Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 96 (1977)

Artikel: Über den Leistungsschutz der Interpreten, der Ton- und Tonbildträgerhersteller und der Sendeunternehmen

Autor: Pedrazzini, Mario M.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896324

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Über den Leistungsschutz der Interpreten, der Ton- und Tonbildträgerhersteller und der Sendeunternehmen

Referat von Dr. iur. MARIO M. PEDRAZZINI
Professor für Privat- und Handelsrecht an der Hochschule St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen 9

1. Das Thema

1.1. Das Leistungsschutzrecht 15
1.2. Das Vorgehen 23

2. Der Schutz des Interpreten

2.1. Einleitung und Überblick 25

2.2. Die Merkmale der Interpretenleistung 25
2.2.1. Die Interpretenleistung als Vermittlerleistung 26
2.2.2. Die Fixierbarkeit der Interpretenleistung 28
2.2.3. Beispiele von Interpretationen 29
2.2.4. Der Interpret und der Mitwirkende 30

2.3. Die möglichen Verwertungsformen einer Interpretenleistung . . . 32

A. Die Darbietung der Leistung 33

2.3.1. Die interne Darbietung 33
2.3.2. Die externe Darbietung 33
2.3.3. Die Darbietung der Leistung am Rundfunk 34

B. Die Festlegung der Leistung 34

2.3.4. Definition 34
2.3.5. Die qualitativ zu beanstandende Festlegung 35
2.3.6. Die erlaubte Festlegung 36
2.3.7. Die unerlaubte Festlegung einer internen Darbietung . . . 36
2.3.8. Die unerlaubte Festlegung einer externen Darbietung . . . 37
2.3.9. Die sogenannte ephemere Festlegung 39

C. Die Vervielfältigung der Leistung 39

2.3.10. Definition der Vervielfältigung und ihr Verhältnis zur Festlegung 39
a) Die primäre Vervielfältigung 40
2.3.10.1. Die erlaubte Vervielfältigung 40
2.3.10.2. Die unerlaubte Vervielfältigung 40
b) Die sekundäre Vervielfältigung 43
2.3.10.3. Die erlaubte sekundäre Vervielfältigung 43
2.3.10.4. Die unerlaubte sekundäre Vervielfältigung. . . . 43
2.3.10.5. Die sekundäre Vervielfältigung zu privaten Zwecken 44
2.3.10.6. Die Verbreitung von Exemplaren aus unerlaubter Vervielfältigung 44

D. Die Verwertung der Vervielfältigung 45

2.3.11. Das Problem 45
2.3.12. Die gewerbsmäßige Genußvermittlung 47
2.3.13. Die nicht gewerbsmäßige Genußvermittlung 47
2.3.14. Die Sendung 48
2.3.15. Die Problematik des Vergütungsanspruches 49
2.3.16. Der Vorbehalt persönlichkeitsrechtlicher Ansprüche . . . 50

2.4. Der Schutz des Interpreten auf internationaler Ebene 50

2.5. Gesetzgeberische Schlußfolgerungen 51

2.6. Folgen für die Praxis 52
2.6.1. Der Interpret 52
2.6.2. Die Darbietung 52
2.6.3. Die Festlegung 54
2.6.4. Die Vervielfältigung 55
2.6.5. Die Sendung 55
2.6.6. Die Verbreitung von unerlaubterweise hergestellten Vervielfältigungsexemplaren 56
2.6.7. Die Verwertung von Vervielfältigungsexemplaren 56
2.6.8. Die Rechte der Mitwirkenden 57

3. Der Schutz der Tonträgerhersteller

3.1. Einführung 58

3.2. Der primäre TT 62
3.2.1. Die Festlegung einer Interpretation 63
3.2.2. Die Festlegung sonstiger Töne 63
3.2.3. Der Schutz der Herstellung des primären TT 64

3.2.4. Die Vervielfältigung des primären TT 65
3.2.5. Die sonstige Benutzung des TT 65

3.3. Der sekundäre TT 66

3.4. Schutz vor Vervielfältigung 66
3.4.1. Die internationalen Abkommen 66
3.4.1.1. Das internationale Abkommen zum Schutz der Hersteller von Tonträgern gegen die unerlaubte Vervielfältigung ihrer Tonträger vom 29.10.1971 (TTAbk). 67
3.4.1.2. Das internationale Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26.10.1961 (RöAbk) 67
3.4.2. Die gegenwärtige Rechtslage in der Schweiz 68
3.4.3. Ist eine Regelung in der Schweiz notwendig? 69
3.4.3.1. Das Ziel eines Schutzes des TT-Herstellers. 70
3.4.3.2. Der Schutz vor Nachahmung 70
3.4.3.3. Der Schutz vor Vervielfältigung des sekundären TT. 71

3.5. Schutz vor sonstigen Benutzungen 79
3.5.1. Die Grundlage 79
3.5.2. Beteiligung des TT-Herstellers an den Interpretengebühren . 80

3.6. Schutz vor Funksendung 81
3.6.1. Im allgemeinen 81
3.6.2. Die ephemere Kopie des TT 82

3.7. Gesetzgeberische Schlußfolgerungen 82

3.8. Folgen für die Praxis 82
3.8.1. Der Tonträgerhersteller 83
3.8.2. Der Schutz vor Vervielfältigung 83
3.8.3. Der Schutz vor Inverkehrsetzung von unerlaubt hergestellten Tonträgern 83
3.8.4. Beteiligung der Tonträgerhersteller an der Interpretenentschädigung 83
3.8.5. Freiheit der ephemeren Vervielfältigung durch Sendeunternehmen 84
3.8.6. Ratifikation der internationalen Abkommen 84

4. Der Schutz der Sendeunternehmen

4.1. Einleitung 85

4.2. Das Objekt der Sendung 86
4.2.1. Die einzelnen Sendungen 86
4.2.1.1. Die Sendung ist die unveränderte Wiedergabe des fixierten Werkes eines Dritten 87

4.2.1.2. Die Sendung ist die Bearbeitung eines Drittwerkes . 87
4.2.1.3. Das gesendete Werk ist vom Sendeunternehmen selbst geschaffen worden 88
4.2.2. Die Sendung als Programm 88

4.3. Die Verwertungsmöglichkeiten einer Sendung durch Dritte . . . 89
4.3.1. Das Weitersenden 89
4.3.2. Öffentliche Wahrnehmbarmachung der Sendung 91
4.3.3. Die Festlegung und Vervielfältigung der Sendung 91

4.4. Die Verwertung einzelner Sendungen 91
4.4.1. Die Verhältnisse bei der unveränderten Wiedergabe eines Drittwerkes 91
4.4.1.1. Die Sendung eines vorfixierten Drittwerkes 92
4.4.1.2. Die zu Sendezwecken veranstaltete Sendung eines Drittwerkes 93
4.4.2. Die Rechtsverhältnisse, wenn die Sendung eine Bearbeitung darstellt 94
4.4.3. Die Rechtsverhältnisse bei der Sendung eines eigenen Werkes 94

4.5. Die Verwertung des Programmes. 95
4.5.1. Bei urheberrechtlichem Schutz des Programmes 95
4.5.2. Aus Sonderschutz 95
4.5.2.1. Schutz der Weitersendung. 96
4.5.2.2. Schutz vor zu gewerblichen Zwecken erfolgender öffentlicher Wahrnehmbarmachung der Sendung . 96
4.5.2.3. Schutz vor Festlegung und Vervielfältigung 97
4.5.2.4. Schutz von Programmteilen 97

4.6. Die internationalen Abkommen zum Schutz der Sendeunternehmen 99
4.6.1. Das Römer Abkommen (RöAbk) 99
4.6.2. Europäisches Abkommen zum Schutz von Fernsehsendungen vom 22.6.1960 mit Protokoll vom 22.1.1965 (FSAbk) . . . 100
4.6.3. Übereinkommen über die Verbreitung der durch Satelliten übertragenen programmtragenden Signale vom 21. Mai 1974 (SATAbk) 100

4.7. Gesetzliche Folgen 101

4.8. Folgen für die Praxis 101
4.8.1. Die innerstaatliche Regelung 102
4.8.1.1. Schutz vor Weitersendung 102
4.8.1.2. Schutz vor öffentlicher Wahrnehmbarmachung zu gewerblichen Zwecken 102
4.8.1.3. Schutz vor Festlegung 102
4.8.1.4. Schutz vor Vervielfältigung 103
4.8.2. Die internationale Regelung 103

der Ton- und Tonbildträgerhersteller und der Sendeunternehmen 7

5. Gemeinsame Bestimmungen 104

6. Schutz sonstiger Leistungen

6.1. Die Editio princeps 105
6.2. Schutz vor photomechanischem bzw. photostatischem Nachdruck. 106
6.3. Schutz typographischer Schriftzeichen 106
6.4. Schutz von Kartenwerken 107

7. Nachwort

7.1. Der private Kreis – ein heiliger Bezirk? 108
7.2. Lebensgemeinschaft – Rechtsgemeinschaft? 109

8. Vorschlag der Kernbestimmungen eines Leistungsschutzrechts 111

Abkürzungen

Ann	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire
BGHZ, RGZ, OLGZ	SCHULZE, Rechtsprechung zum Urheberrecht, München, BGHZ, RGZ, bzw. OLGZ, Nr., Anfangsseite, bzw. SCHULZE, oest... (bei ausländischen Urteilen) Nr.
BOG	Basler Orchester Gesellschaft
CORSI	Cooperativa della Radio della Svizzera Italiana
DdA	Le droit d'auteur
E	Entwurf des Verfassers zu einem LSG (abgedruckt S. 111 ff.)
Erläuterungen	Erläuterungen zum VE LSG vom 11.10.1974 (vervielfältigt)
FIM	Fédération internationale des musiciens
FOSR	Fondation de l'orchestre de la Suisse Romande
FuR	Film und Recht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR/INT	GRUR, Auslands- und Internationaler Teil
IFPI	International Federation of Phonografic Industry
IntAut	Interauteurs
INTERGU	Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht, zit: Autor, Band, Anfangsseite
LitURG	(d) Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst, vom 19.6.1901
Loi type	Loi type relative à la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, OIT/UNESCO OMPI/ICR in DdA 1974, 172
LSG	Leistungsschutzgesetz (vorangestellt die Kurzbezeichnung des jeweiligen Landes)
OR	Schweizerisches BG über das Obligationenrecht, vom 30. März 1911/18. Dez. 1936
PatG	BG betreffend die Erfindungspatente, vom 25. Juni 1954
RDInd	Rivista del diritto industriale
RDRS	Radio der Deutschen und Rätoromanischen Schweiz
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RTC	Revue Trimestrielle de droit commercial
RUER	Revue de l'Union Européenne de Radiodiffusion
SchwMitt	Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
SCHULZE	Vgl. BGHZ.

SIG	Schweizerische Interpreten Gesellschaft
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SMV	Schweizerischer Musikerverband
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
SVU	Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht
TBT	Tonträger, Bildträger oder Tonbildträger
TT	Tonträger
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
URG	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7.12.1922/24.6.1955
..URG	Ausländisches URG (vorangestellt die Kurzbezeichnung des jeweiligen Landes)
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb, vom 30. September 1943
VE LSG	Bundesgesetz über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, Vorentwurf der Expertenkommission vom 11.10.1974 (vervielfältigt)
VE II URG	II. Vorentwurf des Bundesgesetzes betreffend das Urheberrecht vom 25.2.1974 (vervielfältigt)
Vernehmlassung	Ergebnisse der Vernehmlassung über VE LSG, Juli 1974, veröffentlicht Mai 1977 (vervielfältigt)
VPOD	Verband des Personals der öffentlichen Dienste
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Internationale Abkommen und ausführliche ausländische Erlasse zum Leistungsschutzrecht (die Daten beziehen sich auf die Grunderlasse, die Artikel sind die Anfangsartikel)

FSAbk	Europäisches Abkommen zum Schutz von Fernsehsendungen vom 22.6.1960
RöAbk	Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26.10.1961
TTAbk	Übereinkommen zum Schutz der Hersteller von Tonträgern gegen die unerlaubte Vervielfältigung ihrer Tonträger vom 29.10.1971
SATAbk	Übereinkommen über die Verbreitung der durch Satelliten übertragenen programmtragenden Signale vom 21.5.1974

brasLSG (1969)
CSSR URG (1965), 36
dänURG (1961), 45
dURG (1965), 70
DDR URG (1965), 73
finURG (1961), 45
GB LSG (1958 + 1963), dazu URG (1956) *12

* Im angelsächsischen Rechtskreis besteht für die Phonogramme ein eigentliches Urheberrecht, vgl. z.B. GB URG 12, canURG 4, indURG 13.

irlLSG (1968, nur für Interpreten), dazu URG (1963)
itURG (1941), 72
japURG (1970), 89
mexURG (1963), 74
norURG (1961), 42
öURG (1936), 66
schwedURG (1960), 45
ungURG (1969), 49

Eine Sammlung dieser Erlasse wurde 1971 (mit Nachträgen) vom OMPI, Genf, herausgegeben (Lois et traités sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion). Laufende Veröffentlichungen in DdA.

Vorwort

Der Verfasser möchte dem Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins für die ihm gegebene Möglichkeit danken, zu einem aktuellen *gesetzgebungspolitischen* Thema Stellung zu nehmen. Er ist sich dessen bewußt, daß die Untersuchung nicht mehr als ein bescheidener Lösungsbeitrag sein kann – nicht alle Interessen sind schon ausgereift, nach neuen Wegen wird überall gesucht, die technische Entwicklung ist im vollen Gange. Wer bei diesem Sachverhalt versucht, ein Gesetz zu schaffen, muß Entscheidungen treffen, denen oft eine analytisch-sachliche Begründung fehlt – dafür aber die Billigkeit spontan Pate zu stehen scheint. Dies hat der Verfasser versucht. Skeptisch an das Thema herangetreten, hat er sich im Laufe der Bearbeitung zu einem überzeugten Vertreter des Leistungsschutzes all jener entwickelt, die in einer eigenartigen Synthese von Kunst, Interpretation und Technik unsere Mußestunden bereichern. Daß dabei auch derjenige gut wegkommt, der diese Stunde eher mit Lärm übertönt als mit Harmonie beglückt – ja, dafür ist der verdeckte Blick der Justitia verantwortlich.

Allen Vertretern der an einem Leistungsschutz interessierten Organisationen, denen der Verfasser in offener Diskussion begegnen durfte, sei hier kollegialiter gedankt. Sie werden Verständnis dafür haben, daß nicht jeder berechtigte Wunsch sein Echo im Gesetz finden kann.

St. Gallen, Mai 1977

1. Das Thema

Thema dieser Ausführungen ist das Leistungsschutzrecht zugunsten der Interpreten, der Hersteller von Tonträgern bzw. von Tonbildträgern sowie der Sendeunternehmen. Der eventuelle Schutz sonstiger Leistungen nichttechnischer Natur wird nur am Rande berührt, jener technischer Leistungen von PERRET behandelt.

1.1. Das Leistungsschutzrecht

Der Terminus «Leistungsschutzrecht» hat sich seit den dreißiger Jahren eingebürgert[1], um die zuerst von einigen Interessengruppen gewünschte und zum Teil erreichte rechtliche Erfassung heterogener Gebiete zu bezeichnen, nämlich der Interpretation eines Kunstwerkes, der Herstellung von Schallplatten und der Tätigkeit von Sendeunternehmen. Als «Leistungsschutz» wird das neue Gebiet deshalb bezeichnet, weil eine Leistung Rechtfertigung, aber auch Objekt des Schutzes zu sein scheint. Der ursprünglich eher ge-

[1] Auf eine geschichtliche Darstellung des Leistungsschutzes darf hier verzichtet werden. Über die ältere Entwicklung orientiert trefflich G. IKLÉ, Urheberrechtliche Befugnisse an Werken der Tonkunst und technische Entwicklung, Diss. Zürich 1938, St. Gallen; zur grundsätzlichen Problemstellung in den fünfziger Jahren, wo die Problematik erst recht aufgegriffen wurde, A. TROLLER, INTERGU 13, 1959; E. ULMER, Der Rechtsschutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendegesellschaften, München 1957, sowie G. STRASCHNOV, Protection internationale des «droits voisins», Bruxelles 1958. Ein neuerer Überblick bei A. FRANÇON, RIDA 1974, S. 406. Auf die sehr reichhaltige Literatur wird, im Sinne einer Auswahl, in den Fußnoten hingewiesen. Bei den wiedergegebenen Entscheiden handelt es sich gelegentlich um solche urheberrechtlicher, nicht leistungsschutzrechtlicher Natur, was in ihrer Auswertung zu beachten ist.

bräuchliche Terminus «Nachbarrechte»[2] deutete die Verwandtschaft mit dem Urheberrecht an – eine Verwandtschaft, die durch den Stoff vermittelt und durch die Verflechtung der Tätigkeiten und der Interessen realisiert ist. Das Hinzukommen weiterer Leistungen und besonders die verteidigte Autonomie des Urheberrechtes ließen den Ausdruck «Nachbarrechte» als ungeeignet bzw. als unerwünscht fallen.

Die Frage, ob der Ausdruck Leistungsschutzrecht das Gemeinte präzise kennzeichnet, ist in Anbetracht seiner allgemeinen Anwendung überflüssig. Keine der bekannten Deutungen des Wortes Leistung[3] sind im Rahmen des Leistungsschutzrechtes brauchbar, insbesondere nicht, weil für letzteres zwar auch die Entstehung der Leistung, so für die Schutzmotivation berücksichtigt wird – aber die Leistung als Ergebnis eigentliches Schutzobjekt ist. Hinzu kommt, daß die rechtliche Erfassung der Leistung nicht um ihrer selbst willen geschieht: Sie soll vielmehr den *Schutz des Leistenden vermitteln*. Zum richtigen Verständnis des Leistungsschutzrechtes ist es also nicht nötig, den Begriff der Leistung deduktiv zu eruieren, vielmehr zu analysieren, was unter Leistung subsumiert wird. Ob dann das Wort Leistung diese Phänomene richtig kennzeichnet oder nicht, ist, wie gesagt, heute eigentlich irrelevant.

Die Rechtsordnung will zwischenmenschliche Beziehungen ausgleichen und ihr (privatrechtlicher) Weg ist weitgehend auf den Schutz von Interessen der Rechtssubjekte ausgerichtet. Dieser Schutz ist aber vorwiegend ein mittelbarer – Vermittlungselemente sind die Güter, materieller oder immaterieller Natur[4]. Jedes *mate-*

[2] Die m.W. von F. OSTERTAG eingeführte Bezeichnung lautete: «Droits voisins du droit d'auteur», später lediglich «Droits voisins» genannt. Im deutschen Sprachraum wird heute durchwegs die Wendung «verwandte Schutzrechte» gebraucht (vgl. öURG, II. Hauptstück sowie dURG, 2. Teil). Die englische Sprache bedient sich der Bezeichnung «ancillary rights». Das italienische URG (II. Titel) spricht von «diritti connessi all'esercizio del diritto di autore».

[3] Der Jurist lokalisiert die Leistung im Schuldrecht und versteht darunter einen genau definierten Teil im Gefüge der Obligation. Physikalisch bedeutet Leistung die von einer Kraft in der Zeiteinheit verrichtete Arbeit, aber auch das dadurch geschaffene Arbeitsergebnis. In der Nationalökonomie versteht man die Leistung in einem ähnlichen Sinne, als der Quotient «Arbeit durch Zeit».

[4] Über die Bedeutung der Gut-Qualität im Rahmen der Geisteswerke vgl. grundsätzliches bei A. ELSTER, GRUR 1929, S. 1138. Eine Betrachtung der Immaterialgüter als «Ware» bietet S. PRETNAR, in: «Homo Creator», Festschrift für A. Troller, Basel 1976, S. 37.

Gut		Genuss			Vervielfältigung
		Direkter	Indirekter		
			Vorbereitungsphase	Objekt	
Materielles		Ja			
Erfindung		Nein	Produktion	Produkt	Wiederholung der Produktion
Immaterielles					
Kunstwerk	Plastik	Ja			
	Musik	Nein	Interpretation	Aufgeführtes Werk	Wiederholung der Aufführung Festlegung → Herstellung von Tonträgern Weitere Herstellung von Tonträgern

rielle Gut ist (grundsätzlich) dazu geeignet, diesen Schutz durch Eigentumszuweisung zu vermitteln – der Wertgehalt des Gutes ist in dem Zusammenhang irrelevant, weil der Schutz die konkrete Sache nie überschreitet. Ganz anders die Situation bei *immateriellen Gütern*[5]: Der vermittelte Schutz geht über die einzelne, das Gut verkörpernde Sache hinaus und bedeutet insbesondere Schutz gegen Vervielfältigung des Gutes in seiner genußverschaffenden Konkretisierung, da ja im immateriellen Gut eine solche Möglichkeit enthalten ist und ohne diesen weitergehenden Schutz eine rechtliche Erfassung ihren Zweck verfehlen würde. Dieser Schutz vor Vervielfältigung des Gutes ist aber nur dann legitim, wenn das Gut selbst nicht schon jedermann zur Verfügung steht – wobei der hiefür maßgebende Zeitpunkt hier nicht weiter interessiert. Das Gut muß also, um Schutz genießen zu dürfen, einen gewissen Eigenwert aufweisen[6] und dieser Eigenwert wird gemessen mit den Parametern der sogenannten Schutzwürdigkeit (so z. B. der Patentwürdigkeit, die Neuheit und Erfindungshöhe verlangt). Erst dieser Eigenwert rechtfertigt die Zuordnung des betreffenden immateriellen Gutes zu einer Person, z. B. zur Person des Erfinders.

Solche Immaterialgüter sind in unserer Rechtsordnung bekannt: Die Erfindung und das urheberrechtsfähige Werk bilden deren wichtigste Kategorien[7]. Insofern ein Gut sich unter die eine oder andere Kategorie einordnen läßt, ist die Suche nach weiteren Schutzwegen überflüssig. Das gilt besonders auch für die uns näher interessierenden Interpretationen musikalischer, dramatischer oder sonstiger Werke. Verwirklicht eine solche Interpretation die Wesenselemente des Werkes, so ist sie rechtlich als Werk zu betrachten und dementsprechend urheberrechtlich zu schützen.

Der Schutz dieser Immaterialgüter ist absolut und umfassend. *Absolut* ist der Schutz in bezug auf den Kreis der geregelten interpersonalen Beziehungen: Wie das Eigentumsrecht, so gewährt das Patentrecht bzw. das Urheberrecht dem Rechtstitular negatorische Ansprüche gegen jeden unberechtigten Dritten. *Umfassend* ist der

[5] Darüber zuletzt F. SCHÖNHERR, in: «Homo Creator» (zit. Anm. 4), S. 57.

[6] Auf den Wert weist zutreffend BGE 87 II 334 – auf die sonstige Qualifikation in diesem Entscheid ist hier nicht einzugehen.

[7] Die Persönlichkeit braucht in unserem Zusammenhang nicht betrachtet zu werden, abgesehen davon, daß wegen ihrer zentralen Bedeutung für unsere Rechtsordnung sie nicht als Gut im Sinne eines Zuweisungsgutes klassifiziert werden sollte.

Schutz deswegen, weil grundsätzlich jede Verwendung des Rechtsgutes dem Rechtsinhaber vorbehalten ist – mit einigen unwesentlichen Ausnahmen, wie die Verwertung eines bekanntgemachten Werkes im privaten Kreis für das URG[8] und die nicht gewerbsmäßige Benutzung der Erfindung im Patentrecht[9]. Die naheliegende Parallele zum Eigentum[10] hört aber bald auf, wenn man sich die Dynamik der Immaterialgüterrechte vergegenwärtigt, wie (am Beispiel des Patentrechts und des Urheberrechts) aus *Schema A* ersichtlich. Erschöpft sich nämlich der Genuß des materiellen Gutes in der direkten Benutzung desselben[11], so erweist sich bei immateriellen Gütern, wenn nicht immer, so doch sehr oft, eine Vorbereitungsphase als nötig. Für die Erfindung kann man die Produktion als Vorbereitungsphase betrachten, denn erst das Produkt ermöglicht den eigentlichen Genuß der Erfindung selbst (was eine Bestätigung erfährt durch den verschobenen Schutz des unmittelbaren Erzeugnisses bei Verfahrenserfindungen nach PatG 8/3). Im Rahmen des Urheberrechtes leistet die Aufführung musikalischer Werke ein Beispiel, denn sie ist die nötige Vorbereitungsphase für den normalen Genuß des Werkes – ist doch der «direkte» Genuß einer Partitur atypisch[12]. Aus der Zwischenschaltung der Vorbereitungsphase ergibt sich, daß im Gegensatz zu den materiellen bei immateriellen Gütern, wenn auch nicht bei allen[13], der Genuß sozusagen nicht am Werk selbst geschieht, vielmehr am vermittelten Werk. Die Vermittlerrolle spielt bei der Erfindung das Produkt, beim Musikwerk die Aufführung. Diese Vermittlerrolle ist aber das einzige, was Produkt und Aufführung in bezug auf unser Anliegen gemeinsam haben: In der Vervielfältigungsphase, also bei der Vermehrung der

[8] VE II URG 29. Es wird hier meistens auf den VE zum URG, nicht auf das geltende URG hingewiesen.

[9] PatG 8.

[10] In der Bezeichnung «gewerbliches Eigentum» nachklingend. Vgl. aus der neueren Zeit P. Recht, Le droit d'auteur – Une nouvelle forme de propriété, Paris 1969. Stark den Grundgedanken des geistigen Eigentums für das Urheberrecht hervorhebend noch BGHZ 17, S. 266.

[11] Charakteristisch die Bezeichnung «Nuda proprietas», so bei Einräumung eines Nutznießungsrechtes. Der indirekte Genuß durch Gebrauchsüberlassung wird hier für alle Güter ausgeklammert, weil er zur Erkenntnis nichts Wesentliches beiträgt.

[12] Was nichts über seine Bedeutung für die Interpretation aussagen soll. Hiezu neu E. Leinsdorf, Lesen Sie Musik?, Frankfurt a.M. 1977.

[13] So z.B. nicht bei einem Werk der bildenden Kunst.

Genußvermittler, unterscheiden sie sich wesentlich. Beim Produkt erfordert eine Vervielfältigung nicht nur die Benutzung des Immaterialgutes selbst (der Erfindung), vielmehr auch eine Wiederholung der Vorbereitungsphase – ein Produkt kann mit anderen Worten nur durch die gleichen Produktionswege vervielfältigt werden[14]. Beim musikalischen Werk hingegen ist nicht nur die Vervielfältigung durch Wiederholung der Vorbereitungsphase (also durch erneute Werkaufführung) möglich und, von unserer Sicht aus, der weiteren Produktion im Rahmen des Patentrechts gleichzustellen, vielmehr auch die Vervielfältigung ohne Wiederholung der Vorbereitungsphase, indem die Aufführung auf einen Tonträger fixiert wird und die Vervielfältigung dann als solche des Tonträgers selbst erfolgt. Dabei wird zwar das Immaterialgut (das Manuskript) benutzt, aber ohne die sonst nötige Vorbereitungsphase, also ohne die Interpretation zu wiederholen. Daß sogar eine Vervielfältigung der Vervielfältigung vorgenommen werden kann, wird uns später noch beschäftigen[15]. Ein wesentlicher Unterschied zeigt sich also zwischen Patentrecht und Urheberrecht bezüglich der Vorbereitungsphase. Er besteht darin, daß bezüglich einiger urheberrechtsfähiger Werke eine Vervielfältigungsmöglichkeit der Aufführung besteht, die keiner Wiederholung der Aufführung selbst (der Vorbereitungsphase also) bedarf. Hier lokalisiert sich das Problem des *Interpretenschutzes*. Es entsteht deshalb, weil bei der Interpretation eines Werkes der Kunst die Technik Mittel geschaffen hat, die eine Vervielfältigung der Aufführung ermöglichen[16], ohne den Weg der Aufführung selbst wieder beschreiten zu müssen.

[14] Eine gewisse Abkürzung des Verfahrens kann sich für jene Produkte ergeben, bei denen das Immaterialgut (etwa die Erfindungslehre) lediglich eine Form bestimmt – alsdann wäre eine Reproduktion z.B. durch Übernahme der Gießform möglich und insoweit vereinfacht (vgl. ein Beispiel in GRUR 1969, S. 618 betreffend BGH-Urteil über Kunststoffzähne). Die hier hervorgehobene Tatsache erklärt u.a. die Eigenart des Pflanzensortenschutzes.

[15] Vgl. sub Ziff. 2.3.10.

[16] Zwar kann die Benutzung eines Vervielfältigungsexemplars die Aufführung nicht ersetzen, aber dank der außerordentlichen technischen Fortschritte ist die Wiedergabe einer Schallplatte z.B. doch derart hervorragend, daß man von einem eigentlichen Ersatz sprechen kann. Hinzu kommt, daß die Schallplatte jedem und praktisch überall ermöglicht, Spitzeninterpretationen zu genießen. Diese Situation ist also besonders bei der Interpretation musikalischer Werke gegeben – weshalb die Konzentration des Schutzes um den Musiker schon aus diesem Grunde verständlich ist. Sie wird ihre Auswirkung

Die Interpretenleistung drängt sich bei der Betrachtung der Dynamik des Immaterialgutes auf. Sie ist oft notwendiger Bestandteil im Genußprozeß des Immaterialgutes. Sie dürfte also ihren festen Platz in unseren Betrachtungen erhalten – wobei die Legitimation sowie die Zweckmäßigkeit des Schutzes Objekt weiterer Untersuchungen sein müssen. Gilt dies auch für sonstige Leistungen? Schema A hat uns gezeigt, daß mindestens bezüglich einiger Werkkategorien die Interpretation wesentlich zum Werkgenuß gehört. Die Vervielfältigung hingegen nicht – sie gehört aber zur Genußvermittlung bei Produkten. Denn beim Produkt ist die Vervielfältigung notwendiger Bestandteil des Genußprozesses, und die Wiederholbarkeit gehört wesentlich zum Produkt als Ergebnis einer Erfindung. Nichts dergleichen für die Interpretation, z. B. eines Musikwerkes. Interpretationen bestehen auch ohne die Möglichkeit der Wiederholung, um so mehr also ohne die Möglichkeit der Festlegung und also auch der Vervielfältigung. Letztere kommen vielmehr hinzu. Die Interpretation eines musikalischen Werkes ist an sich mit der Aufführung vollendet – weder das Werk noch die Interpretation verlangen eine Festlegung auf Tonträger oder gar eine Vervielfältigung des Tonträgers. Festlegung und Vervielfältigung gehören also nicht mehr zum notwendigen dynamischen Genußprozeß des Werkes. Natürlich sind sie dazu geeignet, die erreichte Werkvermittlung zu verbreiten und zu erleichtern, und stehen insofern mit dem Werk auch in einer engen Beziehung. Aber es handelt sich nicht mehr um eine für den Werkgenuß notwendige Beziehung. Entscheidend ist bei dieser (nicht notwendigen) Weiterführung des Prozesses die Festlegungsphase. Sie erfordert einen großen technisch-organisatorischen und deshalb auch finanziellen Aufwand und weist weitgehende Analogien mit der Produktion auf – der *Tonträger* ist insofern nichts anderes als ein Produkt im Sinne des Schema A. Ein beachtlicher Unterschied besteht aber darin, daß, anders als bei den meisten sonstigen Produkten, eine sekundäre Vervielfältigung des Tonträgers ohne Wiederholung der Festlegungsphase möglich ist: Der einmal hergestellte Tonträger

auf die Begrenzung des Begriffes der Interpreten haben (vgl. Ziff. 2.2.3). Diese Überlegungen kommen m.E. in der Literatur gelegentlich zu kurz, so z.B. bei Ph. Möhring, INTERGU 6, S. 51. Charakteristisch Vertrag CORSI/VPOD, 15/2: «L'impiego delle registrazioni non deve mettere in pericolo l'esistenza dell'orchestra».

kann, praktisch ohne Einbuße an Qualität, direkt kopiert werden. Diese sekundäre Vervielfältigung benutzt aber nicht nur die primäre Vervielfältigung, vielmehr auch das Werk und die Interpretenleistung – was wiederum die enge Interessenverflechtung auf unserem Gebiete zeigt. Die primäre Vervielfältigung ist durch die sekundäre gefährdet – analog zur Gefährdung der Interpretation durch die primäre Vervielfältigung. Man wird sich also fragen müssen, ob auch für die primäre Vervielfältigung ein Leistungsschutzrecht angenommen werden kann bzw. muß.

Eine ähnliche Situation ergibt sich bei der Tätigkeit eines *Sendeunternehmens*. Auch die Sendung ist, unter diesem Aspekt, einem Produkt gleichzustellen und auch sie kann, ebenfalls ohne Einbuße an Qualität, weitergesendet werden, was einer Einsparung der Vorbereitungsphase des Produktes gleichkommt. Darüber hinaus kann eine Sendung festgehalten und entsprechend vervielfältigt werden, weshalb auch diesbezüglich die Schutzfrage zu stellen ist. Eine Gemeinsamkeit ist für den Tonträger und für die Sendung festzustellen: Die sekundäre Benutzung (Vervielfältigung bzw. Weitersendung) erfolgt nicht nur durch den Einsatz des Tonträgers bzw. der Sendung, vielmehr auch des Werkes und der Interpretation. Diese sehr *enge Interessenverflechtung* und die *gegenseitige Abhängigkeit der Beteiligten* (Urheber, Interpret, Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen) führt zur Zweckmäßigkeit einer gemeinsamen Betrachtungsweise, wobei der Urheber dank seiner ausgebauten Rechtsstellung nur mittelbar einzubeziehen ist. Die in der Schweiz gelegentlich vertretene Meinung[17], das Künstlerische (Interpret) müsse vom Industriell-Veranstalterischen (Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen) auseinandergehalten werden, sich an das Urheberrecht anlehnen und allein Gegenstand eines Leistungsschutzrechtes bilden, übersieht den genannten faktischen Zusammenhang und geht von einer mit den erzielten Ergebnissen selbst nicht zu vereinbarenden Überbetonung der persönlichkeitsrechtlichen Komponente aus[18].

