

Zur Diskussion / A discuter

Broadcasting, Simulcasting, On-demand-Dienste u.ä. im Lichte der Art. 22c und 35 URG

WILLI EGLOFF*

Art. 35 URG gewährt einen Vergütungsanspruch bei der Verwendung im Handel erhältlicher Ton- oder Tonbildträger zum Zwecke der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung. Mit dieser Bestimmung werden die Regelungen von Art. 12 Rom-Abkommen und von Art. 15 WPPT in das schweizerische Recht umgesetzt. Allerdings gehen die genannten international-rechtlichen Vorgaben teilweise von andern Begriffen aus als das URG. Dies führt zu unterschiedlichen Anwendungsbereichen des im schweizerischen Recht statuierten Vergütungsanspruchs.

L'art. 35 LDA donne un droit à une rémunération lorsque des phonogrammes ou des vidéogrammes disponibles dans le commerce sont utilisés à des fins de diffusion, de retransmission, de réception publique ou de représentation. Cette disposition transpose en droit suisse l'art. 12 de la Convention de Rome et l'art. 15 WPPT. Toutefois, les dispositions de ces conventions internationales se basent sur des notions différentes de celles utilisées par la LDA. Ainsi, le champ d'application du droit à la rémunération prévu par le droit suisse est différent.

- I. Problemstellung**
- II. Das international-rechtliche Umfeld**
 - 1. Rom-Abkommen und World Performances and Phonograms Treaty (WPPT)
 - 2. WIPO Copyright Treaty (WCT)
 - 3. Zwischenergebnis
- III. Art. 35 URG**
 - 1. «Sendung» und «öffentliche Wiedergabe»
 - 2. Umfasst Art. 35 Abs. 1 auch die Zugänglichmachung?
 - 3. Folgerung
- IV. Abgrenzung Sendung/ Zugänglichmachung**

I. Problemstellung

«Werden im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung verwendet, so haben ausübende Künstler und Künstlerinnen Anspruch auf Vergütung.» Das ist der Text von Art. 35 Abs. 1 URG, mit dem sich auch der nachfolgende Beitrag beschäftigt. Dabei beschränke ich mich auf die Erörterung der Begriffe «zum Zwecke der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung». Die Auslegung der übrigen Elemente dieser Bestimmung ist Gegenstand separater Beiträge.

Es mag erstaunen, dass über die Bedeutung dieser Begriffe überhaupt gestritten werden muss. Es handelt sich ja um die gleichen Begriffe, welche das URG auch in andern Zusammenhängen verwendet, so insbesondere in den Art. 10, 33, 36 und 37 URG, welche die Rechte der Urheberinnen und Urheber bzw. der Berechtigten an verwandten Schutzrechten umschreiben und die dort kaum zu Diskussionen Anlass geben. Die Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass der Gesetzgeber die Bestimmung von Art. 35 URG explizit auch als Umsetzung der sich aus dem Beitritt zum Rom-Abkommen ergebenden staatsvertraglichen Verpflichtungen verstand¹, die Auslegung sich also auch an dieser international-rechtlichen Vorgabe zu orientieren hat. Wie sogleich zu zeigen sein wird, bestehen zwischen der dort verwendeten Terminologie und den Begriffen des URG gewichtige Diskrepanzen.

¹ BBI 1989 III 504.

II. Das international-rechtliche Umfeld

1. Rom-Abkommen und World Performances and Phonograms Treaty (WPPT)

Mit der Bestimmung von Art. 35 URG setzte der Gesetzgeber Art. 12 Rom-Abkommen um, in welchem es heisst: «Wird ein zu Handelszwecken veröffentlichter Tonträger oder ein Vervielfältigungsstück eines solchen Tonträgers für die Funksendung oder für irgendeine öffentliche Wiedergabe unmittelbar benützt, so hat der Benützer den ausübenden Künstlern, den Herstellern von Tonträgern oder beiden eine einzige angemessene Vergütung zu zahlen»². Für den Anwendungsbereich der Bestimmung wird im internationalen Abkommen also an die Begriffe der «Funksendung» und der «öffentliche Wiedergabe» angeknüpft.

