Erlaubnisnormen als vielmehr die gesetzliche Verankerung eines Gewinnbeteiligungsanspruchs darstellen<sup>15</sup>. Weniger die Ausgestaltung als Vergütungsanspruch als vielmehr die vorgeschriebene Wahrnehmung durch eine Verwertungsgesellschaft würde demnach im Zentrum der Regelung stehen und die Stellung des ausübenden Künstlers und der Künstlerin derjenigen des Musikurhebers annähern. Die Konsequenz dieser Auffassung ist, dass die gesetzliche Regelung überall dort greifen sollte, wo der ausübende Künstler bzw. die ausübende Künstlerin im Rahmen der vertraglichen Gestaltung nicht in der Lage ist, sich im Vertrag über die bereits feststehende Erstausswertung im Kino hinaus eine Beteiligung an der weiteren Auswertung zu sichern. Die entscheidende Frage wäre dann, ob das Sendeunternehmen in der Produktion des audiovisuellen Werkes z.B. als Koproduzent integriert ist, denn dann steht eine Fernsehauswertung bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Künstlervertrages fest, oder ob die Vergabe der Fernsehrechte erst eine spätere Zweitausswertung darstellt, deren Form und Umfang im Moment der Produktion noch unsicher sind, sodass der ausübende Künstler bzw. die ausübende Künstlerin nicht ohne Weiteres erwarten kann, bereits über die Gage für diese Art der Auswertung abgegolten zu werden.

## **2. Gerichtspraxis**

Eine gerichtliche Klärung zum Begriff des im Handel erhältlichen Tonbildträgers steht noch aus. Die geltenden Tarife sehen für die Rechte der ausübenden Künstlerinnen und Künstler im Fernsehbereich pauschale Vergütungen vor, die die Frage des geschützten Repertoires offen lassen<sup>16</sup>.

## **3. Diskussion der vertretenen Lehrmeinungen**

### *a) Vorbemerkungen*

Die Auffassung, wonach Art. 35 Abs. 1 URG deshalb ein Vergütungsrecht des ausübenden Künstlers bzw. der ausübenden Künstlerin vorsehe, weil ein vertraglicher Interessenausgleich gar nicht stattfinden könne, läuft spätestens seit der Neufassung von Art. 33 Abs. 2 URG in der Revision von 2007 auf eine *petitio principii* hinaus. Im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 1 lit. a RA gewährt das schweizerische Recht dem ausübenden Künstler bzw. der ausübenden Künstlerin auch im Audiovisionsbereich ein umfassendes ausschliessliches Senderecht bezüglich der fixierten Darbietung, soweit es sich nicht um die Verwendung eines im Handel erhältlichen Tonbildträgers nach Art. 35 Abs. 1 URG handelt. Die Frage, ob ein vertraglicher Interessenausgleich zwischen Künstler und Künstlerin bzw. ihren Rechtsnachfolgern und dem Sendeunternehmen stattfinden kann, ist von der Auslegung des Begriffs des im Handel erhältlichen Tonbildträgers direkt abhängig, sie kann deshalb ihrerseits nichts zu seiner Auslegung beitragen.

Ein Blick auf die Materialien lässt den Verdacht aufkommen, dass sich der Gesetzgeber der unterschiedlichen Mechanismen der Rechtsvergabe im Audio- und im Audiovisionsbereich nicht bewusst war und insbesondere übersah, dass der Filmproduzent im Unterschied zum Schallplattenproduzen-

<sup>15</sup> R. HILTY, Die Leistungsschutzrechte im schweizerischen Urheberrechtsgesetz, UFITA 124 (1994), 85 ff., 94.

<sup>16</sup> Die entsprechenden Tarife laufen Ende 2009 (Tarif A Swissperform Fernsehen) und Ende 2010 (Tarif GTS) aus. Im Tarif A Swissperform Fernsehen beabsichtigen die Tarifparteien eine Klärung der offenen Rechtsfragen.

ten bereits über sein Urheberrecht in der Lage ist, die Sendung von Tonbildträgern zu kontrollieren<sup>17</sup>. So ist es z.B. nicht verständlich, dass der Hersteller von Tonbildträgern nach Art. 35 Abs. 2 URG am Vergütungsanspruch für die Sendung zu beteiligen ist, obwohl er sich ja im Rahmen der Rechtevergabe ohne Weiteres eine angemessene Sendentschädigung sichern kann. Liegt also der Statuierung eines gesetzlichen Vergütungsanspruchs des ausübenden Künstlers bzw. der ausübenden Künstlerin im Sendebereich ein blosser Irrtum des Gesetzgebers über die tatsächlichen Verhältnisse zu Grunde?