Damit sind die drei Leistungskategorien individualisiert, die hier näher untersucht werden müssen. Einige Randerscheinungen werden sich anschließen.

[17] Vgl. verschiedene Stellungnahmen in der Vernehmlassung sowie E SVU.
[18] Vgl. unten Anm. 69.

Es hat sich bisher gezeigt, daß solche Leistungen einen Schutz erheischen könnten, die ohne Wiederholung der Vorbereitungsphase (Produktionsvorgang bzw. Interpretation) vervielfältigt werden können. Es ist hier nicht zu prüfen, ob auf anderen, nicht der Kunst, vielmehr der Technik untergeordneten Gebieten Leistungen bestehen, die Schutz verdienen können – die *einvernehmliche* Arbeitsteilung hat sie Herrn Kollege PERRET zugewiesen. Die Kenntnis seiner Ergebnisse ist notwendige Voraussetzung einer übergeordneten Fragestellung – die dem mündlichen Referat vorbehalten sei.

1.2. Das Vorgehen

Ob ein Leistungsschutzrecht und – falls bejahend – für welche Leistungskategorien es einzuführen sei, ist eine Frage, die der Gesetzgeber zu entscheiden hat[19]. Sie erfordert zunächst eine empirische Untersuchung im Hinblick auf die Intensität der in Frage stehenden Interessen der direkt und indirekt betroffenen Kreise, was hier, wenn auch in beschränktem Maße, versucht werden soll[20]. Um den gesetzgeberischen Entscheid zu erleichtern, werden die Schutzkategorien aufgezeichnet, in die ein Leistungsschutzrecht gegossen werden könnte, wobei es zweckmäßig erscheint, die gewonnenen Erkenntnisse in nur das Wesentliche enthaltende, also skelettartige Gesetzesform zu gießen[21]. Ausländische Gesetze, der Vorentwurf

[19] Für die Einführung eines Leistungsschutzrechtes in der Schweiz haben sich in neuerer Zeit besonders ausgesprochen: F. VISCHER, in: Festgabe W. Hug, Bern 1968, S. 259 sowie R. FRANK, SJZ 1973, S. 161. Das Vernehmlassungsverfahren hat ein positives Bild ergeben. Aus den schweizerischen Veröffentlichungen zum Thema vgl. noch, ohne daß sie in der Folge einzeln zitiert werden: TH. MOLL, Der quasi-urheberrechtliche Leistungsschutz, Diss. Basel 1948; C. SCHORRO, La protection de l'artiste interprète en droit suisse, Diss. Freiburg 1952; eingehend neuerdings besonders C. SCHNEIDINGER, Der Leistungsschutz, Diss. St. Gallen 1977. In der Vertragspraxis sind die Rechte des Interpreten mitunter ausdrücklich anerkannt, vgl. z. B. Vertrag FOSR/SRG, 14/6.

[20] Eine eigentliche Rechtstatsachenforschung mit besonderer Berücksichtigung der geltenden Vertragssituation ist vom Bundesrat Herrn Prof. M. REHBINDER in Auftrag gegeben worden. Auf die bestehenden Verträge wird in der Folge also nur incidenter verwiesen (vgl. dazu unten Anm. 71).

[21] Diese Einschränkung erfolgt in der Meinung, daß, einmal die Kernfragen beantwortet, die übrigen Gesetzesbestimmungen eher unproblematisch sind, bewährten Modellen folgen können oder aber einen ausgesprochen politi-

der Expertenkommission sowie der Entwurf der schweizerischen Vereinigung für Urheberrecht[22] sind dabei zu berücksichtigen. Die Frage der Wünschbarkeit oder gar der Notwendigkeit eines Schutzes für die eine oder andere Leistung ist unweigerlich subjektiv gefärbt und insofern relativ: Das Durchdenken der gesetzlichen Normierung kann aber mit ein Prüfstein ihrer Vertretbarkeit sein.

schen Entscheid voraussetzen. Das gilt insbesondere für folgende Fragen: Schutzdauer, Rechtsschutzvorschriften, Behandlung ausländischer Rechtssubjekte (dazu für das deutsche Recht H. BRACK, UFITA 50, S. 554), Abtretbarkeit der Ansprüche des Interpreten (vgl. dURG 78, dazu PH. MÖHRING/K. NICOLINI, Urheberrechtsgesetz, Berlin 1970, § 78, Anm. 1c), nähere Bestimmung der Entschädigungen bei utilisations secondaires (vgl. etwa die komplizierte Regelung im japURG 95).

[22] Abgedruckt in Vernehmlassung 100.

2. Der Schutz des Interpreten

2.1. Einleitung und Überblick

Die Leistung des Interpreten vermittelt den Werkgenuß und ist für einige Werkgattungen hiezu notwendig. Wir stellten die Frage ihres eventuellen Schutzes nach Leistungsrecht, weil sie, ohne Wiederholung der Vorbereitungsphase, festgelegt und vervielfältigt werden kann. Es geht nun darum, näher zu analysieren, inwiefern ein Schutz wünschenswert oder gar nötig erscheint und gegebenenfalls, wie derselbe aussehen müßte. Um dies zu tun, fragen wir uns zunächst, was die Leistung des Interpreten ausmacht, welche Merkmale sie aufweist. Wir untersuchen sodann, ob und eventuell wie das geltende Recht diese Leistung, eventuell einzelne Aspekte derselben, erfaßt. Bleibt ein nicht geschützter Leistungsüberschuß übrig, so wird man versuchen, entsprechende Schutzvorschriften zu entwerfen. Als Musterbeispiel nehmen wir die Interpretation eines musikalischen Werkes: Sie dürfte jene sein, die sich zwecks Analyse am meisten «manipulieren» läßt und bietet deshalb einen Spiegel für alle sonstigen Leistungskategorien – abgesehen davon, daß beim musikalilischen Werk die Interpretation eine besondere Bedeutung hat und, auch kommerziell gesehen, sie und ihre Verwertung eine beherrschende Rolle spielen.

2.2. Die Merkmale der Interpretenleistung

Die Analyse der Interpretenleistung hat zum Ziel, eventuell rechtlich relevante Merkmale aufzudecken – sie ist also zielgerichtet und insofern relativ.

2.2.1. Die Interpretenleistung als Vermittlerleistung

Die Leistung, die analysiert wird, ist jene des Interpreten in ihrer typischen Funktion als Vermittlerleistung. Es ist müßig, sich die Frage zu stellen, ob das Wort Leistung zutreffend ist oder nicht, denn in Lehre und Praxis ist die Antwort seit Jahrzehnten positiv ausgefallen. Es wäre auch unzulässig, aus der Terminologie rechtliche Schlüsse ziehen zu wollen. Es soll hier lediglich vermerkt werden, daß üblicherweise unter Leistung sowohl «das Leisten» wie «das Geleistete» verstanden werden, wobei gerade bei der Interpretation eines Kunstwerkes beide Stadien bis zur Einheit verwachsen sein können – so bei tänzerischen Leistungen[23]. Es hängt aber mit dem Wesen rechtlicher Betrachtung zusammen, daß auch bei der Leistung das Ergebnis, das Erreichte, eben das «Geleistete» als Schutzobjekt, als Gut anzusehen ist – das Werden, das Handeln ist rechtlicher Erfassung kaum fähig, denn die Erfüllung der Sollnorm läßt sich erst am Ergebnis messen und um dieses Ergebnisses willen ist die Sollnorm denn auch aufgestellt.

Die Interpretenleistung als solche ist *frei von Werkelementen*[24]. Von eigentlicher Interpretation kann man nämlich nur im Rahmen der Vorbereitungsphase (Schema A) sprechen, sie kann nur hier entstehen – das Werk ist logischerweise vorgegeben. Das führt notwendigerweise dazu, von Interpretenleistung nur dann zu reden, wenn ein Werk «vorbereitet», wenn also der Werkgenuß vermittelt werden muß. Ist das nicht nötig (so bei Werken der bildenden Kunst), so gibt es diesbezüglich auch keine Interpreten, ergo auch keine entsprechende Leistung, die geschützt werden müßte. Diese grundsätzliche Trennung zwischen Werk, als dem Vorgegebenen, das vermittelt werden soll, und Leistung läßt sich in der Praxis nicht immer scharf durchführen. So findet bei der Interpretation solcher musikalischer Werke, die erst durch den ausführenden Künstler vervollständigt werden[25], gleichzeitig eine Werkschöpfung und eine Inter-

[23] OLG München, UFITA 74, S. 320.

[24] Vgl. hierüber etwa OVERATH, INTERGU 11, S. 40. Kritisch A. TROLLER, Jurisprudenz auf dem Holzwege, INTERGU 13, 1959, S. 65. Über den (möglichen) Werkcharakter einer Interpretenleistung, die dann dem URG untersteht, vgl. die Angaben in Anm. 26. Dazu RIEMANN, Musiklexikon, Sachteil, Mainz 1967, s. v. Interpretation.

[25] Vgl. ein Beispiel sogenannter «offener Kompositionen» im Entscheid des OLG Hamburg, GRUR 1976, S. 708 sowie den Entscheid der Cours de Paris,

pretation statt. Aber auch darstellerische, pantomimische, tänzerische Leistungen u.a.m. können Werkcharakter aufweisen – in welchem Falle dem Leistenden die Eigenschaft eines Urhebers, oft eines Miturhebers oder eines Bearbeiters zuzuerkennen ist[26]. Diese Tatsache braucht den Gesetzgeber nicht besonders zu beunruhigen, er kann die Einzelfallösung getrost dem Richter überlassen. Ohne hier auf die Definition des urheberrechtsfähigen Werkes näher einzutreten, sei vermerkt, daß demselben Einmaligkeit, Originalität, Schöpfersinn eigen ist[27].

Die Interpretenleistung ist sodann typischerweise *persönlich bedingt*, sie ist wesensmäßig Ausfluß der Persönlichkeit des Interpreten[28] und zwar auch dann, wenn sie nach höchster Werktreue strebt. Dies wird durch die leicht feststellbaren Unterschiede zwischen zwei Interpretationen des gleichen Werkes bestätigt[29]. Der Gesetzgeber

Ann. 1958, S. 210. Dazu insbesondere E. K. PAKUSCHER, UFITA 72, S. 107 sowie E. D. HIRSCH-BALLIN, UFITA 50, S. 843. Interessant, was H. H. RAUSCHER AUF WEEG in «Musik im Netz der rechtlichen Ansprüche» 1977 (vervielfältigt, S. 10) berichtet: «In vielen Fällen liefert der Komponist nur eine Zeile einer einfachen Melodie-Stimme oder einen akustischen Einfall, während ein Spezialarrangeur oder Instrumentalarrangeure in Zusammenarbeit mit der Tontechnik eines Tonträger-Herstellers, häufig auch zusammen mit kreativen Interpreten in einer Gemeinschaftsarbeit schließlich das Werk selbst und das ‹Endprodukt – Tonträger› erarbeiten. Das Manuskript wird erst später erstellt.»

[26] Diese Frage braucht *hier* nicht näher erörtert zu werden. Einzig wichtig ist die Feststellung, daß die Interpretation *normalerweise* nicht als Werk betrachtet werden kann (dagegen aber besonders A. TROLLER, Immaterialgüterrecht I, 2. Aufl., Basel 1968, S. 500 sowie R. BODEN, UFITA 47, S. 146). Näheres hierüber, mit zum Teil verschiedenen Ergebnissen: TROLLER, INTERGU 13, S. 64; DERSELBE, Immaterialgüterrecht I, S. 425; PH. MÖHRING, INTERGU 6, S. 15; E. D. HIRSCH-BALLIN, UFITA 18, S. 318; H. HUBMANN, INTERGU 9, S. 24; E. SCHULZE, INTERGU 5, S. 11; C. SCHRAMM, Die schöpferische Leistung, Berlin 1958, S. 56; H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, 2. Aufl., Paris 1966, No. 178; R. DÜNNWALD, UFITA 52, S. 49. Zu absolut m. E. BGE 85 II 431 (439): «La reconnaissance d'un droit d'auteur à l'interprète est inconciliable avec les principes fondamentaux du droit d'auteur» – zumal sich das Bundesgericht mit den Argumenten z. B. von TROLLER überhaupt nicht auseinandergesetzt hat.

[27] Zum Unterschied zwischen Werk und Leistung BGE 85 II 431 und die in Anm. 26 angegebene Literatur.

[28] Vgl. unten Anm. 29.

[29] Hinweise auf die persönliche Natur der Interpretenleistung bei TROLLER, INTERGU 13, besonders S. 64; HUBMANN, INTERGU 9. Aus der Recht-

muß dieser Tatsache Rechnung tragen und, ähnlich wie im Urheberrecht, sich an das Typische halten. Für ihn muß also insbesondere irrelevant sein, welchen Grad von Werkgenuß die konkrete Interpretation vermittelt. Eine besondere «Genußhöhe»[30] darf der Gesetzgeber nicht verlangen.

2.2.2. Die Fixierbarkeit der Interpretenleistung

Neben diesen wesentlichen Merkmalen muß dasjenige der Fixierbarkeit genannt werden, welches nur für das Recht beachtlich ist. Die Interpretenleistung muß so beschaffen sein, daß sie sich aufzeichnen läßt und zwar derart, daß eine Reproduktion möglich ist. Mit welchen technischen Mitteln dies geschieht, ist unwesentlich, sofern das Mittel die Interpretationsleistung selbst nicht beeinflußt. Die Fixierbarkeit muß gefordert werden, weil die Vervielfältigung davon abhängt und diese ihrerseits die Frage eines Sonderschutzes aufwirft. Ist also eine Interpretationsleistung nicht fixierbar, so reicht, wie noch darzulegen, der ihr de lege lata zukommende Schutz aus; ein zusätzlicher Schutz ist nicht nötig, weil eine Weitervervielfältigung nicht möglich ist[31].

sprechung ist hervorzuheben: OLGZ 18; besonders klar B. MENTHA, UFITA, Schriftenreihe Heft 29, S. 22. In BGE 62 II 243 hatte das Bundesgericht unter Hinweis auf die Diskussionen in den eidgenössischen Räten sogar ein Urheberrecht der ausübenden Künstler angenommen. In BGE 85 II 431 und 87 II 320 hat es zwar die frühere Auffassung korrigiert, die persönlichkeitsrechtliche Komponente aber betont. Vgl. auch BGHZ 77 und 78. Aus der Sicht der Interpreten H. SCHWAIGER, Warum der Applaus, München 1968. Eingehend auf das Begriffspaar Urheber/Interpret G. ROEBER, UFITA 36, S. 127 sowie M. KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, S. 156.

[30] Dieses Wort in Anlehnung an parallele Parameter beim Werk («Leistungshöhe») und bei der Erfindung («Erfindungshöhe»). Nur eine qualifizierte («künstlerisch eigenpersönliche») Leistung will G. IKLÉ (zit. in Anm. 1), S. 118, gelten lassen. Die Notwendigkeit einer besonders persönlich gefärbten Leistung betont u.a. V. LÜDI, SJZ 1957, S. 322. Die Frage wurde in BGHZ 76, 77 und 78 im gleichen Sinne wie hier erörtert.

[31] Das erklärt das engste Verhältnis zwischen Aktualität des Schutzes und Fortschritt der Vervielfältigungstechnik.

2.2.3. Beispiele von Interpretationen

Die Untersuchung erfolgt, wie gesagt, anhand der Interpretation eines musikalischen Werkes. Aus der Definition der Interpretation (Ziff. 2.2.1.) ergibt sich aber, daß jede Interpretation eines Werkes der Kunst oder der Literatur (also eines an sich urheberrechtsfähigen Werkes, vgl. VE II URG 1) die Rechtstitularität begründet[32]. Typische Interpreten im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung sind also Musiker (Instrumentalisten), Sänger und Chorsänger (Vokalisten), Schauspieler, Mimen, Ballettänzer, Regisseure, Rezitatoren und Dirigenten. Es ist Sache der Praxis, im Einzelfalle festzulegen, welche Leistungen zu schützen sind, und es dürfte unzutreffend sein, hier streng an Kategorien anzuknüpfen[33]. Es darf nämlich nicht

[32] Es ist daran festzuhalten, daß die Interpretation eines *Kunstwerkes* als maßgebendes Kriterium beibehalten werden soll, um den Schutzumfang nicht zu weit zu ziehen und unübersichtlich werden zu lassen. Wenn auch nicht zu leugnen ist, daß einer solchen Grenzziehung eine gewisse Willkürlichkeit anhaftet, dürfte zu weit gehen und kaum zu lösende Abgrenzungsprobleme aufwerfen, wenn man dasselbe verläßt und den Schutz etwa an der einzigen Tatsache eines *persönlichen Auftretens* anknüpft, womit z. B. auch Sportler, Jongleure, Trapezartisten usw. ins Blickfeld des Gesetzes rücken würden. In dieser Richtung geht auch die herrschende Meinung sowie die (spärliche) Praxis. Vgl. etwa E. ULMER, Der Rechtsschutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendegesellschaften, München 1957, S. 36; MÖHRING/NICOLINI (zit. Anm. 21), § 73, Anm. 1–3; H. W. NEUMANN, Anm. zu BGHZ 173; eingehend R. DÜNNWALD, UFITA 52, S. 49. Vgl. auch E SVU 1 sowie Vernehmlassung 48a sowie mehrere Stellungnahmen in der Vernehmlassung. Aus der Praxis BGHZ 173, LG München, UFITA 54, S. 320; lehrreich Court of appeals, Third circuit in GRUR/INT 1956, S. 307.

Für einen Sonderschutz des *Veranstalters* (so öURG 66/3 und dURG 81 in Zusammenhang mit den Leistungen der ausübenden Künstler) dürfte kein unbedingtes Interesse bestehen, ist er doch in der Lage, seine Interessen auf vertraglichem Wege durchzusetzen. Die Grundlage dazu liefert prinzipiell das Sachenrecht und in Sonderfällen auch das UWG. Eine zusätzliche Schutzquelle scheint nicht nötig zu sein. Aus der Praxis insbesondere oest. Oberster Gerichtshof in GRUR/INT 1977, S. 211 sowie die (noch nicht auf dURG 81 gestützten) Entscheide BGHZ 106 und 173 sowie Cour de Paris in Ann 1961, S. 39. Ausführlich DÜNNWALD, UFITA 52, S. 49 (69) sowie W. KRAUSE-ABLASS, Rundfunk und Fernsehen 1972, S. 159. Dazu auch sub Ziff. 3.

[33] Vgl. aus der Praxis besonders folgende Entscheide: OLG Frankfurt, GRUR 1967, S. 199 (betreffend Bühnenregisseur, wozu B. SAMSON, ebenda S. 191; zum Bühnenregisseur insbesondere X. DESIEUX, RIDA 1973, S. 42; H. H. SCHMIEDER, UFITA 63, S. 133; G. GENTZ, GRUR 1968, S. 182); BGHZ 209

übersehen werden, daß der Schutz dem Interpreten zukommt. Läßt ein Werk keine Interpretation zu (z. B. das Vorlesen eines wissenschaftlichen Manuskriptes oder einer Nachricht), so wird auch der Vortrag nicht als Interpretation gelten können[34]. Hingegen kann die Interpretation eines Clowns die eines Werkes der Kunst sein[35]. Es dürfte deshalb zutreffend sein, im Gesetz an den Interpreten bzw. an die Interpretation und nicht an den «ausübenden Künstler» anzuknüpfen[36].

2.2.4. Der Interpret und der Mitwirkende

Interpret ist derjenige, der den Genuß eines Werkes der Kunst oder der Literatur vermittelt. Diese Vermittlung erfolgt durch die sogenannte *Darbietung* des Werkes – in der urheberrechtlichen Terminologie durch Vortrag oder Aufführung[37]. Interpret ist demnach

(betreffend Maskenbildner); BGH, GRUR 1976, S. 708 (Tonregisseur); PRETURA di Milano, Rassegna di diritto cinematografico, 1964, S. 99 sowie LG Hamburg, GRUR 1976, S. 151 (beide betreffend Rundfunksprecher); LG Düsseldorf, UFITA 77, S. 282 (Bühnenbildner); LG Saarbrücken, UFITA 38, S. 224. Das LG Berlin hat (in einem m. W. noch nicht veröffentlichten Entscheid) die Interpreteneigenschaft eines Quizmasters verneint. DÜNNWALD, UFITA 52, S. 49 (64) zeigt eindrücklich, daß eine abschließende gesetzliche Regelung nicht nur unzweckmäßig, sondern auch unmöglich ist. Die wandelnde Praxis der Interpretation bestätigt dies fast alltäglich. Die in den Muster- und Tarifverträgen enthaltenen Definitionen sind lediglich als Indizien zu werten – ihre Geltung hat internen schuldrechtlichen Charakter.

[34] Klarstellend DÜNNWALD, zit. in Anm. 33, der das Kriterium des Spieles, der Rolle einführt. Aus anderen Gründen verlangt IKLÉ (zit. Anm. 1, S. 118) eine «persönliche künstlerische» Leistung. Es darf nicht übersehen werden, daß die Abgrenzung u. U. Schwierigkeiten bereiten kann, so insbesondere bei modernen Kunstarten. Über die Probleme bei elektronischer Musik vgl. M. WEISSTHANNER, Urheberrechtliche Probleme neuer Musik, München 1974, besonders S. 54 und PAKUSCHER, UFITA 72, S. 107.

[35] Dazu im allgemeinen KUMMER, zit. Anm. 29, S. 138 und die in Anm. 26 zitierten Autoren. Aus der Praxis Corte di Appello di Milano, in RDInd 1969, S. 103 und Tribunale di Milano, daselbst 1965, S. 205.

[36] Besonders klar DÜNNWALD, zit. Anm. 33.

[37] VE II URG 1. So definiert auch dURG 73 den Interpreten, wobei aber DÜNNWALD (UFITA 65, S. 99) zuzustimmen ist, daß Aufführung oder Vortrag im Urheberrecht immer als öffentliche Darbietung angesehen werden und eine solche Einschränkung bei der Interpretation nicht zutreffend sei, weshalb der Gesetzestext sich auf das (urheberrechtlich neutralere) Wort Darbietung festlegen sollte. Zur deutschen Regelung zuletzt LG Hamburg, GRUR 1976, S. 151.

primär derjenige, der die interpretatorische Leistung persönlich erbringt und zwar, wie vermerkt, unabhängig vom Intensitätsgrad der Vermittlung bzw. vom Mitwirkungsrang. Beide Kriterien sind nicht dazu geeignet, den Interpreten prinzipiell vom Nichtinterpreten abzugrenzen, was einer Differenzierung im internen Verhältnis nicht entgegensteht. Das Gesetz aber sollte sich nicht auf solche sehr relative Kriterien einstellen[38]. Es scheint auch mit dem Sachverhalt der Interpretation unvereinbar, «die persönliche Darbietung» in einem sehr engen, fast physischen Sinne aufzufassen und so z. B. Regisseure und Dirigenten nicht als Interpreten, vielmehr lediglich als Mitwirkende zu betrachten[39]. Es braucht hier nicht näher ausgeführt zu werden, daß gerade die Letztgenannten einer Interpretation ihre persönliche Note aufdrücken können. Sie sind also echte Interpreten und als solche zu behandeln und auch zu bezeichnen[40]. Definiert man die Interpretation als Darbietung und führt man keine Differenzierungen durch, so scheint die ausdrückliche Ausdehnung des Schutzes auf die «künstlerisch Mitwirkenden»[41] überflüssig zu sein.

Die Frage einer gewissen Erweiterung des Kreises der Rechtsträger stellt sich hingegen für solche Personen, die zwar nicht bei der Vorbereitungsphase, bei der Darbietung selbst, vielmehr bei der *Festlegung* der Darbietung entscheidend mitwirken. Wird die Darbietung ad hoc gemacht, so spielen z. B. die mit der Tonregie beauftragten Personen[42] eine maßgebende Rolle für das Endergebnis, also für

[38] Es dürfte nicht zutreffend sein, als (schutzwürdigen) Interpreten z. B. nur den Leiter des Orchesters und den Solisten, also denjenigen, der eine Sonderleistung erbringt, gelten zu lassen, da der Wertgrad der Leistung nicht maßgebend sein kann, ohne daß man vor praktisch unüberwindlichen Schwierigkeiten steht. Auch gilt es des Zusammenwirkens gewahr zu werden, welches zwischen Dirigent bzw. Solist und Orchester bestehen muß und die Qualität einer Interpretation wesentlich beeinflußt. A. A. TROLLER, INTERGU 13 sowie SchwMitt 1955, S. 137 und LÜDI, zit. Anm. 30. Wie hier die deutschen Interpretenentscheide (BGHZ 76–79) und J. W. EKRUTT, GRUR 1976, S. 193. Einschränkend öURG 66/2 sowie ungURG 49/1. Differenziert iURG 82. Aus der Praxis vor dURG vgl. UFITA 32, S. 99 (Bühnenchorsänger). Zutreffend BGHZ 209 (es komme weder auf den Umfang noch auf die Intensität der Mitwirkung an, sofern nur überhaupt eine Leistung vorliegt, die die Gesamtgestaltung im künstlerischen Bereich mitbestimmt).

[39] So dURG 73 (dazu MÖHRING/NICOLINI, zit. Anm. 21, § 73, Anm. 3) und im Anschluß daran VE LSG 1 und E SVU 1.

[40] Zu Recht DÜNNWALD, UFITA 65, S. 99. Treffend japURG 2/IV.

[41] So dURG 73, VE LSG 1, E SVU 1 u.a.

[42] Vgl. GENTZ, GRUR 1974, S. 328.

die festgelegte und später vervielfältigte Interpretation, so daß der Gesetzgeber auch den Mitwirkenden berücksichtigen sollte. Dabei ist zu beachten, daß diese Mitwirkung nicht bei der Interpretation selbst, vielmehr bei der Festlegung erfolgt, weshalb die oft vorgeschlagene Wendung «oder daran mitwirkt» (E LSG 1, E SVU 1) nicht übernommen werden kann. In Anbetracht der Vielfalt der Mitwirkenden ist auch hier[43] eine Aufzählung nicht opportun. Nebenleistungen hingegen, die auf die Interpretation bzw. auf deren Festlegung sich nicht wesentlich auswirken, sind unbeachtlich[44].

Eine praktische Schwierigkeit, auf die hier gleich hingewiesen sei, ergibt sich dann, wenn eine *Vielzahl von Personen* eine interpretatorische Leistung erbringt. So z. B. bei der Interpretation einer Oper. Das Gesetz muß hier eine einfach zu handhabende Lösung treffen. In Anlehnung an analoge Situationen[45] ist ein gesamthandähnliches Verhältnis[46] anzunehmen, und man darf von den Interpreten verlangen, daß sie im Außenverhältnis einen Vertreter bestellen. Nötigenfalls ist derselbe vom Richter zu wählen. Sonstige Regelungen erweisen sich als zu umständlich und gefährden die Rechtssicherheit[47]. Die Tatsache, daß die einzelnen Leistungen wertmäßig einen sehr unterschiedlichen Grad aufweisen können, ist durch entsprechende Regelung des Innenverhältnisses aufzufangen.

2.3. Die möglichen Verwertungsformen einer Interpretenleistung

Die Interpretenleistung kann in folgenden Arten erfolgen bzw. mit folgenden Mitteln verwendet werden:

[43] Vgl. Anm. 33.

[44] So z. B. die Leistung des Souffleurs, des Bedieners einzelner Lichtquellen usw.

[45] Vgl. etwa ZGB 602/3.

[46] Solche Interpretationen dürften oft im Rahmen einer einfachen Gesellschaft erfolgen, weshalb es konsequent erscheint, die Form der gesamthandsmäßigen Rechtszuständigkeit anzunehmen. Eine nähere gesetzliche Regelung des internen Rechtsverhältnisses scheint wegen der Vielfalt der möglichen Interessenkonstellationen unzweckmäßig zu sein.

[47] VE LSG 4; E SVU 2; dURG 80. Aus der Praxis BGHZ 77 und 78. Wie hier Loi type 3, dänURG 47/1, irlandLSG 10. Die Berufung auf die persönlichkeitsrechtliche Komponente vermag nicht zu überzeugen (vgl. Anm. 69).

A. Die Darbietung der Leistung

2.3.1. Die interne Darbietung

Die Darbietung[48] der Leistung kann zunächst einmal sozusagen intern erfolgen, für den Interpreten selbst. Eine solche Leistung ist, da in die private Sphäre des Interpreten fallend, vor jeglicher unerlaubter Aneignung geschützt[49] und zwar aufgrund von ZGB 28[50]. Um so mehr ist jede aus dieser Aneignung eventuell abgeleitete Vervielfältigung unzulässig.

2.3.2. Die externe Darbietung

Findet die Darbietung der Leistung extern statt, d.h. erfolgt die Interpretation, vom Leistenden aus gesehen, gewollt in Anwesenheit anderer Personen, so wird dies im Rahmen eines Rechtsgeschäftes erfolgen, so daß ein gesetzlicher Vorbehalt für die Aufführung nicht nötig ist[51]. Danach wird sich also entscheiden, welchen Gebrauch der Leistung der Interpret zugelassen hat. Im Zweifel ist, unter Vorbehalt persönlichkeitsrechtlicher Bestimmungen, anzunehmen, daß der Interpret jede normale Benutzung der Aufführung erlaubt hat.

[48] Zum Begriff der Darbietung vgl. Ziff. 2.2.4.

[49] Als «Aneignung» soll auch das unerlaubte Zuhören gelten – der zufällige Mitgenuß kann natürlich nicht unterbunden werden. Die daraus eventuell entstehende Fixierung dürfte praktisch kein Interesse aufweisen, sie wäre aber auch unerlaubt.

[50] Die Analogie zum Recht des Urhebers auf Bekanntmachung des Werkes ist offensichtlich. IKLÉ (zit. Anm. 1, S. 124) spricht vom «Recht auf Entlassung aus der Geheimsphäre». Hingegen ist die allgemeine Berufung auf das Persönlichkeitsrecht zwecks Schutz des Interpreten (so BGE 87 II 344) fragwürdig. Wird dieser Schutz losgelöst von einzelnen Fällen, in denen die persönliche Verbindung Interpret/Leistung wirklich gestört wird, angewandt, so entfremdet man das Persönlichkeitsrecht, und es wird zur Quelle vermögensrechtlicher Ansprüche degradiert. So zutreffend R. FRANK, SJZ 1973, S. 161, in Anlehnung an die Meinung des Verfassers in ZSR 87 II, 1968, S. 638. Vgl. auch Anm. 69. A.A. besonders C. HAENSEL, Leistungsschutz oder Normalvertrag, Hamburg 1954.

[51] Die Annahme eines Rechtsgeschäftes wird im Falle der Aufführung im familiären oder Freundeskreis wegen Fehlens des Animus contrahendi fraglich sein. Diese Sachverhalte können im Zweifel analog wie sub Ziff. 2.3.1 behandelt werden, d.h. der Interpret ist absolut geschützt.

«Normal» versteht sich im Verhältnis zur Art der Aufführung, also z. B. mit Benutzung von Lautsprechern, wenn dies üblich ist und der Qualität der Leistung keinen Abbruch tut. Es dürfte zu weit gehen, diesbezüglich einen gesetzlichen Schutz des Interpreten einzuführen[52]. Hingegen ist die Rundfunk- oder Bildschirmübertragung der Interpretation von der ausdrücklichen Erlaubnis des Interpreten abhängig zu machen. Dies hängt mit der vervielfältigungsähnlichen Wirkung einer solchen Übertragung zusammen (darüber sub Ziff. 2.3.14). Der Vertrag wird aber in vielen Fällen hierüber keine Auskunft geben – und die Auslegung wird die Sphäre der Vertragsergänzung sehr bald erreichen. Der Gesetzgeber muß sich dann die Frage stellen, ob er hier eingreifen will oder nicht. Dem Zweck des Vertrages entsprechend ist das Zuhören und Zuschauen im gegebenen Rahmen zulässig – eine sonstige Aneignung, so die Festlegung der Interpretation, grundsätzlich nicht.

2.3.3. Die Darbietung der Leistung am Rundfunk

Auch die Darbietung der Leistung am Rundfunk ist externer Natur und erfolgt im Rahmen eines Vertrages[53] – danach entscheidet sich die Zulässigkeit der Benutzung. Das Empfangen und Genießen der Sendung durch Dritte ist vertragskonform und dem Dritten, stillschweigend, gestattet. Ob aber eine Weiterbenutzung der Leistung (etwa durch Weitersendung oder Wiedergabe in einer Gastwirtschaft) zulässig ist, bleibt zu analysieren.