Hinsichtlich der Sendung müssen zwei Kriterien erfüllt sein, damit die Benützung eines zu Handelszwecken veröffentlichten Tonträgers unter diese Bestimmung fällt: Die Sendung muss eine «Funksendung» sein, also drahtlos erfolgen, und der Tonträger muss «unmittelbar» benützt werden, also direkt gesendet werden³. Im folgenden Schema fällt also nur das grau unterlegte Element in den Anwendungsbereich der Bestimmung (Tabelle 1):

Auch bei der Öffentlichen Wiedergabe im Sinne von Art. 12 Rom-Abkommen muss der Tonträger «unmittelbar» benützt werden, was in diesem Kontext bedeutet, dass er nicht zwischengespeichert und erst danach wiedergegeben werden darf. Nutzung des Tonträgers und Wahrnehmung durch das Publikum müssen also zeitlich zusammenfallen. Hingegen spielt es für den Anwendungsbereich keine Rolle, ob die Wiedergabe vor einem Publikum erfolgt, welches am Ort der Wiedergabe anwesend ist, oder aber vor einem Publikum, das sich an einem andern Ort befindet, wohin der Ton übertragen wird. Nicht unter den Begriff der öffentlichen Wiedergabe fällt die drahtlose Sendung, die unter dem Titel «Funksendung» als eigene Nutzungsform gilt⁴. Schematisch ergibt dies folgenden Anwendungsbereich (Tabelle 2):

Dieses Begriffspaar von «Sendung» und «öffentlicher Wiedergabe» finden wir wieder im WPPT⁵, der als eine Art Ergänzung zum Rom-Abkommen konzipiert ist und in Art. 1 Abs. 1 ausdrücklich auf dieses Abkommen verweist. Es findet sich auch in Art. 15 WPPT, welcher einen dem Art. 12 Rom-Abkommen entsprechenden Vergütungsanspruch für die Sendung und öffentliche Wiedergabe von Tonträgern statuiert. Allerdings ist der Inhalt der Begriffe nicht mehr derselbe: Als Sendung gilt zwar weiterhin nur die drahtlose Übermittlung, neu aber nicht mehr nur die Übermittlung über radioelektrische Wellen, sondern explizit auch die Übermittlung über Satellit⁶. Ausserdem fällt neu in den Anwendungsbereich des Vergütungsanspruchs auch die indirekte Verwendung von Tonträgern⁷. Art. 15 WPPT bezieht sich hinsichtlich der Sendung also auf folgenden Anwendungsbereich (Tabelle 3):

Auch der Begriff der «öffentlichen Wiedergabe» ist in Art. 15 WPPT ein anderer als in Art. 12 Rom-Abkommen. Zum einen werden hier ebenfalls direkte und indirekte Benützung des Tonträgers gleichgestellt, sodass neu auch eine zeitverschobene Wiedergabe erfasst ist. Zum andern wird zwar die öffentliche Wiedergabe weiterhin nur in Abgrenzung von der Sendung definiert⁸, doch ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang mit den Art. 10 und 14 WPPT, dass die «öffentliche Wiedergabe» in Art. 15 WPPT auch die Zugänglichmachung nicht umfasst, also die Möglichkeit, einen Tonträger vom Ort und zum Zeitpunkt eigener Wahl abzurufen⁹. Aus diesen beiden Änderungen ergibt sich folgender Anwendungsbereich (Tabelle 4):

Der Vergütungsanspruch für das Senden und die öffentliche Wiedergabe von Handelstonträgern hat also im WPPT einen deutlich weiteren Anwendungsbereich als noch im Rom-Abkommen. Somit lassen sich aus dem international-rechtlichen Kontext für den Bereich der Nachbarrechte aktuell die folgenden Begriffsinhalte herleiten:

– «Verwendung eines Tonträgers zum Zwecke der Sendung» heisst direkte oder indirekte Verwendung eines Tonträgers für eine drahtlose Verbreitung.

² Art. 12 Rom-Abkommen (SR 0.231.171).

³ Vgl. die Definition in Art. 3 lit. f Rom-Abkommen.