Als allerdings nicht zu eindeutigen Auslegungsergebnissen führende Auslegungshilfe verbleibt demnach die wiederholt erklärte Absicht des Gesetzgebers, die ausübenden Künstlerinnen und Künstler durch die Einräumung eines Vergütungsanspruchs begünstigen zu wollen. Dieser Zielsetzung steht eine Auslegung entgegen, die der Bestimmung überhaupt keine praktische Bedeutung zumessen will und dadurch impliziert, der Gesetzgeber habe quasi aus Versehen nicht bestehende Sachverhalte geregelt.

#### *b) Auswirkung der Auslegung auf die anderen in Art. 35 Abs. 1 URG geregelten Rechte*

Will man sich die vom Gesetzgeber mit der Regelung in Art. 35 URG angestrebten Ziele vergegenwärtigen, so sollte man sich nicht auf den Sendebereich beschränken. Vielmehr sind auch die Auswirkungen der Auslegung auf die Bereiche der Weitersendung, der Aufführung und des öffentlichen Empfangs in Betracht zu ziehen.

Die ausübenden Künstlerinnen und Künstler sind im Bereiche der Weitersendung und des Wahrnehmbarmachens von Sendungen gegen eine leichtfertige Vergabe von Rechten geschützt, dies unabhängig davon, ob sie dem Exklusivrecht nach Art. 33 lit. b oder e oder aber dem Vergütungsrecht nach Art. 35 Abs. 1 URG unterstehen. Beide Rechte werden nach Art. 22 und Art. 35 Abs. 3 URG zwingend über Verwertungsgesellschaften wahrgenommen und ohne Unterschied tariflich vergütet und nach den anwendbaren Verteilordnungen der Verwertungsgesellschaften auf die ausübenden Künstlerinnen und Künstler, die Produzenten und die Sendegesellschaften verteilt. Dies war auch die erklärte Absicht des Gesetzgebers<sup>18</sup>.

Der massgebliche Unterschied der beiden Auslegungen ergibt sich erst über die Regelung in Art. 35 Abs. 4 URG, der die Gewährung eines Vergütungsanspruch auf Künstlerinnen und Künstler beschränkt, die in der Schweiz ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder deren Herkunftsland schweizerischen Staatsangehörigen Gegenrecht gewährt. Würde man die Verwendung von Drittproduktionen im Fernsehen nicht Art. 35 Abs. 1 URG, sondern vielmehr dem Ausschlussrecht des Art. 33 Abs. 2 lit. b und e URG unterstellen, so wäre das ausländische Repertoire in diesem Bereich unabhängig von Gegenrecht geschützt. Ein wesentlicher Teil der von den Verwertungsgesellschaften eingezogenen Vergütungen im Weitersende- und Empfangsbereich würde dann ins Ausland abfliessen, ohne dass die schweizerischen Ausübenden entsprechende Vergütungen im Ausland einziehen könnten. Dies widerspräche aber den mit Art. 35 Abs. 4 URG verfolgten gesetzgeberischen Zielsetzungen<sup>19</sup>. Letztlich war ein umfassender Rechtsschutz der ausübenden Künstlerinnen und Künstler im Bereich der «communication to the public»-Tatbestände nur auf Grund dieser Gegenrechtsklausel überhaupt mehrheitsfähig.

Die Auslegung, wonach entscheidend sei, ob die den Sendeunternehmen gelieferten physischen Träger in identischer Ausführung auch einem breiten Publikum angeboten würden, damit der Tatbestand des «im Handel erhältlichen Tonbildträgers» vorliege, würde deshalb vor allem im Bereich der Weitersendung und des öffentlichen Empfangs in einem entscheidenden Widerspruch stehen zur gesetzgeberischen Absicht der spezifischen Begünstigung der einheimischen Künstlerinnen und Künstler sowie der Angehörigen von Staaten, welche Gegenrecht gewähren.

<sup>17</sup> So ist nicht verständlich, warum die III. Expertenkommission in ihrem Bericht zum Entwurf vom 18. Dezember 1987 auf Seite 38 behaupten konnte, das Schutzbedürfnis der Tonträgerhersteller und dasjenige der Filmproduzenten sei identisch.