B. Die Festlegung der Leistung

2.3.4. Definition

Eine interpretatorische Leistung gilt dann als festgelegt, wenn durch technische Mittel die jederzeitige Wiederholung des Leistungsergeb-

[52] Vgl. dURG 74. Der deutschen Regelung folgend VE LSG 2 und E SVU 5. So schon STRASCHNOV (zit. Anm. 1), S. 101.

[53] Eine Ausnahme besteht im Rahmen der normalen Berichterstattung: Hier werden z. B. Ausschnitte aus einem Ballett anläßlich eines folkloristischen Umzuges gesendet, ohne daß ein Vertrag mit den Ausführenden abgeschlossen worden sei. Dem Ausnahmecharakter entspricht auch die Regelung im URG (vgl. VE II URG 41), auf die im Interpretenrecht hinzuweisen ist (vgl. E 14).

nisses, also der Interpretation, ermöglicht wird[54]. Die technische Wiedergabe ersetzt dann die erneute eigentliche Leistung (die Vorbereitungsphase im Schema A). Obwohl es kaum in Frage kommen dürfte, ist von Festlegung schon dann zu reden, wenn die einmalige Wiederholung der Leistung dadurch sichergestellt wird. Auf die Festlegungsmittel (Ton- und Bildträger) kommt es nicht an, denn entscheidend ist nicht der Weg, vielmehr das Ergebnis. In dieser Untersuchung werden alle Arten von Trägern behandelt und zwar unter der Kurzbezeichnung TBT, die steht für: Tonträger, Bildträger oder Tonbildträger, es sei denn, daß dies anderweitig besonders vermerkt wird.

2.3.5. Die qualitativ zu beanstandende Festlegung

Erfolgt die Festlegung der Interpretation auf rechtsgeschäftlicher Grundlage – was die Regel sein wird –, ist der Schutz gegen eine qualitativ zu beanstandende Festlegung nicht schwer zu erreichen. Fehlen vertragliche Qualitätsbestimmungen (welche die entsprechenden Parameter vorsehen bzw. den Entscheid über die Qualität, wie oft in der Praxis, dem Ausführenden selbst anheimstellen[55]), so dürfte eine offensichtliche unterdurchschnittliche Festlegung eine Schlechterfüllung im Sinne von OR 97 darstellen. Gegen eine nichterlaubte schlechte Fixierung hingegen stehen dem Interpreten die Rechtsbehelfe aus dem Persönlichkeitsrecht zu[56]. Die Qualitätsschwelle ist auch hier relativ – und gegebenenfalls am Ergebnis erlaubter Fixationen desselben Interpreten zu messen. Der Schutz aus Persönlichkeitsrecht ist absolut und kann auch dann angerufen werden, wenn die Festlegung nur zu privaten Zwecken des Aufnehmenden erfolgt. Diese Schranke dürfte nötig sein, um die auch in der Aufnahme zu privaten Zwecken liegende Gefährdung des Interpre-

[54] Es dürfte im Rahmen dieser Analyse zweckmäßig sein, die Festlegung von der Vervielfältigung auseinanderzuhalten, obwohl im Urheberrecht unter der Vervielfältigung auch die Erstaufnahme eines Vortrages oder einer Aufführung (was hier also Festlegung wäre) verstanden wird. Vgl. BGHZ 15.

[55] So z.B. im Vertrag SRG/SMV Art.9.

[56] Vgl. IKLÉ (zit. Anm.1), S.124. Über einen Fall minderwertiger Fixation berichtet W.STRAUSS, UFITA 23, S.286 (310). Siehe auch BGE 85 II 431 (436/437) sowie 87 II 344.

ten aufzufangen. Er hat nämlich keine Kontrollmöglichkeiten über die Verwendung des Tonträgers[57].

2.3.6. Die erlaubte Festlegung

Hat der Interpret einem Dritten die Festlegung seiner Leistung erlaubt, so aufgrund eines Vertrages[58]. Es ist deshalb im Rahmen von OR 1 grundsätzlich dem Spiel der Kräfte zu überlassen, die geeignete Regelung zu treffen. Zu den essentialia negotii gehören die Bestimmung der Leistung des Interpreten und (normalerweise) die Festlegung seiner Vergütung. Nebenbestimmungen beziehen sich auf folgende Punkte: Aufführungsrahmen, eventuelle Mitwirkende (falls der Interpret ein Solist ist), Zeit und Ort der Aufführung, Qualitätsvorschriften bezüglich der Leistung bzw. bezüglich ihrer Festlegung u.a.m.

Weder die technische noch die finanziell-organisatorische Entwicklung scheint die grundsätzlich gegebene Vertragsfreiheit derart eingeengt zu haben, daß der Gesetzgeber einen besonderen Schutz des Interpreten einführen müßte. Seine Stellung wird immerhin durch die noch zu begründende ausdrückliche Anerkennung eines Rechts auf Festlegung der Interpretation (vgl. Ziff. 2.3.8) verstärkt werden.

Soll der Interpret das Recht haben, eine erlaubte Festlegung «zurückzurufen»? Die Frage ist auch dem Urheberrecht bekannt und dort verschieden beantwortet[59] – für ein Rückrufsrecht des Interpreten gibt es um so weniger Anlaß, als, in Abweichung zum Werk, der Rückruf quasi konkludent durch eine neue Interpretation geschehen kann.

2.3.7. Die unerlaubte Festlegung einer internen Darbietung

Die sogenannte interne Darbietung ist vor jeglicher Benutzung geschützt, vgl. Ziff. 2.3.1. Die gestattete Festlegung einer solchen Lei-

[57] Es dürfte kein wesentlicher Unterschied zu der Behandlung des urheberrechtsfähigen Werkes bestehen: Zwar ist die Wiedergabe des Werkes zu privaten Zwecken erlaubt (VE II URG 29), persönlichkeitsrechtliche Ansprüche müssen aber auch dort vorbehalten bleiben, insofern als die urheberrechtlich erlaubte Handlung sich persönlichkeitsverletzend auswirken kann.

[58] Vgl. Vertrag SRG/SMV.

[59] VE II URG sieht kein Rückrufsrecht vor, ich meine zu Recht.

stung ist begrifflich nicht möglich – die Leistung würde dann zur externen. Die nicht gestattete Festlegung ist unzulässig, zu welchem Zweck sie auch geschehen möge. Die Rechtslage entspricht derjenigen des nicht bekanntgemachten Werkes[60], und der Schutz leitet sich aus ZGB 28 her.

2.3.8. Die unerlaubte Festlegung einer externen Darbietung

Wird die Interpretation extern dargebracht (vgl. Ziff. 2.3.2), und hat der Interpret der Festlegung nicht zugestimmt, so ist letztere unzulässig[61]. Die nicht gestattete Festlegung ist rechtswidrig, weil sie einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Interpreten darstellt. Diese Folge ergibt sich aus dem Charakter der Interpretation und aus der deutlich feststellbaren Einseitigkeit der relevanten Interessen[62]. Mögen in den Anfängen der Wiedergabetechnik und wegen der Unüblichkeit der Festlegung unerlaubte Fixationen stattgefunden haben, die später sich als kulturell äußerst wertvoll erweisen – so ist ein solcher Sachverhalt im «Zeitalter der Aufnahme» nicht mehr gerechtfertigt. Es sind nämlich keine Interessen des Aufnehmenden ersichtlich, welche den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Interpreten irgendwie ausbalacieren könnten[63]. Gleichgültig ist, zu welchem Zweck die Festlegung erfolgt: Auch eine solche zu rein privaten Zwecken soll unterbunden werden können. Dies hängt mit dem geschützten Rechtsgut zusammen. Hinzu kommt, daß nicht nur der Einsatz einer einmal erfolgten Festlegung[64], sondern letztere selbst unkontrollierbar ist[65]. Hat ein Inter-

[60] Vgl. VE II URG 29.

[61] Vgl. die in Anm. 67 zitierten französischen Entscheide und einen älteren Entscheid der ital. Corte di Cassazione (vom 22. 1. 1940) in M. Fabiani, Il diritto di autore nella giurisprudenza, 2. Aufl., Padova 1972 (No. 51).

[62] Vgl. BGHZ 77 und 79. Fraglich erscheint aber die dortige wettbewerbsrechtliche Begründung des Rechtes des ausübenden Künstlers, die übrigens m.W. in der Folge nicht weiter vertreten wurde.

[63] Eine Ausnahme ist für die Fälle einzuführen, in denen das URG eine Festlegung der Werke zuläßt, so gemäß VE II URG 30ff. Diese Ausnahmen müssen auch dann gelten, wenn der Schutz aus URG abgelaufen ist – denn die ratio legis, die zur Anerkennung solcher Ausnahmen geführt hat, spricht auch für die Zulässigkeit der Interpretation.

[64] Vgl. den treffenden Hinweis in BGHZ 106.

[65] In der privaten (laienhaften) Aufnahme steckt ein erhebliches Verletzungspotential, das zum Schutze des Interpreten berücksichtigt werden soll. Hinzu kommt die leichte Manipulierbarkeit der Tonträger.

pret die Festlegung seiner Leistungen nicht gestattet, so stehen ihm de lege lata die üblichen Rechtsbehelfe zur Verfügung, insbesondere der Beseitigungsanspruch. Eine Schädigung des Interpreten wird hingegen aus der Festlegung allein kaum entstehen – ebensowenig wird ein Genugtuungsanspruch begründet sein. Hier zeigt sich eindeutig der präventive Charakter des Schutzes vor Festlegung.

Es mag sein, daß dieser Schutz der sogenannten Leistung als zu weitgehend empfunden wird, besonders weil dadurch auch die private Aufnahme zu privaten Zwecken erfaßt wird, was «nicht einmal» für das urheberrechtsfähige Werk gilt (VE II URG 29). Es muß aber beachtet werden, daß die «private Benutzung» eines Werkes (im Sinne von VE II URG 29/1) zum bestimmungsgemäßen Genuß des Werkes gehört – ein Musikwerk kann nur durch Aufführung genossen werden. Insofern besteht ein gewisser «Aufführungszwang». Dies gilt aber nicht für die konkrete Interpretenleistung – die Interpretation ist in gewissem, aber durchschnittlich sicher breitem Rahmen «austauschbar». Sodann gilt zu bedenken, daß die Ausnahme von VE II URG 29/1 auch den Sinn hat, die Privatsphäre dem Zugriff des Urhebers zu entziehen – eine «idealistische» Begründung für die sehr praktische Schwierigkeit der Durchsetzung. Bei der Interpretation scheinen die Dinge etwas anders zu liegen: Die Aufnahme kann nur in Anwesenheit des Interpreten, normalerweise im Rahmen eines Vertrages stattfinden. Die Kontrolle geschieht also nicht in der privaten Sphäre des Aufnehmenden – vielmehr im Konzertsaal oder unter dem Zirkuszelt.

Eine Ausnahme, die nötig erscheint, nimmt übrigens dem Grundsatz einen guten Teil seiner Wirksamkeit: Ist die Interpretation *gesendet*, so soll deren Festlegung zu privaten Zwecken frei sein. Es sind die gleichen Zweckmäßigkeitserwägungen wie bei VE II URG 30/1, welche diese Ausnahme begründen. Hinzu kommen zwei Momente: Gibt ein Interpret seine Leistung für eine Sendung frei, so muß er heute mit der Aufnahme rechnen, sodann ist bei dieser Art der Aufnahme deren Qualität eher gewährleistet als bei den Live-Aufnahmen. Diese Gründe sowie die Analogie zum URG dürften zur Rechtfertigung der Ausnahme ausreichen. Dies um so mehr, als die akuteste Gefährdung der Interpreten, nämlich durch Vervielfältigung des Tonträgers, dadurch nicht präjudiziert wird, und die qualitativ zu beanstandende Festlegung widerrechtlich bleibt. Ob dem Interpreten aus dieser Festlegung andere als negatorische Ansprüche erwachsen sollen, wird sub D untersucht.

2.3.9. Die sogenannte ephemere Festlegung

In Ausführung zum VE II URG 39 ist weiter für die sogenannte ephemere Festlegung eine Ausnahme zu gewähren. Hat sich der Interpret zu einer Aufführung zwecks Sendung verpflichtet, ist das Sendeunternehmen – abgesehen vom Vertrag – befugt, die Festlegung der Leistung aus sendetechnischen Gründen vorzunehmen. Nach erfolgter vertragskonformer Benutzung ist der ephemere TBT zu löschen[66].

C. Die Vervielfältigung der Leistung

2.3.10. Definition der Vervielfältigung und ihr Verhältnis zur Festlegung

Als Vervielfältigung wird hier die Herstellung von TBT bezeichnet, die den Genuß des Leistungsergebnisses ohne nochmalige Interpretation ermöglichen. Irrelevant ist die technische Beschaffenheit des TBT – es kommt allein auf das besagte Ergebnis an. Eine Vervielfältigung ist erst dann möglich, wenn die Leistung fixiert ist, also ein zur Vervielfältigung geeigneter TBT schon hergestellt worden ist. Erfolgt die Vervielfältigung aufgrund der Festlegung der Interpretation (des ersten TBT), kann man von *primärer Vervielfältigung* sprechen. Eine *sekundäre Vervielfältigung* liegt dann vor, wenn sie aufgrund primärer Vervielfältigungsexemplare erfolgt. Die Frage, die hier beantwortet werden soll, ist die, ob der Interpret ein Recht an der Vervielfältigung hat und zwar insbesondere auch dann, wenn er die Festlegung seiner Leistung (also die Herstellung des primären TBT) erlaubt hat.

[66] Gemäß den geltenden Verträgen SRG/SMV Art. 7/1 beträgt die Löschungsfrist 2 Jahre seit der Aufnahme. Eine Ausnahme, die auch im Interesse der Interpreten liegt und deshalb normalerweise zu keinen Schwierigkeiten führen dürfte, ist für historisch wertvolle Aufnahmen vorzusehen, vgl. Vertrag SRG/SMV Art. 7/2. Eine parallele Vorschrift in VE II URG 33.

a) Die primäre Vervielfältigung

2.3.10.1. Die erlaubte Vervielfältigung

Hat der Interpret der Vervielfältigung seiner (festgelegten) Leistung zugestimmt, so ist die Vervielfältigung zulässig. Die Beziehungen zwischen Interpret und Vervielfältiger sind vertraglich geregelt und der Vertrag wird weitgehende Analogien zum Verlagsvertrag aufweisen. Welche Verwertungsmöglichkeiten der Vervielfältigung gegeben sind, und wer sie ausüben darf, ist später zu untersuchen (vgl. sub lit. D).

2.3.10.2 Die unerlaubte Vervielfältigung

Wie stellt sich die Rechtslage, wenn der Interpret zwar die Festlegung, nicht aber die Vervielfältigung erlaubt hat? Während die Vervielfältigung aus nicht erlaubter Festlegung wie letztere rechtswidrig[67] ist, ergibt sich die einzige Möglichkeit, eine nicht erlaubte Vervielfältigung aus erlaubter Festlegung zu verbieten, aus dem Vertrag. Eine Auslegung des Festlegungsvertrages wäre dann nötig, falls derselbe über die Vervielfältigung schweigt. Auch ein Rückgriff auf ZGB 28 wäre denkbar[68]. Man muß sich aber fragen, ob diese Vorschrift, die gegen die unerlaubte Festlegung sicher anwendbar ist, auch hier ausreicht, oder ob dies vielmehr nicht auf eine Überspannung des Persönlichkeitsschutzes hinausläuft[69]. Dies beson-

[67] BGHZ 78, 57 und die Entscheide des Tribunal civil de la Seine und der Cour de Paris in Ann 1959, S. 70 (bestätigt durch die Cour de Cassation in Ann 1966, S. 173). Die französischen Gerichte nehmen an, daß «l'artiste exécutant est fondé à interdire une utilisation de son exécution autre que celle qu'il avait autorisée» – ohne aber die Quelle dieses Rechtes näher anzugeben (dazu H. DESBOIS, in RTC 1956, S. 275). Eher einschränkend Cour de Paris in Ann 1975, S. 187.

[68] So LÜDI, zit. oben Anm. 30.

[69] Mahnend besonders HUBMANN, UFITA 70, S. 75. Die zur Begründung von gesetzgeberischen Erlassen stark betonte Rolle des Persönlichkeitsrechtes geht in der Praxis nicht selten weitgehend verloren. So ist die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften oft schwer mit ihr vereinbar. Diese Entwicklung läßt sich besonders beim Urheberrecht verfolgen. So im Ergebnis auch KUMMER, zit. oben Anm. 35, S. 159. Die Umfunktionierung des Persönlichkeitsrechtes als Quelle vermögensrechtlicher Ansprüche ist auch auf dem Gebiete des Leistungsschutzrechtes deutlich festzustellen, vgl. etwa E. ULMER,

ders, weil die erlaubte Festlegung für eine qualitativ nicht zu beanstandende Vervielfältigung spricht, so daß letzteres Argument normalerweise nicht angerufen werden kann. Auch dürfen solche Fälle eher selten sein – die erlaubte Festlegung ist hauptsächlich ja sogar in Vervielfältigungsverträgen als notwendige Vorstufe geregelt. Was bleibt, sind besonders die Sachverhalte, in denen von Gesetzes wegen zulässige Festlegungen zu privaten Zwecken vervielfältigt werden. Es ist klar, daß diese zweite Stufe von der Ausnahme nicht mehr gedeckt ist, so daß die Vervielfältigung vom Gesetz verboten werden soll. Eine Sondernorm erweist sich als unausweichlich. Damit wären auch solche Fälle erfaßt, in denen die Vervielfältigung zwar auf eine erlaubte Festlegung ausgeht, aber eine Verletzung des Festlegungsvertrages beinhaltet – das gesetzliche Verbot würde den Interpreten von den Grenzen des relativen Rechts befreien. Gleichzeitig wäre seine Stellung bei Vertragsverhandlungen wesentlich stärker[70, 71]:

Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., Berlin 1960, S. 428 sowie BGHZ 79. In den Verträgen der Interpretenorganisationen mit der SRG wird hingegen das droit moral des Interpreten ausdrücklich vorbehalten, vgl. unten Anm. 98.

[70] Die in BGE 87 II 344 vertretene Meinung, wonach schutzwürdige Interessen der Interpreten sich aufgrund der Bestimmungen über das Persönlichkeitsrecht sowie im Rahmen des Vertragsrechtes ausreichend wahren lassen, erweist sich bei näherer Betrachtung als nicht ganz zutreffend. Sie war in dem Zusammenhang auch nicht nötig. Es fällt im allgemeinen auf, wie das Bundesgericht im betreffenden Entscheid seine sonst bewährte Zurückhaltung verließ.

[71] Es ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung, Näheres über die *vertragliche Ausgestaltung* auf dem Gebiete des Leistungsschutzrechtes auszuführen – zumal vom Bundesrat eine Spezialuntersuchung in Auftrag gegeben worden ist (vgl. oben Anm. 20). Deswegen nehme ich auch nicht näher Stellung zu den schuldrechtlichen Bestimmungen im E SVU. Es sei lediglich vermerkt, daß es sehr fraglich erscheint, eine derart in die Einzelheiten gehende vertragsergänzende Regelung treffen zu wollen, zumal für die Schweiz, wo die Vertragspartner leicht um einen runden Tisch zusammenzuführen sein sollten. Ein eventuelles Leistungsschutzgesetz muß vielmehr lediglich die wesentlichen Ansprüche festlegen – die das Gerüst für freie Vereinbarungen liefern (treffend E. Reichhardt, Anm. zu BGHZ 212). Man kann sich auch kaum des Eindruckes erwehren, daß den neueren Tendenzen mangelndes Vertrauen zugrunde liegt und zwar sei es dem Gesetz (OR), sei es dem Richter gegenüber. Eine ins Einzelne gehende gesetzliche Regelung der sogenannten Zwecksübertragungstheorie (darüber zuletzt BGE 101 II 102) dürfte sich z. B. eigentlich erübrigen, es sei denn, sie habe die Funktion, Ansprüche negatorischer Art zu tarnen, was rechtstechnisch nicht zu begrüßen wäre.

Eine Rücksprache mit den interessierten Kreisen hat übrigens ergeben, daß die vorhandenen Verträge grosso modo zufriedenstellend sind – ein Grund

Eine Wirkung, der in der Praxis primäre Bedeutung zukommt. Insbesondere trägt aber der Vorbehalt des Vervielfältigungsrechtes zugunsten des Interpreten der Tatsache Rechnung, daß eine Vervielfältigung die Wiederholung der Aufführung (Vorbereitungsphase) überflüssig macht und damit die wirtschaftlichen Interessen des Interpreten erheblich tangieren kann[72]. Der Umstand, daß eine Interpretation grundsätzlich austauschbar ist, nimmt dieser Rechtseinräumung das Odium (und die Problematik) der «Monopolisierung», so daß sie unbedenklich für alle Interpretationen, ohne Rücksicht auf Leistungshöhe, erfolgen darf.

mehr, um in einem eventuellen Gesetz lediglich grundsätzliche Normen aufzunehmen. Gerade die neuerdings abgeschlossenen Verträge zwischen den Interpreten einerseits und den Tonträgerherstellern bzw. der SRG andererseits zeigen die Notwendigkeit einer ins einzelne gehenden Regelung, die gesetzlich kaum durchführbar wäre, aber auch die Zweckmäßigkeit freier Vereinbarungen unter den beteiligten Organisationen (darüber grundsätzlich HAENSEL, zit. in Anm. 50). Aus diesen Verträgen seien folgende genannt:
- Vertrag 7.6.1967, IFPI/Mechanlizenz
- Vertrag 8.10.1969, BOG/SMV/SIG
- Vertrag 31.3.1970, BOG/RDRS
- FOSR/SMV/SIG (ohne Datum)
- Vertrag 28.5.1975, SRG/SMV
- RDRS/Orchestermitglied eines Unterhaltungsorchesters (Mustervertrag)
- Contratto collettivo di lavoro CORSI/UPOD vom 6.8.1973
- Convention FOSR/SRG vom 11.1.1975

Vgl. auch die Tarifordnungen des SMV (Fassung 1.1.1976).

Interessantes Material bei E. SCHULZE, Urhebervertragsrecht, Materialsammlung, 2. Aufl., Berlin 1974. Ausführlich H. PÜSCHEL, u.a., Urheberrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1969, S. 219.

[72] Es wird gelegentlich die Meinung vertreten, daß dem Interpreten Ansprüche aus Bereicherungsrecht oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag zustehen. Eigentliche Bereicherungsansprüche (OR 62) sind aber nicht gegeben, besonders wegen des Fehlens der Unmittelbarkeit der Beziehung. Höchstens ließe sich ein Wertersatzanspruch, etwa in Analogie zu ZGB 672 rekonstruieren, der nur mittelbar im Bereicherungsrecht begründet ist und der einen geschützten Rechtsbestand voraussetzt (sog. Bereicherung aus Verwendung fremden Gutes bzw. Eingriffskondiktionen, die auf Wertersatz gerichtet sind, vgl. W. FIKENTSCHER, Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin 1976, § 99, IV). Geschäftsführung ohne Auftrag kann bei der Vervielfältigung meines Erachtens nicht angenommen werden, ohne dem Tatbestand von OR 423 Zwang anzutun, denn davon könnte nur dann die Rede sein, wenn es feststünde, daß dem Interpreten das Recht zur Vervielfältigung zustehe, was gerade die Frage ist. Beide Wege dürften deshalb untauglich sein.

b) Die sekundäre Vervielfältigung

2.3.10.3. Die erlaubte sekundäre Vervielfältigung

Der TBT-Hersteller, der zur primären Vervielfältigung berechtigt ist, braucht keine Befugnisse zur sekundären Vervielfältigung. Letztere ist nur für den Dritten sinnvoll, der ohne Herstellung eines primären TBT, also aus vorhandenen und von anderen hergestellten Vervielfältigungsexemplaren, die Vervielfältigung einer bestimmten Interpretation vornehmen will. Da es sich um eine neue Vervielfältigung handelt, soll der Interpret grundsätzlich ein entsprechendes Recht haben – das aber mit den Interessen des primär Vervielfältigungsberechtigten abgestimmt werden soll. Es ist klar, daß der Interpret nicht ohne eine vertragliche Einräumung über die eventuellen Rechte des primär Vervielfältigungsberechtigten verfügen darf (vgl. Ziff. 3.4.3.3). Der sekundäre Vervielfältiger benutzt nämlich ein Produkt des primär Vervielfältigungsberechtigten, und die neue Vervielfältigung kann die Rechte des letzteren auch aus seinem Vertrag mit dem Interpreten tangieren. Die Lösung muß deshalb im Vertrag Interpret / primär Vervielfältigungsberechtigter gefunden werden: Sei es in Form eines Vorbehaltes zugunsten des Interpreten, der letzterem das Recht gibt, dem Dritten eine entsprechende Befugnis einzuräumen, oder in Form einer Art Unterlizenzierungsbefugnis zugunsten des primär Vervielfältigungsberechtigten. Der zweite Weg dürfte zweckmäßiger sein.

Es ist also nicht Aufgabe der Spezialgesetzgebung, diese schuldrechtlichen Wege zu spezifizieren bzw. ergänzende Vorschriften aufzustellen – ein Bedürfnis danach ist jedenfalls nicht ersichtlich. Eine ähnliche Rechtslage entsteht bei der vom Interpreten erlaubten Festlegung und Vervielfältigung einer gesendeten Interpretation. Neben den Sonderrechten zugunsten des Sendeunternehmens (vgl. Ziff. 4) sind die Vertragsbeziehungen maßgebend.

2.3.10.4. Die unerlaubte sekundäre Vervielfältigung

Ebenfalls unter Ausklammerung eventueller Rechte des primär Vervielfältigungsberechtigten stellt sich die Frage der Rechte des Interpreten gegenüber einer nicht erlaubten sekundären Vervielfäl-

tigung[73]. Da diese Vervielfältigung ohne Wiederholung der Vorbereitungsphase (Aufführung) erfolgt (vgl. Schema A), ist sie grundsätzlich unzulässig. Eine eventuelle Erlaubnis seitens des primär Vervielfältigungsberechtigten vermag, wenn sie nicht im Vertrag mit dem Interpreten begründet ist, daran nichts zu ändern. Nichts spricht nämlich dafür, daß im ersten Vervielfältigungsvertrag der Interpret auf die Wiederholung der Vorbereitungsphase zugunsten eines am Vertrag selbst nicht beteiligten Dritten verzichten will. Ein entsprechender Wille aber würde, wenn feststellbar, sich analog wie eine Unterlizenzierung auswirken.

2.3.10.5. Die sekundäre Vervielfältigung zu privaten Zwecken

Die sekundäre Vervielfältigung zu privaten Zwecken soll dem negatorischen Anspruch des Interpreten entzogen werden, wenn sie aufgrund eines mit Erlaubnis des Interpreten hergestellten TBT erfolgt. Diese Einschränkung wird allgemein postuliert[74]. Ist die private sekundäre Vervielfältigung eines TBT oder einer Sendung einer Entschädigungspflicht zu unterstellen? Die hier entstehende neue Problematik kann erst dann richtig beleuchtet werden, wenn die Rechtsverhältnisse der TBT-Hersteller und der Sendeunternehmen klargestellt sind. (Vgl. unten Ziff. 7.)

2.3.10.6. Die Verbreitung von Exemplaren aus unerlaubter Vervielfältigung

Weil das geltende Recht dem Interpreten keine sichere Handhabe gegen eine unerlaubte Vervielfältigung aus unerlaubter Festlegung gibt, ist ihm auch kein Schutz gegen die Verbreitung von unerlaubterweise hergestellten Vervielfältigungsexemplaren gewährt. Wird dem Interpreten ein Vervielfältigungsrecht eingeräumt (vgl. Ziff. 2.3.10.2), so wirkt sich dasselbe indirekt auch verbreitungshemmend aus – aber lediglich gegenüber dem Vervielfältiger selbst. Aus dem Vervielfältigungsrecht ergeben sich nämlich keine Ansprüche gegen diejenigen, welche Exemplare aus einer unerlaubten Vervielfältigung, mindestens gutgläubig, in Verkehr setzen.

[73] So z.B. bei Benutzung eines TT in einem Film.
[74] VE LSG 9/1b; E SVU 8/1 und 2, dURG 73 in Verbindung mit 53.

Diese Regelung mag noch als ausreichend bewertet werden, solange die Vervielfältigung im Inland stattgefunden hat, denn der Vervielfältiger kann ja belangt werden. Wie ist aber die Rechtslage, wenn die Exemplare aus einer im Ausland erfolgten unerlaubten Vervielfältigung herrühren? Ohne eine besondere Vorschrift wäre der Interpret auf die Verfolgung der Vervielfältigungsquelle im Ausland angewiesen, was noch voraussetzt, daß die entsprechende ausländische Rechtsordnung dem Interpreten das Vervielfältigungsrecht ebenfalls vorbehält. Berücksichtigt man die Tatsache, daß auf dem schweizerischen Markt die im Ausland hergestellten Vervielfältigungsexemplare vorherrschen, so erweist sich diese Lücke als gravierend. Sie kann durch eine zusätzliche Norm geschlossen werden, wonach das Verbreitungsrecht bezüglich unerlaubter Werkexemplare dem Interpreten zusteht[75].

D. Die Verwertung der Vervielfältigung

2.3.11. Das Problem

Die Vervielfältigung einer Interpretation ist nur im Hinblick auf eine Verwertung der Vervielfältigungsexemplare zwecks Vermittlung des Genusses der Leistung selbst sinnvoll. Ein solcher Zweck muß an sich von der Erlaubnis zur Vervielfältigung gedeckt werden – wobei das anerkannte Recht des Interpreten bezüglich der Vervielfältigung zur Vereinbarung einer geldwerten Gegenleistung im Rahmen des Vervielfältigungsvertrages führt, eine Gegenleistung, die ähnlich einer Lizenzgebühr im Patentrecht vom Erfolg des Vervielfältigungsgeschäftes abhängig gemacht werden kann. Durch diese Gegenleistung ist aber die Nutzung der Interpretation zugunsten der TBT-Hersteller abgegolten. Deshalb ist die Verfügung über TBT durch den Vervielfältigungsberechtigten frei[76] – er kann die Vervielfältigungsexemplare verkaufen, leihen oder sonst in den Verkehr bringen[77]. Ist damit aber jede Benutzung des Vervielfältigungsexemplars

[75] Darüber E. BUNGEROTH, GRUR 1976, S. 454 sowie dURG § 96/1.

[76] Dies m.E. unabhängig vom «Erscheinen» des TBT. Ein eventueller vertraglicher Vorbehalt wirkt sich lediglich schuldrechtlich, also intern aus. Dies beeinflußt den Tatbestand der Sendung eines TBT, vgl. Anm. 91.

[77] Vgl. aber E SVU 6/2, wonach Herstellung und Inverkehrbringen getrennt behandelt werden. Das scheint mir aber nicht sinnvoll, wobei dem Interpreten freisteht, dieses Ergebnis durch Vertrag zu erreichen.

selbst freigegeben oder bestehen weitere Ansprüche der Interpreten? Es geht hier um die für die Interpreten zentrale Frage der Entschädigung der sogenannten *utilisation secondaire*, d.h. um die Frage, ob die öffentliche Wiedergabe einer erlaubterweise auf TBT festgehaltenen Interpretation einen besonderen Vergütungsanspruch des Interpreten auslöse, eine Frage, die zur Zeit der Einführung der Tonträger sich kaum stellte, bei der heutigen Perfektion und Einfachheit technischer Wiedergabe hingegen akut geworden ist. Aufgrund von RöAbk 12 ist der Anspruch in einigen einschlägigen Gesetzen anerkannt[78]. In der Schweiz hat sich die Expertenkommission gegen die Anerkennung eines solchen Rechts ausgesprochen[79], was in der Vernehmlassung stark kritisiert wurde[80]. Im E SVU 7 ist der Anspruch festgehalten.

Die Gründe und Gegengründe für eine Entschädigung der utilisation secondaire sind mehrmals ausführlich dargelegt worden[81]. Die Expertenkommission selbst kommt zum Schluß, daß ein besonderer Vergütungsanspruch als Ausnahme vom freien Verfügungsrecht des rechtmäßigen Erwerbes eines TT dann am Platze wäre, wenn Gründe der Billigkeit dafür sprächen[82]. Diese Gründe dürften nun, entgegen der Meinung der Expertenkommission, bestehen, mindestens in bezug auf eine öffentliche Wiedergabe, die als gewerbsmäßig zu werten ist. Aufgrund eines solchen Kriteriums scheint es möglich, zu einer vernünftigen und billigen Abgrenzung zu gelangen – die im Zweifel vom Richter anhand der ratio legis relativ leicht durchgeführt werden könnte. Durch diese Lösung wäre ein gewisser Kompromiß erreicht, der eine gesetzliche Regelung in diesem höchst umstrittenen Punkt erleichtern könnte[83].

[78] dURG 77; iURG 80, dazu V. DE SANCTIS, in: Enciclopedia del diritto, Milano 1958 s.v. Artisti esecutori.

[79] Vgl. die Gründe in Erläuterungen, S. 41. Gl. M. wie dort besonders IKLÉ (zit. Anm. 1), S. 129; TROLLER, INTERGU 13, S. 58; H. HUBMANN, INTERGU 9, S. 34.

[80] Vernehmlassung.

[81] Vgl. Anm. 79, womit sich besonders ULMER, Rechtsgutachten zu Art. 12 des RöAbk 1969 (vervielfältigt) kritisch auseinandergesetzt hat.

[82] Vernehmlassung, S. 42.

[83] Vgl. Anm. 89.