⁴ Anders als für die «Funksendung» enthält das Rom-Abkommen keine Definition der «Öffentlichen Wiedergabe».

⁵ WIPO Performances and Phonograms Treaty vom 20. Dezember 1996 (SR 0.231.171.1).

⁶ Art. 2 lit. f WPPT.

⁷ J. REINBOTHE/S. VON LEWINSKI, The WIPO Treaties 1996, London 2002, WPPT 2 N 54.

⁸ Art. 2 lit. f WPPT.

⁹ REINBOTHE/V. LEWINSKI (Fn. 7), WPPT 2 N 58.

– «Verwendung eines Tonträgers zum Zwecke der öffentlichen Wiedergabe» heisst direkte oder indirekte Wiedergabe eines Tonträgers vor einem anwesenden oder abwesenden Publikum, dies aber nur, soweit es sich nicht um Sendung oder um Zugänglichmachung handelt.

2. WIPO Copyright Treaty (WCT)¹⁰

Der Ausdruck «öffentliche Wiedergabe», nicht aber die «Sendung», findet sich auch im WCT¹¹. Eine Definition des Begriffs findet sich dort nicht, doch ergibt sich aus dem Text von Art. 8 WCT, dass mit diesem Ausdruck etwas anderes gemeint ist als im WPPT. «Öffentliche Wiedergabe» umfasst hier nämlich ausdrücklich die «öffentliche drahtlose oder drahtgebundene Wiedergabe» einschliesslich der Zugänglichmachung. Aus den Hinweisen auf die RBÜ, insbesondere auf Art. 11bis RBÜ, ergibt sich zudem, dass auch die Sendung mit verstanden sein muss¹². Umgekehrt muss aus den gleichen Hinweisen, hier insbesondere auf Art. 11 und Art. 11ter RBÜ, geschlossen werden, dass sich der Ausdruck nicht auf die Wiedergabe vor Anwesenden, also auf die Aufführung oder Vorführung bezieht, da die genannten Artikel die «représentation et exécution publique» bzw. die «récitation publique» vom Begriff der öffentlichen Wiedergabe ausnehmen¹³.

«Öffentliche Wiedergabe» im Sinne des WCT umfasst also jede Mitteilung an Abwesende, inklusive der Sendung und der Zugänglichmachung. Hingegen umfasst der Begriff im WCT den Vortrag, die Aufführung oder Vorführung vor einem anwesenden Publikum nicht. Er bezieht sich somit auf den folgenden Anwendungsbereich (Tabelle 5):

3. Zwischenergebnis

Es ergibt sich somit, dass «Öffentliche Wiedergabe» im Bereich des Urheberrechts ein Oberbegriff für die Wahrnehmbarmachung gegenüber Abwesenden ist, der Sendung und Zugänglichmachung einschliesst. Im Nachbarrecht ist es ein Unterbegriff, der andere Formen der Wahrnehmbarmachung von Tonträgern als die Sendung oder die Zugänglichmachung meint, und zwar ausdrücklich auch die Wahrnehmbarmachung vor Anwesenden. Wir haben also identische Termini mit sehr unterschiedlichem Bedeutungsinhalt.

Angesichts dieser international-rechtlichen Begriffsvielfalt stellt sich natürlich sofort die Frage, auf welchen Inhalt denn nun die in Art. 35 Abs. 1 URG verwendeten Begriffe Bezug nehmen. Die Antwort ist keineswegs selbstverständlich, da das URG ja sowohl das Urheberrecht als auch die verwandten Schutzrechte regelt, und dies mit einem einheitlichen Instrumentarium von Begriffen. Der Gesetzgeber musste also Kompatibilität sowohl mit dem WCT als auch mit dem WPPT herstellen. Wie sogleich zu zeigen sein wird, löst das URG dieses Problem, indem es eine eigene Begrifflichkeit schafft.