<sup>18</sup> Tatsächlich war das entscheidende Argument für die Gewährung der Weitersenderechte und der Rechte am öffentlichen Empfang an die Interpreten das in der Sitzung der Kommission des Ständerates vom 25. August 1992 vorgebrachte Argument, letztlich gehe es nur um eine Aufteilung der ohnehin über Verwertungsgesellschaften zu zahlenden Entschädigungen für die Leistungsschutzrechte zwischen den Interpreten und den Sendeanstalten. Vgl. auch das Votum MEIER im Plenum, Amtl. Bull. SR 1992, 712.

<sup>19</sup> BGer vom 20. Juni 1997 i.S. Tarif GTS, sic! 1998, 33 ff., 37.

### c) Abgrenzung

Mit diesen Überlegungen ist allerdings die konkrete Abgrenzungsfrage noch nicht gelöst. Klar ist lediglich, dass kein im Handel erhältlicher Tonbildträger vorliegt, wenn das Sendeunternehmen selbst als Produzent oder Koproduzent am Vertragsschluss mit dem Künstler und der Künstlerin beteiligt ist. Ebenso muss auf Grund der Materialien als gesichert gelten, dass Kinofilme während ihrer exklusiven Auswertungszeit ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Art. 35 Abs. 1 URG ausgeschlossen sind<sup>20</sup>.

Naheliegender wäre die Auslegung, dass als «im Handel erhältlich» alle audiovisuellen Aufnahmen zu gelten hätten, die vom Sendeunternehmen von Dritten für die Ausstrahlung im freien Fernsehen erworben werden und mehreren Fernsehsendern gleichzeitig zu diesem Zweck angeboten werden. Nicht frei im Handel wären dagegen Aufnahmen, die nur einzelnen Sendern zur exklusiven Auswertung innerhalb eines Sprachgebietes angeboten würden. Wenn jedoch – wie dies heute der Fall ist – der gleiche Film für das Publikum innerhalb eines kurzen Zeitraums über verschiedene in der Schweiz empfangbare Sender in der gleichen Sprachversion angeboten wird, so ist ein solcher Film im Handel erhältlich<sup>21</sup>.

Der Nachteil dieser Auslegung wäre, dass sie auf konkrete sich evtl. im Ausland abzuklärende Vertragsgestaltungen abstellen würde, was zu einer grossen Rechtsunsicherheit führen würde. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit vorzuziehen wäre deshalb die Auffassung, wonach ein Film erst dann als im Handel erhältlich anzusehen wäre, wenn er spätestens im Zeitpunkt der Ausstrahlung auch dem Publikum über DVD, Video-on-demand oder Downloadshops angeboten wird und so in den Bereich der Massenverwertung gelangt ist. Der praktische Unterschied der beiden Auslegungen ist nicht so bedeutend. Die meisten Filme, die den Sendeunternehmen von Dritten zur Sendung im freien Fernsehen angeboten werden, sind auch auf DVD oder über Video-on-demand-Angebote erhältlich. Dem üblichen Wortsinn der gesetzlichen Terminologie «im Handel erhältlich» würde diese zweite Auslegung näher liegen.

Die Auswirkungen dieser Auslegung bedürfen einer vertieften Untersuchung. Klar ist, dass die entsprechenden Vergütungsansprüche von schweizerischen Staatsangehörigen und Personen mit dem gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz geltend gemacht werden können. Ein internationales Instrument zum Schutz der ausübenden Künstlerinnen und Künstler im Audiovisionsbereich besteht zur Zeit nicht. Im Sendebereich würde sich das Gegenrecht auf diejenigen Staaten beschränken, die schweizerischen ausübenden Künstlerinnen und Künstler eigene Rechte an der Sendung einer festgelegten Darbietung einräumen. Im Bereich der Weitersendung und des öffentlichen Empfangs würde dagegen Gegenrecht mit vielen europäischen Staaten bestehen, nicht dagegen mit den U.S.A. Mindestens insofern würde diese Auslegung den gesetzgeberischen Intentionen im Zusammenhang mit Art. 35 Abs. 4 URG am besten entsprechen<sup>22</sup>.

\* PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

<sup>20</sup> BARRELET/EGLOFF (Fn. 2), URG 35 N 6.

<sup>21</sup> GI.M. BARRELET/EGLOFF (Fn. 2), URG 35 N 6.

<sup>22</sup> Vgl. Fn. 18.