2.3.12. Die gewerbsmäßige Genußvermittlung

Die öffentliche Wiedergabe von Interpretationen, die erlaubterweise auf TBT festgehalten worden sind, dürfte dann entschädigungspflichtig sein, wenn sie gewerbsmäßig erfolgt, also wenn sie als eigentliche gewerbliche Betätigung oder als Voraussetzung einer solchen erfolgt. Hier wird die Interpretation als solche eingesetzt und zwar in direkt gewinnbringender Absicht. Es ist nicht einzusehen, wieso diese Tatsache nicht zu einer Entschädigung des Interpreten führen sollte. Das wird z. B. für die Aufführung in einer Tanzschule[84], in einer Diskothek sowie für die konzertmäßige Aufführung gelten[85]. In solchen Fällen bildet die öffentliche Wiedergabe nämlich die primäre gewerbliche Betätigung. Ob für den Werkgenuß eine besondere Entschädigung verlangt wird oder nicht, scheint unwesentlich zu sein, obwohl bei Sonderentschädigung Gewerbsmäßigkeit anzunehmen ist[86].

2.3.13. Die nicht gewerbsmäßige Genußvermittlung

In den anderen Fällen der öffentlichen Wiedergabe[87] steht die Benutzung der Interpretation nicht im Vordergrund, bildet nicht einen wesentlichen Teil der gewerblichen Tätigkeit, obwohl sie dieselbe in mehr oder weniger starkem Maße unterstützen kann. Wird z. B. Musik in einem Warenhaus[88], in einem Restaurant, beim Zahnarzt usw. aus TBT aufgeführt, so spielt sie eine in ihrer Wirkung je nach Gast variable aber immer nur begleitende, oft sogar völlig unbeachtete Rolle. Es ist nicht unbillig, hier dem allgemeinen Grundsatz der freien Verfügbarkeit über den erworbenen TT wieder spielen zu lassen und einen eigentlichen Entschädigungsanspruch nicht zu gewähren[89].

[84] Vgl. SCHULZE, Öst. 2.

[85] So wenn in einer Gastwirtschaft eigentliche «Konzerte» ab TT angeboten werden.

[86] Eine ähnliche Lösung in dänURG 47/1 und iURG 73 (fins bzw. buts lucratifs). Ähnlich dURG 87/1/3 betreffend Fernsehsendungen.

[87] Bezüglich Sendungen vgl. Ziff. 2.3.14.

[88] Vgl. aber SCHULZE, Öst. 28 («Schallplattenbar») und USA 11 (urheberrechtliche Entscheidungen).

[89] Eine analoge und schlichte Anwendung des im Urheberrecht geltenden

2.3.14. Die Sendung

Eine mittelbare Genußvermittlung ist dann anzunehmen, wenn die Benutzung der Interpretation aufgrund eines Vervielfältigungsexemplars *im Ergebnis* einer neuen Vervielfältigung gleichkommt[90]. Der typische Fall liegt in der Rundfunksendung eines Tonträgers. Zwar wird der Tonträger benutzt und nicht direkt vervielfältigt, so daß an sich eine «Aufführung» vorliegt[91]. Der Leistungsgenuß wird aber durch die Sendung quantitativ derart gesteigert, daß im Ergebnis von einer eigentlichen weiteren Vervielfältigung gesprochen werden sollte[92]. Die Sendung ist, obwohl Benutzung, als sekundäre Vervielfältigung anzusehen und deshalb an sich bewilligungspflichtig. Es besteht aber Einigkeit darüber[93], daß die Sendung eines erlaubter-

Grundsatzes, wonach «der Urheber tunlichst angemessen an den wirtschaftlichen Früchten zu beteiligen sei, die aus seinem Werk gezogen werden» (so BGHZ 15) ist m.E. nicht gerechtfertigt. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß das im Urheberrecht geltende Prinzip eine Ausnahme darstellt, die u.a. auf der Annahme beruht, daß die Urheber für die Hervorbringung des Werkes kein Entgelt erhalten. Es gilt auch zu beachten, daß auch für das Urheberrecht diese Begründung wesentlich an Überzeugungskraft verloren hat, seitdem sehr viele Urheber im Rahmen eines Vertrages tätig sind, also für die Werkschöpfung eine Gegenleistung fordern dürfen. Um so weniger Anlaß besteht, diesen Grundsatz unbesehen auf die Rechtsstellung des Interpreten auszudehnen. Wegen der (aus aDLitURG 2 abgeleiteten) urheberrechtlichen Betrachtungsweise sind die einschlägigen Entscheide des BGH hier nicht maßgebend (vgl. BGHZ 76–79). Beachtlich dBVerG, GRUR 1972, S.494. Eher kritisch zur BGH-Praxis G. ROEBER, Schriftenreihe UFITA Heft 21 (1961). Vgl. schon H.C. NIPPERDEY, INTERGU, S.10.

[90] Die Berücksichtigung der Auswirkungen einer neuen technischen Entwicklung auf dem Gebiete des Urheberrechtes betont besonders BGHZ 15.

[91] In BGE 62 II 243 wurde die Eigenart der Sendung betont und die Sendung als öffentliche Aufführung bezeichnet. Vgl. auch RGZ 2. Anders hingegen BGHZ 79 sowie 91, wo die Sendung als Werknutzung eigener Art bezeichnet wurde. Dies mag für die urheberrechtliche Betrachtung gelten. Eine Übertragung dieses Gedankens ins Interpretenrecht ist nicht zutreffend, vgl. die Bemerkungen in Anm.76. Ein rechtmäßig hergestellter TBT darf deshalb auch vor «Erscheinen» gesendet werden (anders dURG 76/2).

[92] Vgl. dazu schon IKLÉ (zit. Anm. 1), S.106. In BGE 62 II 242 wurde der Unterschied zwischen der Sendung und der sonstigen Aufführung der Platte (in Cafés, Restaurants usw.) betont. Über die Erfassung der öffentlichen Aufführung von Schallplatten durch das URG vgl., nach deutschem Recht, BGHZ 4 und 5.

[93] Vgl. aber z.B. R. BODEN, UFITA 47, S.146.

weise in den Verkehr gebrachten Vervielfältigungsexemplares an sich erlaubt sein, daß daraus dem Interpreten aber ein Entschädigungsanspruch erwachsen soll.

2.3.15. Die Problematik des Vergütungsanspruches

Der bei gewerblicher öffentlicher Wiedergabe sowie bei der Sendung einer Interpretation dem Interpreten prinzipiell erwachsende Vergütungsanspruch stößt besonders deswegen auf Ablehnung, weil seine Durchsetzung problematisch und dessen Rentabilität im Ergebnis fraglich zu sein scheint[94]. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß die Verteilung der Entschädigungen etliche Schwierigkeiten bereiten könnte, und es muß auch vermieden werden, daß diese privatrechtlich begründete Forderung statt den eigentlich im Einzelfall «ausführenden» Künstlern einfach der Allgemeinheit der Interpreten zugute komme[95]. Aber diese Schwierigkeiten können, wie ausländische Beispiele zeigen, überwunden werden[96]. Sie reichen jedenfalls nicht aus, um eine berechtigte Forderung von vornherein abzutun.

In Anbetracht der Überblickbarkeit schweizerischer Verhältnisse und der reduzierten Zahl der möglichen Entschädigungspflichtigen dürfte eine einvernehmliche Lösung aufgrund einer prinzipiellen gesetzlichen Regelung keine allzu großen Schwierigkeiten bereiten[97]. Wegen der Inzidenz der Interessen der Tonträgerhersteller sowie der Sendeunternehmen vgl. sub Ziff. 3 und Ziff. 4.

[94] Vernehmlassung, S. 44.

[95] In Norwegen speisen die Gebühren einen Spezialfonds, vgl. Gesetz vom 14. 12. 1956.

[96] Ohne hier näher auf diese eher technische Frage einzugehen, sei darauf hingewiesen, daß besonders in Dänemark ein sehr gut funktionierender Verteilungsmodus eingeführt wurde. Auch die in der BRD getroffene Lösung – Verteilung aufgrund einer Selbsteinschätzung der Interpreten bezüglich ihrer Einkünfte aus freier Berufstätigkeit – dürfte erwägenswert sein. Darüber C. A. Leduc, DdA 1972, S. 229 sowie P. W. Hertin, FuR 1975, S. 303.

[97] Im Verhältnis zur SRG besteht schon jetzt eine solche vertragliche Regelung, indem die SRG eine jährliche Pauschalentschädigung für die Benutzung von Tonträgern zahlt – entschädigt werden zwar direkt die Tonträgerhersteller, letztere beteiligen aber daran die Interpreten.

2.3.16. Der Vorbehalt persönlichkeitsrechtlicher Ansprüche

Es ist zu beachten, daß persönlichkeitsrechtliche Ansprüche der Interpreten durch die vorgeschlagene Regelung nicht ausgeschlossen werden. Wird z. B. die Interpretation in einem fragwürdigen Rahmen verwertet, so kann sich der Interpret aufgrund von ZGB 28 dagegen wehren[98].

2.4. Der Schutz des Interpreten auf internationaler Ebene

1961 wurde in Rom das Internationale Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (RöAbk) unterzeichnet[98a]. Es ist kein spezifisches Abkommen zum Schutz der Interpreten, vereinigt vielmehr die (damals einigen) Kategorien von Leistungsschutzinteressenten, also neben den Interpreten die Tonträgerhersteller und die Sendeunternehmen. Die Chancen einer Durchsetzung dieses Abkommens scheinen gering, sind doch seit der Unterzeichnung bis Ende 1976 ihm lediglich 19 Staaten beigetreten und sind weitere signifikante Ratifikationen sehr unsicher. Dies hängt u.a. mit der Erkenntnis der Inter-

[98] Dieser Gedanke liegt E SVU 18 zugrunde. Eine Sonderregelung dürfte aber in Anbetracht von ZGB 28 nicht notwendig sein – auch der entsprechende VE II URG 17 ist im Grunde genommen überflüssig. Die im genannten Entwurf anvisierten Sachverhalte (Verstümmelung, Entstellung usw. vgl. dURG 14 sowie sehr eingehend öURG 68) treffen viel stärker den Urheber des interpretierten Werkes als den Interpreten selbst, und die Regelung (etwa dURG 14) kommt primär urheberrechtlichen Bedürfnissen entgegen. Auch wird das negative Ergebnis eher dem Urheber, eventuell dem Veranstalter, zugerechnet, als dem Interpreten. Vgl. zu dem Thema eingehend W. PETER, UFITA 36, S. 257; zuletzt N. FLECHSIG, UFITA Schriftenreihe 56 (1977). Vgl. BGH in GRUR 1976, S. 199 und dazu B. SAMSON, ebenda S. 191. Der urheberrechtliche Sachverhalt in DdA 1972, 121 könnte auch als Beispiel für einen Interpreten angeführt werden. In den geltenden Verträgen ist eine zweckmäßige Regelung enthalten, vgl. z. B. Vertrag SRG/SMV, Art. 9. In den anderen Verträgen lautet die Bestimmung ähnlich.

[98a] Über das RöAbk vgl. H. DESBOIS/A. FRANÇON/A. KEREVER, Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, Paris 1976; E. ULMER, GRUR/INT 1961, S. 569; A. STREULI, SchwMitt 1962, S. 50; V. DE SANCTIS, La convenzione internazionale..., Roma 1963; E. D. HIRSCH-BALLIN, INTERGU 35, 1964.

preten zusammen, daß das RöAbk die Rechte an der utilisation secondaire nicht sicherstellt.

Die entscheidende Bestimmung zugunsten der Interpreten ist Art. 7/1, der folgenden Wortlaut hat:

«1. Der in diesem Abkommen zugunsten der ausübenden Künstler vorgesehene Schutz muß die Möglichkeit geben zu untersagen:

a) die Sendung und die öffentliche Wiedergabe ihrer Darbietung ohne ihre Zustimmung, es sei denn, daß für die Sendung oder für die öffentliche Wiedergabe eine bereits gesendete Darbietung oder die Festlegung einer Darbietung verwendet wird;

b) die Festlegung ihrer nicht festgelegten Darbietung ohne ihre Zustimmung;

c) die Vervielfältigung einer Festlegung ihrer Darbietung ohne ihre Zustimmung:

i) wenn die erste Festlegung selbst ohne ihre Zustimmung vorgenommen worden ist;

ii) wenn die Vervielfältigung zu anderen Zwecken als denjenigen vorgenommen wird, zu denen sie ihre Zustimmung gegeben haben;

iii) wenn die erste Festlegung auf Grund der Bestimmungen des Artikels 15 vorgenommen worden ist und zu anderen Zwecken vervielfältigt wird, als derjenigen, die in diesen Bestimmungen genannt sind.»

Ein Entschädigungsanspruch zugunsten der Interpreten aus der utilisation secondaire ist zwar in Art. 12 vorgesehen, kann aber gemäß Art. 16 durch die Signatarstaaten vorbehalten werden, weshalb, wie gesagt, die Interpreten dem RöAbk kein großes Interesse mehr entgegenbringen.

Die Ratifikation dieses Abkommens durch die Schweiz wird eher befürwortet[99], und die hier vorgeschlagene prinzipielle Regelung würde die Ratifikation, mit einem teilweisen Vorbehalt zu Art. 12 aufgrund von Art. 16/1/a/ii, ermöglichen.

2.5. Gesetzgeberische Schlußfolgerungen

Die Analyse der Interpretenleistung hat ergeben, daß dieselbe zum Teil eine gesetzliche Regelung erheischt. In Anbetracht der laufenden gesetzgeberischen Arbeiten erscheint es als zweckmäßig, diese Ergebnisse, statt in abstrakten Thesen zu formulieren, in Gesetzesartikeln zusammenzufassen. Vgl. S. 111ff.

[99] Vgl. Erläuterungen, S. 49. Grundsätzlich positiv scheint auch die Stellungnahme der meisten Organisationen, die sich zum E LSG ausgesprochen haben (vgl. Vernehmlassung).

2.6. Folgen für die Praxis

Es seien noch die Folgen aufgezeichnet, die sich aus der Anwendung der vorgeschlagenen Normen in der Praxis ergeben würden. Es wird insbesondere ersichtlich sein, was dem freien Spiel der Kräfte überlassen bleibt und ob, und eventuell inwieweit, es wünschenswert erscheint, ergänzende Vertragsnormen aufzustellen. Die Prüfung hat an den vier Kreisen zu erfolgen, nämlich Aufführung, Festlegung, Vervielfältigung und Sendung. Vorerst muß kurz dargelegt werden, welche Schlüsse aus der Definition des Interpreten zu ziehen sind.

2.6.1. Der Interpret

Als Interpret gilt derjenige, der ein Werk der Kunst oder der Literatur (also ein schutzfähiges Werk im Sinne von URG) darbietet, wobei das interpretierte Werk nicht mehr geschützt zu sein braucht. Dem Interpreten ist derjenige gleichzustellen, der bei der Festlegung einen wesentlichen Beitrag leistet. Damit dürfte für die Anwendung klar genug gestellt sein, daß eine eigentliche Mitwirkung bei der Interpretation die Interpretengemeinschaft begründet und daß von Mitwirkenden, die nicht Interpreten sind, erst in der Phase der Festlegung gesprochen werden kann. Technisch-künstlerische Leistungen werden also normalerweise erst hier auftreten.

Es dürfte unzweckmäßig sein, für die Mitwirkung zu verlangen, sie müsse «künstlerisch» sein. Man überläßt es lieber der Praxis, im Einzelfalle zu entscheiden, welche Leistung die Titularität des Leistungsschutzrechtes begründen kann.

Bei einer Vielzahl von Interpreten stellt sich die Frage der zweckmäßigen Wahrnehmung der Interpretenrechte. In Anlehnung an analoge Situationen ist ein gesamthandähnliches Verhältnis anzunehmen, und man darf von den Interpreten verlangen, daß sie im Außenverhältnis einen Vertreter bestellen. Nötigenfalls ist der Vertreter vom Richter zu wählen. Er hat die Stellung eines Wahrnehmungsberechtigten. Sonstige Regelungen erweisen sich als zu umständlich und gefährden die Rechtssicherheit.

2.6.2. Die Darbietung

Die Darbietung bildet den Ausgangspunkt der Rechtsfolgen um den Interpreten, so daß ihre Regelung von grundsätzlicher Bedeutung

ist und dementsprechend klar getroffen werden muß. Auf die private (interne) Darbietung hat der Interpret ein absolutes, aus ZGB 28 abgeleitetes Recht. Ohne seine Zustimmung darf sie überhaupt nicht verwertet, also weder festgelegt noch gesendet werden. Zu einer externen Darbietung wird der Interpret sich vertraglich verpflichtet haben; entweder direkt durch einen eigentlichen Darbietungsvertrag oder indirekt, also dadurch, daß er im Rahmen eines Leistungsvertrages (Arbeitsvertrag oder Auftragsvertrag) sich auch zu Darbietungen verpflichtet hat.

Der Darbietungspflicht des Interpreten entspricht ein Recht des Vertragspartners auf Erbringung der Leistung: Über die näheren Modalitäten (Ort, Zeit, Gegenstand) wird der Vertrag Auskunft geben. Je nach Art und Ort der Darbietung wird die «Erweiterung» derselben (durch Lautsprecher) als durch den Vertrag gedeckt oder nicht gelten. Dieser Entscheid darf im Zweifel der Vertragsauslegung vorbehalten bleiben.

Das dem Interpreten zuerkannte Recht auf Festlegung und Sendung der Interpretation setzt dem Darbietungsvertrag genaue Auslegungsgrenzen in dieser zentralen Richtung. Aus einem solchen Vertrag kann der Vertragspartner ein Recht auf Festlegung (deshalb auch auf Vervielfältigung) oder auf Sendung der Interpretation grundsätzlich nicht ableiten. Für die Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalles besteht praktisch kein Bedürfnis: Für denjenigen, der Darbietungen gewerblich veranstaltet, muß die Rechtslage bekannt und klar sein; für die übrigen kann ein stillschweigendes Festlegungs- und Senderecht aufgrund der Auslegung grundsätzlich nicht angenommen werden, schon weil ein entsprechendes typisches Interesse nicht besteht. Es kann deshalb verlangt werden, daß die Rechte zugunsten des Vertragskontrahenten nur dann bestehen, wenn sie ausdrücklich vereinbart worden sind[100]. Durch diese Lösung ist auch ein gerechtes Gleichgewicht erreicht

[100] So wird bei der Übertragung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse ein eindeutiger Parteiwille verlangt (vgl. etwa BGHZ 153 und 179). Diese Lösung birgt immerhin die Gefahr in sich, daß solche Bestimmungen präventiv aufgenommen werden, so z.B. auch bezüglich solcher Mitwirkender, von denen man nicht weiß, ob sie einen vorbehaltenen Beitrag leisten werden. Aber diese Unannehmlichkeit wiegt m.E. leichter als die Rechtsunsicherheit, welche durch Vermutungen eintreten würde. Ein Beispiel in den Anstellungsbedingungen des Personals der SRG (Abkommen SRG mit den entsprechenden Angestelltenverbänden von 1968) Art. 17. Vgl. auch die Tarifordnung des

zwischen den Interessen bei der Interpretation, die Leistungsinhalt eines Arbeits- oder Auftragsvertrages bildet. Bezüglich des Rechts des Vertragspartners auf Festlegung, Vervielfältigung und Sendung der vertragskonformen Interpretation muß eine ausdrückliche Regelung getroffen werden, weshalb es in dieser Hinsicht für eine Auslegung keinen Platz gibt[101]. Dafür ist die Benutzung der Leistungen in der vereinbarten Form (Festlegung, Vervielfältigung oder Sendung) für den Vertragspartner des Interpreten aufgrund des Vertrages frei.

2.6.3. Die Festlegung

Dem Interpreten wird ein Recht auf die Festlegung seiner Aufführung zuerkannt, das, wegen der immanenten Gefahren, auch gegen eine Festlegung zu privaten Zwecken durchdringen soll.

Dadurch, daß dieses Recht dem Interpreten zuerkannt wird, erwirbt er eine klare Ausgangslage für den Abschluß eines Festlegungsvertrages und kann denselben seinen Wünschen anpassen. Die faktischen Grenzen, die sich aus der anerkannten (lediglich formellen) Gleichheit der Vertragspartner bei Vertragsabschluß (OR 1) ergeben, sind meines Erachtens nicht zugunsten der einen oder anderen Partei aufzuheben oder zu verschieben, was bedeutet, daß hier gesetzliche Vermutungen, im Sinne von ergänzendem Vertragsrecht, nicht einzuschalten sind.

Schweizerischen Musikervereins (gültig ab 1.1.1976) Art. III/4, mit folgendem Wortlaut: «Ohne vorherige entsprechende Vereinbarung zwischen Veranstalter und Musiker bzw. der Schweizerischen Interpretengesellschaft dürfen die im Rahmen einer Verpflichtung gemäß den Bestimmungen dieser Tarifordnung vom Musiker zu erbringenden Leistungen weder auf mechanische Schallträger (Tonband, Schallplatte oder dgl.) aufgenommen, noch durch Radio oder Television übertragen werden.» Vgl. auch Vertrag FOSR/SRG 17; Vertrag CORSI/VPOD 14.

[101] Die ältere Praxis zeigt eindrücklich, wie schwer und fragwürdig es ist, die Regelung dieser Sachverhalte der Auslegung zu überlassen (statt vieler: BGE 85 II 431 und 87 II 320 sowie RGZ 8). Weitere Hinweise auf die Widersprüchlichkeit grundsätzlicher Entscheide bei O. DE BOOR, Anm. zu BGHZ 5. Deshalb ist der in BGHZ 77 begangene entgegengesetzte Weg (nämlich der gegebenenfalls zulässigen Festlegung bei mangelndem Vorbehalt durch den Interpreten) ebenfalls unzweckmäßig. Daß auch die im dURG ausgiebig angewandte Methode des ergänzenden Vertragsrechtes vieles offen läßt, zeigt sich sehr oft, vgl. BGHZ 221. Siehe auch öURG, besonders 66/4. Das Erfordernis der ausdrücklichen Regelung ist noch dazu geeignet, die von O. HARTWIG in GRUR 1970, S. 67 aufgeworfenen Probleme einer Lösung zuzuführen.

In zwei Fällen soll die Festlegung unabhängig vom Willen des Interpreten erlaubt sein: Zuerst ist die ephemere Festlegung zu Sendezwecken ohne weiteres zuzulassen. Sodann jene zu privaten Zwecken, wenn sie aufgrund einer Sendung erfolgt. Die gesendete Interpretation hat nämlich, wie gesagt, als Vervielfältigung zu gelten. Auch die private Festlegung ist hingegen widerrechtlich, wenn die Sendung aufgrund einer nicht erlaubten Wiedergabe oder Festlegung erfolgte.

2.6.4. Die Vervielfältigung

Das dem Interpreten zustehende Vervielfältigungsrecht bedingt, daß die (primäre) Vervielfältigung einer Interpretation nur mit seiner Zustimmung erfolgen darf – die auch hier aus den genannten Gründen ausdrücklich erteilt werden soll. Daran ist meines Erachtens festzuhalten, obwohl die Vervielfältigung sehr oft die natürliche Folge des Festlegungsrechtes sein wird. Es besteht aber kein Bedürfnis für die Lockerung des Grundsatzes, etwa durch Aufstellung von Auslegungsregeln, und zwar aus den gleichen Gründen wie sub Ziff. 2.6.2.

Auch hier soll das Gesetz den Grundsatz festhalten – die nähere Regelung ist eventuell auf dem Wege der Auslegung zu erfahren. Insbesondere dürften wegen der grundsätzlichen Unterschiede in der rechtlichen Behandlung zwischen Werk und Leistung nicht einfach verlagsvertragsähnliche Bestimmungen aufgestellt werden (etwa in Analogie zu OR 383, 386 u.a.m.). Wie die primäre, so ist auch die sekundäre Vervielfältigung zu behandeln. Eine Ausnahme zum Vervielfältigungsrecht macht indessen die sekundäre Vervielfältigung eines TBT zu privaten Zwecken (die sogenannte Überspielung). Bedingung hiezu ist aber, daß der dafür benutzte primäre TBT erlaubterweise hergestellt worden ist. Das wäre nicht der Fall, wenn der TBT aus einer nicht erlaubten Festlegung stammt – wobei die Verfolgungsschwierigkeiten hier nicht zu unterschätzen sind.

2.6.5. Die Sendung

Die Befugnis, eine Interpretation zu senden, ist ebenfalls vom Interpreten ausdrücklich zu erteilen, was wegen der Möglichkeiten von

sogenannten Live-Aufnahmen einer Interpretation von besonderer Bedeutung ist. Jeder Zweifel muß besonders hier ausgeschaltet werden, und zwar im Interesse aller Beteiligten, erfordert doch die Sendung einen erheblichen organisatorischen Aufwand und sind die Folgen einer unvorhergesehenen Absetzung einer solchen Live-Sendung äußerst einschneidend. Die ausdrückliche Einräumung dieser Befugnis darf dem Fachpartner auch ohne weiteres zugemutet werden.

2.6.6. Die Verbreitung von unerlaubterweise hergestellten Vervielfältigungsexemplaren

Der Vorbehalt des Verbreitungsrechtes ist im gegebenen Umfange nötig, um den Interpreten vor dem Import von ohne seine Erlaubnis hergestellten Vervielfältigungsexemplaren zu schützen, und zwar abgesehen von der im Vervielfältigungsstaat geltenden Regelung. Im Hinblick auf die starke Importquote ist diese Bestimmung für die Schweiz von besonderer Bedeutung.

2.6.7. Die Verwertung von Vervielfältigungsexemplaren

Sind die Rechte des Interpreten im genannten Sinne genau normiert, so darf der Gesetzgeber bezüglich der Verwertung der Vervielfältigungsexemplare eher zurückhaltend sein. Die dadurch ermöglichte Verwertung der Interpretation soll grundsätzlich dem freien Spiel der Kräfte, d. h. dem Vertragsrecht überlassen bleiben. Ob dann die Verwertung im privaten Rahmen oder öffentlich erfolgt, ist an sich irrelevant. Es ist deshalb insbesondere erlaubt, solche Exemplare öffentlich aufzuführen, zu verkaufen, zu verleihen oder sonst in Verkehr zu bringen.

Lediglich drei, immerhin entscheidende Ausnahmen sind anzuerkennen: Die Sendung und die zu gewerblichen Zwecken erfolgende öffentliche Wiedergabe der Interpretation aufgrund eines TBT sind entschädigungspflichtig und die Benutzung desselben zwecks sekundärer Vervielfältigung hängt vom Willen des Interpreten ab. Diese Regelung bedeutet aber für die Praxis, daß die Verwertung sonst frei ist – es sei denn, der Vertrag enthalte eine abweichende Regelung. Dafür sprechen aber keine gesetzliche Vermutung oder sonstige Auslegungsregeln.

2.6.8. Die Rechte der Mitwirkenden

In Anbetracht der akzessorischen Natur des Beitrages der Mitwirkenden dürfte gerechtfertigt sein, sie nicht den Interpreten gleichzustellen. Billig und dem System entsprechend dürfte hingegen ihre angemessene Beteiligung an der Interpretenentschädigung sein.

3. Der Schutz der Tonträgerhersteller

3.1. Einführung

Hersteller eines Tonträgers ist derjenige, der die erste, eine Wiederholung ermöglichende Festlegung einer Interpretation oder eines sonstigen Tones vornimmt[102, 103]. Wenn in der Folge von Tonträger (TT) die Rede ist, so wird darunter jeder Tonträger verstanden,

[102] Es kommt also auf die erste Festlegung der Interpretation und nicht auf die Vervielfältigung des ersten TBT an. Die Frage war seinerzeit umstritten, da erste Aufnahme und Vervielfältigung u.U. von zwei verschiedenen Rechtssubjekten vorgenommen werden. Vgl. nunmehr RöAbk 3, lit.c und TTAbk 1, lit.b sowie dURG 85/1 und iURG 78/1. Daß die Festlegung zwecks Vervielfältigung erfolgt, ist kein notwendiges Element der Definition, so zu Recht DÜNNWALD, UFITA 76, S.165.

[103] Im Text nehme ich hauptsächlich und aus Gründen der Vereinfachung dieses zum Teil noch unsicheren Rechtsgebietes nur auf die TT Bezug. Aber die Bild- bzw. Tonbildträger (TBT) werden den TT weitgehend gleichgestellt. Es sei hier auf diese Sonderfragen zwecks Entlastung des Haupttextes hingewiesen:

a) In der Praxis hat hier die anfängliche Euphorie einer verbreiteten Skepsis und Unsicherheit Platz gemacht. Skepsis bezüglich des kommerziellen Erfolges, Unsicherheit bezüglich der technischen Wege. Der kommerzielle Erfolg eigentlicher TBT ist nicht eingetreten, aus verschiedenen, nicht restlos abgeklärten Gründen, sicher aber auch wegen der Fortschritte und Bequemlichkeit des Amateurfilms. Letzteres ist zwar ein TBT, ruft aber keine wesentlich neuen Probleme auf, erheischt also auch keine Neuregelung. Die technisch zweckmäßigste Ausgestaltung der eigentlichen TBT ist offensichtlich noch nicht festgelegt: Neben der sog. Bildplatte mit der Notwendigkeit der Lieferung von Videoprogrammen, dafür aber mit preislichen Vorteilen, ist das Bildband (Videoband) mit dem Vorteil der praktisch unbeschränkten Überspielbarkeit, der längeren Spieldauer und der Möglichkeit der Selbstaufnahme immer noch nicht derart entwickelt, daß die vor Jahren erwartete Nachfrage einsetzen kann – der hohe Preis der Bänder und der Apparate steht dem auch entgegen. Unsicherheit besteht aber auch bezüg-

unabhängig von jeweils verwendeten technischen Festlegungs- und Vervielfältigungssystemen. Der Umstand, daß jemand TT-Hersteller ist, schließt nicht aus, daß er auch ein Werk schaffen bzw. eine Interpretation leisten kann – in welchem Falle in seiner Person kumulierte

lich der Videoprogramme, sei es, was den Inhalt, sei es, was die Wege der Produktion und des Vertriebes anbetrifft.

b) In rechtlicher Hinsicht dürfte die Herstellung der Videoprogramme (der sogenannten Soft-Ware) der Filmproduktion entsprechen, auch wenn die Produzenten voraussichtlich nicht die gleichen sein werden. Bei der Herstellung des Videoprogrammes stellen sich nämlich die gleichen urheberrechtlichen Grundfragen. Sie würden also VE II URG 48ff. unterstehen, wobei die den Produzenten zustehenden Verwendungsarten (49) dem Einsatz der Videoprogramme entsprechend erweitert werden müßten – dafür müßte man eventuell die jetzt vorgesehenen Verwendungsmöglichkeiten einschränken (weil das Videoprogramm bestimmungsgemäß z.B. nicht für eine Vorführung im Kinotheater bestimmt ist). Die leistungsschutzrechtlichen Probleme entsprechen ebenfalls denjenigen, die bei der Herstellung eines Filmes bzw. eines TT aufkommen. An sich ist die Stellung des Interpreten (hier besonders auch die des Schauspielers) keine andere als jene bei der Herstellung (und Verwertung) eines TT. Beide sind denn auch im RöAbk 7 gleichgestellt. Art. 19 RöAbk reduziert aber diesen Schutz, indem er Art. 7 als nicht mehr anwendbar erklärt, «sobald ein ausübender Künstler seine Zustimmung dazu erteilt hat, daß seine Darbietung einem Bildträger oder einem Bild- und Tonträger eingefügt wird». Die Einschränkung (vgl. dazu dURG 92) will den Filmhersteller schützen, indem die Rechte der Interpreten bei der Verwertung des Filmwerkes nicht mehr geltend gemacht werden können. Für die Begründung dieser singulären aber m.E. gerechtfertigten Norm vgl. besonders MÖHRING/NICOLINI (zit. Anm. 21), § 92/1b. Sie wird im E 16 entsprechend übernommen. Sie wäre auch auf Videoprogramme anzuwenden. Auch die Rechtslage des TBT-Herstellers soll derjenigen des TT-Herstellers angeglichen werden – wobei aber zu beachten ist, daß nach der Revision die sedes materiae das URG ist (vgl. VE II URG 52–54). Eine ähnliche Folge ergibt sich für die Sendeunternehmen, wobei der hier vorgeschlagene Text (E 12) auch die Festlegung und Vervielfältigung durch Bildträger bzw. Tonträger erfaßt.

c) In bezug auf die Fragen, welche durch die leeren Videobänder aufkommen, sei auf die Andeutungen in Ziff. 7 hingewiesen.

Ausführlich zu den Bild- und Tonbildträgern: L. LEONELLI, Il diritto di autore, 1971, S. 462; S. M. STEWARD, in: Current Trends in the Field of Intellectual Property, Genf 1971, S. 267; G. BRUGGER, Die neuen audio-visuellen Systeme, Schriftenreihe UFITA 40, 1970; G. BRUGGER/L. WEDEL, UFITA 65, S. 159; F. KLAVER, DdA 1972, S. 88; D. GAUDEL, RIDA 1973, S. 2; D. DE FREITAS, Author 1974, S. 104; vgl. zuletzt den Bericht einer im Februar 1977 in Genf zusammengetretenen ad hoc-Kommission in DdA 1977, S. 87. Aus der Praxis Pretura di Napoli in Giurisprudenza italiana 1971, II, S. 458.

urheberrechtliche und leistungsschutzrechtliche Ansprüche entstehen würden[104].

Der TT-Hersteller ist, im Gegensatz zum Interpreten, ein Produzent[105]. Seine Behandlung im Rahmen dieser Untersuchungen erklärt sich einerseits aus der engen Verflechtung des Produktes (TT) mit einem Kunstwerk, andererseits mit der außerordentlichen Verbreitung solcher TT als Träger von Interpretationen. Die Verflechtung hatte unter einer bestimmten Interessenkonstellation und bezüglich bestimmter Tonträgerhersteller zur Norm von URG 4 geführt[106]. Daß aber der TT-Hersteller kein urheberrechtsfähiges Werk erbringt, ist von der Lehre seit langem[107], ab BGE 87 II 320[108] auch von der Praxis erkannt worden. Geblieben ist hingegen die enge Verknüpfung mit dem Leistungsschutzrecht, eine Verknüpfung, die durch die technische Entwicklung bedingt, heute nicht mehr entflochten werden kann[109], was nicht bedeutet, daß die wesentlichen Unterschiede zwischen TT-Hersteller und Interpret unbeachtlich wären.

Entscheidend für den Leistungscharakter der Interpretation und ihre Erfassung durch Sondervorschriften ist ein zweifaches gewesen: Der persönliche Charakter dieser Leistung und die Mangelhaftigkeit rechtlicher Erfassungsmöglichkeiten de lege lata. Ersteres trifft für den TT-Hersteller nicht[110], das Zweite nur teilweise zu. Ohne die

[104] Ein Sachverhalt, der besonders bei Verwendung elektronischer Schallquellen gegeben sein kann, vgl. WEISSTHANNER, zit. oben Anm. 34.

[105] Die Schallplatte z.B. ist eine Ware, ein Sachgegenstand, so zutreffend BGE 87 II 339. Deutlich schon DE SANCTIS, UFITA 20, S. 22 (34); BGE 62 II 243 betont zu Recht den technischen Charakter des Verdienstes des Schallplattenherstellers.

[106] Zur Entstehungsgeschichte BGE 85 II 434 und 87 II 340. Dazu TH. BLAU, Die Schallplatte im schweizerischen Urheberrecht, Berlin 1936. Zur analogen Entwicklung in Deutschland NIPPERDEY (zit. Anm. 89), S. 23; TH. SÜSS, INTERGU 10, S. 46; H. HUBMANN, INTERGU 9, S. 30; E. SCHULZE, Anm. zu BGHZ 79.

[107] Vgl. schon F. OSTERTAG, SJZ 1940, S. 21. Heute herrschende Meinung.

[108] In Verbindung mit BGE 85 II 431. In BGE 62 II 243 hatte das Bundesgericht hingegen, wie schon bemerkt, ein Urheberrecht des ausübenden Künstlers angenommen, das «im Zweifel» an den TT-Hersteller abgetreten wird. Der BGH hielt hingegen an der urheberrechtlichen Begründung fest, vgl. BGHZ 76–79, so daß diese an sich sehr wichtigen Entscheide für die Schweiz nicht viel hergeben. Ein Hinweis auf die wettbewerbliche Seite aber in BGHZ 78.

[109] Vgl. Ziff. 1.1.

[110] Aus diesem Grund kann das eventuelle Recht dem Unternehmen originär zugesprochen werden.

unter Umständen sehr wertvolle Leistung des TT-Herstellers in Zweifel ziehen zu wollen[111], sie läßt sich primär als eine Leistung technisch-organisatorisch-finanzieller Art kennzeichnen[112] und unterscheidet sich insofern nicht von anderen industriellen Leistungen. Die Tätigkeit des TT-Herstellers verdichtet sich im TT selbst – er ist für dessen technische Qualität, nicht für dessen «Inhalt» (Werk) und für die «Vermittlung» des Inhaltes (Interpretation) verantwortlich, obwohl nicht übersehen werden darf, daß die enge Verbindung zwischen Interpreten und Tonträgerhersteller, die auch werbemäßig eingesetzt wird, oft zu einer erweiterten Verantwortlichkeit des Herstellers führen kann.

Es ist grundsätzlich nicht einzusehen, wie die technische Leistung bezüglich des Trägers von den Leistungen bezüglich des «Getragenen» wesentlich beeinflußt werden könnte. Verfahrens- und produktionsmäßig steht dem TT-Hersteller der Schutz eventueller Erfindungen zu, denn die TT-Herstellung gehört unbestreitbar zum Gebiete der Technik im patentrechtlichen Sinne. Das Spezifikum der Nachahmung ohne Wiederholung der Vorbereitungsphase (vgl. Schema A) teilt der Tonträger mit einigen anderen Produkten. Die Häufigkeit der Nachmachung dürfte kein essentielles Unterscheidungsmerkmal abgeben – obwohl sie natürlich die Aktualität eines starken Schutzes klar hervortreten läßt. Es wird sich aber zeigen, daß gegen eine solche Nachmachung der TT-Hersteller schon de lege lata nicht schutzlos ist – daß aber die Schutzquelle konkretisiert werden muß, um Unsicherheiten in der praktischen Anwendung auszumerzen. Hier kommt dem TT-Hersteller, im Gegensatz zum Interpreten, seine Stellung als Wettbewerbsteilnehmer zugute, sie ermöglicht ihm, sich unter Umständen auf UWG zu berufen. Was hingegen eine Sonderstellung des TT-Herstellers rechtfertigt, ist die in anderen Industriezweigen praktisch nicht existierende Möglichkeit der Nachmachung des Produktes im privaten Bereich. Diese Möglichkeit hat mit der Einführung der sogenannten leeren Spielkassette und der entsprechenden äußerst einfach zu bedienenden und preiswerten Aufnahmegeräte einen derartigen Aufschwung genommen, daß die Stellung des TT-Herstellers davon sehr stark be-

[111] Darüber etwa TH. MOLL in SchwMitt 1953, S. 43 und BGE 87 II 320 (333).
[112] Zutreffend DÜNNWALD, UFITA 76, S. 165.

einflußt wird[113]. Daß dadurch auch die Interessen der Urheber und der Interpreten sowie unter Umständen jene der Sendeunternehmen stark in Mitleidenschaft gezogen werden, ist einleuchtend und bestätigt die diesbezügliche Interessengemeinschaft. Die dadurch aufgeworfene Problematik wird deshalb erst in Ziff. 7 gestreift.

Für die Untersuchung sind auseinanderzuhalten: Einerseits die TT, welche eine Interpretation, andererseits jene, welche einen sonstigen Ton festhalten.

Zwecks Analyse werden hier die TT weiter in zwei Kategorien unterteilt: Als *primärer TT* gilt der TT, der für sich oder als Grundlage einer industriellen Vervielfältigung hergestellt wird, *sekundär* ist der TT dann, wenn er im Wege der Vervielfältigung eines primären TT gewonnen wird.

3.2. Der primäre TT

Der TT kann in Analogie zu TTAbk 1/a und dURG 16/2 definiert werden als jede Vorrichtung zur Festlegung und wiederholbarer Wiedergabe der Töne einer Interpretation oder anderer Töne. Die angewandte Technik zur Festhaltung der Töne ist irrelevant[114].

[113] Hierüber berichtet N. TUROW in einem Vortrag, gehalten im April 1977 in Bonn (vervielfältigt). Aus diesem Vortrag seien folgende Daten entnommen – die sich zwar auf die BRD beziehen, aber auch für die Schweiz einen relativen Aussagewert haben dürften (in Klammern die seitens der Industrie angegebenen Zahlen, vgl. Blick durch die Wirtschaft, Frankfurt 12. 1. 1977):

Im Jahre 1976 dürften in der BRD ca. 90 Mio. (70–75) Leer-Cassetten verkauft worden sein und der Bestand an Leer-Cassetten in deutschen Haushalten wird gegenwärtig auf ca. 300 Mio. geschätzt. Wären die Cassetten als bespielt in den Handel gebracht worden, so hätte sich hieraus ein Umsatz von ca. 900 Mio. DM ergeben – und zwar auf einen Gesamtumsatz an bespielten Trägern (Schallplatten und bespielte Cassetten) von ca. 1,7 Milliarden DM. Damit wird über $^1/_3$ des heutigen Gesamtumsatzes für Tonträgermusik durch die Leer-Cassette ausgeschöpft (aus Industriekreisen wird das Verhältnis Leer-Cassette/Musik-Cassette mit 72:28 angegeben). Was das für Urheber, Interpreten, TT-Hersteller und eventuell Sendeunternehmen bedeutet, ist leicht zu berechnen, wenn man bedenkt, daß der Kostenanteil für die in einer Schallplatte durchschnittlich verwerteten Urheber- und Leistungsschutzrechte 50–60% des Selbstkostenpreises (in absoluten Zahlen ca. DM 4,70) ausmacht.

[114] Über die Problematik bei elektronischer Musik vgl. WEISSTHANNER, zit. oben Anm. 34. Ähnliches gilt für die Herstellung von Bildträgern mit analogen Verfahren.

Wichtig ist lediglich die Tatsache, daß der Träger Töne festhält, wobei im «Festlegen» die Möglichkeit der Wiedergabe mitenthalten ist. Die Herstellung eines TT entspricht also der Festlegung der Interpretation gemäß Ziff. 2.3.4. Ein TT liegt aber auch dann vor, wenn der aufgenommene Ton bzw. die aufgenommene Tonreihe nicht eine Interpretation, vielmehr irgendeine andere Tonsequenz ist, was hier «sonstiger Ton» genannt wird.

Die Herstellung der TT, mit anderen Worten die Festlegung der Töne, ist eine Vorbereitungsphase, die grundsätzlich der Vorbereitung eines sonstigen Produktes entspricht (vgl. Schema A). Sie läßt sich für die zwei in Frage kommenden Arten des aufgenommenen Tones wie folgt zusammenfassen:

3.2.1. Die Festlegung einer Interpretation

Bei dieser wichtigeren Art des TT wird die Interpretation eines Werkes festgehalten, so daß, bei bestehendem Urheberrecht, eine zweifache rechtliche Schicht festzustellen ist, nämlich das Urheberrecht des Komponisten und das Schutzrecht des Interpreten. Die Leistung des TT-Herstellers ist dabei, wie gesagt, primär eine organisatorisch-technisch-finanzielle. Besonders erstere erfordert den Abschluß von Verträgen, so auch mit dem Interpreten (vgl. Ziff. 2.3.6). Die unter Umständen sehr beachtliche und für die Qualität des TT entscheidende Leistung dürfte die Rechtsstellung des TT-Herstellers normalerweise nicht ändern. Spielt aber die Tonmanipulation für das Ergebnis eine wesentliche Rolle, so ist der TT-Hersteller ein Mitwirkender im Sinne von Ziff. 2.2.4 und als solcher mitleistungsschutzberechtigt im Sinne von E 8.

3.2.2. Die Festlegung sonstiger Töne

Bei der Festlegung sonstiger Töne ist die Tätigkeit des TT-Herstellers selbständiger, indem er[115] nicht über eine durch Dritte erbrachte

[115] Wenn hier von TBT-Herstellern gesprochen wird, sind darunter auch seine Gehilfen und sonstige Beauftragte zu verstehen, was beim Fehlen eines immaterialgüterrechtlichen Ergebnisses keine Zurechnungsprobleme bezüglich der Ansprüche entstehen läßt. Vgl. hingegen für Erfindungen OR 332a und für Werke der Kunst VE II URG 36.

Leistung verfügt. Aber die Töne müssen, wenn nicht künstlich erzeugt (was dann auf eine Komposition [Werk] und Interpretation nach Ziff. 3.2.1 hinausläuft), in der Natur vorhanden sein. Über solche kann niemand Sonderrechte geltend machen, weshalb der TT-Hersteller diesbezüglich selbst frei ist, aber auch niemandem die gleiche Freiheit einschränken kann. Es fragt sich lediglich, ob besondere Rechte bezüglich des TT selbst anerkannt werden sollen.

3.2.3. Der Schutz der Herstellung des primären TT

Als Herstellung des TT wird hier die erste Festlegung von Tönen auf einem TT, der zur Vervielfältigung benutzt werden kann (hier primärer TT genannt), angesehen. Dieser technische Vorgang kann patentrechtlichen Schutz genießen, was hier nicht weiter zu verfolgen ist. Ein Schutz muß aber auch vor widerrechtlicher Entnahme bestehen, also davor, daß sich jemand den Aufnahmevorgang (nicht die Aufnahme als «Geleistetes») zunutze macht, was technisch möglich, praktisch eher fernliegend sein dürfte. Wird dies durch einen Mitbewerber des TT-Herstellers getan, so wird unlauterer Wettbewerb im Sinne von UWG 1/1 vorliegen: Ein solches «Mitaufnehmen» einer Leistung im Entstehungsstadium kann nämlich nur durch den Einsatz von Mitteln geschehen, die als unlauter zu gelten haben – eine «offene» Aufnahme wird nur im Einverständnis des TT-Herstellers geschehen können. Der Kreis der Mitbewerber ist weit zu ziehen[116]. Jeder potentielle Hersteller von TT, besonders jeder Vervielfältiger solcher Träger, fällt darunter[117]. Die Aufnahme durch jemanden, der nicht zum Mitbewerberkreis des TT-Herstellers gehört, so ein Privater, fällt nicht unter das UWG: Die Widerrechtlichkeit könnte nur aus der Verletzung allgemeiner Rechtsgrundsätze abgeleitet werden, so des Persönlichkeitsrechts, in welchem Falle OR 41 eingesetzt werden könnte. Praktisch dürfte diese Möglichkeit keine Rolle spielen.

Handelt es sich um die Festlegung einer Interpretation, so sind die eventuellen Ansprüche des Interpreten (Ziff. 2), gegebenenfalls auch jene des Urhebers des aufgeführten Werkes (VE II URG 14/2/2) zu beachten.

[116] Entsprechend der allgemeinen Praxis zum UWG; vgl. BGE 90 II 322; 98 II 57; 98 IV 229; 86 II 110; 80 IV 33.

[117] Vgl. den Sachverhalt in BGHZ 106.

3.2.4. Die Vervielfältigung des primären TT

Der hergestellte TT wird normalerweise zur Vervielfältigung benutzt, aus ihm werden z. B. die für den Handel bestimmten Schallplatten hergestellt. Geschieht dies durch die gleiche Person, so ergeben sich in schutzrechtlicher Hinsicht keine Besonderheiten. Werden hingegen Herstellung und Vervielfältigung des Tonträgers durch verschiedene Personen durchgeführt, so geht die vertragliche Regelung des Innenverhältnisses der eventuellen schutzrechtlichen vor. Die (werk-)vertragliche Lage ist hier nicht zu überprüfen. Ein Überschuß wird nur dann gegeben sein, wenn der TT-Hersteller sonderrechtlichen Schutz genießt. Die Rechtslage wird dann derjenigen zwischen Patentinhaber und Lizenznehmer analog sein, und danach wird man entscheiden müssen, ob und eventuell wann neben den vertraglichen auch sonderrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden können.

Erfolgt die Benutzung des TT zwecks Vervielfältigung nicht im Rahmen eines Vertrages, so wird sie normalerweise unlauter im Sinne von UWG 1 sein – denn es ist kaum denkbar, daß der Dritte ohne Zustimmung des TT-Herstellers in redlichen Besitz des primären TT gelangen kann[118]. Hat der Konkurrent den TT nicht direkt gestohlen, so wird er denselben nur aufgrund eines Vertrauensmißbrauches zur Vervielfältigung benutzt haben können[119]. Aber dieser Fall dürfte kaum aktuell sein – liegt es doch nahe, die Vervielfältigung nicht aufgrund des primären TT, vielmehr aufgrund eines Vervielfältigungsexemplars selbst vorzunehmen (Ziff. 3.3).

3.2.5. Die sonstige Benutzung des TT

Es dürfte kaum vorkommen, daß primäre TT sonst benutzt werden. Denkbar wäre z. B. deren Einsatz als Grundlage zur Herstellung einer privaten Kopie. Da ein Wettbewerbsverhältnis fehlt und deswegen UWG nicht zur Anwendung gelangt, ist auf eventuelle persönlichkeitsrechtliche oder sachenrechtlich geschützte Interessen des TT-Herstellers zurückzugreifen, um einen Schutz zu rekonstruieren.

[118] Nähere Hinweise über die UWG-Regelung sub Ziff. 3.4.3.3.

[119] Siehe hiezu die relativ vergleichbare Rechtslage von BGE 90 II 51 und die Bestätigung des Grundsatzes in BGE 92 II 206. Vgl. auch BGE 77 II 267.

3.3. Der sekundäre TT

Als sekundärer TT gilt hier der TT, der aus der Vervielfältigung eines primären TT hervorgegangen ist. Es hängt mit den technischen Möglichkeiten auf diesem Gebiete zusammen, daß die Herstellung eines (primären) TT direkt ab Interpretation und eines sekundären TT aus der Vervielfältigung eines primären TT bzw. aus der Vervielfältigung eines sekundären TT selbst praktisch gleichwertig sind. Diesem Umstand kommt in der rechtlichen Betrachtung dieses Sachverhaltes eine entscheidende Bedeutung zu. Das erklärt die Tatsache, daß nicht primäre TT, vielmehr sekundäre (schon hergestellte Schallplatten, Tonbänder usw.) als Grundlage zur unerlaubten Vervielfältigung Verwendung finden, so daß die Frage des Schutzes des TT-Herstellers praktisch sich mit der Frage seines *Schutzes gegen Vervielfältigung seiner Produkte* deckt. Neben diesem vordergründigen Schutzobjekt (Ziff. 3.4) gilt es zu analysieren, ob der TT-Hersteller auch vor sonstigen speziellen Benutzungsformen seines Produktes (Ziff. 3.5) bzw. vor Sendung (Ziff. 3.6) zu schützen ist. In Anbetracht der blühenden Nachmachungsindustrie ist es nicht verwunderlich, daß die TT-Hersteller sich um einen wirksamen Schutz bemühen und denselben, wenn auch indirekt, auf internationaler Ebene erreicht haben.

Eine Sonderstellung nimmt, wie angedeutet, die Behandlung der sogenannten leeren Kassette (worüber Ziff. 7) ein. Weil der Schutz der TT, im Gegensatz zu demjenigen der Interpreten, in letzter Zeit in der Schweiz unter Hinweis auf schon vorhandene Schutzquellen in Frage gestellt wurde[120], ist eine nähere Untersuchung de lege lata nicht zu umgehen.

3.4. Schutz vor Vervielfältigung

3.4.1. Die internationalen Abkommen

Die Schweiz ist noch keinem der internationalen Abkommen beigetreten, die den Schutz des TT beinhalten. Wegen der Bedeutung derselben als Wegweiser und der offenen Frage einer schweizerischen

[120] Vgl. Erläuterungen, S. 38, dazu E SVU, der von einem direkten Schutz der TT völlig abgeht.

Ratifikation sind sie in ihren Grundzügen darzustellen. Welche nationalen Normen die Verwirklichung dieser Abkommen sichern bzw. dazu eingeführt werden müßten, ist später zu untersuchen.

3.4.1.1. Das internationale Abkommen zum Schutz der Hersteller von Tonträgern gegen die unerlaubte Vervielfältigung ihrer Tonträger vom 29.10.1971 (TTAbk)

Die 1971 in Genf unterzeichnete internationale Konvention bezweckt den Schutz der Tonträgerhersteller vor unerlaubter Vervielfältigung ihrer Tonträger[121]. In Anbetracht des technisch äußerst einfachen Verfahrens zur Vervielfältigung eines vorgegebenen Tonträgers hat sich in den letzten zwei Jahrzehnten eine entsprechende Industrie etabliert, die ohne die erheblichen technisch-organisatorisch-finanziellen Leistungen für die erste Festlegung einer Interpretation oder einer sonstigen Tonfolge erbringen zu müssen, vervielfältigte Tonträger produziert. Eine wirksame Abhilfe wurde allgemein befürwortet, so daß eine Regelung, auf das Wesentliche beschränkt, sehr rasch aufgestellt wurde.

Die Grundregelung ist in Art. 2 enthalten, die den folgenden Wortlaut hat:

«Jeder Vertragsstaat schützt die Hersteller von Tonträgern, die Angehörige anderer Vertragsstaaten sind, gegen die Herstellung von Vervielfältigungsstücken ohne Zustimmung des Herstellers des Tonträgers und gegen die Einfuhr solcher Vervielfältigungsstücke, sofern die Herstellung oder die Einfuhr zum Zweck der Verbreitung an die Öffentlichkeit erfolgt, und auch gegen die Verbreitung solcher Vervielfältigungsstücke an die Öffentlichkeit.»

3.4.1.2. Das internationale Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26.10.1961 (RöAbk)

Das RöAbk[122] anerkennt zugunsten der Tonträgerhersteller in Art. 10 das Recht, die unmittelbare oder mittelbare Vervielfältigung

[121] Vgl. M.M. Pedrazzini, Festgabe für Reinhard, Köln 1972, S. 113; S.M. Steward, UFITA 70, S. 1 sowie DdA 1973, S. 112; R. Dittrich, OeBl 1971, S. 141; Actes de la Conférence internationale d'Etats sur la protection des phonogrammes, Genève 1971 (Drucksache OMPI, No. 318). Am 24.3.1977 waren 24 Staaten der Konvention beigetreten (vgl. DdA 1977, S. 66).

[122] Vgl. Anm. 98a.

ihrer Tonträger zu erlauben oder zu verbieten. Damit wird, neben der direkten Vervielfältigung der Tonträger, auch die Vervielfältigung durch Festlegung z. B. einer Sendung erfaßt. Die Beteiligung des Tonträgerherstellers am Erlös aus der unmittelbaren Benutzung des Tonträgers durch Sendung oder sonstige öffentliche Wiedergabe zusammen mit den ausübenden Künstlern ist zwar in Art. 12 vorgesehen – die Vertragsstaaten können aber die teilweise oder gänzliche Anwendung dieses Artikels durch Vorbehalt ausschließen (Art. 16, Abs. 1 a). Die Tonträgerhersteller haben mit dem TTAbk eine bessere und einfachere Waffe erhalten, so daß auch ihr Interesse am RöAbk nachgelassen hat[123]. Es erübrigt sich deshalb, näher auf die Regelung im RöAbk einzugehen.

3.4.2. Die gegenwärtige Rechtslage in der Schweiz[124]

URG 4/2 stellt die Festlegung einer Interpretation einem Werk gleich und erreicht dadurch einen urheberrechtlichen Schutz des Tonträgers. Diese singuläre Vorschrift geht auf eine zur Zeit des Erlasses des URG singuläre Interessenlage zurück[125]. Schon die Doktrin hatte Zweifel bezüglich der Haltbarkeit dieser Norm gemeldet – das Bundesgericht hat diese Zweifel übernommen und erkannt, daß URG 4/2 dem Tonträgerhersteller ein Recht gewährt, das eigentlich im UWG begründet ist und ihn vor der Konkurrenz, nicht also vor der Benutzung eines erlaubterweise in Verkehr gesetzten Tonträgers, schützen soll. Dadurch sollte «der Schallplattenhersteller als der originäre Träger der in dieser Bestimmung (sc: URG 4/2) vorgesehenen Rechte gegen unlautere Wettbewerbshandlungen geschützt werden»[126]. Um diese in der Zielsetzung klare Begründung gegen den Wortlaut von URG 4/2 zu erreichen, hat das Bundesgericht weit in der Auslegungslehre ausholen müssen – der Gesetzestext ist nämlich an sich eindeutig und nicht auslegungsbedürftig[127]. Worin eigentlich der Schutz des Tonträgerherstellers aus URG 4/2

[123] Vgl. Vernehmlassung, S. 32.
[124] Dazu PEDRAZZINI, zit. Anm. 121.
[125] Vgl. IKLÉ (zit. Anm. 1), S. 133.
[126] Vgl. BGE 87 II 326 und den Hinweis auf BGE 85 II 439.
[127] Insofern war die ältere Praxis gesetzestreuer, wenn auch unzweckmäßig, vgl. BGE 62 II 243.

bestehen könnte, wurde in der maßgebenden Praxis beispielsweise gesagt: Schutz gegen die Nachahmung der Ware (d.h. des Tonträgers[128]; Schutz gegen unlautere Wettbewerbshandlungen[129]; Schutz gegen die unbefugte Nachpressung der Schallplatten und gegen die Inverkehrsetzung der so hergestellten Erzeugnisse[130]; Schutz gegen Herstellung einer Kopie der Schallplatte[131]. Meines Wissens hat das Bundesgericht noch nie Gelegenheit gehabt, sich zu der Frage einer eigentlichen Nachpressung zu äußern; Prozesse vor kantonalen Instanzen wurden, bei angenommener Unsicherheit des Ergebnisses bzw. wegen Beweisschwierigkeiten, durch Vergleich erledigt. Es kann aufgrund der genannten Praxis aber nicht bezweifelt werden, daß das Bundesgericht die unerlaubte Vervielfältigung eines sekundären Tonträgers aufgrund von URG 4/2 als widerrechtlich bezeichnen müßte. Die Vorschrift ist ja deutlich genug und muß zur Anwendung gelangen – nur bezüglich des Nährbodens der Vorschrift ist das Bundesgericht, im Wege der Auslegung, an den sogenannten Willen des Gesetzgebers nicht gebunden[132]. Es dürfte aber überflüssig sein, näher auf die Anwendbarkeit dieser Norm auf unseren Sachverhalt einzugehen, weil dieselbe bei der Revision des URG mit Sicherheit fallengelassen wird[133].

3.4.3. Ist eine Regelung in der Schweiz notwendig?

Mit URG 4/2 entfällt aber die einzige ausdrückliche Gesetzesnorm zum Schutze des Tonträgerherstellers. Die Frage stellt sich somit, ob eine neue Vorschrift, und wenn ja, welcher Natur und welchen Inhaltes, vorgesehen werden muß oder ob die gegebenen Rechtsmittel ausreichen[134].

[128] BGE 85 II 439 («Il tend à protéger le fabricant contre une contrefaçon de sa marchandise»).
[129] BGE 87 II 326.
[130] BGE 87 II 335.
[131] BGE 87 II 336.
[132] Näheres dazu bei R. Frank, SJZ 1973, S. 161.
[133] In den Vernehmlassungen zu VE II URG ist die Wiederaufnahme dieser Norm von keiner Seite vertreten worden. Ebenso obsolet ist heute die Frage, ob die Vervielfältigung eines Tonträgers eine Bearbeitung darstellen könne, wozu BGHZ 3.
[134] Es dürfte zumindest unzweckmäßig sein, den Schutz einzig auf vertraglichem Wege erreichen zu wollen. Zwar läßt sich derselbe insbesondere aufgrund

3.4.3.1. Das Ziel eines Schutzes des TT-Herstellers

Abgesehen von der allgemeinen Anwendung des UWG soll der TT-Hersteller primär gegen die zu gewerblichen Zwecken stattfindende, von ihm nicht erlaubte Vervielfältigung seines sekundären TT geschützt werden (vgl. Ziff. 3.3). Dieser vom Bundesgericht schon 1961[135] festgestellte Grundsatz hat seine Gültigkeit bewahrt. Ob sonstige Benutzungen des sekundären TT frei sind, ist später (Ziff. 3.5) zu untersuchen. Für die Analyse dürfte es zweckmäßig sein, vorweg die Frage des Schutzes des TT-Herstellers gegen Nachahmung zu streifen – denn damit wird der hier eigentlich anvisierte Sachverhalt besser isoliert.

3.4.3.2. Der Schutz vor Nachahmung

Der TT-Hersteller ist, wie jeder Wettbewerbsteilnehmer, vor Nachahmung seiner Leistung dann geschützt, wenn dadurch eine Verwechslungsgefahr im Sinne von UWG 1/2/d entsteht. Der Verwechslungstatbestand ist erfüllt, wenn beim Durchschnittsabnehmer das Produkt der Konkurrenz mit dem ursprünglichen verwechselt werden kann oder wenn, immer durch die Nachahmungsmaßnahme, das Publikum auf eine in Wirklichkeit nicht bestehende geschäftliche Verbindung zwischen beiden Produzenten schließen kann[136]. Nach ständiger Praxis muß sich aber die Nachahmung auf Elemente beziehen, die nicht als technisch bedingt zu gelten haben, vielmehr als «Zutat» qualifiziert werden können[137]. Technisch bedingte Ele-

eines Vermerks bei jedem TT-Exemplar erreichen, indem zwischen Verkäufer und Erwerber ein Vertrag zugunsten eines Dritten (nämlich des TT-Herstellers) angenommen werden könnte. Einem solchen Vermerk aber aufgrund von OR 1 durchwegs verbindlichen Charakter zukommen zu lassen, dürfte mit der Tendenz zum Schutze des Durchschnittskäufers vor AGB kaum vereinbar sein. Jedenfalls ist dieser Weg nicht empfehlenswert. Diese vertragliche Verpflichtung würde übrigens bei jeder Weiterveräußerung gegenüber dem Dritten nicht mehr wirken, was leichte Umgehungsmöglichkeiten eröffnet. Gegenüber den Sendeunternehmen verzichten die Tonträgerhersteller im Rahmen einer umfassenden Vereinbarung auf die Geltendmachung eventueller Ansprüche aus solchen Vermerken (vgl. Contrat-Type SRG/IFPI, Art. 1).

[135] BGE 87 II 335.

[136] Vgl. BGE 95 IV 99; 93 II 272; 92 II 207. Zu diesem ganzen Kapitel insbesondere B. VON BÜREN, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957.

[137] BGE 92 II 206 mit weiteren Hinweisen.

mente dürfen also, nach UWG, nachgeahmt werden, wobei der Wettbewerber angehalten werden kann, flankierende, zumutbare Unterscheidungsmaßnahmen zu treffen[138]. Ein solcher relativer Schutz steht auch dem TT-Hersteller zur Verfügung, wenn die Konkurrenz zu solchen Mitteln greift. Geschützt wird dabei aber die Präsentation, die Ausstattung der Ware, nicht die Ware selbst – letztere erfährt dadurch lediglich einen indirekten Schutz.

Zu denken ist in unserem Zusammenhang an den Verkauf von Tonträgern unter verwechselbaren Kennzeichen, in verwechselbarer Packung, mit verwechselbaren Etiketten und dgl. Solche Fälle geben zu keinen besonderen Problemen Anlaß, und der durch UWG gewährte Schutz ist ausreichend.

3.4.3.3. Der Schutz vor Vervielfältigung des sekundären TT

Aktueller und unsicherer ist hingegen der Schutz des sekundären TT vor Vervielfältigung. Hier konzentriert sich, wie schon erkannt, die Problematik des sogenannten Leistungsschutzrechtes in bezug auf den TT-Hersteller, die in den letzten Jahrzehnten im Ausland zur Einführung eines eigentlichen Leistungsschutzrechtes zugunsten des TT-Herstellers geführt hat. Dasselbe ist als Leistungsschutz ausgebildet[139]. Ein solcher Weg müßte aber in der Schweiz nur dann begangen werden, wenn ein ausreichender Schutz sich nicht schon aus UWG herleiten oder aber aufgrund von UWG einführen ließe. Diese Rechtsquelle drängt sich nämlich auf, weil, wie mehrmals hervorgehoben, der TT eine Ware, der TT-Hersteller ein Wettbewerbsteilnehmer ist, und die unerlaubte Vervielfältigung des sekundären TT klare Merkmale der Unlauterkeit auf sich trägt.

Um diesen Sachverhalt nach UWG zu beurteilen, muß man sich von der bewußt oder unbewußt eingebürgerten Terminologie befreien: Die Vervielfältigung ist an sich[140] nicht unter dem Nachahmungstatbestand (UWG 1/2/d) einzuordnen[141]. Sie ist vielmehr un-

[138] So die Praxis, vgl. BGE 87 II 58; 84 II 579; 79 II 320.

[139] Einen sonderrechtlichen Schutz vor Vervielfältigung gewähren insbesondere dURG 85/86; iURG 72; öURG 76.

[140] D.h. ohne Berücksichtigung zusätzlicher verwechslungsbegründender Maßnahmen, worüber sub Ziff. 3.4.3.2.

[141] Was aber oft geschieht, vgl. u.a. TROLLER, INTERGU 13, S. 59. Zutreffend die incidentale Bemerkung in BGHZ 3, wonach die Herstellung weiterer Tonträger keine Nachbildung des ersten Tonträgers sei. Vgl. auch die Ausführungen vom Verfasser in: Festgabe für K. Oftinger, Zürich 1969, S. 207.

ter dem Gesichtspunkt der Generalklausel (UWG 1/1) bzw. der Prinzipien, die den lauteren Wettbewerb ordnen, zu analysieren. Eines der maßgebenden ist das sogenannte Leistungsprinzip, wonach insbesondere die Verwendung von Mitteln unlauter ist, «die bestimmt oder geeignet sind, ohne entsprechende eigene Leistung ... dem eigenen Angebot einen ungerechtfertigten Vorsprung zu sichern»[142]. Unlauter ist danach die Ausnutzung z. B. der Verwechselbarkeit[143], aber auch eines Vertrauensbruches[144] «zum Zweck, sich das Resultat der Arbeit oder der allgemein geschäftlichen Leistungen anderer in unstatthafter Weise anzueignen»[145]. Unlauterer Wettbewerb «setzt immer eine Handlung oder ein Verhalten voraus, die darauf zielen, die Wirtschaftslage ihres Urhebers zu verbessern, ohne daß der angestrebte Erfolg durch eine äquivalente Leistung seinerseits gerechtfertigt wird»[146]. Es entspricht «den Grundgedanken des Wettbewerbsrechts», daß «eine wettbewerbsrechtliche Leistung irgendwelcher Art, die ein Geschäftsmann erbracht hat, gegen die mißbräuchliche Ausnutzung durch einen Konkurrenten geschützt werden soll»[147].

Betrachtet man die Vervielfältigung eines TT unter diesen Gesichtspunkten, so fällt ihre Unerlaubtheit wegen des Fehlens einer eigenen Leistung des Vervielfältigers bzw. der Übernahme einer Leistung des Herstellers, geradezu auf[148]. Dabei wird nämlich das

[142] BGE 72 II 349. Dieser Entscheid bleibt für die Auslegung von UWG 1/1 m.E. maßgebend. Die jüngste Kritik am Leistungsprinzip stammt von E. MARTIN-ACHARD, JdT 1977, S. 34. Sie ist insofern berechtigt, als sie sich gegen eine Verabsolutierung dieses Prinzips wendet. M.E. darf dasselbe hier aber mitberücksichtigt werden, was übrigens mit den Ausführungen von MARTIN-ACHARD selbst über das Gleichgewicht unter den Mitbewerbern vereinbar ist. Ausführlich darüber A. PERRIN, La concurrence économique selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale, Diss. Lausanne 1960.

[143] BGE 79 II 321.

[144] BGE 90 II 51; 77 II 263.

[145] BGE 72 II 395.

[146] BGE 72 II 395. Das Fehlen einer eigenen Leistung wird auch in BGE 79 II 321 als maßgebend betrachtet.

[147] BGE 87 II 56. Vgl. auch die bei W. J. DERENBERG, UFITA 62, S. 72 angeführte USA-Praxis.

[148] So wenn auch nur andeutungsweise TROLLER, INTERGU 13, S. 60. Der Tatbestand des UWG ist also dann nicht erfüllt, wenn der Konkurrent wesentliche eigene Leistungen erbracht hat, wie es sich im Entscheid des BGH in GRUR 1976, S. 317 verhielt.

Produkt eines Konkurrenten ohne Erlaubnis desselben für die Herstellung gleichartiger Produkte in den eigenen Produktionsablauf direkt eingesetzt: Der sekundäre TT wird also nicht bestimmungsgemäß benutzt (als Mittel zur Genußverschaffung des Aufgenommenen), vielmehr als direkter Ersatz für eine sonst selbst zu erbringende Leistung verwendet. Auch wenn in der Praxis[149] zu Recht angenommen wird, daß «das Arbeitsergebnis, mag es auch mit Mühe und Kosten errungen worden sein, als solches noch kein wettbewerbsrechtlich schützbares Gut» sei, so bezieht sich dies auf die indirekte Übernahme des Arbeitsergebnisses (i.c. einer patentrechtlich nicht geschützten technischen Lehre), nicht auf den direkten Einsatz des Produktes eines Konkurrenten für die eigene Produktion. Letzteres läuft nämlich in der Praxis darauf hinaus, daß das Produkt des Konkurrenten als eigenes verkauft wird – denn die (z. B.) nachgepreßte Platte ist die gleiche Platte wie jene des Konkurrenten, weil sie aus der gleichen Festlegung der gleichen Aufführung stammt[150]. Dies zeigt, wie weit der Sachverhalt der Vervielfältigung vom Tatbestand der Nachahmung, insbesondere der sklavischen Nachahmung, entfernt ist. Die Bedenken übrigens, welche gegen einen Schutz vor sklavischer Nachahmung geltend gemacht werden – und, mehr oder weniger bewußt, auf unseren Tatbestand übertragen werden – stützen sich auf Überlegungen, die in unserem Falle jeglicher Aktualität entbehren. Entscheidend für die Freigabe der Nachahmung ist nämlich der Gedanke, daß, wenn es anders wäre, die Sondergesetze, insbesondere das PatG, ihre Funktion weitgehend einbüßen würden. «Eine Verwechselbarkeit zweier Erzeugnisse, die ausschließlich auf der Übernahme der technischen Konstruktion beruht, kann unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechtes nicht beanstandet werden. *Denn sonst* ergäbe sich auf dem Umweg über das Wettbewerbsrecht ein zeitlich unbegrenzter Monopolschutz, der

[149] BGE 87 II 63. In der Lehre wird diese Auffassung geteilt, u.a. von VISCHER (zit. Anm. 19), S. 265; TROLLER, RDInd 1960, S. 72. Vgl. auch die Ausführungen des Verfassers in Festschrift für K. Oftinger, Zürich 1969, S. 207. Über die reichhaltige deutsche Praxis zusammenfassend und kritisch H. HUBMANN, GRUR 1975, S. 230.

[150] Insofern besteht ein Unterschied zwischen diesem Sachverhalt und der (sklavischen) Übernahme einer technischen Lehre, ein Unterschied, der von H. TETZNER, Juristische Rundschau 1968, S. 326 offenbar nicht beachtet wird.

durch das Patentgesetz gerade ausgeschlossen werden wollte.»[151] Davon kann beim Verbot der Vervielfältigung keine Rede sein: Wer nicht vervielfältigen darf, darf jederzeit sogar die gleiche Aufführung und Festlegung und so auch Vervielfältigung vornehmen[152]. Das will aber heißen, daß das Verbot der Vervielfältigung überhaupt keine Monopolstellung des TT-Herstellers aufkommen lassen kann – dies im Gegensatz zu den üblichen Fällen der sogenannten sklavischen Nachahmung. Gewöhnt man sich daran, UWG 1/2 wirklich nur als beispielhafte Aufzählung von möglichen unlauteren Wettbewerbshandlungen anzusehen, und vermeidet man die, wenn auch unbewußte, Verabsolutierung dieser Beispiele, deshalb auch den (ebenfalls vielleicht unbewußten) Zwang, jede Handlung mit einer dieser Kategorien zu identifizieren (eine Gefahr, welcher die Praxis nicht immer entgeht), so dürfte die Bewertung der Vervielfältigung als unlauter keine Schwierigkeiten bereiten. Dies um so mehr, wenn man sie mit Vorgehensweisen vergleicht, die anerkanntermaßen als unlauter gelten. Die Nachahmung, die Verwechslungen herbeiführen kann, ist unter Umständen unlauter[153], obwohl eine Schädigung des Wettbewerbers gar nicht sicher ist – die Vervielfältigung schädigt aber den TT-Hersteller; wer über eigene Waren unwahre Angaben macht, handelt unlauter[154] – die unerlaubte Vervielfältigung dürfte auch unter diesem Gesichtspunkt relevant sein, denn der Vervielfältiger gibt die Leistung eines Konkurrenten als eigene an; wer sich den guten Ruf des Konkurrenten z. B. durch schmarotzerische Leistung zugute macht, handelt unlauter[155] – um so eher derjenige, der nicht nur durch Heraufbeschwörung einer Verwechslung schmarotzt, vielmehr durch direkte Verwendung der Konkurrenzprodukte, ohne dies aufzudecken; das subjektive Verschulden (Bösgläubigkeit) kann im Zweifel schon bei der Frage der Unlauterkeit mitbe-

[151] BGE 79 II 319/320. Der gleiche Gedanke findet sich in mehreren Entscheiden, besonders klar auch in BGE 87 II 54 ausgedrückt. Bezüglich muster- und modellrechtlicher Eigenschaften vgl. BGE 88 IV 83.

[152] Diese Möglichkeit scheint mir von VISCHER (zit. Anm. 19), S. 266 zu wenig beachtet worden zu sein. Es findet nämlich keine «Perpetuierung» des Spezialschutzes statt, da ja das Werk beliebig gedruckt werden darf. Auch die Kartellkommission (Vernehmlassung, S. 18) scheint m. E. die Monopolisierungsgefahr zu hoch einzuschätzen.

[153] Ausführlich VON BÜREN (zit. Anm. 136), zu Art. 1/2/d.

[154] Vgl. VON BÜREN (zit. Anm. 136), zu Art. 1/2/b.

[155] BGE 83 II 163.

rücksichtigt werden[156] – es ist aber bei der Vervielfältigung immer gegeben; unlauter ist das Anbieten fremder Muster ohne entsprechende Aufklärung[157] – um so mehr das Anbieten eigentlich fremder Ware als eigene, was ja das Ergebnis der Vervielfältigung ist; die Lauterkeit im Wettbewerb verlangt, daß die nachgemachte oder nachgeahmte Ausstattung nicht den Eindruck erwecke, die Ware stamme aus dem Betrieb eines Mitbewerbers[158] – die Vervielfältigungsexemplare sind nicht nur dazu geeignet, «den Eindruck zu erwecken», sondern werden als eigene Ware des Vervielfältigers in Verkehr gebracht, obwohl die relevante Leistung (Festlegung der Interpretation) vom Konkurrenten vorgenommen wurde.

Es ergibt sich daraus mit aller Deutlichkeit, daß die Vervielfältigung des sekundären TT eines Konkurrenten ohne dessen Erlaubnis eine unlautere Wettbewerbshandlung darstellt. Der TT-Hersteller ist demnach nach UWG geschützt. Dieser Schutz hängt nicht mit einem Sonderrecht zusammen, weshalb er auch nicht befristet ist[159]. Diese Folge ist zweckmäßig: Das Verbot bezieht sich ja nur auf die Vervielfältigung, nicht auf die selbständige Herstellung von TT mit gleichem Inhalt, die also jederzeit zulässig ist. Probleme können sich bei vergriffenen TT ergeben, die vom Hersteller nicht mehr vervielfältigt werden. Es ist aber nicht nötig, für diese Ausnahmefälle eine Sonderbestimmung aufzustellen: Besteht ein Bedürfnis nach neuer Vervielfältigung solcher TT, so darf die Lösung wohl dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden, wobei gegen krasse Fälle ZGB 2/2 eine Hilfe leisten kann[160]. Ist der TT-Hersteller nicht mehr in der Lage, die Vervielfältigung vorzunehmen (aus technischen Gründen oder weil er nicht mehr existiert), so wird ein Dritter dann eine Vervielfältigung vornehmen dürfen, wenn die eigene Herstellung nicht mehr möglich ist, so z. B. bei einer wertvollen historischen Aufführung. Es handelt sich aber wie gesagt um Ausnahmen – zählt doch

[156] BGE 72 II 398 (mit dem rechtfertigenden Satz: Weil ... «der Richter zur Heranziehung der verschiedensten Erkenntnisquellen befugt sein muß ...»).
[157] BGE 73 IV 197.
[158] BGE 92 II 208; 79 II 321.
[159] Die zeitliche Befristung kann sich aber aus den Umständen des Einzelfalles ergeben, die ja bei solchen Sachverhalten sowieso maßgebend sind. Vgl. BGH in GRUR 1973, S. 478 mit Anm. von U. Krieger.
[160] Vgl. die Überlegungen in BGHZ 155.

die Wiederaufnahme von Aufführungen, die älter als ca. 30 Jahre[161] sind, zu den Ausnahmen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist also der TT-Hersteller de lege lata gegen unlautere Vervielfältigung seiner sekundären TT durch die Generalklausel von UWG 1/1 geschützt[162]. Es darf aber

[161] Die Frist, die z.B. im dURG 85/2 für den Schutz der Tonträgerhersteller eingeführt wurde, beträgt 25 Jahre.

[162] Grundsätzliche Bedenken gegen die Unlauterkeit dieser sogenannten «unmittelbaren Leistungsübernahme» meldet besonders H. TETZNER in Juristische Rundschau 1968, S. 324 an. Sein Ausgangspunkt ist zutreffend: Es darf auf dem Umwege über das UWG keinesfalls ein das Sonderschutzgesetz ergänzender «Leistungsschutz» errichtet werden (S. 326). Ich vermag ihm aber nicht mehr zu folgen, wenn er die unerlaubte Vervielfältigung eines sekundären Tonträgers (z.B. durch Nachpressen einer Schallplatte) als Sicherung einer «stationären Rechtslage», also als typisches Ergebnis eines Sonderrechts bewertet. Auch die von ihm hervorgehobene Funktion des freien Standes der Technik wird durch das Verbot der Vervielfältigung nicht in Frage gestellt: Denn das Verbotsrecht des Tonträgerherstellers kann niemandem verwehren, den gleichen Tonträger, immerhin selbständig, in Verkehr zu bringen und dadurch den ersten Hersteller zu konkurrenzieren. Es wird also, wie schon hervorgehoben, durch das Konkurrenzierungsverbot gar kein Monopolrecht des TT-Herstellers geschaffen. Auch die Gleichstellung mit den echten Schutzrechten (so der Erfindung) ist in diesem Zusammenhang unzutreffend: Denn die «Monopolisierung» einer Idee wirkt sich sperrend aus, nicht aber jene einer Interpretation, da es jedermann freisteht, sogar die gleiche Interpretation des gleichen Werkes darzubieten, festzulegen und zu vervielfältigen. Unzutreffend ist auch die Behauptung, daß durch Schutz vor unmittelbarer Leistungsübernahme die Benutzung von im freien Handel befindlichen Erzeugnissen gesperrt werde (S. 327). Der bestimmungsmäßige Einsatz der Erzeugnisse, für uns also der TT, bleibt grundsätzlich frei. In der Schweiz ist eine deutliche Tendenz nicht festzustellen. Vgl. TROLLER, Immaterialgüterrecht II, S. 1054 sowie J. PURTSCHERT, Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer Arbeits- oder Unternehmensleistung, Diss. Freiburg i. Ue. 1974 und dazu W. LARESE, UFITA 75, S. 377. Neuerdings kritisch K. SPOENDLIN, Basler Juristische Mitteilungen 1976, S. 259. Über die ähnlich gelagerten Situationen beim mechanischen Nachdruck von Büchern vgl. Ziff. 6.2. Wie die Wirkungen auf anderen Gebieten sind, wird hier nicht näher untersucht. Nach Fertigstellung des Manuskriptes ist dem Verfasser ein (nicht veröffentlichter) Entscheid des BayOLG (vom 18.9.1972) bekannt geworden, in welchem das Nachpressen von Schallplatten als unlauter angesehen wurde, mit der bemerkenswerten Begründung, daß eine unmittelbare Benutzung eines fremden Vorbildes zur Vervielfältigung auch dann vorliegt, «wenn an Hand des Vorbildes die Nachahmung mit technischem Werkzeug hergestellt wird, das bestimmungsgemäß von Menschen bedient wird, was grundsätzlich unlauter ist, wenn keine nachschaffende Wiederholung durch eigene Leistung erfolgt».

ein Zweifaches nicht übersehen werden: Zunächst einmal, daß diese Schutzquelle keine ausdrückliche ist – ein Umstand, der besonders bei Beanspruchung vorsorglicher Maßnahmen sich zum Nachteil des Gesuchstellers auswirken kann; sodann daß die Praxis, wie gezeigt auch die bundesgerichtliche, offensichtlich Mühe hat, außerhalb der Tatbestandskategorien von UWG 1/2 die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung mit einiger Sicherheit festzustellen[163]. Hinzu kommt die im Ergebnis zwar treffende aber methodologisch nicht sehr überzeugende Auslegung von URG 4/2 durch die Rechtsprechung (Ziff. 3.1). Es dürfte deshalb zweckmäßig sein, die hier postulierte Regelung in einen Gesetzesartikel zu kleiden – wenn auch das offenbare Mißtrauen gegenüber der Rechtsfortbildungsfähigkeit der Gerichte zu bedauern ist und wenn auch die Verlängerung des Beispielkatalogs in UWG 1/2[164] nicht gerade dazu angetan ist, die Aussagekraft und den eigentlichen Sinn der Generalklausel zu stärken[165]. Um letzteres und gleichzeitig eine durch sonstige offene Fragen[166] bedingte Verschiebung der Regelung dieses an sich klaren Falles zu vermeiden, erscheint es opportun, die neue Norm in den gleichen Erlaß mit dem Interpretenrecht aufzunehmen[167]. Dies rechtfertigt sich auch aus Rücksichten der Überblickbarkeit – entstehen doch solche Ansprüche in einer Atmosphäre der Mitwirkung (vgl. Ziff. 7). Durch die Verselbständigung des Schutzes des TT-Herstellers wird auch die gelegentlich befürchtete Gefahr der Entfremdung des UWG gebannt. Auch wenn dieser Schutz in seiner Begründung ein ausgesprochen wettbewerbsrechtlicher ist, scheint schon eine zweckmäßige Formulierung doch den klassischen Rahmen des UWG zu sprengen. Die vorgeschlagene Norm (E 9) versucht nur,

[163] Ein selten deutlicher Fall in BGE 82 II 544 (549); vgl. auch BGE 93 II 143 (148). Deutlicher BGE 90 II 51. Typisch auch die diesbezügliche Analyse durch FRANK, SJZ 1973, S. 161 (165). Treffend MARTIN-ACHARD, zit. in Anm. 142.

[164] So in UWG 1/2, lit. i und k.

[165] Bedenken äußerte schon O. VON GAMM, GRUR 1968, S. 401. Kritisch zu Recht auch MARTIN-ACHARD, zit. Anm. 142. Grundsätzliches bei D. REIMER, Festschrift für Wendel, München 1969, S. 98.

[166] Vgl. über den Schutz sonstiger Leistungen das parallele Referat von Herrn PERRET und neuerdings SCHNEIDINGER, zit. Anm. 19.

[167] So besonders FRANK, SJZ 1973, S. 161; VISCHER (zit. Anm. 19), S. 269. Die Unsicherheit des Schutzes aus UWG führte auch auf internationaler Ebene zur Postulierung einer Sondervorschrift, vgl. erläuternder Bericht in ULMER, Der Rechtsschutz, zit. Anm. 1, S. 86, 92.

das als schutzwürdig erkannte Interesse des TT-Herstellers auf Unterbindung einer nicht erlaubten Vervielfältigung seines sekundären TT und zwar im Rahmen einer Minimalregelung zu schützen. Es wird also lediglich die Vervielfältigung verboten, die zwecks Inverkehrsetzung erfolgt[168]. Als Inverkehrsetzung gilt, in Anlehnung an den patentrechtlichen Begriff des Inverkehrbringens, jede Handlung, welche die Verteilung der TT an eine Mehrheit von Personen bezweckt – unter Ausschaltung des privaten Kreises[169]. Eine nähere Definition dürfte unnötig sein, ist doch für den Richter die ratio legis deutlich. Um die eventuellen Zweifel in bezug auf die Anwendbarkeit des Verbotsrechts gegenüber Zwischenhändlern auszumerzen[170], ist in E 9/2 ausdrücklich statuiert, daß die Inverkehrsetzung von ohne Erlaubnis des Herstellers vervielfältigten Exemplaren ebenfalls unstatthaft ist. Ebenfalls klar sollte sein, daß als Hersteller jene (natürliche oder juristische) Person zu verstehen ist, die den TT aufgrund einer ersten erlaubten Festlegung hergestellt hat. Über die zweckmäßigen Schutzfristen braucht man sich hier nicht zu unterhalten

Die vorgeschlagene Regelung gewährt dem TT-Hersteller einen Schutz, der den Anforderungen des TTAbk entspricht. Schutzberechtigt ist nämlich jeder Tonträgerhersteller[171]; der Tatbestand der Verbreitung an die Öffentlichkeit bzw. des Importes zu diesem Zweck ist durch die vorgeschlagene Formulierung gedeckt (vgl. E 9/2). Was in einem internationalen Abkommen vielleicht unumgänglich ist, nämlich die genauere Definition der verwendeten Begriffe (TTAbk 1), ist im nationalen Gesetz nicht nötig – Lehre und

[168] Diese Einschränkung ergibt sich aus der wettbewerbsrechtlichen Grundlage des Schutzes der Hersteller von TT. Die Analogie zum Filmwerk (das geschützt wird ohne Rücksicht auf dessen Inverkehrsetzung) ist ungenau, weil das Filmwerk, als Werk, dem URG untersteht.

[169] Vgl. PatG 8/2, dazu R. E. BLUM/M. M. PEDRAZZINI, Das Schweizerische Patentrecht, 2. Aufl., Bern 1975, Art. 8, Anm. 19. Wer für sich und seinen privaten Kreis vervielfältigt, führt den Gegenstand nicht in den Verkehr. Der «private Kreis» kann in Analogie zu VE II URG 29 definiert werden.

[170] Vgl. dazu FRANK, SJZ 1973, S. 161 (164/165) sowie PEDRAZZINI, zit. in Anm. 121. Auch diese (notwendige) Schutzerweiterung entfremdet den Schutz des TT-Herstellers vom eigentlichen Wettbewerbsrecht. Zutreffend insofern GENTZ, UFITA 70, S. 25.

[171] Insbesondere kann sich der TT-Hersteller mit Sitz im Ausland auf das schweizerische Recht berufen, sofern er zu einem Konventionsland gehört (Art. 2).

Praxis darf diese Arbeit getrost überlassen bleiben. Besteht aber ein entsprechendes Bedürfnis, so können die Abkommensdefinitionen übernommen werden. Die hier vorgeschlagene Lösung ermöglicht auch eine eventuelle Ratifikation des RöAbk – immerhin, wie noch zu zeigen ist (Ziff. 3.5), unter einem Vorbehalt bezüglich Art. 12.

3.5. Schutz vor sonstigen Benutzungen

3.5.1. Die Grundlage

Ist der TT-Hersteller auch vor sonstigen Benutzungen seines Produktes zu schützen? Sicher nicht, wenn und solange der TT bestimmungsgemäß eingesetzt wird – also zur direkten Wiederholung der Tonbildfolge. So ist gegen den privaten Gebrauch nichts einzuwenden. Aber auch der Gebrauch des TT in einem gewerblichen Sinne ist, weil bestimmungsgemäß, nicht zu beanstanden: Die Fabrik, welche TT zur Erleichterung der Arbeitsatmosphäre einsetzt; das Warenhaus oder das Wirtshaus, wo Musik auf TT im Hintergrund ausgestrahlt wird; die Benutzung des TT in einer Tanzschule usw. Diese Benutzungen eines Produktes gehen nämlich nicht über das übliche Maß der Benutzung eines sonstigen industriellen Erzeugnisses hinaus[172]. Es ist auch keine persönlichkeitsbedingte Gefährdung des TT zu eruieren, die nach einem Sonderschutz rufen würde. Gegen Extremfälle kann immer noch auf das Persönlichkeitsrecht zurückgegriffen werden.

Sind die TT erlaubterweise in den Verkehr gelangt, so erstreckt sich das Recht des TT aus der vorgeschlagenen Lösung nicht auf die Exemplare, die ein Dritter im guten Glauben bestimmungsgemäß benutzt. Eine direkte Rechtsbeziehung zwischen TT-Hersteller und Dritten läßt sich aufgrund einer solchen wettbewerbsrechtlichen Bestimmung nicht herstellen. Solidarische Haftung des Dritten im Sinne von OR 50 dürfte deswegen nicht in Frage kommen, weil zwischen der eigentlichen Haupttat und dem Verhalten des Dritten kein bewußter Zusammenhang besteht[173].

[172] Gl. M. u.a. TROLLER, INTERGU 13, S. 60. Vgl. de lege lata BGE 87 II 320 (334). Dazu auch Ph. MÖHRING, Festschrift für H. Lehmann, Berlin 1956, S. 615.

[173] Vgl. über das Problem BGE 82 II 544; 93 II 140; aus strafrechtlicher Sicht besonders BGE 98 IV 229 und 90 IV 43. Allgemeiner BGE 92 IV 38.

3.5.2. Beteiligung des TT-Herstellers an den Interpretengebühren

Es wurde in Ziff. 2.3.12 dargelegt, daß dem Interpreten eine Entschädigung für die öffentliche Wiedergabe einer auf TT festgehaltenen Interpretation dann zuzusprechen ist, wenn die Wiedergabe zu gewerblichen Zwecken erfolgt. Die Frage stellt sich, ob es nicht der Billigkeit entsprechen würde, den TT-Hersteller an dieser Entschädigung zu beteiligen. Die Frage muß eine positive Antwort finden, besonders in Anbetracht der Tatsache, daß erst die unter Umständen sehr spezifische Leistung des TT-Herstellers die Rentabilität einer Interpretation ermöglicht und daß der TT-Hersteller die Leistung des Interpreten ja entschädigt hat. Würde also ein direkter Anspruch des TT-Herstellers gegen den Drittbenutzer einen vielleicht zu großen Einbruch in das «materialgüterrechtliche» Denken darstellen[174], so erscheint hingegen die hier vorgeschlagene und anderswo schon verwirklichte[175] indirekte Beteiligung als eine billige Folge der engen Interessenverknüpfung zwischen Interpret und TT-Hersteller zu sein. Diese Beteiligung scheint um so eher gegeben zu sein, als sie einer seit Jahren befolgten Praxis entspricht, die auf eine grundsätzliche Vereinbarung IFPI/FIM zurückgeht[176]. Die Erfahrung in den Ländern, in denen eine solche Beteiligung von Gesetzes wegen besteht, ist positiv und hat die schon vorhandenen Verbindungen zwischen Interpreten und TT-Herstellern bestärkt[177].

Die Festlegung der Teilungskriterien darf dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden, und es ist an sich nicht anzunehmen, daß eine Einigung nicht erreicht werden kann. Sollte dies aber der Fall sein, so müßte eine Gerichtsinstanz hierüber entscheiden. Welche, ist hier nicht festzulegen. Denkbar wäre auch die Mitwirkung der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung der Urhe-

[174] Vgl. Erläuterungen, S. 41.

[175] Vgl. dURG 86; öURG 76/3 sowie RöAbk 12.

[176] Vgl. Agreement between the International Federation of the Phonographic Industry and the International Federation of Musicians vom 11.3.1954 mit dazugehörigen Protokollen und Resolutionen.

[177] So wirken in der deutschen Verwertungsgesellschaft GVL (Gesellschaft zur Verwertung der Leistungsschutzrechte GmbH, gegründet 1967) Interpreten und TT-Hersteller zwecks Wahrnehmung der Zweitnutzungsrechte zusammen.

berrechte[178] – wenn, im Rahmen der URG-Revision, sie mehr Kompetenzen und eine vielleicht etwas andere Zusammensetzung erhalten würde.

3.6. Schutz vor Funksendung

3.6.1. Im allgemeinen

Im Rahmen der Analyse der Interpretation wurde zugunsten des Interpreten ein Schutz bei Funksendung postuliert (vgl. Ziff. 2.3.14). Erheischt die Interessenlage einen analogen Schutz des TT-Herstellers? Die Frage ist zu verneinen, wenn bei der Sendung TT-Exemplare verwendet werden, die erlaubterweise in den Verkehr gelangt sind[179]. Ein solcher Schutz ist nicht aus bestimmten Rechtsnormen[180] abzuleiten – aber auch de lege ferenda ist derselbe nicht vorzuschlagen. Entscheidend hiefür dürfte eine Betrachtung sein, die auf einem gerechten Interessenausgleich fußt: Auch bei der Sendung wird nämlich die Leistung des TT-Herstellers nicht in einem gesteigerten Maße beansprucht. Die Berücksichtigung des eventuellen Minderverkaufs von sekundären Tonträgern allein vermag aber nicht einen Sonderschutz zu begründen – auch wenn man der Sendung keine entscheidende Werbewirkung für die betreffenden TT zuerkennt[181].

Es leuchtet aber ein, daß die in Ziff. 3.5.2 entwickelte Argumentation auch hier anwendbar ist und zur Anerkennung einer Beteiligung der TT-Hersteller an der Sendeentschädigung der Interpreten führen muß. In der Praxis verhalten sich die interessierten Kreise auch hier

[178] Vgl. BG betreffend die Verwertung von Urheberrechten (25.9.1940, Art. 6) und dazugehörige VVo vom 7.2.1941, Art. 6ff. Eine entsprechende Regelung gilt in Dänemark (Beschluß vom 14.7.1962).

[179] Sind die TT hingegen unerlaubterweise in den Verkehr gelangt, so ist deren Benutzung zur Sendung ebenfalls unerlaubt, denn die Sendung ist einer Vervielfältigung gleichzustellen.

[180] In Frage kommen ZGB 28, der aber gleich ausscheidet, und UWG. Die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen TT-Hersteller und Sendeunternehmer dürfte nicht leicht fallen, so daß auch die Bestimmungen des UWG im Normalfall unanwendbar sind.

[181] Dieses Argument wurde in den Erläuterungen mehrmals ins Feld gerufen, aber auch prompt widerlegt (vgl. die Angaben in Anm. 81).

seit Jahrzehnten so, indem ein Teil der von der SRG an den TT-Hersteller bezahlten Jahrespauschale[182] an die Interpreten weitergeleitet wird[183].

3.6.2. Die ephemere Kopie des TT

Wird der TT durch die Funkanstalt zwecks Sendung kopiert, wie von Platte auf Band überspielt, was üblich ist, so erfolgt nur dann keine relevante Benutzung, wenn die Kopie ephemeren Charakter hat[184]. Diesbezüglich gelten die gleichen Überlegungen wie sub Ziff. 2.3.9 – unter Beachtung der urheberrechtlichen Sonderbehandlung in VE II URG 39 und 33.

3.7. Gesetzgeberische Schlußfolgerungen

Aus den genannten Gründen ist eine minimale Regelung der Rechte der Tonträgerhersteller in einem Leistungsschutzgesetz zweckmäßig. Sie könnte sich auf einige Kernbestimmungen beschränken: vgl. S. 111 ff.

3.8. Folgen für die Praxis

Die vorgeschlagene Regelung hätte für die Praxis, zusammenfassend, folgende Hauptwirkungen:

[182] Aufgrund des, an sich überholten, BGE 62 II 243, gemäß Vereinbarung SRG/IFPI vom 25.2.1966 mit Nachträgen, die aber auch eine eingehende Regelung sonstiger Fragen enthält, so z.B. bezüglich maximaler Sendezeit von Schallplatten, Duplizierung von Schallplatten, Überspielung auf Tonbänder, Nennung der Urheber und der Interpreten u.a.m. Auch hier zeigt sich, daß eine freie vertragliche Regelung wohl am zweckmäßigsten ist – die gesetzliche sollte also zurückhaltend sein.

[183] Die geltende Praxis arbeitet also mit umgekehrten Zeichen auf der Empfängerseite – auch ist die vom Sendeunternehmen bezahlte Summe sicher niedriger als eine solche, die aufgrund einer gesetzlichen Entschädigungspflicht berechnet würde. In dURG (86) und öURG (76/3) ist eine entsprechende Regelung enthalten. Zur iURG 72ff. vgl. L. SORDELLI, in: Enciclopedia del diritto, Milano 1964, s.v. Disco fonografico. Dazu H. BRACK, UFITA 50, S. 544. Die Grundlage gibt eine Vereinbarung von 1954 (mit Zusätzen) zwischen der IFPI und der International Federation of Musicians.

[184] Zur Entwicklung der ephemeren Aufnahme TH. MOLL, SchwMitt 1955, S. 37.

3.8.1. Der Tonträgerhersteller

Auf eine Definition des Tonträgerherstellers kann im Gesetz meines Erachtens verzichtet werden, da der Begriff genügend feststehend ist. Eine eventuell erwünschte Definition könnte sich an die entsprechenden Vorschriften im RöAbk 3/c bzw. im TTAbk 1/b halten.

3.8.2. Der Schutz vor Vervielfältigung

Der Schutz vor Vervielfältigung eines (primären) Tonträgers ist das Kernstück der vorgeschlagenen Regelung und garantiert die Rechtssicherheit, die auf der jetzigen gesetzlichen Grundlage (UWG 1/1) nicht besteht. Gleichzeitig aber wird dadurch das UWG vor einer eventuell schwer kontrollierbaren Erweiterung des Schutzumfanges bewahrt.

3.8.3. Der Schutz vor Inverkehrsetzung von unerlaubt hergestellten Tonträgern

Im Hinblick auf zwei Umstände soll der Schutz vor Inverkehrsetzung von unerlaubt hergestellten Tonträgern ausdrücklich festgelegt werden: Zunächst einmal wegen der Beweisschwierigkeiten bei der Identifikation des Herstellers, sodann wegen der starken Importe in unserem Lande. Von dieser Bestimmung hängt im übrigen wesentlich die Wirksamkeit des TTAbk ab. Vor dem einmal privat und gutgläubig erworbenen Tonträger wird aber auch das Gesetz halt machen müssen.

3.8.4. Beteiligung der Tonträgerhersteller an der Interpretenentschädigung

Die Beteiligung des Tonträgerherstellers an der neu erschlossenen Gewinnquelle des Interpreten (E 6 und 7) entspricht der engen Interessenverflechtung beider Partner, dem wesentlichen Beitrag des TT-Herstellers am kommerziellen Erfolg einer Interpretation und somit auch einem Postulat der Billigkeit. Die neuen Vorschriften sind übrigens die gesetzliche Verankerung eines bestehenden und

auf private Vereinbarungen zurückgehenden Zustandes. Die gesetzliche Verankerung ist in Anbetracht der durch E 6 und 7 wesentlich verstärkten Situation der Interpreten zweckmäßig. Findet keine Einigung über die Höhe der Beteiligung der Tonträgerhersteller statt, was kaum anzunehmen ist, soll der Richter, eventuell die (revidierte) Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung der Urheberrechte hierüber entscheiden.

3.8.5. Freiheit der ephemeren Vervielfältigung durch Sendeunternehmen

Die ephemere Vervielfältigung durch Sendeunternehmen hat sich in der Praxis als unumgänglich erwiesen. Sie soll bei einer Neuregelung ausdrücklich genannt werden, ohne daß sich daraus Änderungen des geltenden Zustandes ergeben würden.

3.8.6. Ratifikation der internationalen Abkommen

Die vorgeschlagene Regelung ermöglicht der Schweiz die Ratifikation des RöAbk sowie des TTAbk – ersteres mit einem teilweisen Vorbehalt bezüglich Art. 12 und zwar aufgrund von Art. 16/1/a/ii. Die im Entwurf vorgesehene Beteiligung der Tonträgerhersteller an der Interpretenentschädigung wird im RöAbk 12 ausdrücklich als Variante vorgesehen.

4. Der Schutz der Sendeunternehmen

4.1. Einleitung

Da die Terminologie in Lehre und Praxis nicht einheitlich ist, werden hier die Termini «Senden» und «Sendung» benutzt. Als *Senden* wird in der Folge die Sendetätigkeit, als *Sendung* das Objekt des Sendens, also das Gesendete, das Programm verstanden.
Ähnlich wie bei TBT-Herstellern hat sich das Recht der Sendeunternehmen in einigen Ländern als Leistungsschutzrecht ausgebildet[185]. In der Schweiz ist eine entsprechende Regelung bisher nicht erfolgt[186], weshalb auch hier zuerst der Sachverhalt in seinen Grundzügen darzustellen ist. Es wird sich dann zeigen, ob die vorhandenen Rechtsmittel ausreichen, um den Bedürfnissen der Praxis zu entsprechen oder ob und eventuell welche grundsätzliche Regelung wünschenswert erscheint. Es sei aber gleich bemerkt, daß die *internationale Regelung*, die auf diesem Gebiet wegen der Natur der Funksendungen eine primäre Rolle spielt, noch keine irgendwie gesicherten Rückschlüsse für die nationalen Gesetze zuläßt, was mit der erst im letzten Jahrzehnt erfolgten wichtigen technischen Weiterentwicklung in engem Zusammenhang steht.

Das *Senden* ist, wie gesagt, eine rein technische Tätigkeit, mit starkem organisatorisch-finanziellem Aufwand und kann der indu-

[185] Vgl. dURG 87, öURG 76a, iURG 79 u.a.m. Aus der Spezialliteratur vgl. vor allem J. Poulain, La protection des émissions de radiodiffusion, Paris 1963; H.-P. Hillig, UFITA 46, S. 1; G. Roeber, FuR 1966, S. 77. Beachtlich die italienische Literatur, etwa A. Fragola, Aspetti giuridici della radiotelevisione, Roma 1970; A. Valletti Borgnini, in: Novissimo digesto italiano, Torino 1967, s.v. Radiodiffusioni; A. Fragola, La radiotelevisione nella giurisprudenza, Padova 1971.

[186] Vgl. aber VE LSG 7.

striellen Produktion gleichgestellt werden. Diese Tätigkeit tritt hier in den Hintergrund, weshalb auch nicht näher zu untersuchen ist, wer die Sendetätigkeit ausübt.

Vordergründig ist hingegen die *Sendung*, das Gesendete. Es gilt dabei insbesondere zu untersuchen, ob die Sendung lediglich als Ergebnis einer organisatorisch-finanziellen Tätigkeit zu qualifizieren ist, ähnlich der Leistung eines Veranstalters, oder ob sie darüber hinausgeht. Die Untersuchung drängt sich auf, weil auch diese Leistung durch Dritte sehr leicht festgehalten und vervielfältigt, also nicht bestimmungsgemäß benutzt werden kann. Dementsprechend wird ein eventueller Schutz dem Sendeunternehmen zukommen müssen, als demjenigen Rechtssubjekt, welches Sendungen vorbereitet und herstellt. Dabei werden Radio- und Fernsehsendungen grundsätzlich gleichgestellt[187].

4.2. Das Objekt der Sendung

Eine Sendung ist nicht einfach eine Aneinanderreihung von einzelnen gesendeten Werken, vielmehr eine nach bestimmten Kriterien zusammengestellte und geordnete Mehrzahl von Einzelsendungen, die das Programm eines Sendeunternehmens bilden. Diese Duplizität soll zunächst untersucht werden, indem einerseits die Rechtslage bei den einzelnen Sendungen (4.2.1), andererseits beim Programm (4.2.2) analysiert wird[188].

4.2.1. Die einzelnen Sendungen

Die einzelne Sendung kann ein Drittwerk, die Bearbeitung eines Drittwerkes oder ein eigenes Werk des Sendeunternehmens sein. Diese Sachverhalte führen zu verschiedenen Folgen.

[187] Beachte aber VE II URG 50 bezüglich Fernsehfilmwerke sowie oben Anm. 103. Es dürfte heute feststehen, daß die Sendung an sich nicht als TBT zu betrachten ist, vgl. dazu unter dem Gesichtspunkt des deutschen Rechts BGHZ 79 und DÜNNWALD, UFITA 76, S. 165.

[188] Darüber J. BUSER, Urheberrecht und Radiodiffusion, Basel 1950; M. FABIANI, RDInd 1961, I, S. 63.

4.2.1.1. Die Sendung ist die unveränderte Wiedergabe des fixierten Werkes eines Dritten

Die Sendung kann zunächst einmal das vorbestehende und auf TBT fixierte Werk eines Dritten sein – die Sendung erschöpft sich in der anders gearteten Weise der Mitteilung des Werkes, das Werk selbst bleibt unverändert. Typisch die Sendung aufgrund einer Schallplatte oder eines Filmstreifens. Diese Art der Sendung dürfte die häufigste sein. Der Umstand, daß die Sendung urheberrechtlich gesehen als neue Verwertung in Relation zum gesendeten Werk betrachtet wird[189], spielt für unsere Untersuchung keine Rolle.

4.2.1.2. Die Sendung ist die Bearbeitung eines Drittwerkes

Drittwerke erfordern oft eine gewisse Bearbeitung, um sendegerecht dargeboten zu werden. So kann zwar eine Opernaufführung einfach gesendet werden, indem die Aufnahme von einem zentralen Theaterplatz ohne Veränderung der Objektivbrennweite, also gleichmäßig erfolgt, in welchem Falle die Variante gemäß Ziff. 4.2.1.1 vorliegen würde. Aber eine solche Aufnahme vermag nicht einmal den minimalen Ansprüchen einer Sendung zu genügen. Sie muß vielmehr «sendegerecht» stattfinden, was z. B. den Einsatz verschiedener Brennweiten, verschiedener Kameraabstände usw. unter eine Bildregie erfordert. Hier stellt sich die Sendung als Bearbeitung der wiedergegebenen Oper dar, und das Sendeunternehmen erwirbt die entsprechende urheberrechtliche Stellung (VE II URG 2)[190]. Die Eigenart der Sendung hängt von der Leistung von Personen ab, die nicht zu den Interpreten des gesendeten Werkes gehören – das Sendeunternehmen leistet also selbst einen Beitrag.

[189] Vgl. dazu VE II URG 14/2/5.

[190] Eingehend über diese Sachverhalte MÖHRING/NICOLINI (zit. Anm. 21) zu § 85. Gerade die dortige Analyse zeigt, wie problematisch die im neuen dURG eingeführte Trennung zwischen Filmwerk (88 ff.) und Laufbildern (95) ist – genauso wie die parallele Unterscheidung von Lichtbildwerken (68) und Lichtbildern (72). Bei den geringen Anforderungen an die Werkindividualität als Schutzvoraussetzung sollte man von solchen Unterkategorien absehen. Vgl. aber die Bemerkung in Vernehmlassung, S. 5 betreffend Photographien ohne Werkcharakter.

4.2.1.3. Das gesendete Werk ist vom Sendeunternehmen selbst geschaffen worden.

Das Sendeunternehmen kann Werke senden, die es selbst geschaffen bzw. Dritten in Auftrag gegeben hat. Es handelt sich dann um selbständige Werke, die zur Sendung gelangen. Eine solche Sendung kann ab TBT (also nach erfolgter Festlegung) oder live erfolgen. Neben einem eigentlichen ad hoc geschaffenen Werk kann auch die Berichterstattung über ein Ereignis, das selbst kein Werk zu sein braucht, wie Sportveranstaltung, folkloristischer Umzug und dgl. Werkcharakter annehmen. Für unsere Betrachtung sind diese Fälle gleichzustellen[191].

4.2.2. Die Sendung als Programm

Es wäre verfehlt, im Rahmen der Sendung nur die einzelnen Sendungen für sich zu betrachten – sie bilden vielmehr ein organisches Ganzes, das man Programm nennt und es dürfte zutreffend sein, ein solches Programm urheberrechtlich den Sammelwerken und Sammlungen gleichzustellen (VE II URG 3). Wie letztere besteht das Programm hauptsächlich aus einzelnen an sich schutzfähigen Werken[192] und wie bei letzteren besteht der werkbegründende Faktor in der Sammlung und Einordnung der einzelnen Werke unter einem einheitlichen Gesichtspunkt. Diese sammelnde, sichtende und ordnende Tätigkeit ist als urheberrechtlich relevant anzusehen. Das bedeutet aber, daß im Hinblick auf das Programm das Sendeunternehmen dann als Urheber anzusehen ist, wenn das Programm einen individuellen Charakter aufweist (VE II URG 1). In Anbetracht der eher bescheidenen Anforderungen an die Individualität eines Werkes ist dies durchschnittlich anzunehmen. Näheres hierüber auszuführen, dürfte sich hier erübrigen, denn die aufkommenden Fragen (so etwa Titularität des Rechtes, genaue Grenzziehung des Programmes usw.) gehören in eine urheberrechtliche Behandlung. Vom Programm als Werksammlung ist natürlich das Programmheft zu unterscheiden[193].

[191] Es sei daran erinnert, daß der Schutz aus URG die Festlegung des Werkes nicht voraussetzt (VE II URG 5/2).

[192] Der aktuelle URG-Schutz der gesammelten Werke ist nicht Voraussetzung der Annahme eines Sammelwerkes.

[193] Die Schutzfähigkeit des Programmes im Sinne der chronologischen Angaben der einzelnen Sendungen ist zu verneinen.

4.3. Die Verwertungsmöglichkeiten einer Sendung durch Dritte

Wie kann ein Dritter die erfolgte Sendung verwerten? Erst nach Beantwortung dieser Frage wird man untersuchen müssen, ob und eventuell gegen welche Verwertungsarten (der einzelnen Sendungen bzw. des Programmes) das Sendeunternehmen zu schützen ist.

4.3.1. Das Weitersenden

Es ist zunächst einmal möglich, daß ein anderes Sendeunternehmen eine Sendung übernimmt und weitersendet. Üblicherweise geschieht dies auf der Grundlage eines Vertrages zwischen beiden Sendern. Für schweizerische Verhältnisse sei noch vermerkt, daß eine Weitersendung auf dem Territorium der Schweiz konzessionspflichtig ist, womit eine öffentlich-rechtliche Kontrollmöglichkeit gegeben ist. Schon dieser Umstand weist darauf hin, daß im Rahmen der Weitersendung der internationale Tatbestand die maßgebende Rolle spielt – so die Weitersendung schweizerischer Sendungen durch ausländische Sender. Diese Möglichkeit ist in den letzten Jahren stark gesteigert worden, so daß die Weitersendung immer mehr der Kontrolle des Sendeunternehmens entgeht. Die neuen technischen Möglichkeiten sind der Satellit und das Kabelfernsehen[194].

Dank dem Einsatz von *Satelliten*[195] zu Sendezwecken sind die Sendungen der Aneignung durch Dritte in viel größerem Maße als bisher ausgesetzt, da durch Vermittlung des Satelliten die Sendung einerseits den (wenn auch breiten doch) lokalen Charakter verliert, andererseits aber (besonders bei sogenannten Direktsatelliten) mit einem besseren Empfang auch gesteigerte Peilmöglichkeiten geboten werden. Dieser neue Sachverhalt weist einen ausgesprochen inter-

[194] Vgl. im allgemeinen E. SCHULZE, GRUR/INT 1973, S. 336.

[195] Darüber schon R. DE KALBERMATTEN, ZSR 87 II, 1968, S. 639; V. DE SANCTIS, Il diritto di autore, 1969, S. 1; J. VON UNGERN-STERNBERG, GRUR/INT 1970, S. 303; U. M. REICHSHAGEN, Satellitenübertragungen und Urheberrecht, Diss. Zürich 1971; A. SCHARF, FuR 1973, S. 205; J. CHAYES, Satellite Broadcasting, London 1973; C. MASOUYÉ, GRUR/INT 1973, S. 291; E. STEUP, GRUR/INT 1973, S. 342; J. MÜNCH, Aspects juridiques de la radiodiffusion par satellite, Diss. Bern 1975; W. KLINTER, Satelliten, Rundfunk und die Problematik des internationalen Urheber- und Leistungsschutzrechtes, Berlin 1973 (Schriftenreihe UFITA 47).

staatlichen Zug auf und muß auf völkerrechtlicher Ebene gelöst werden (vgl. Ziff. 4.6.3).

Die Entwicklung der *Weitersendung durch Kabel* eröffnet ebenfalls neue Möglichkeiten, vornehmlich auf dem Fernsehsektor, wo die Funksendung wegen der Benutzung von Ultrakurzwellen einen je nach Landschaft stark beschränkten Ausstrahlungskreis besitzt. Dieser Nachteil kann durch die Verwendung von Kabeln überwunden werden. Dient die Drahtfunksendung lediglich der technischen Verbesserung des Empfanges, so kommen keine hier zu behandelnden Probleme auf[196]. Mit der Weitersendung durch Kabel kann aber auch eine Programmerweiterung stattfinden, indem, besonders beim Fernsehen, Sender vermittelt werden, die mit der normalen Funksendung bzw. beim normalen Funkempfang nicht erreichbar wären[197]. So ist z. B. durch Kabelfernsehen in Bern der Empfang einer österreichischen TV-Sendung möglich, die sonst z. B. nur in der Ostschweiz empfangen werden könnte. Ein solcher Einsatz des Kabelfernsehens kann leicht an der Grenze der eigentlichen Weitersendung liegen und stellt ebenfalls übernationale Probleme. In der Tat, die Erweiterung des Empfanges ist innerhalb der Schweiz und bezüglich Sendungen des schweizerischen Sendeunternehmens nicht nötig. Das SRG-Programm kann überall empfangen werden, und der Einsatz einer Kabelweitersendung kann höchstens zu einem besseren Empfang führen. Im Hinblick auf ausländische Sendungen bzw. im Hinblick auf die Weitersendung schweizerischer Sendungen ins Ausland hingegen kann das Kabelfernsehen jedenfalls dann Probleme aufwerfen, wenn dadurch der Empfang über die Grenzzone (Überlappungszone) ermöglicht wird. Aus dieser kurzen Umschreibung des Sachverhaltes wird deutlich, daß das Kabelfernsehen neben

[196] Sogenannte Gemeinschaftsantenne worüber etwa E. V. SCHWANDT, Die öffentliche Verwaltung, 1972, S. 693; R. DITTRICH, OeBl 1975, S. 30 zum Entscheid des öOGH vom 25. 6. 1974 in OeBl 1974, S. 140. Vernehmlassung, S. 69.

[197] Darüber Botschaft des BR vom 12. 10. 1954 über die Änderung des URG; H. J. STERN, Die Weiterverbreitung von Radio- und Fernsehsendungen, Zürich 1970 sowie in FuR 1972, S. 397; F. KLAVER, DdA 1969, S. 57; E. SCHULZE, INTERGU 59, S. 76; U. SIGG, Öffentlich-rechtliche Probleme des Drahtfernsehens, Zürich 1976. Mit dem Problem befaßt sich insbesondere der Europarat (zur Revision des FSAbk); vgl. Protokolle vom 26. und 27. 1. sowie vom 5. 2. 1976.

den Urhebern auch die Leistungsschutzberechtigten und die Sendeunternehmen selbst interessiert, und zwar im Rahmen interstaatlicher Verhältnisse.

4.3.2. Öffentliche Wahrnehmbarmachung der Sendung

Eine Sendung kann ohne Zwischenfixierung öffentlich wahrnehmbar, d.h. der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. So z.B. durch Lautsprecher (Gastwirtschaft) oder Projektion auf Bildschirm (z.B. in Kinosälen)[198].

4.3.3. Die Festlegung und Vervielfältigung der Sendung

Eine Sendung kann festgelegt und die Festlegung vervielfältigt werden. Es ist auch möglich, aus einer Sendung sekundäre Vervielfältigungsexemplare herzustellen, die privat benutzt oder aber in den Verkehr gebracht werden.

Von einer Sendung können auch einzelne Teile festgelegt und vervielfältigt werden – so nur der Tonteil bzw. einzelne Bilder oder Sequenzen aus dem Bildteil.

4.4. Die Verwertung einzelner Sendungen

Dritte können zunächst einmal einzelne Sendungen verwerten. Die rechtliche Behandlung muß der Sachverhaltdifferenzierung sub Ziff. 4.2.1 entsprechen. Inwieweit die Verwertung einer Mehrzahl einzelner Sendungen als Verwertung des Programms selbst zu bezeichnen ist, wird sub Ziff. 4.5 behandelt.

4.4.1. Die Verhältnisse bei der unveränderten Wiedergabe eines Drittwerkes

Die Sendung kann zunächst einmal ein Drittwerk unverändert wiedergeben und zwar auf der Grundlage eines vorfixierten Werkexem-

[198] Vgl. aus der deutschen Praxis besonders BGHZ 94. Zwischen der SRG und den filmwirtschaftlichen Verbänden besteht ein Gentlemen's Agreement vom 19.8.1968.

plars oder aber aufgrund einer ad hoc (zu Sendezwecken) veranstalteten Darbietung. Beide Sachverhalte müssen getrennt behandelt werden.

4.4.1.1. Die Sendung eines vorfixierten Drittwerkes

Ein Drittwerk kann zunächst einmal vom Sendeunternehmen aufgrund eines Vertrages mit den Werk- bzw. Leistungsberechtigten und zwar aufgrund eines vorfixierten Drittwerkes gesendet werden. Dieses interne Verhältnis interessiert hier nicht weiter – es sei denn, daß der Berechtigte dem Sendeunternehmen vertraglich eigene Ansprüche urheberrechtlicher oder leistungsschutzrechtlicher Natur abtritt, welche dann vom Letzteren gegen Dritte geltend gemacht werden können.

Es handelt sich dabei aber nicht um aus der eigenen Tätigkeit ableitbare Rechte des Sendeunternehmens. Das Sendeunternehmen erwirbt de lege lata keine eigenen Rechte an der Sendung. Ob solche ihm de lege ferenda zuzusprechen sind, ist zu prüfen, wobei aber zu beachten ist, daß die eventuelle Benutzung der Sendung im Sinne von Ziff. 4.3 primär die Interessen der am Werk bzw. an der Interpretation Berechtigten, nicht solche des Sendeunternehmens tangiert, welches bei diesem Sachverhalt keine besondere Leistung erbringt[199]. Es ist an sich Sache des Sendeunternehmens, sich gegen die eventuelle Vergabe konkurrierender Rechte an Dritte vertraglich abzusichern bzw. vertragliche Ansprüche geltend zu machen. Es ist ja denkbar, daß durch die Weitersendung – die eine Beanspruchung und also möglicherweise Verletzung der Rechte des Urhebers bzw. des Leistungsberechtigten ist – das Sendeunternehmen selbst geschädigt wird. Bei der hier betrachteten Art der Sendung scheint eine direkte Zurechnung der Sendung zum Sendeunternehmen nicht gerechtfertigt, eine abgeleitete aber ist der Parteiautonomie zu überlassen. Dabei spielt de lege ferenda der Umstand eine Rolle, daß die Rechte, welche die Sendeunternehmen erhalten sollten, ihnen normalerweise nicht abgetreten werden – so daß das Sendeunternehmen

[199] Dies im Gegensatz zu dem TT-Hersteller, der die Festlegung überhaupt vornimmt. Eine gewisse Leistung des Sendeunternehmens ergibt sich aber, wie noch darzulegen, wenn man das ganze Problem betrachtet. Durch die höheren Konzessionsgebühren (vgl. Anm. 200) wird der Beitrag des Sendeunternehmens nicht abgegolten, da das Sendeunternehmen am Mehrbetrag nicht partizipiert.

zwar das Werk bzw. die Interpretation vermittelt, aber keine Möglichkeit hat, die Vermittlung zu kontrollieren[199a]. Auch bei der öffentlichen Wahrnehmbarmachung der Sendung ist das Sendeunternehmen nicht besonders beansprucht – die dadurch bedingte «gesteigerte» Benutzung der Sendung wird bzw. könnte durch die Konzessionsbestimmungen erfaßt werden[200]. Gleiches gilt für die Festlegung und Vervielfältigung der Sendung: Sie bedeutet eventuell eine Verletzung der Rechte von am Werk bzw. an der Interpretation Berechtigten – aber nicht des Sendeunternehmens selbst. Alle diese Überlegungen abstrahieren von der Tatsache, daß die einzelnen Sendungen Teile eines Programmes sind, welches von den Sendeunternehmen «geleistet» wird.

4.4.1.2. Die zu Sendezwecken veranstaltete Sendung eines Drittwerkes

Wird das Drittwerk eigens zwecks Sendung dargeboten, ohne daß von einer Bearbeitung die Rede sein kann, muß man sich fragen, ob den Sendeunternehmen nicht ein besonderer Schutz gebührt. Die Wurzel dieses Schutzes liegt im Grunde genommen in der Veranstalterleistung und weist Analogien mit der Rechtslage des Tonträgerherstellers auf. Ein Sonderschutz scheint nötig zu sein, weil die bei sonstigen Veranstaltern gegebene, aus Realrechten sich ergebende und Anlaß vertraglicher Vereinbarungen bildende Anfangssituation (vgl. Anm. 32) hier aus der Natur der Sendung nicht vorhanden ist. Werden z. B. im Rahmen einer Sendung neue Schlager aufgeführt (wie z. B. beim Schlagerwettbewerb Grand Prix Eurovision), so ist schwer einzusehen, wieso das Sendeunternehmen keinen Schutz vor Weitersendung bzw. Festlegung und Vervielfältigung ab unerlaubter Festlegung genießen sollte[201]. Das Sendeunternehmen hat ja sonst

[199a] Der SRG werden lediglich die Rechte bezüglich der Verwertung der Interpretation zu Sendezwecken abgetreten. Vgl. etwa Disposizioni generali per il contratto di lavoro musicisti orchestra Radiosa, 5/1.

[200] Für die öffentliche Wiedergabe der Sendungen braucht der Empfänger eine Radio- und Fernsehempfangskonzession II (vgl. VO zum Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz vom 10.12.1973, Art. 61 und 77ff.).

[201] Daß diese Regelung sich nicht monopolbildend auswirkt, ist in Anm. 152 ausgeführt worden. Die Rechte der Interpreten bleiben vorbehalten und werden durch das Verbotsrecht des Sendeunternehmens nicht tangiert, denn es steht ihnen frei, weitere Darbietungen mit entsprechender Festlegung und

überhaupt keine Möglichkeit, die Verwertung seiner Sendung zu kontrollieren. Ein wettbewerbsrechtlicher Einschlag läßt sich auch hier nicht übersehen, ohne daß es entscheidend darauf ankommen sollte.

4.4.2. Die Rechtsverhältnisse, wenn die Sendung eine Bearbeitung darstellt

Erfüllt die Sendung die Voraussetzungen einer Bearbeitung, so ist sie urheberrechtlich geschützt. Das dürfte immer dann der Fall sein, wenn, ohne die Verbindung mit dem Werk zu verlieren, letzteres «sendegerecht» gemacht wird. Dem Sendeunternehmen stehen aber dann urheberrechtliche Befugnisse zu und zwar, nach VE II URG, in verschiedenem Umfang, je nachdem welche Rechtsstellung das Sendeunternehmen selbst einnimmt[202]. Direkt oder indirekt genießt das Sendeunternehmen dann Schutz nach Maßgabe von VE II URG 12ff. Ein Sonderschutz ist also nicht mehr nötig.

4.4.3. Die Rechtsverhältnisse bei der Sendung eines eigenen Werkes

Wird ein Werk gesendet, dessen Schaffung vom Sendeunternehmen in Auftrag gegeben wurde, gilt die analoge Regelung wie sub Ziff. 4.4.2. Das Sendeunternehmen braucht keine Leistungsschutzrechte, weil es urheberrechtliche Befugnisse ausüben darf, die seine Interessen berücksichtigen. Ein paralleler leistungsschutzrechtlicher Schutz wäre also auch hier an sich nicht gerechtfertigt bzw. kann sich indirekt, durch Abtretung der Interpretenrechte ergeben. Werden vom Sendeunternehmen Interpretationen durchgeführt oder TBT hergestellt, so setzt der entsprechende Schutz ein (Ziff. 2 und Ziff. 3), wobei die Wahrnehmbarmachung bzw. Verwertung der einzelnen Rechte vertraglich geregelt ist[203].

Vervielfältigung zu erlauben. Es geht aber nicht an, daß Interpreten dieses Recht aus der vom Sendeunternehmen organisierten Darbietung sozusagen abspalten und für sich verwerten.

[202] Vgl. VE II URG 27, 29ff., 48ff.

[203] Vgl. Art. 17 des Abkommens der SRG mit den Angestelltenverbänden. Siehe G. BRUGGER, FuR 1974, S. 758.

4.5. Die Verwertung des Programmes

4.5.1. Bei urheberrechtlichem Schutz des Programmes

Ist das Programm ein urheberrechtsfähiges Werk, so ist dasselbe gegen Drittverwertung weitgehend geschützt. Die Frage eines leistungsrechtlichen Schutzes stellt sich also nicht. Insbesondere ist das Sendeunternehmen gegen Weitersendung, Festlegung und Vervielfältigung geschützt. Die Frage, wann die Verwertung eines Teils des Programmes als Werkbenutzung zu bewerten ist, hat die Praxis anhand allgemeiner urheberrechtlicher Grundsätze zu lösen. Gleiches gilt für den Übergang der Rechte der Programmurheber auf das Sendeunternehmen[204].

4.5.2. Aus Sonderschutz

Es kann aber nicht übersehen werden, daß die hier vertretene Meinung bezüglich der Anwendbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse bezüglich einzelner Sendungen bzw. des Programmes zugunsten der Sendeunternehmen besonders im Ausland[205] auf Widerstand stoßen könnte und daß deren Folgen mit ziemlicher Sicherheit über das Ziel hinaus schießen. Auch ist zu bedenken, daß nach VE II URG 22/1 das Urheberrecht nicht abtretbar ist, was die Rechtslage nicht vereinfacht. Es sei deshalb die Frage aufgeworfen, ob nicht eher ein Leistungsschutzrecht für das Programm eingeführt werden sollte. Die Frage ist um so berechtigter, als der Schutz primär die Weitersendung erfassen soll, also eine praktisch im Ausland erfolgende Benutzung. Kommt URG nicht in Frage, so gäbe es noch die Möglichkeit der Berufung auf UWG[206], das aber keine sichere Handhabe abgibt[207]. Der Schutz vor Weitersendung ist nämlich nur dann

[204] Vgl. VE II URG 27.

[205] Im Rahmen des Schutzes der Sendeunternehmen sind, wegen der Eigenart des Sachverhaltes, die Rückwirkungen im Ausland besonders zu beachten.

[206] Beim Vergleich mit ausländischen Regelungen darf nicht übersehen werden, daß die Sendeunternehmen dort oft der privatrechtlichen Regelung entzogen sind und deshalb sich nicht gewinnbringend betätigen dürfen. Das gilt z.B. für die BRD, wozu etwa M. Rehbinder, UFITA 65, S. 117. Die SRG ist hingegen auf privater Basis aufgebaut.

[207] So treffend V. de Sanctis, DdA 1972, S. 111 (115).

wirksam, wenn er auf einer internationalen Vereinbarung fußt, und auf dieser Ebene ist das aus UWG abgeleitete Recht höchst zweifelhaft[208]. Es dürfte deshalb zweckmäßig sein, den Sendeunternehmen in bezug auf die Verwertung ihrer Programme einen Sonderschutz zu gewähren. Aus den gleichen Gründen wie beim Schutz der Tonträgerhersteller (vgl. Ziff. 3.4.3.3) ist die Einordnung dieses Schutzes in ein Leistungsschutzgesetz geboten. Entsprechend den Verwertungsmöglichkeiten (Ziff. 4.3) soll die Regelung folgende Rechte der Sendeunternehmen vorsehen:

4.5.2.1. Schutz der Weitersendung

Das Sendeunternehmen ist vor unerlaubter Übernahme seiner Sendungen zwecks Weitersendung zu schützen und zwar unabhängig von der Technik der Weitersendung[209]. Daß eine Übernahme der Weitersendung in der Schweiz mit öffentlich-rechtlichen Mitteln unterbunden werden kann, dürfte in Anbetracht des supranationalen Sachverhaltes irrelevant sein. Die Forderung auf Gegenseitigkeit, die praktisch allein einer internationalen Regelung zum Durchbruch verhilft, erfordert eine eindeutige Lösung, und diese sucht man heute geradezu in einem Leistungsschutzgesetz. Deshalb enthalten die entsprechenden ausländischen Gesetze eine solche Bestimmung[210]. Die Norm ist so zu fassen, daß sie eine Ratifikation der internationalen Abkommen ermöglicht (vgl. Ziff. 4.6).

4.5.2.2. Schutz vor zu gewerblichen Zwecken erfolgender öffentlicher Wahrnehmbarmachung der Sendung

Bei den TT wurde ein direkter Schutz vor öffentlicher Wiedergabe auch im Falle der Wiedergabe zu gewerblichen Zwecken verneint. Dies hat seinen Grund darin, daß eine solche Benutzung die Leistung der TBT-Hersteller nicht mehr beansprucht als eine sonstige (freie)

[208] Die Fragestellung weist eine weitgehende Analogie mit dem entsprechenden Schutz der TT-Hersteller auf, vgl. dazu Ziff. 3.4.1.1.

[209] Ob dieses Verbot spezifiziert werden soll, etwa im Sinne vom FSAbk 1/1, soll nach genauerer und hier nicht möglicher Abklärung des technischen Sachverhaltes entschieden werden. Klar dürfte sein, daß diese Befugnis jedenfalls das Kabelfernsehen erfassen muß.

[210] Vgl. dURG 87; iURG 79.

öffentliche Aufführung. Auch wurde diese Entscheidung dadurch erleichtert, daß, der langjährigen Praxis entsprechend, den TBT-Herstellern ein Beteiligungsanspruch an den Interpretengebühren gewährt wird, was ihnen in jedem Falle eine Entschädigung sichert. Anders der Sachverhalt bei den Sendungen: Aus den besagten Gründen (Ziff. 4.2.2) liegt denselben zunächst eine nicht rein industrielle Tätigkeit zugrunde. Sodann gibt es nicht unwichtige Sendungen, bei denen kein Interpret im Sinne von E 1 mitwirkt – womit auch eine indirekte Beteiligung der Sendeunternehmen entfallen würde. Es erscheint deshalb zweckmäßig, dem Sendeunternehmen für die öffentliche Wahrnehmbarmachung seiner Sendungen zwar kein Verbotsrecht, dafür aber einen Entschädigungsanspruch zu gewähren. Um eine eventuelle Doppelspurigkeit zu vermeiden und die Wahrnehmung der Rechte zu vereinfachen, wird der direkte Entschädigungsanspruch der Interpreten in einen Beteiligungsanspruch an der den Sendeunternehmen geschuldeten Entschädigung umgewandelt. Letztere ist in die Konzessionsgebühren einzubeziehen (weshalb E 13 lediglich pro memoria vorgeschlagen wird).

4.5.2.3. Schutz vor Festlegung und Vervielfältigung

Aus den genannten Gründen ist ein Schutz der Sendeunternehmen vor unerlaubter Festlegung und Vervielfältigung ihrer Sendungen einzuführen, wenn dies zwecks Inverkehrsetzung erfolgt[211]. Für die Begründung darf auf die Ausführungen sub Ziff. 3.4 zum analogen Sachverhalt der Vervielfältigung eines TBT hingewiesen werden – für Sendeunternehmen kommt zum Vervielfältigungsschutz derjenige vor Festlegung hinzu, weil diese ein notwendiges Glied in der Verwertung bedeutet. Ein wirksamer Schutz erfordert auch das Verbot der Inverkehrsetzung von unerlaubten Vervielfältigungsexemplaren.

4.5.2.4. Schutz von Programmteilen

Der vorgeschlagene Schutz erfaßt das Programm als solches, als Ganzes. Sind die Sendeunternehmen auch gegen die Übernahme (Weitersendung, Festlegung und Vervielfältigung) einzelner Programmteile zu schützen?

[211] Ein Beispiel davon in Juristische Wochenschrift 1929, S. 1251 und in Giurisprudenza italiana 1971, II, S. 458.

In Ziff. 4.4 ist dargelegt worden, daß fast alle einzelnen Programmteile urheberrechtlich geschützt sind, mindestens wenn man, der geltenden Praxis entsprechend, an die Individualität des Werkes geringe Anforderungen stellt. Insofern wurde ein zusätzlicher Leistungsschutz als nicht notwendig betrachtet. Es soll aber nicht übersehen werden, einerseits daß der urheberrechtliche Schutz unsicher ist und andererseits, daß die ungeschützten Teile von Bedeutung sind. Zuerst einmal ist der URG-Schutz unsicher: Um eine konkrete Weitersendung zu verbieten, müßte das Sendeunternehmen die Schutzfähigkeit darlegen – ein Weg, der bei der Handhabung des Rechtes besonders im Hinblick auf das Ausland fraglich erscheint. Es fällt auch ins Gewicht, daß in vielen Fällen das Sendeunternehmen nicht aus eigenem Recht vorgehen könnte, vielmehr (höchstens) als Rechtsnachfolger oder Wahrnehmungsberechtigter. Diese Unsicherheit entfällt, wenn die Sendung als solche – wenn auch in beschränktem Maße – geschützt wird. Sodann werden wichtige Sendungen vom URG nicht erfaßt, so z. B. die Nachrichtensendungen[212]. Wäre aber eine Weitersendung derselben ohne weiteres gestattet, so würde dies eine wesentliche Erschwerung in der Nachrichtenbeschaffung jener Sendeunternehmen bedeuten, die eigene Sendungen veranstalten und nicht dritte einfach übernehmen. Auch scheint der vorgeschlagene Schutz mit den eingeschränkten negatorischen Ansprüchen zweckmäßiger zu sein und mit den öffentlichen Aufgaben der Sendeunternehmen besser zu harmonieren, als ein Schutz aus URG, der weitergehender ist und nur mit bestimmten Ausnahmen gelockert sein kann. Aus diesen Gründen sind die Sendeunternehmen zwar mit einem begrenzten Leistungsschutz auszustatten, der aber dafür alle, auch einzelne Sendungen deckt. Ein solcher Schutz der einzelnen Sendung dürfte ausreichen, um die Festlegung und Vervielfältigung auch einzelner Bilder einer Fernsehsendung zu verbieten – gegebenenfalls wäre eine entsprechende Vorschrift einzuführen, weil ein Bedürfnis dieser punktuellen Erfassung der Sendung nachgewiesen ist[213].

[212] Ein anderes Beispiel aus der Praxis in UFITA 54, S. 320 (Tierdressur).
[213] Vgl. Vernehmlassung, S. 68a. So auch dURG 87/1/2.

4.6. Die internationalen Abkommen zum Schutz der Sendeunternehmen

Zum Schutz der Sendeunternehmen sind folgende internationale Abkommen abgeschlossen worden – die von der Schweiz aber noch nicht ratifiziert worden sind:

4.6.1. Das Römer Abkommen (vgl. Ziff. 2.4)

Neben Vorschriften zum Schutz der Interpreten und der Hersteller von Tonträgern enthält das RöAbk 14 einen Katalog der Rechte, die den Sendeunternehmen zuerkannt sind. Die Sendeunternehmen haben danach das Recht «zu erlauben oder zu verbieten»:

a) Die Weitersendung ihrer Sendungen;
b) Die Festlegung ihrer Sendungen;
c) Die Vervielfältigung
   i) der ohne ihre Zustimmung vorgenommenen Festlegung ihrer Sendungen;
   ii) der aufgrund von Ausnahmebestimmungen (Art. 15) vorgenommenen Festlegungen ihrer Sendungen, wenn die Vervielfältigung zu anderen Zwecken vorgenommen wird.

Die Staaten sind hingegen nicht angehalten (14/d), den Sendeunternehmen das gleiche Recht bezüglich Fernsehsendungen einzuräumen, wenn sie an Orten stattfinden, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgeldes zugänglich sind (lit. d von Art. 14). Die Schutzdauer darf nicht länger als 20 Jahre betragen – wobei in Art. 15 verschiedene Anfangsdaten festgelegt sind.

Das RöAbk gewährt demnach ein weitgehendes Leistungsschutzrecht zugunsten der Sendeunternehmen. Dieser Schutz ist aber durch die technische Entwicklung zum großen Teil überholt, indem das RöAbk weder die Satellitensendungen noch das Kabelfernsehen berücksichtigt[214]. Eine Ratifikation desselben wird deshalb von der SRG nicht befürwortet[215].

[214] Insbesondere kann der Drahtfunk, also auch das Kabelfernsehen, nicht als Weitersendung im Sinne von RöAbk 3/g betrachtet werden.

[215] Vgl. Vernehmlassung, S. 32. Dazu auch DESBOIS/FRANÇON/KEREVER (zit. Anm. 98a), No. 311/312.

4.6.2. Europäisches Abkommen zum Schutz von Fernsehsendungen vom 22.6.1960 mit Protokoll vom 22.1.1965 (FSAbk)

Dieses Abkommen[216] bezweckt den Schutz der Fernsehsendungen (nicht aber des Tonteils allein, Art. 5), wobei der Inlandschutz in einem Vertragsstaat auch dann den Sendeunternehmen eines anderen Vertragsstaates zugute kommt, wenn er weiter geht als der Konventionsschutz (Art. 1/2).

Das Sendeunternehmen soll das Recht haben «zu erlauben oder zu verbieten»:

a) Die Weitersendung dieser Sendungen
b) Die öffentliche Übertragung dieser Sendungen durch Drahtfunk
c) Die öffentliche Wiedergabe dieser Sendungen mittels einer Vorrichtung zur Übertragung von Zeichen, Tönen oder Bildern
d) Jede Festlegung dieser Sendungen oder ihrer Einzelbilder sowie jede Vervielfältigung einer solchen Festlegung und
e) Die Weitersendung, Übertragung durch Drahtfunk oder öffentliche Wiedergabe mittels der unter d) bezeichneten Festlegung oder Vervielfältigung, sofern nicht das berechtigte Unternehmen den öffentlichen Verkauf dieser Festlegungen oder Vervielfältigungsstücke gestattet hat.

Der Umfang dieses Schutzes kann unter bestimmten Umständen beschränkt werden (vgl. die sehr komplizierten Vorschriften von Art. 3). Die Schutzdauer beträgt auch hier mindestens 20 Jahre.

4.6.3. Übereinkommen über die Verbreitung der durch Satelliten übertragenen programmtragenden Signale vom 21. Mai 1974 (SATAbk)

Zur Lösung der Probleme, die sich für Sendeunternehmen aus dem Einsatz von Satelliten als Übertragungsmitteln ergeben, ist 1974 ein internationales Übereinkommen unterzeichnet worden[217]. Dieses

[216] Am 1.1.1977 sind 9 Staaten dem FSAbk beigetreten. Die Schweiz hat dieses Abkommen noch nicht ratifiziert.

[217] Ende 1976 waren diesem Abkommen vier Staaten beigetreten (vgl. DdA 1977, S. 66). Das Abkommen ist von der Schweiz noch nicht ratifiziert worden. Über SATAbk vgl. C. MASOUYÉ in RUER 1974, S. 46; W. KLINTER,

Abkommen will nicht die Sendungen, das gesendete Gut selbst schützen, vielmehr die Verbreitung von Signalen[218] durch Sendeunternehmen in einem anderen Vertragsstaat, für welchen die Signale nicht bestimmt sind, und zwar zugunsten des Ursprungsunternehmens. Dieser Schutz soll also denjenigen, der sonst der Sendung zukommt, unberührt lassen, wobei die Art der Schutznormen völlig im Ermessen der Vertragsstaaten bleibt[219]. Die Tendenz ging dahin, jure conventionis keine neuen Privatrechte zu schaffen[220, 221].

4.7. Gesetzliche Folgen

Die hier gemachten Vorschläge lassen sich, schematisch, in einige gesetzliche Bestimmungen zusammenfassen: Vgl. S. 111f.

4.8. Folgen für die Praxis

Die Rechtsprobleme der Sendeunternehmen sind primär solche überstaatlicher Natur. Durch die Monopolstellung der SRG ist nämlich eine Regelung der innerschweizerischen Probleme relativ einfach und dürfte mindestens zum Teil durch Vereinbarungen unter den interessierten Kreisen, also ohne gesetzliche Neuordnung, erreichbar sein. Was hier vorgeschlagen wird, ist deshalb eine Regelung, welche die Rechte der Sendeunternehmen zweckmäßigerweise für das Inland festhält, aber auch die Ratifikation der internationalen Ab-

UFITA 70, S.41; G. Boytha, DdA 1974, S.73; E. Steup/E. Bungeroth, GRUR/INT 1975, S.124; dazu auch Rapport du rapporteur général, UNESCO/OMPI, Paris 1974.

[218] Signale werden im Abkommen definiert als elektronisch erzeugte, zur Übertragung von Programmen geeignete Träger.

[219] Typisch Art.2/2, wonach eine eventuelle zeitliche Begrenzung des Schutzes durch die jeweilige nationale Gesetzgebung zu treffen ist.

[220] Vgl. Rapport (zit. in Anm.217), Ziff.79 und 81.

[221] Die anfänglich befürchteten politischen Aspekte der sogenannten Direktsatelliten werden durch die 1977 zu erwartende Ordnung der Frequenzen und Orbitalpositionen für diese Satelliten wesentlich entschärft, obwohl gerade für die Schweiz Überlappungen nicht zu vermeiden sein werden. Januar/Februar 1977 fand in Genf die Conférence administrative mondiale de radiodiffusion par satellite, einberufen von der Union Internationale des Télécommunications, statt.

kommen ermöglichen sollte. Es dürfte insbesondere richtig sein, diese Rechte als Leistungsschutzrechte auszugestalten, statt sie, was mindestens teilweise möglich wäre, in die Form von urheberrechtlichen Ansprüchen einzukleiden. Auch wenn an sich anwendbar, dürfte nämlich das URG für die Bedürfnisse der Sendeunternehmen aber auch seiner Vertragspartner nicht unbedingt die zweckmäßigste Lösung darstellen.

4.8.1. Die innerstaatliche Regelung

Die innerstaatliche Regelung zwecks Schutzes des Sendeunternehmens ist zweckmäßigerweise im gleichen Erlaß einzuordnen wie die Bestimmungen betreffend den Schutz der Interpretation und der Tonträger[222].

4.8.1.1. Schutz vor Weitersendung

Diese Bestimmung erfaßt jegliche Art der Weitersendung, sei es also per Funk oder per Draht bzw. Kabel. Hingegen fällt die Benutzung einer sogenannten Gemeinschaftsantenne nicht unter diese Norm.

4.8.1.2. Schutz vor öffentlicher Wahrnehmbarmachung zu gewerblichen Zwecken

Dem Sendeunternehmen ist eine Entschädigung im Falle der öffentlichen Wahrnehmbarmachung ihrer Sendung zu gewerblichen Zwecken anzuerkennen. An dieser Entschädigung partizipieren die Interpreten, die insofern ihren diesbezüglichen direkten Entschädigungsanspruch verlieren.

4.8.1.3. Schutz vor Festlegung

Die Festlegung einer Sendung soll vorbehalten bleiben im Hinblick auf eine mögliche Inverkehrsetzung, also als Vorbereitungs-

[222] Die Sendeunternehmen auf einen öffentlich-rechtlichen Schutz zu verweisen, erachte ich als dem Sachverhalt nicht entsprechend und auch nicht ausreichend – dies gilt besonders für den Schutz vor Festlegung und vor Vervielfältigung.

handlung einer Vervielfältigung. Dadurch bleibt die Festlegung zu privaten Zwecken freigestellt. Gleichgültig ist, auf welche Art und Weise die Sendung fixiert wird.

4.8.1.4. Schutz vor Vervielfältigung

Im aufgezeigten Rahmen soll sich das Sendeunternehmen auch der Vervielfältigung der Sendung widersetzen können. Irrelevant ist auch hier die Methode der Vervielfältigung. Das Verbot des Inverkehrbringens von unerlaubterweise hergestellten Werkexemplaren schließt sich an die Ausführungen sub Ziff. 3.8.3 an.

4.8.2. Die internationale Regelung

Die Vernehmlassung hat klar gezeigt, daß seitens der SRG kaum mehr ein Interesse an einer Ratifikation des RöAbk besteht. Positiv stellt sie sich hingegen zum FSAbk und zum SATAbk. Bezüglich des FSAbk gibt es aber zu bedenken, daß die größten Probleme vom Kabelfernsehen herkommen, ein Gebiet, das erst in den Anfängen steht und über welches eine globale Regelung gesucht werden müßte. Es sollte nämlich vermieden werden, daß hier jede Kategorie von Beteiligten (Urheber, Interpret, eventuell Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen) gesonderten Vorschriften unterstellt wird, um die schon bestehende Zersplitterung nicht weiter zu fördern. Das bedeutet aber, daß einer internationalen Regelung bezüglich des Kabelfernsehens die Priorität zukommt. Dazu kann hier aber nicht Stellung genommen werden[223].

[223] Wegen der geringen Zahl der Ratifikationen, die auch in den nächsten Jahren kaum seitens solcher Staaten erwartet werden, die ein Interesse an Satellitensendungen aus anderen Staaten haben, spielt dieses Abkommen eine eher ornamentale Rolle. Eine Ratifikation würde, nach der Auffassung der SRG (Vernehmlassung, S. 71) lediglich die Einführung folgender Gesetzesbestimmung erfordern:

«Les signaux porteurs de programmes sonores ou sonores et visuels, transmis par satellite artificiel de la terre, ne peuvent être distribués au public qu'avec le consentement de l'organisme de radiodiffusion qui les a émis ou fait émettre vers le satellite.»

Vgl. dazu besonders M. M. WALTHER, DdA 1974, S. 314. Im Juni 1977 wird in Genf eine ad hoc-Arbeitsgruppe OMPI/UNESCO tagen.

5. Gemeinsame Bestimmungen

Wie schon angedeutet (vgl. Ziff. 1.2.), sind hier nur die Kernvorschriften eines Leistungsschutzgesetzes zu entwerfen. Zu diesen gehören, wie sich im Laufe der Untersuchung gezeigt hat, noch drei gemeinsame Vorschriften. Wohl die wichtigste ist der vorgeschlagene Artikel 14, der eine Parallelschaltung von URG und Leistungsschutzgesetz in bezug auf die Ausnahmen bewirkt. Eine zweite Vorschrift, die vielleicht noch wünschenswert ist, definiert die «gewerblichen Zwecke», die in den Artikeln 7 und 13 genannt sind. Die dritte Vorschrift (Art. 16) enthält eine im Text näher begründete Ausnahme bezüglich einer Einschränkung der Interpretenrechte bei Film und sonstigen Bildwerken. Sie wird hier eingeordnet, da, wie in Anm. 103 angedeutet, bezüglich Bildträger noch einige Fragen offen sind.

6. Schutz sonstiger Leistungen

In Gesetzgebung, Literatur und Praxis wird gelegentlich ein Schutz sonstiger Leistungen eingeführt bzw. vorgeschlagen[224]. Unter Ausklammerung der Leistungen technischer Natur, über die Herr PERRET im parallelen Bericht Stellung nimmt, gilt es kurz auf folgendes hinzuweisen:

6.1. Die Editio princeps

Die Erstveröffentlichung einer alten Handschrift (sogenannte Editio princeps) stellt an sich kein urheberrechtsfähiges Werk dar[225]. Bei erkannter Wünschbarkeit des Schutzes bietet sich ein Leistungsschutzrecht an. Ist dasselbe einzuführen? Will man den Herausgeber schützen, so könnte man ihm ein ausschließliches und zeitlich beschränktes Vervielfältigungsrecht gewähren, in welchem das Verbotsrecht bezüglich Inverkehrsetzung widerrechtlich hergestellter Vervielfältigungsexemplare enthalten wäre[226]. Den normalen urheberrechtlichen Schutz genießt hingegen der eventuell mit einer solchen Erstausgabe verbundene wissenschaftliche Apparat, insofern derselbe ein Werk darstellt. Persönlich erachte ich den Schutz der Editio princeps dann als ausreichend gesichert, wenn der Verleger gegen photomechanischen bzw. photostatischen Nachdruck im Sinne von Ziff. 6.2 geschützt ist. Eine Sonderbestimmung, wie für die

[224] Vgl. zusammenfassend und eine allgemeine Erweiterung des Leistungsschutzes vorschlagend H. H. SCHMIEDER, UFITA 73, S. 75.

[225] Ausführlich J. W. MERTEN, Der Urheberrechtsschutz des Herausgebers historischer Texte. Der Schutz der Editio princeps, Zürich 1948; PH. MÖHRING, in: «Homo Creator» (zit. Anm. 4), S. 153.

[226] Dazu MÖHRING/NICOLINI (zit. Anm. 21), § 71 und BGH in UFITA 74, 294; S. LOI in DdA 1969, S. 82.

TT postuliert, drängt sich in Anbetracht der seltenen Fälle nicht auf. Der Verlegerschutz kommt indirekt dem Herausgeber zu.

6.2. Schutz vor photomechanischem bzw. photostatischem Nachdruck

Wie in Ziff. 3.4.3.3 am Beispiel des Nachpressens eines TT und in Ziff. 6.1 bezüglich der Editio princeps angedeutet, erfüllt der photomechanische bzw. photostatische oder mit ähnlichen Mitteln erreichte Nachdruck an sich den Tatbestand des UWG. Aus den besagten Gründen erachtet der Verfasser die abweichende Praxis[227] als unzutreffend und sich zu eng am Nachahmungstatbestand anlehnend. Was beim TT-Schutz zur Einführung einer Sonderbestimmung führt, scheint hier nicht maßgebend zu sein, weshalb es bei der Subsumtion unter die Generalklauseln von UWG sein Bewenden haben kann[228]. Es liegt im Wesen dieser Schutzquelle, daß besondere Umstände die (beim sogenannten Raubdruck) gegebene Widerrechtlichkeit ausschließen können, so z. B. die Tatsache, daß das Werk vergriffen ist und der ursprüngliche Verleger eineNeuauflage nicht vornehmen kann bzw. nicht beabsichtigt (sogenanntes Reprint)[229] u.a.m.

6.3. Schutz typographischer Schriftzeichen

Ein gewisses Bedürfnis zum Schutze von typographischen Schriftzeichen ist nachgewiesen[230] und hat auf internationaler Ebene zur Unterzeichnung des Wiener Abkommens vom Jahre 1973 geführt[231]. Unter Ausschluß jener Schriftzeichen, deren Form technisch be-

[227] Vgl. ZüHandG in SchwMitt 1970, S. 237 (auch GRUR/INT 1970, S. 358). Aus der ausländischen Praxis: BGHZ 155 und 170; OLGZ 70; it Corte di Cassazione, Foro padano 1961, I, S. 669; Tribunale di Roma, Giustizia civile 1971, I, S. 163; SCHMIEDER, UFITA 73, S. 79; DESBOIS, in: «Homo Creator» (zit. Anm. 4), S. 167.

[228] Dem Bundesrat wurde am 15. 12. 1976 ein dahingehendes Postulat von NatRat Oehler unterbreitet.

[229] Vgl. Ziff. 4.3.3.3.

[230] Die Praxis liefert aber kaum Beispiele, vgl. BGHZ 44.

[231] Arrangement de Vienne concernant la protection des caractères typographiques et leur dépôt international, vom 12. 6. 1973 (es besteht m. W. noch keine offizielle deutsche Übersetzung, der Text ist vom OMPI, Genf 1973 veröffentlicht).

dingt ist, erfaßt das Abkommen (2) die eigentlichen Schriftzeichen und sonstige Ornamente, die bei der graphischen Ausgestaltung von Texten verwendet werden. Die Vertragsstaaten verpflichten sich (3), solchen Objekten Schutz zu gewähren, wobei der Schutzweg von den Staaten selbst gewählt werden kann: Schaffung eines Sonderschutzes mit einer speziellen Hinterlegungsmöglichkeit, Schutz nach dem jeweiligen nationalen Muster- und Modellschutzgesetz bzw. nach dem jeweiligen nationalen Urheberrecht. Die nationale Eintragung kann durch eine (durch das Abkommen selbst geschaffene) besondere internationale Hinterlegung ersetzt werden, die dann ihre Wirkung auch für die übrigen Vertragsstaaten entfaltet (12ff.). Bedingungen der Schutzfähigkeit sind, alternativ oder kumulativ, Neuheit und Originalität (7), die Schutzdauer soll 15 Jahre nicht unterschreiten (bzw. 25 Jahre, für jene Staaten, die ein Zusatzprotokoll ratifiziert haben). Die Schriftzeichen genießen Schutz gegen Nachmachung bzw. Nachahmung sowie gegen Inverkehrsetzung solcher Zeichen.

Dieses Abkommen, dem die Schweiz noch nicht beigetreten ist, zeigt eindeutig, daß der normale Muster- und Modellschutz für die anvisierten Gegenstände ausreichend und zweckmäßig ist – ein Schutzweg, der bei uns ja den typographischen Schriftzeichen offensteht. Sie sind aber vom Schutz durch URG nicht prinzipiell ausgeschlossen, obwohl die Schutzvoraussetzungen selten erfüllt sein dürften. Es erübrigt sich daher, die Frage eines Sonderschutzes im Rahmen eines Leistungsschutzgesetzes zu untersuchen[232].

6.4. Schutz von Kartenwerken

Kartenwerke, wie geographische Karten, Ortspläne, sonstige topographische Karten, sind bei gegebenen Schutzvoraussetzungen vom URG geschützt[233]. Ein Leistungsschutzrecht dürfte auch hier nicht nötig sein, insbesondere weil gegen den eigentlichen Nachdruck UWG angerufen werden kann und zwar auch dann, wenn ein urheberrechtlicher Schutz nicht bzw. nicht mehr besteht[234].

[232] Vgl. E. Ulmer, GRUR/INT 1971, S. 253; G. Ronga, RDInd 1965, S. 134; E. Gerstenberg, in: Festschrift für Bappert, Freiburg i. Br. 1964, S. 53.

[233] Troller, Immaterialgüterrecht I, S. 419; BGH in UFITA 43, S. 156; URG 1/2; VE II URG 1/2; dURG 2/1/7.

[234] Vgl. Ziff. 3.4.3.3.

7. Nachwort

Demjenigen, der sich mit dem Leistungsschutzrecht auseinandersetzt, mag es wie dem ergehen, der, über die Gründlichkeit eines Briefmarkensammlers lächelnd, selbst, vom Spiel getrieben, Sammler wird. Wer würde ihm einen Vorwurf daraus machen, daß er sich bald auf die Suche nach Raritäten macht? Ist die erste Skepsis überwunden, sieht man die Notwendigkeit einer Regelung ein. Betrachtet man dieselbe post festum etwas kritischer, so bildet man sich sogar ein, noch ein paar Hinweise geben zu müssen, wie die Entwicklung weitergehen könnte. Nichts mehr als dies bildet sich auch der Verfasser ein – es sei ihm also verziehen.

7.1. Der private Kreis – ein heiliger Bezirk?

Seit jeher bildet der sogenannte private Kreis die Grenzmauer, vor welcher Sonder-, so auch urheberrechtliche Ansprüche haltmachen müssen. Was der Private in seinem engsten Kreis mit dem Werk anfängt, weiß der Urheber nicht und darf es auch nicht wissen. Der Einbruch in ein absolutes Recht ist auch minim, denn: Was kann der Private viel mehr tun als das Werk aufführen? Schlagartig ändert sich die Situation mit dem Aufkommen der technischen Kopiermöglichkeiten – immer bessere, immer billigere, immer einfachere (Photokopie, Tonband, Videoband). Die Antwort des Rechtes ist grundsätzlich klar – in der Tat zögernd und unscharfe Konturen schaffend. Der private Kreis wird noch enger (ein paar Freunde mehr oder weniger entscheiden über den negatorischen Anspruch des Urhebers, vgl. VE II URG 29); dafür öffnet man, nolens volens, einen sicher nicht mehr privaten weiteren Kreis, dem aber nur eine teilweise Verwertung des Werkes freisteht (30). Privat darf ich das ganze Buch photokopieren – als Institutsleiter nur einen «kurzen

Abschnitt» (31). Zu Recht scheint sich niemand für diesen Weg begeistern zu können – nicht einmal die Expertenkommission selbst. Ist es doch Zeit, den heiligen Bezirk zu sprengen? Wenn die eigentliche «Konkurrenz» zum Urheber und zu den Mitwirkenden (Ziff. 7.2), die Vervielfältigung seines Werkes, je länger je mehr im privaten Kreis wirksam ist, dann muß die Lösung anders lauten. An einer Ausdehnung negatorischer Ansprüche hat niemand Interesse und sie würden im Prinzip und in der Anwendung fraglich bleiben. Es bietet sich die Entschädigung an[235], und zwar die gesetzliche gegen Eröffnung des Kreises (31) und gegen Freigabe der Vervielfältigung ab erlaubtem Exemplar. Ein Schritt weiter scheint für die Funktionsfähigkeit unerläßlich: Die sozusagen präventive Entschädigung – an verkauftem leerem Tonband, leerer Cassette, leerem Photokopierblatt[236]. Und der allerletzte unkonventionelle Schritt: Die Verteilung des Erlöses nicht nur an den hypothetisch Leistenden[237] (denn die Eruierung des Wirklichen kann unmöglich sein), vielmehr auch an den direkt Konkurrenzierten[238]. Ich meine, wenn wir schon 10 gute Jahre gebraucht haben, um ein neues URG zu entwerfen, könnten wir noch ein paar Jahre investieren, um in dieser Richtung eine Lösung zu suchen. Sie wäre zwar unkonventionell aber wirklichkeitsnäher.

7.2. Lebensgemeinschaft – Rechtsgemeinschaft?

Bis vor kurzem mußte der Urheber um die Anerkennung elementarer Rechte kämpfen – heute ist er rechtlich sehr gut dotiert. Die wegen der menschlichen Schwäche sonst eher geschätzte Art der Dotation setzt, neben dem Götterfunken, gute Vermittler – also Interpreten und Produzenten voraus. Es entspricht übernommener Denkweise, daß der Urheber seine dos juridica im URG, praktischem Sinn hingegen, daß er die andere dort sucht, wo Interpreten, Verleger, Schallplattenhersteller, Sendeunternehmen, Filmhersteller sein Produkt an den Mann bringen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß wir im

[235] Vgl. E. BREM, Der urheberrechtliche Vergütungsanspruch, St. Gallen 1975.
[236] Also weitergehend als E SVU 8.
[237] Also Urheber und Interpreten.
[238] Also TBT-Hersteller und Sendeunternehmen.

Laufe unserer Betrachtung immer wieder engste Interessengemeinschaften feststellten. Das Recht sollte dieser engen Interessenverknüpfung Rechnung tragen[239]. Bei allem Respekt vor der schöpferischen Leistung – die von Rechts wegen dem Werk allein zugrunde liegt – und bei aller Vitalität der persönlichkeitsrechtlichen Wurzel: Wäre es nicht zweckmäßig und billig, den Akzent mehr auf die Gemeinschaft zu legen und alle Rechtsnormen, die das Kunstwerk und seine Vermittlung (geistiger und ökonomischer Natur) betreffen, in einem Erlaß zu ordnen und statt die Unterordnung noch zu verstärken, die in der Vertragspraxis doch immer willkommene Mitwirkung zu betonen?[240] Und wäre es nicht gerecht und einfacher – statt die Entschädigungen aufzusplittern, sie zu zentralisieren und unter alle Mitwirkenden, natürlich abgestuft, zu verteilen?

Übersichtlichkeit, Rechtssicherheit und Wirklichkeitsnähe wären die sicheren positiven Folgen – die negativen dürften eher in der Prestige-Kiste zu finden sein. Vielleicht hat diese kurze Untersuchung nebenbei gezeigt, daß auch eine gewisse Vereinfachung der gesetzlichen Normen zu erreichen wäre – sehr zum Vorteil des Lesers, zur Stärkung richterlichen Selbstbewußtseins und zur Erhaltung des freien Raumes für anpassungsfähige Vereinbarungen.

[239] In umgekehrter Richtung aber E SVU, dazu Vernehmlassung, S. 107.

[240] Also doch im Gegensatz zu dem, was «die klugen und bedächtigen Schweizer» in den fünfziger Jahren vermieden haben (vgl. HAENSEL, zit. Anm. 50, S. 58).

Vorschlag

der Kernbestimmungen eines
Leistungsschutzrechts

I. Schutz der Interpreten

Art. 1 Interpret

Wer ein Werk der Kunst oder der Literatur darbietet, ist Interpret.

Art. 2 Mitwirkender

Wer bei der Festlegung oder Sendung einer Interpretation einen wesentlichen Beitrag leistet, ist Mitwirkender.

Art. 3 Rechte des Interpreten

Der ausdrücklichen Erlaubnis des Interpreten bedürfen:

1. Die Festlegung der Interpretation
2. Die Sendung der Interpretation
3. Die Vervielfältigung einer festgelegten Interpretation (primäre Vervielfältigung)
4. Die Vervielfältigung eines vervielfältigten Exemplars durch einen zur primären Vervielfältigung nicht Berechtigten (sekundäre Vervielfältigung)
5. Die Inverkehrsetzung von ohne seine Zustimmung vervielfältigten Exemplaren.

Art. 4 Mehrheit von Interpreten

Wirken mehrere Interpreten zusammen, so stehen ihnen die Rechte gemeinschaftlich zu. Für das Außenverhältnis müssen sie einen Vertreter bestellen, der nötigenfalls vom Richter ernannt wird.

Art. 5 Ausnahmen

Auch ohne Erlaubnis des Interpreten sind zulässig:

1. Die Festlegung zu privaten Zwecken, wenn sie aufgrund einer Sendung erfolgt.

2. Die Vervielfältigung eines mit Erlaubnis des Interpreten vervielfältigten Exemplars zu privaten Zwecken.
3. Die ephemere Festlegung zwecks erlaubter Sendung.

Art. 6 Sendung

Für die Sendung aufgrund eines Vervielfältigungsexemplars gilt die Erlaubnis des Interpreten als erteilt, wenn die Vervielfältigung erlaubt war. Das Sendeunternehmen schuldet dem Interpreten eine angemessene Entschädigung, die nötigenfalls vom Richter festgesetzt wird.

Art. 7

Für die öffentliche Wiedergabe zu gewerblichen Zwecken gilt die Erlaubnis des Interpreten als erteilt, wenn die Vervielfältigung erlaubt war. Der Gewerbetreibende schuldet dem Interpreten eine angemessene Entschädigung, die nötigenfalls vom Richter festgesetzt wird.

Erfolgt die öffentliche Wiedergabe aufgrund einer Sendung, hat der Interpret einen Anspruch nur gegen das Sendeunternehmen.

Art. 8 Recht des Mitwirkenden

Der Mitwirkende ist an der Entschädigung des Interpreten gemäß Art. 6 und 7 angemessen zu beteiligen. Die Beteiligung wird im Streitfalle vom Richter festgesetzt.

II. Schutz des Herstellers von Ton-, Bild- oder Tonbildträgern

Art. 9 Vervielfältigung zwecks Inverkehrsetzung

Die Vervielfältigung eines Ton-, Bild- oder Tonbildträgers zwecks Inverkehrsetzung ist nur mit Erlaubnis des Herstellers zulässig.

Ohne Erlaubnis des Herstellers vervielfältigte Exemplare dürfen nicht in den Verkehr gesetzt werden.

Art. 10 Beteiligung des Herstellers an der Interpretenentschädigung

Der Hersteller ist an der Entschädigung des Interpreten gemäß Art. 6 und 7 angemessen zu beteiligen. Die Beteiligung wird im Streitfalle vom Richter festgesetzt.

Art. 11 Vervielfältigung durch Sendeanstalten

Die ephemere Vervielfältigung eines erlaubterweise in den Verkehr gebrachten Trägers durch eine Sendeanstalt ist frei.

III. Schutz des Sendeunternehmens

Art. 12 Rechte des Sendeunternehmens

Der ausdrücklichen Erlaubnis des Sendeunternehmens bedürfen:

1. Die Weitersendung seiner Sendungen
2. Die Festlegung und die Vervielfältigung seiner Sendungen zwecks Inverkehrsetzung
3. Die Inverkehrsetzung von unerlaubterweise hergestellten Vervielfältigungsexemplaren seiner Sendungen.

**Art. 13 Öffentliche Wahrnehmbarmachung zu gewerblichen Zwecken*

Die öffentliche Wahrnehmbarmachung einer Sendung zu gewerblichen Zwecken ist gegen eine angemessene Entschädigung erlaubt. Die Entschädigung ist nötigenfalls vom Richter festzusetzen.

IV. Gemeinsame Bestimmungen

Art. 14 Ausnahmen

In allen Fällen, in denen die Festlegung, die Vervielfältigung, die öffentliche Wiedergabe oder die Wahrnehmbarmachung eines Werkes nach URG zulässig ist, entfallen die hier vorgesehenen Rechte der Interpreten, der Hersteller und der Sendeunternehmen, auch wenn das Werk nicht mehr geschützt ist.

Art. 15 Öffentliche Wiedergabe und Wahrnehmbarmachung zu gewerblichen Zwecken

Zu gewerblichen Zwecken erfolgen die öffentliche Wiedergabe und die Wahrnehmbarmachung, wenn der Gewerbetreibende daraus einen direkten wirtschaftlichen Nutzen zieht.

Art. 16 Rechte des Interpreten bei Film- oder sonstigen Bild- und Tonbildwerken

Sind erlaubterweise Darbietungen direkt oder indirekt für die Herstellung eines Filmwerkes oder eines sonstigen Bild- oder Tonbildwerkes verwendet worden, so stehen dem Interpreten hinsichtlich der Verwertung des Werkes die Rechte gemäß Art. 3, 6 und 7 nicht zu.

* pro memoria