III. Art. 35 URG

1. «Sendung» und «öffentliche Wiedergabe»

Klar dürfte zunächst sein, was das URG unter «Senden» versteht: Sowohl in Art. 10 als auch in Art. 33 URG wird als Teilrecht nämlich das Senden «durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Verfahren, auch über Leitungen» genannt. «Senden» in diesem Sinne ist also im Unterschied zu Rom-Abkommen, WCT und WPPT ausdrücklich auch drahtgebundenes Übermitteln. Weiter bezieht sich der Vergütungsanspruch des Art. 35 URG explizit auch auf die Nutzung von Ton- oder Tonbildträgern «zum Zwecke der Weitersendung», deckt also auch eine indirekte Verwendung der Träger ab¹⁴. Daraus ergibt sich, dass der Vergütungsanspruch von Art. 35 URG vorerst den folgenden Anwendungsbereich umfasst (Tabelle 6):

Den Begriff der «öffentlichen Wiedergabe» kennt das URG nicht. Es spricht in den Art. 10 sowie 33, 36 und 37 von andern Werknutzungsarten, nämlich vom

¹⁰ WIPO Copyright Treaty vom 20. Dezember 2009 (SR 0.231.151).

¹¹ Insbesondere Art. 8 WCT.

¹² REINBOTHE/V. LEWINSKI (Fn. 7), WCT 8 N 11.

¹³ REINBOTHE/V. LEWINSKI (Fn. 7), WCT 8 N 11.

¹⁴ Der anlässlich der URG-Revision 2008 neu eingefügte Art. 24b URG spricht vom «Vervielfältigungsrecht an nichttheatralischen Werken der Musik bei der Verwendung von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern zum Zweck der Sendung», geht also ebenfalls davon aus, dass auch bei indirekter Verwendung des Trägers «Sendung» vorliegen kann.

- Vortragen, Aufführen, Vorführen¹⁵;
- anderswo Wahrnehmbarmachen und Zugänglichmachen¹⁶;
- Senden¹⁷;
- Weitersenden¹⁸;
- Wahrnehmbarmachen zugänglich gemachter, gesendeter oder weitergesendeter Werke¹⁹.

In Art. 35 Abs. 1 URG ist dagegen lediglich von «Senden, Weitersenden, öffentlichem Empfang und Aufführung» die Rede. Ist die Bestimmung also als Sondernorm mit eigenen Begriffen zu verstehen? Oder fehlt es dem Gesetz einfach an redaktioneller Stringenz? Ohne Zweifel ist Letzteres der Fall: Mit «öffentlichem Empfang» ist der Sache nach exakt das Gleiche gemeint, was in den Art. 10 und 33 URG «Wahrnehmbarmachen zugänglich gemachter, gesendeter oder weitergesendeter Werke» heisst²⁰. Und die «Aufführung» ist nach unbestrittener Auffassung der gesamten Lehre eine redaktionell unsorgfältige Umschreibung dessen, was in Art. 10 URG «Vortragen, Aufführen oder Vorführen» heisst²¹. Somit ist davon auszugehen, dass Art. 35 Abs. 1 URG die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern für alle in Art. 10 URG genannten Nutzungsarten mit Ausnahme der Vervielfältigung und der Verbreitung meint. Das Schema für den Anwendungsbereich wäre danach also das Folgende (Tabelle 7):

2. Umfasst Art. 35 Abs. 1 URG auch die Zugänglichmachung?

Allerdings: Mit der URG-Revision von 2008 wurde in das Gesetz eine Bestimmung eingeführt, welche lautet: «Das Recht, in Radio- und Fernsehsendungen enthaltene nichttheatralische Werke der Musik in Verbindung mit ihrer Sendung zugänglich zu machen, kann nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden, wenn...»²². Die neue Norm geht auf einen nationalrätlichen Änderungsantrag zurück. Sie war im bundesrätlichen Entwurf nicht enthalten und wird daher in der Botschaft auch nicht kommentiert.

Diese Bestimmung macht nur Sinn, wenn es tatsächlich ein solches Recht wahrzunehmen gibt. Bestünde für das Recht, in Radio- und Fernsehsendungen enthaltene Werke oder Darbietungen zugänglich zu machen, eine gesetzliche Lizenz, so wäre diese Nutzung erlaubt, und es gäbe keine Rechte wahrzunehmen, weder individuell noch über zugelassene Verwertungsgesellschaften. Oder anders gesagt: Würden die in Art. 35 Abs. 1 URG enthaltenen Begriffe auch das Zugänglichmachen umfassen, könnte es für die neue Bestimmung von vorneherein gar keinen Anwendungsfall geben.

Da davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber keine unsinnige Bestimmung erlassen wollte, ergibt sich aus diesem Art. 22c URG der Umkehrschluss, dass die Zugänglichmachung nicht in den Anwendungsbereich des Art. 35 Abs. 1 URG fallen kann. Die dortige gesetzliche Lizenz darf sich nicht auf die Zugänglichmachung beziehen. «Senden, Weitersenden, öffentlicher Empfang und Aufführung» im Sinne des Art. 35 URG meint also sämtliche Formen der öffentlichen Wiedergabe mit Ausnahme der Zugänglichmachung²³.

Das ist insofern alles andere als selbstverständlich, als diese Form der Nutzung nach früherem Verständnis dieser Bestimmung durchaus mitgemeint war²⁴. Mit der Einführung von Art. 22c URG wurde also sozusagen der Inhalt des Art. 35 Abs. 1 URG verändert und die Zugänglichmachung aus dem

¹⁵ Art. 10 Abs. 1 lit. c URG.

¹⁶ Art. 10 Abs. 1 lit. c, Art. 33 Abs. 2 lit. a, Art. 36 lit. b und Art. 37 lit. e URG.

¹⁷ Art. 10 Abs. 1 lit. d und Art. 33 Abs. 2 lit. b URG.

¹⁸ Art. 10 Abs. 1 lit. e, Art. 33 Abs. 2 lit. c und Art. 37 lit. a URG.

¹⁹ Art. 10 Abs. 1 lit. f, Art. 33 Abs. 2 lit. e und Art. 37 lit. b URG.

²⁰ Vgl. auch BBl 1989 III 529, wo noch vom «Recht des öffentlichen Empfangs» gesprochen wird.

²¹ D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, URG 35 N 8; F. DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, 414 f.

²² Art. 22c URG.

²³ So auch BARRELET/EGLOFF (Fn. 21), URG 35 N 8.

²⁴ Vgl. etwa die 1. Aufl., von BARRELET/EGLOFF, Bern 1994 (Fn. 21). Der Verfasser hat denn auch in einem früheren Beitrag die Ausklammerung solcher Internetnutzungen aus dem Anwendungsbereich von Art. 35 URG gefordert, da die Reduktion des Rechts auf Zugänglichmachung gegen den WPPT verstosse (W. EGLOFF, Rundfunk im Internet?, sic! 2005, 107 ff.).

Anwendungsbereich des Vergütungsanspruchs ausgeschlossen, ohne dass die bundesrätliche Botschaft oder irgendein Parlamentarier oder eine Parlamentarierin darüber ein Wort verloren hätte²⁵.

3. Folgerung

Aus all dem ergibt sich für die Auslegung von Art. 35 Abs. 1 URG folgender Schluss: Die gesetzliche Lizenz bezieht sich auf alle Verwendungen von im Handel erhältlichen Ton- oder Tonbildträgern ausser für die Verwendung zum Zwecke der Vervielfältigung, der Verbreitung oder der Zugänglichmachung. Für diese drei Nutzungsformen bestehen Ausschliesslichkeitsrechte, für alle andern besteht nur ein Vergütungsanspruch. Eine Parallelität dieser Abgrenzung besteht weder zu Art. 12 RA noch zu Art. 15 WPPT. Es handelt sich um eine eigenständige Begrifflichkeit.

Damit steht auch fest, wo sich die entscheidende Grenze befindet, um welche es sich lohnt zu streiten, nämlich um die Unterscheidung zwischen Senden, Vorführen etc. einerseits und Zugänglichmachen andererseits. Für technische Vorgänge, die als Zugänglichmachung zu qualifizieren sind, bestehen auch im Bereich der Nachbarrechte Ausschliesslichkeitsrechte. Für alle anderen Formen der öffentlichen Wiedergabe bestehen lediglich Vergütungsansprüche.

IV. Abgrenzung Sendung/Zugänglichmachung

Was also unterscheidet Sendung und Zugänglichmachung? Zugänglichmachung meint laut gesetzlicher Umschreibung, Werke oder Darbietungen so bereitzustellen, dass Personen sie an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl abrufen können²⁶. «An Orten ihrer Wahl» – das gilt auch für die Sendung, denn Sendungen können nach Wahl des Publikums überall wahrgenommen werden, wo es ein Sendesignal gibt. Das Unterscheidungskriterium kann daher nur der Zeitpunkt sein. Bei einer öffentlichen Wiedergabe gegenüber Abwesenden, bei welcher die vermittelnde Institution den Zeitpunkt der Wahrnehmung bestimmt, liegt Sendung vor. Wird der Zeitpunkt der Wahrnehmung durch Konsumentinnen und Konsumenten bestimmt, so handelt es sich um Zugänglichmachung.

Dieses Kriterium ergibt denn auch recht klare Abgrenzungen für den Einzelfall: Eine öffentliche Wiedergabe, die linear erfolgt – d.h. im Rahmen eines vorgegebenen Programmablaufs –, ist Senden. Alles, was nicht-linear öffentlich verbreitet wird, ist Zugänglichmachung. Linear sind Simulcasting, Web-Radios und Web-TV, so es ein solches denn tatsächlich einmal geben sollte. Nicht-linear sind alle On-demand-Dienste, alle Podcast-Dienste, alle Möglichkeiten des Direktzugriffs auf Sendearchive. Und alle diese nicht-linearen Nutzungen fallen nicht unter Art. 35 URG. Für diese Werkverwendungen bestehen auch im Bereich der verwandten Schutzrechte Ausschliesslichkeitsrechte.

Vielleicht entspricht diese Abgrenzung nicht immer den Bedürfnissen der Praxis. So dürfte es für Sendunternehmen ausgesprochen unbefriedigend sein, dass sie im Handel erhältliche Ton- und Tonbildträger zwar senden und simulcasten können, die entsprechende Sendung aber nicht in ihrem Sendearchiv abrufbar oder als podcast verfügbar machen dürfen. Von der gesetzlichen Ausgangslage her dürfte im jetzigen Zeitpunkt aber klar sein, dass dieser Unterschied besteht. Er kann nicht auf dem Wege der Auslegung beseitigt werden.

Tabelle 1

Sendung nach Art. 12 RA	drahtlos	drahtgebunden
direkte Verwendung des Trägers		
indirekte Verwendung des Trägers		

²⁵ Amtl. Bull. NR 2007, 1206 ff.

²⁶ Art. 10 Abs. 1 lit. c, Art. 33 Abs. 2 lit. a, Art. 36 lit. b und Art. 37 lit. e URG.

Tabelle 2

Öffentliche Wiedergabe nach Art. 12 RA	vor Anwesenden	vor Abwesenden
direkte Verwendung des Trägers		(ohne Funksendung)
indirekte Verwendung des Trägers		

Tabelle 3

Sendung nach Art. 15 WPPT	drahtlos	drahtgebunden
direkte Verwendung des Trägers		
indirekte Verwendung des Trägers		

Tabelle 4

Öffentliche Wiedergabe nach Art. 15 WPPT	vor Anwesenden	vor Abwesenden
direkte Verwendung des Trägers		(ohne Sendung)
indirekte Verwendung des Trägers		(ohne Zugänglichmachung)

Tabelle 5

Öffentliche Wiedergabe nach Art. 8 WCT	vor Anwesenden	vor Abwesenden
direkte Verwendung des Trägers		
indirekte Verwendung des Trägers		

Tabelle 6

Sendung nach Art. 35 URG	drahtlos	drahtgebunden
direkte Verwendung des Trägers		
indirekte Verwendung des Trägers		

Tabelle 7

Öffentliche Wiedergabe nach Art. 35 URG	vor Anwesenden	vor Abwesenden
direkte Verwendung des Trägers		
indirekte Verwendung des Trägers		

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern.