

# Mitbestimmungsrechte ausländischer Rechteinhaber in schweizerischen Verwertungsgesellschaften

Prof. Dr. Ivan Cherpillod\*

|                                                                                                          |    |                                                                                         |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>I. Einführung</b> .....                                                                               | 7  |                                                                                         |    |
| <b>II. Kurzer Überblick über den gesetzlichen Rahmen der kollektiven Verwertung in der Schweiz</b> ..... | 9  |                                                                                         |    |
| <b>III. Die einschlägigen Regeln</b> .....                                                               | 10 |                                                                                         |    |
| 1. Prinzip der „offenen Tür“ (Art. 42 Abs. 1 lit. c URG) ..                                              | 10 | c) Mitbestimmungsrecht für ausländische originäre Rechteinhaber? .....                  | 17 |
| 2. Die Verwertungspflicht (Wahrnehmungszwang) .....                                                      | 11 | d) Mitgliedschaft und Territorialität der kollektiven Wahrnehmung .....                 | 21 |
| a) Allgemeines .....                                                                                     | 11 | e) Verbot der Diskriminierung in Anbetracht des Rom-Abkommens .....                     | 21 |
| b) Pflicht zur Verwaltung von Werken und Leistungen ausländischer Rechteinhaber .....                    | 11 |                                                                                         |    |
| c) Pflicht zur Wahrnehmung und Gegenseigkeitsverträge .....                                              | 12 | <b>IV. Angemessenes Mitbestimmungsrecht für ausländische Sendeunternehmen?</b> .....    | 24 |
| d) Zusammenfassung .....                                                                                 | 15 | 1. Im Allgemeinen .....                                                                 | 24 |
| 3. Das Recht auf angemessene Mitbestimmung .....                                                         | 16 | 2. Besonderheiten im Bereich der Rechtswahrnehmung der Sendeunternehmen in Europa ..... | 24 |
| a) Recht aller originären Inhaber von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten .....                 | 16 | 3. Mitgliedschaft ausländischer Sendeunternehmen und Gegenseigkeitsverträge ....        | 26 |
| b) Angemessenes Mitbestimmungsrecht .....                                                                | 16 | 4. Möglichkeit für ausländische Sender, Mitglied von Swissperform zu werden? ...        | 27 |
|                                                                                                          |    | <b>V. Schlussfolgerungen</b> .....                                                      | 32 |

## Abstract

*Können Rechteinhaber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland Mitglied einer schweizerischen Verwertungsgesellschaft werden? Für die Wahrnehmung der Rechte der Sendeunternehmen sehen die Statuten der zuständigen Gesellschaft (Swissperform) Anforderungen vor, welche die Möglichkeit einer Mitgliedschaft ausländischer Sender auszuschließen scheinen. Doch schreibt Art. 42 Abs. 1 lit. d URG vor, dass die Verwertungsgesellschaften originären Rechteinhabern ein angemessenes Mitbestimmungsrecht einräumen müssen (wenn die Verwertung unter amtlicher Aufsicht steht). Darüber hinaus macht der Gesetzestext keinen Unterschied zwischen in- und ausländischen Rechteinhabern. Wenn es im Ausland Schwesterge-*

\* Der Verfasser ist ehemaliger Professor an der Universität Lausanne und Rechtsanwalt in der Kanzlei Bourgeois Avocats, Lausanne.

sellschaften gibt, die Gegenseitigkeitsverträge mit schweizerischen Verwertungsgesellschaften abgeschlossen haben, werden Rechteinhaber normalerweise der Gesellschaft ihres Wohnsitzes bzw. Sitzstaats beitreten. Zudem können sie nicht dieselben Rechte in der Schweiz gleichzeitig direkt von einer schweizerischen Gesellschaft und von einer Schwester-gesellschaft wahrnehmen lassen. Europäische Sendeunternehmen sind aber nicht notwendigerweise Mitglied einer Verwertungsgesellschaft in ihrem Land (das EU-Recht lässt sie frei, ihre Weitersenderechte selbst wahrzunehmen) und es ist auch denkbar, dass es keine Verwertungsgesellschaft für die Wahrnehmung ihrer Weitersenderechte in ihrem Land gibt. Nach der hier vertretenen Meinung gestatten weder das schweizerische Recht noch das Rom-Abkommen eine Diskriminierung nach dem Sitz des Rechteinhabers, der einer schweizerischen Verwertungsgesellschaft beitreten möchte. Es wäre daher rechtswidrig, die Mitgliedschaft bei der *Swissperform* nur den nach Art. 3 CH-RTVG der Melde- oder Konzessionspflicht unterstellten Sendern, d.h. den Sendern unter Schweizer Aufsicht, zuzuerkennen und die Erfordernisse eines Schweizer Sendebetriebs und einer Schweizer Betriebsstätte als Mitgliedschaftsvoraussetzungen aufzustellen.

## I. Einführung

Im Schweizer Recht gilt der Grundsatz, dass Verwertungsgesellschaften für alle Rechteinhaber, auch für ausländische Rechteinhaber, zugänglich sein müssen (Art. 42 Abs. 1 lit. c URG). „Zugänglich sein“ bedeutet jedoch nach gängiger Praxis nicht, dass alle ausländischen Rechteinhaber (genauer gesagt solche mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland), eine Mitgliedschaft in einer schweizerischen Verwertungsgesellschaft erhalten: Es wird unterschieden zwischen, einerseits, der Möglichkeit, seine Rechte von der Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen, und, andererseits, dem Recht, ihr als Mitglied beizutreten (oder zumindest bestimmte Mitwirkungsrechte ausüben zu können).

So findet man in den Statuten mehrerer Schweizer Verwertungsgesellschaften besondere Anforderungen an den Erwerb der Mitgliedschaft, die im Ergebnis dazu führen, dass die Möglichkeit einer Mitgliedschaft für ausländische Rechteinhaber stark eingeschränkt ist.<sup>1</sup> Solche Einschränkungen wurden bislang kaum infrage gestellt: Für Urheberinnen und Urheber im Ausland ist es aufgrund der zahlreichen Gegenseitigkeitsverträge mit Verwer-

1 Art. 3.2 der *Suissimage* Statuten: Bewerber und Bewerberinnen müssen nachweisen, dass sie „einen besonderen Bezug zur Schweiz aufweisen, wie insbesondere Wohnsitz, Sitz oder Nationalität“.

Art. 3 Abs. 2 der *Swissperform* Statuten: „Im Ausland niedergelassene Ausübende, Produzierende oder Sendeunternehmen, welche Inhaber von unter den Tätigkeitsbereich des Vereins fallenden verwandten Schutzrechte sind, können aufgenommen werden, wenn sie erhebliche Ressourcen und Aktivitäten in der Schweiz einsetzen und in diesem Territorium aktiv sind. Es müssen weiter beachtenswerte Gründe vorliegen, welche ihnen den Anschluss an eine ausländische Organisation als unzumutbar erscheinen lassen“.

Art. 3.1 der *ProLitteris* Statuten: Die Mitgliedschaft ist an die Bedingung geknüpft, dass der Berechtigte Ressourcen und Aktivitäten in der Schweiz oder in Liechtenstein hat. Im Gegensatz dazu enthalten die Statuten der *SUISA* und der *SSA* keine derartigen Einschränkungen.

tungsgesellschaften möglich, ihre Rechte in den Ländern wahrnehmen zu lassen, für die solche Vereinbarungen abgeschlossen wurden, sodass ein geringer Anreiz besteht, Mitglied einer Verwertungsgesellschaft in der Schweiz zu werden, zumal es die Urheberin oder der Urheber schon aus reiner Bequemlichkeit vorziehen wird, der Verwertungsgesellschaft des Landes beizutreten, in dem sie oder er ihren/seinen Wohnsitz hat, insbesondere aus Gründen der räumlichen Nähe und der Sprache.

Kürzlich stellte sich jedoch die Frage, ob ausländische Sendeunternehmen der schweizerischen Verwertungsgesellschaft für verwandte Schutzrechte, *Swissperform*, beitreten können. In der Schweiz unterliegt das Weitersenderecht der obligatorischen kollektiven Verwertung, und zwar auch dasjenige von Sendeunternehmen – was weltweit eine Besonderheit darstellt. Somit ist es den Sendern in der Schweiz verunmöglicht, über die Konditionen der Nutzung ihrer Programme mit den TV-Verbreitern selbst und direkt zu verhandeln. Sie sind gezwungen, diese Verhandlungen von den in der Schweiz ansässigen Verwertungsgesellschaften führen zu lassen. Darüber hinaus wird in der Praxis auch das Replay-TV in der Schweiz unter die Schrankenbestimmung des Privatgebrauchs subsumiert. Ganz wesentliche Aspekte ihrer Finanzierungsmodelle sind damit tangiert, insbesondere die Werbefinanzierung, weil die Tarife das Überspulen der Werbung zulassen.<sup>2</sup> Erschwerend kommt dazu, dass infolge des faktischen Ausschlusses der ausländischen Sender ein einziges Sendeunternehmen sämtliche Entscheidungen für die gesamte Branche fällen kann, wobei darauf hinzuweisen ist, dass der weitaus überwiegende Teil der in der Schweiz weitergesendeten Sender ausländischer Herkunft ist. Wir wurden veranlasst, eine Konsultation zuhanden einiger ausländischer Fernsehsender über deren Recht, Mitglied von *Swissperform* zu werden, abzugeben. Dieser Artikel basiert daher weitgehend auf dieser Konsultation.

Nach einem kurzen Überblick über den gesetzlichen Rahmen der kollektiven Verwertung in der Schweiz (nachfolgend II.) werden die im Kontext unserer Fragestellung relevanten Regeln, namentlich das Prinzip der „offenen Tür“ (nachfolgend III. 1.) unter Berücksichtigung des Wahrnehmungszwangs (nachfolgend III. 2.), das Recht auf Mitgliedschaft in der Verwertungsgesellschaft bzw. das Recht auf „angemessene Mitbestimmung“ nach Art. 42 Abs. 1 lit. d URG (nachfolgend III. 3.) behandelt, und es wird anschließend geprüft, ob ein solches Mitbestimmungsrecht auch den im Ausland ansässigen Rechteinhabern (Urhebern oder anderen) zuerkannt werden müsste. Schließlich wird die im Vergleich zu den übrigen Rechteinhabern spezielle Situation ausländischer Sendeunternehmen erläutert (nachfolgend IV.).

2 Siehe Absätze 3 und 5 von Ziffer 3.1 Buchstabe b des Gemeinsamen Tarifs 12, in dem die Vergütung für die Bereitstellung von Speicherkapazität zum Zweck der lokal oder im Netz durchgeführten privaten Aufzeichnung von Sendungen und Programmen festgelegt ist.

## II. Kurzer Überblick über den gesetzlichen Rahmen der kollektiven Verwertung in der Schweiz

Die kollektive Verwertung ist nur in den Fällen gesetzlich geregelt, in denen sie einer amtlichen Aufsicht unterliegt. Diese Aufsicht betrifft die Wahrnehmung der ausschließlichen Rechte zur Aufführung und Sendung von nicht-theatralischen Musikwerken sowie zur Herstellung von Ton- oder Videoträgern solcher Werke, die ausschließlichen Rechte, welche von Gesetzes wegen der obligatorischen Kollektivverwertung unterworfen sind,<sup>3</sup> und die gesetzlich vorgesehenen Vergütungsansprüche (Art. 40 URG).<sup>4</sup>

Die Aufsicht konkretisiert sich in einem Bewilligungssystem (Art. 41). Die Bewilligungen hängen von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen ab (Art. 42). Den Verwertungsgesellschaften werden überdies diverse Pflichten auferlegt (Art. 44 ff.), darunter fällt unter anderem die Pflicht, Tarife aufzustellen, die von einer von der Bundesverwaltung unabhängigen Stelle, der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, genehmigt werden müssen. Im Übrigen fällt die Aufsicht in die Zuständigkeit des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE).

Art. 42 Abs. 1 URG bestimmt, dass Bewilligungen nur Verwertungsgesellschaften erteilt werden, (a) die nach schweizerischem Recht gegründet worden sind und ihren Sitz und ihre Geschäftsleitung in der Schweiz haben, (b) deren Hauptzweck die Verwertung von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten ist, (c) die allen Rechtsinhabern offen stehen, (d) die den Urhebern und ausübenden Künstlern ein angemessenes Mitbestimmungsrecht bei Entscheidungen der Verwertungsgesellschaft einräumen, (e) die, insbesondere aufgrund ihrer Statuten, Gewähr für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen bieten und (f) die eine wirksame und wirtschaftliche Verwaltung erwarten lassen.

Abs. 2 sieht vor, dass in der Regel nur einer Gesellschaft pro Werkkategorie und einer Gesellschaft für verwandte Schutzrechte eine Bewilligung erteilt wird.

Die Regelungen im Art. 42 Abs. 1 URG gehören zum Verwaltungsrecht: Sie umschreiben die Bedingungen für die Erteilung der Verwertungsbewilligung. Die Einhaltung dieser Bedingungen kann von den Rechteinhabern nicht auf dem Zivilrechtsweg durchgesetzt werden.<sup>5</sup> Eine Anzeige bei der Verwaltungsbehörde (Aufsichtsbehörde) im Sinne von Art. 71 VwVG ist hingegen selbstverständlich möglich und die Rechtsmittel aus den Statu-

3 Das sind die in Art. 22 erwähnten Rechte (Recht der Weitersendung und des öffentlichen Empfangs), 22a (Archive von Sendeunternehmen), 22b (verwaiste Werke), 22c (Podcasts, die Musikwerke enthalten) und 24b (Ton- oder Bildträger, die zu Sendezwecken verwendet werden).

4 Art. 13 (Vermietung), 13a und 35a (Vergütung von Urhebern und Interpreten für das Zugänglichmachen im Internet), 20 (Privatgebrauch), 24c (Vervielfältigungen von Werken in einer für Behinderte zugänglichen Form) und 35 (Vergütung von Künstlern und Produzenten für die Verwendung von im Handel erhältlichen Ton- oder Bildträgern).

5 *Salvadé*, in: *Propriété intellectuelle, Commentaire romand*, Basel 2013 (zit. *Salvadé*, CoRo), Art. 42 N 2.

ten der Verwertungsgesellschaft oder den Verträgen mit den Verwertungsgesellschaften sind zudem vorbehalten.<sup>6</sup>

### III. Die einschlägigen Regeln

#### 1. Prinzip der „offenen Tür“ (Art. 42 Abs. 1 lit. c URG)

Art. 42 Abs. 1 lit. c URG statuiert das Prinzip der „offenen Tür“: Die zugelassenen Verwertungsgesellschaften müssen für alle Inhaber von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten zugänglich sein. „Zugänglich sein“ bedeutet jedoch nicht, dass die Verwertungsgesellschaften alle Rechteinhaber als Vollmitglieder akzeptieren müssen.<sup>7</sup> Nur ihre Dienstleistungen müssen allen Rechteinhabern zugänglich sein: Mit anderen Worten, die Rechteinhaber müssen die Gesellschaft mit der Verwaltung ihrer Rechte beauftragen können – was einen Wahrnehmungsvertrag voraussetzt, aber nicht notwendigerweise die Mitgliedschaft in der Gesellschaft.

Würde man aus Art. 42 Abs. 1 lit. c URG ableiten, dass die Verwertungsgesellschaften dazu verpflichtet sind, alle Rechteinhaber als Mitglieder aufzunehmen, hätte Buchstabe d kaum noch Bedeutung. Denn mit der Bestimmung, dass Verwertungsgesellschaften den originären Rechteinhabern „ein angemessenes Mitbestimmungsrecht bei Entscheidungen der Gesellschaft“ einräumen müssen, regelt Buchstabe d die Frage, wem (und in welchem Umfang) Mitbestimmungsrechte zustehen. Es ist also Buchstabe d, der die Mitgliedschaft oder, einfacher ausgedrückt, die Gewährung eines „angemessenen Rechts auf Mitbestimmung bei den Entscheidungen der Gesellschaft“ regelt.

Mit anderen Worten, das sogenannte „Prinzip der offenen Tür“ (Art. 42 Abs. 1 lit. c URG) befasst sich nur mit der Frage des Zugangs zu Verwertungsdienstleistungen, nicht aber mit der Mitgliedschaft oder den Mitbestimmungsrechten innerhalb der Verwertungsgesellschaft. Art. 42 Abs. 1 lit. d regelt diese Fragen.<sup>8</sup>

Im Übrigen differenziert Art. 42 Abs. 1 lit. c URG explizit nicht zwischen schweizerischen und ausländischen Rechteinhabern. Das Gesetz sieht in diesem Zusammenhang auch keinen Ausschluss vor. Gemäß den Gesetzesmaterialien sollte mit dieser Bestimmung vielmehr einfach verhindert werden, dass sich eine Verwertungsgesellschaft weigern könnte, die Rechte von derivativen Rechteinhabern wahrzunehmen.<sup>9</sup>

6 *Salvadé*, ebd.

7 *Meier*, in: Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. *Meier*, Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 4. Aufl.), Art. 42 N 6 („zumindest im Auftragsverhältnis wahrnimmt, ohne dass ihnen das den Mitgliedern vorbehaltene Mitbestimmungsrecht zugestanden zu werden braucht“); *Salvadé*, CoRo, Art. 42 N 8.

8 *Meier*, Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 4. Aufl., Art. 42 N 6; *Wittweiler*, Vertragsrecht in der kollektiven Verwertung/2. Teil: Der Wahrnehmungsvertrag, in: *Streuli-Youssef*, Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, S. 281.

9 BBl. 1989 III 555 f.

## 2. Die Verwertungspflicht (Wahrnehmungszwang)

### a) Allgemeines

Art. 44 URG konkretisiert die in Art. 42 Abs. 1 lit. c (Voraussetzung für die Erteilung der Bewilligung) vorgesehenen Bewilligungsvoraussetzungen, indem er die zugelassenen Verwertungsgesellschaften gegenüber den Rechteinhabern verpflichtet, die in ihren Tätigkeitsbereich fallenden Rechte wahrzunehmen.<sup>10</sup> Dies führt zu einer Verpflichtung, im Rahmen von Verwertungstätigkeiten, die unter Bundesaufsicht stehen (und damit insbesondere im Falle einer obligatorischen Kollektivverwaltung), mit den Rechteinhabern<sup>11</sup> Wahrnehmungsverträge abzuschließen.<sup>12</sup>

### b) Pflicht zur Verwaltung von Werken und Leistungen ausländischer Rechteinhaber

Nach der herrschenden Lehre ist dieser Wahrnehmungszwang nicht auf schweizerische Rechteinhaber oder solche, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben, beschränkt; daher können sich grundsätzlich auch ausländische Rechteinhaber auf ihn berufen.<sup>13</sup> Diese Regel steht im Einklang mit dem persönlichen Anwendungsbereich des URG, das nicht zwischen Rechteinhabern in der Schweiz und Rechteinhabern im Ausland unterscheidet.<sup>14</sup> Daher gilt der Grundsatz, dass zugelassene Verwer-

10 Govoni/Stebler, in: von Büren/David (Hrsg.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SIWR II/1, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. Govoni/Stebler, SIWR II/1, 3. Aufl.), N 1334.

11 Nicht jedoch mit den (Werk-)Nutzern. Da Art. 44 URG öffentlich-rechtliche Verpflichtungen begründet, schafft er keinen privatrechtlichen Kontrahierungszwang.

12 Govoni/Stebler, SIWR II/1, 3. Aufl., N 1333, 1334; Rehbindner/Haas/Uhlig, URG, 4. Aufl., Zürich 2022 (zit. Rehbindner/Haas/Uhlig), Art. 44 N 2. Contra: Salvadé, CoRo, Art. 44 N 3.

13 Govoni/Stebler, SIWR II/1, 3. Aufl., N 1332: „Dieser Wahrnehmungszwang ist nach innen gerichtet; er besteht demgemäss nur gegenüber den Rechtsinhabern, zu denen neben den originär Berechtigten auch ihre Rechtsnachfolger gehören. Er ist im Unterschied zum Wahrnehmungszwang des deutschen Wahrnehmungsgesetzes nicht auf die inländischen Rechtsinhaber beschränkt oder auf solche, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben“ (mit Verweis auf die alte Ausgabe von Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 3. Aufl., Art. 44 N 3). Hilty, Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020, S. 324: „Der Wahrnehmungszwang nach Art. 44 URG ist nicht auf inländische Urheber begrenzt“. Auch Hiestand, Der Wahrnehmungsvertrag, Bern 1994 (zit. Hiestand), S. 54 f. und Rehbindner/Haas/Uhlig, Art. 42 N 3 (Verwertungsgesellschaften stehen grundsätzlich auch ausländischen Rechteinhabern offen). Die den Verwertungsgesellschaften nahestehenden Autoren sind jedoch nicht dieser Meinung: cf. Meier, Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 4. Aufl., Art. 42 N 7; Salvadé, CoRo, Art. 42 N 9 und 45 N 12 und Brem/Salvadé/Wild, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, SHK-URG, 2. Aufl., Bern 2012 (zit. Brem/Salvadé/Wild, SHK-URG), Art. 45 N 12.

14 Cherpillod, in: Meer (éd.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SIWR II/1, 4. Aufl., Basel 2025 (zit. Cherpillod, SIWR II/1, 4. Aufl.), N 100; Egloff, Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 4. Aufl., Art. 1 N 2. Der einzige Vorbehalt besteht in Art. 35 Abs. 4 URG für das Vergütungsrecht der ausübenden Künstler (auch Art. 13a Abs. 4 und Art. 35a Abs. 4 URG können erwähnt werden; zu diesem Thema vgl. Cherpillod, Rémunération des auteurs et des artistes interprètes pour la mise en ligne de leurs œuvres et de leurs prestations, in: A.-L. Bandle, Le droit d'auteur révisé, Basel 2022, S. 89).

tungsgesellschaften ihre Dienstleistungen zumindest im Rahmen eines Verwaltungsmandats auch Rechteinhabern anbieten müssen, die im Ausland ansässig sind.

### c) *Pflicht zur Wahrnehmung und Gegenseitigkeitsverträge*

Die Lehre, welche einen Kontrahierungszwang mit ausländischen Rechteinhabern verneint, beruft sich auf die Existenz von Gegenseitigkeitsverträgen (Art. 45 Abs. 4 URG). So erklärt *Meier*,<sup>15</sup> dass der Grundsatz der „offenen Tür“ nicht bedeutet, dass alle ausländischen Rechteinhaber als Mitglieder oder Auftraggebende akzeptiert werden sollten (vielmehr müssten Gegenseitigkeitsverträge aufgesetzt werden, damit ihre Rechte in der Schweiz wahrgenommen werden können). *Salvadé*<sup>16</sup> behauptet seinerseits, dass „die Verpflichtung zum Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen zur Folge hat, dass ausländische Berechtigte keinen Anspruch auf einen direkten Anschluss an die Schweizer Verwertungsgesellschaften haben“. *Heinrich* räumt ein, dass ausländische Rechteinhaber darauf verwiesen werden können, sich an ausländische Verwertungsgesellschaften zu wenden, mit denen die schweizerische Gesellschaft Gegenseitigkeitsverträge abgeschlossen hat. Sie ist jedoch der Ansicht, dass die schweizerische Verwertungsgesellschaft aufgrund des Kontrahierungszwangs verpflichtet ist, einen Wahrnehmungsvertrag mit einem ausländischen Urheber abzuschließen, wenn dessen Rechte nicht auf der Grundlage eines Gegenseitigkeitsvertrags wahrgenommen werden können.<sup>17</sup>

Meiner Meinung nach muss zwischen der Regel (d.h. dem Wahrnehmungszwang und der Pflicht, Gegenseitigkeitsverträge abzuschließen) einerseits und der Umsetzung andererseits unterschieden werden. Unbestrittenermaßen enthält das Gesetz keine Bestimmung, die ausländische Rechteinhaber (genauer: solche, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben) vom Recht auf Zugang zu Verwertungsdienstleistungen in der Schweiz ausschließen würde. Da gilt also der Grundsatz, dass das Gesetz keine Diskriminierung zwischen schweizerischen (in der Schweiz ansässigen) und ausländischen (im Ausland ansässigen) Rechteinhabern vornimmt: Beide müssen ihre Rechte in der Schweiz geltend machen können.

Steht dieser Grundsatz einmal fest, stellt sich die Frage, wie eine Verwertungsgesellschaft der Pflicht zur Rechtswahrnehmung und zum Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen nachkommen kann. Für Rechteinhaber mit Sitz in der Schweiz muss es möglich sein, als Mitglied oder Auftraggeber direkt mit der Verwertungsgesellschaft zu kontrahieren. Eine Verwertungsgesellschaft, die es ihnen nicht ermöglicht, ihre Rechte in einem Verwertungstätigkeitsbereich, der unter die Aufsicht fällt, wahrnehmen zu lassen, würde die in Art. 41 vorgesehene Bewilligung nicht erhalten, weil sie die Voraussetzung von Art. 42 Abs. 1 lit. c URG nicht erfüllt. Zudem würde eine zugelassene Verwertungsgesellschaft ihre

15 *Meier*, Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 4. Aufl., Art. 42 N 7.

16 *Salvadé*, CoRo, Art. 45 N 12; *Brem/Salvadé/Wild*, SHK-URG, Art. 45 N 12; *Meier*, Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 4. Aufl., Art. 45 N 12.

17 *Heinrich*, SIWR II/1, 4. Aufl., N 1429.

Verwertungspflicht (Art. 44 URG) verletzen, wenn sie den Vertragsabschluss verweigern würde.

Im Stadium des Zulassungsverfahrens wird es zur Erfüllung der Verpflichtung von Art. 42 Abs. 1 lit. c URG gegenüber ausländischen Rechteinhabern ausreichen, wenn sich die Gesellschaft um den Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen bemüht: Im Zeitpunkt der Einreichung des Bewilligungsgesuchs verfügt die Gesellschaft noch nicht über ein Netz von Gegenseitigkeitsverträgen.<sup>18</sup>

Wenn nach Abschluss des Zulassungsverfahrens zwischen der Schweizer Gesellschaft und der ausländischen Gesellschaft ein Gegenseitigkeitsvertrag abgeschlossen ist, sind zwei Lösungen denkbar: Entweder wird der ausländische Rechteinhaber darauf verwiesen, mit der Verwertungsgesellschaft in seinem Land zu kontrahieren,<sup>19</sup> oder es wird ihm zugestanden, mit der schweizerischen Gesellschaft einen Wahrnehmungsvertrag einzugehen, vorausgesetzt er hat nicht bereits die Gesellschaft seines Landes mit der Wahrnehmung seiner Rechte in Bezug auf die Schweiz betraut.<sup>20</sup> Wenn aber kein Gegenseitigkeitsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft seines eigenen Landes besteht, muss dem ausländischen Rechteinhaber (originärer oder derivativer Rechteinhaber)<sup>21</sup> in den Bereichen, in denen die schweizerische Gesellschaft der Aufsicht unterliegt (und damit insbesondere im Falle einer obligatorischen Kollektivverwaltung), ein Recht auf Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags mit der schweizerischen Gesellschaft nach Art. 44 URG zuerkannt werden.<sup>22</sup> In einer solchen Situation muss die Verwertungsgesellschaft bereit sein, die Rechte dieses ausländischen Rechteinhabers direkt wahrzunehmen: Es reicht nicht aus, zu zeigen, dass sie sich um Gegenseitigkeitsverträge mit ihren Schwestergesellschaften bemüht. Würde man solche Be-

18 Govoni/Stebler, SIWR II/1, 3. Aufl., N 1335: „Gegenüber den ausländischen Rechtsinhabern ist dieser Pflicht zur Bündelung der Rechte und Ansprüche gemäss Art. 45 Abs. 4 URG Genüge getan, wenn sich die schweizerische Verwertungsgesellschaft darum bemüht, mit ihren ausländischen Schwestergesellschaften Gegenseitigkeitsverträge abzuschliessen“.

19 Das ist die von *Suissimage* praktizierte Regelung (Art. 5.2 ihrer Statuten: „SUISSIMAGE ist nicht verpflichtet, die Rechte eines/einer Berechtigten im Auftragsverhältnis wahrzunehmen, falls es im Lande seines/ihrer Sitzes oder Wohnsitzes eine Schwestergesellschaft gibt, die einen Wahrnehmungsvertrag mit SUISSIMAGE abgeschlossen hat und über die er seine bzw. sie ihre Rechte bei SUISSIMAGE geltend machen könnte“. Diese Lösung wäre mit dem europäischen Recht nicht vereinbar (*Salvadé*, CoRo, Art. 42 N 9 f.).

20 Das ist die von *SUISA* praktizierte Regelung (Art. 3.5 ihrer Statuten: „Die SUISA dient den Urhebern und Urheberinnen sowie den Verlegern und Verlegerinnen“. Art. 5.5.2: „Die Mitgliedschaft erlischt durch Übertritt zu einer Schwestergesellschaft unter Einhaltung der Kündigungsregelung des Wahrnehmungsvertrags“).

21 Art. 42 Abs. 1 lit. c URG.

22 Konrad, SIWR II/1, 4. Aufl., N 1405; Heinrich, SIWR II/1, 4. Aufl., N 1429; Govoni/Stebler, SIWR II/1, 3. Aufl., N 1335: „Ausländische Urheber, deren Rechte und Ansprüche nicht über Gegenseitigkeitsverträge mit anderen Verwertungsgesellschaften erfasst werden können, haben aufgrund des Kontrahierungszwangs Anspruch auf den Abschluss eines Wahrnehmungsvertrages mit der schweizerischen Verwertungsgesellschaft“. Diese Ansicht bezieht sich auf einen ausländischen Urheber, betrifft aber angesichts des Art. 42 Abs. 1 lit. c URG ganz allgemein jeden (originären oder derivativen) Rechteinhaber.



mühungen für ausreichend halten, würde dem Rechteinhaber – obwohl er nach Schweizer Recht als Rechteinhaber anerkannt ist – die Möglichkeit genommen, diese Rechte geltend zu machen, obwohl er keine andere Wahl hat, als diese kollektiv über die schweizerische Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen. Nur wenn ein Gegenseitigkeitsvertrag mit der Schwestergesellschaft in seinem Land besteht, ist der ausländische Rechteinhaber überhaupt in der Lage, die Rechte, die ihm das URG zuerkennt, in der Schweiz geltend zu machen.

Wenn der ausländische Rechteinhaber die Möglichkeit hat, seine Rechte in der Schweiz über eine Schwestergesellschaft in seinem Land geltend zu machen, sollte er dann gezwungen werden, dieser Gesellschaft beizutreten, oder genügt es, eine Doppelvertretung (in diesem Fall würde der Rechteinhaber sowohl von der Schwestergesellschaft in seinem Land als auch nochmals von der schweizerischen Verwertungsgesellschaft vertreten werden) zu vermeiden? Meiner Ansicht nach gibt es keinen Grund, einen ausländischen Rechteinhaber zu zwingen, sich der Schwestergesellschaft seines Landes anzuschließen: Weder der Gesetzestext noch irgendeine praktische Notwendigkeit macht das erforderlich.<sup>23</sup> Man kann ihm die Möglichkeit einräumen, seine Rechte von der schweizerischen Gesellschaft wahrnehmen zu lassen, solange er nicht einer anderen Gesellschaft beitrifft, die dieselben Rechte in der Schweiz wahrnimmt (auch wenn in der Praxis für Urheber die Mitgliedschaft in der Verwertungsgesellschaft ihres Landes meist die bequemste Lösung ist – für Sender ist die Situation anders, wie nachstehend gezeigt wird).<sup>24</sup> Nur wenn der Rechteinhaber einer Schwestergesellschaft im Ausland beigetreten ist, welche dieselben Rechte auch in der Schweiz (mittels eines Gegenseitigkeitsvertrags) wahrnimmt, ist es gerechtfertigt, ihm die Möglichkeit zu nehmen, seine Rechte zusätzlich der schweizerischen Gesellschaft einräumen zu können (Doppelvertretung).

Gemäß einer älteren Entscheidung der Aufsichtsbehörde<sup>25</sup> hat die Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften zum Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen mit ausländischen Schwestergesellschaften zur Folge, dass ein ausländischer Rechteinhaber, wenn ein Gegenseitigkeitsvertrag besteht, nicht verlangen kann, dass seine Rechte von der schweizerischen Gesellschaft direkt wahrgenommen werden, da dies eine „Umgehung“ des Gegenseitigkeitsvertrages bedeuten würde. Art. 45 Abs. 4 URG (Verpflichtung zum Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen) würde „ausgehöhlt“, wenn einem ausländischen Rechteinhaber eine solche Wahl ermöglicht würde. Diese – lapidaren – Gründe, die auch in der Entscheidung angeführt werden, sind nicht überzeugend: Für die Rechteinhaber sind Gegenseitigkeitsverträge *res inter alios acta*, die sie nicht binden; die Rechteinhaber „umge-

23 Zwar muss die Verwertungsgesellschaft prüfen, ob der Rechteinhaber nicht bereits Mitglied einer Verwertungsgesellschaft im Ausland ist, aber im digitalen Zeitalter und bei Verwertungsgesellschaften, die durch Gegenseitigkeitsverträge verbunden sind, dürfte dies kaum Schwierigkeiten bereiten.

24 Vgl. nachstehend IV. 2.

25 Entscheidung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 4. März 2008, zitiert von *Salvadé*, CoRo, Art. 45 N 12.

hen“ sie also nicht, indem sie sich dafür entscheiden, ihre Rechte von einer Verwertungsgesellschaft mit Sitz in einem anderen Staat als dem ihres Wohnsitzes wahrnehmen zu lassen. Auch die Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften zum Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen wird in einem solchen Fall nicht „ausgehöhlt“: Solche Vereinbarungen behalten gänzlich ihren Nutzen, sie sind selbst für jene ausländischen Rechteinhaber nützlich, die der schweizerischen Gesellschaft direkt beitreten, da sie ihnen ermöglichen, ihre Rechte im Ausland wahrnehmen zu lassen.

Die Auffassung, dass die Pflicht zum Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen es legitimieren würde, den direkten Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags mit einem ausländischen Rechteinhaber zu verweigern, fußt bei näherer Betrachtung auf keiner rechtlichen Grundlage. Sofern es im Wohnsitzstaat des Rechteinhabers eine Schwestergesellschaft gibt und die schweizerische Verwertungsgesellschaft mit dieser einen Gegenseitigkeitsvertrag abgeschlossen hat, kann man höchstens feststellen, dass dieser die Wahrnehmung der Rechte ausländischer Rechteinhaber in der Schweiz grundsätzlich ermöglicht.

#### d) Zusammenfassung

Meiner Ansicht nach muss ein ausländischer Rechteinhaber, sei es ein originärer oder ein derivativer Rechteinhaber (Art. 42 Abs. 1 lit. c URG), die Möglichkeit haben, seine Rechte von einer schweizerischen Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen (direkt oder indirekt),<sup>26</sup> aber er kann seine Rechte in der Schweiz nicht gleichzeitig von einer schweizerischen Gesellschaft und einer Schwestergesellschaft wahrnehmen lassen (er darf nicht doppelt vertreten sein). Sollte dieser Ansicht nicht gefolgt werden, dann müsste dem ausländischen Rechteinhaber zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, seine Rechte direkt von der schweizerischen Gesellschaft wahrnehmen zu lassen, wenn er keine Möglichkeit hat, sich einer Schwestergesellschaft in seinem Wohnsitzland anzuschließen (weil es dort keine gibt oder mit dieser kein Gegenseitigkeitsvertrag besteht).

Die Möglichkeit, Mitbestimmungsrechte in einer Verwertungsgesellschaft zu erwerben (das Recht, an den Entscheidungen der beaufsichtigten Verwertungsgesellschaft teilzunehmen), betrifft hingegen eine andere Fragestellung, die von Art. 42 Abs. 1 lit. d URG beantwortet wird, wie vorstehend erläutert wurde.

26 Unter dem Gesichtspunkt des Wahrnehmungszwangs (d.h. des Zugangs zur kollektiven Verwertung im Sinne von Art. 42 Abs. 1 lit. c URG), ist es nicht erforderlich, dass die schweizerische Verwertungsgesellschaft mit dem ausländischen Rechteinhaber direkt einen Wahrnehmungsvertrag abschließt: Der Wahrnehmungsvertrag kann auch über einen Stellvertreter bzw. Vermittler abgeschlossen werden (bei dem es sich um einen Verband oder eine andere rechtliche Einheit handeln kann, immer vorausgesetzt, dass dieser bzw. diese vom Rechteinhaber mit der Wahrnehmung der Rechte betraut wurde, wie z.B. die IRF Interessengemeinschaft Radio und Fernsehen, Zürich). Sofern dies zu einer effektiven Wahrnehmung der Rechte des Inhabers in der Schweiz führt, setzt die Möglichkeit des Zugangs zu Verwertungsdienstleistungen also keinen direkten Vertrag zwischen dem (ausländischen) Rechteinhaber und der Schweizer Verwertungsgesellschaft voraus.

### 3. Das Recht auf angemessene Mitbestimmung

#### a) *Recht aller originären Inhaber von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten*

Dem Wortlaut nach behält Art. 42 Abs. 1 lit. d URG das Mitbestimmungsrecht nur den „Urhebern“ und „ausübenden Künstlern“ vor; andere Rechteinhaber wie die Hersteller von Ton- und Tonbildträgern und Sendeunternehmen (sowie die derivativen Rechteinhaber) werden nicht erwähnt. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass diese Bestimmung so zu lesen ist, dass sie die Verwertungsgesellschaften verpflichtet, allen originären Rechteinhabern ein solches Recht zu gewähren, und dass die Versäumnis, die Hersteller von Ton- und Tonbildträgern sowie die Sendeunternehmen zu erwähnen, lediglich auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen ist.<sup>27</sup> Insbesondere den Sendeunternehmen wird daher ein Recht auf angemessene Mitbestimmung bei den Entscheidungen der Verwertungsgesellschaft eingeräumt, welche ihre originären Rechte verwaltet (d.h. die Rechte, die ihnen Art. 37 URG verleiht).

#### b) *Angemessenes Mitbestimmungsrecht*

Ein Mitbestimmungsrecht ist angemessen, wenn es dem Berechtigten die Möglichkeit einer effektiven Vertretung seiner Interessen in den Entscheidungsgremien der Gesellschaft ermöglicht,<sup>28</sup> was ein Stimm- und passives Wahlrecht<sup>29</sup> voraussetzt. Nach einer Entscheidung des IGE<sup>30</sup> ist diese Bestimmung dahingehend auszulegen, dass die originären Rechteinhaber die Möglichkeit haben müssen, auf der Grundlage der Statuten direkt die Mitgliedschaft zu erwerben.

Diese Bestimmung legt einen Grundsatz fest, der Anpassungen oder Ausnahmen zulässt. Diese müssen jedoch auf gerechtfertigten Gründen beruhen und dürfen den Grundsatz nicht aushöhlen. So ist es beispielsweise zulässig, dass auch bei originären Rechteinhabern die Gewährung von Mitbestimmungsrechten von Bedingungen abhängig gemacht wird, die das Interesse an der kollektiven Wahrnehmung widerspiegeln (z.B. Mindestbetrag eingenommener Vergütungen, Minstdauer des Anschlusses an die Verwertungsgesellschaft [Wartefrist]).<sup>31</sup> Insbesondere sollte ein Recht auf Mitbestimmung an den Entscheidungen der Verwertungsgesellschaft nur denjenigen Berechtigten zustehen, deren Werke oder Leistungen tatsächlich genutzt werden und aus denen ein Ertrag resultiert; daher können Statu-

27 Govoni/Stebler, SIWR II/1, 3. Aufl., N 1312; Meier, Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 4. Aufl., Art. 42 N 8; Reh binder/Haas/Uhlig, Art. 42 N 4; Brem/Salvadé/Wild, SHK-URG, Art. 42 N 11; Salvadé, CoRo, Art. 42 N 11.

28 Brem/Salvadé/Wild, SHK-URG, Art. 42 N 11.

29 Salvadé, CoRo, Art. 42 N 12.

30 Zitiert von Govoni/Stebler, SIWR II/1, 3. Aufl., N 1313.

31 Salvadé, CoRo, Art. 42 N 13 (mit einem Mindestbetrag an Entschädigungen aus den wahrgenommenen Rechten).

tenbestimmungen, die einen Mindestumfang des Nutzungsvolumens verlangen, nicht als von vornherein unzulässig angesehen werden.<sup>32</sup>

Grundsätzlich muss jeder originäre Rechteinhaber die Möglichkeit haben, seine Interessen in den Entscheidungsgremien der Verwertungsgesellschaft wirksam zu vertreten, und muss daher zu diesem Zweck ein direktes oder indirektes Stimmrecht und ein passives Wahlrecht<sup>33</sup> erhalten. Dieses Stimmrecht muss sich auf die grundlegenden Entscheidungen der Gesellschaft beziehen: Annahme und Änderung der Statuten, der Tarife, der allgemeinen Grundsätze für die Verteilung und Verwendung der nicht verteilbaren Vergütungen (Rückstellungen), Genehmigung der wichtigsten Dokumente über die durchgeführte Geschäftsführung (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Geschäftsbericht, Bericht der Revisionsstelle), der allgemeinen Anlagepolitik und der strategischen Entscheidungen über die internationale Politik der Gesellschaft.<sup>34</sup>

### c) Mitbestimmungsrecht für ausländische originäre Rechteinhaber?

Wie lit. c unterscheidet auch Art. 42 Abs. 1 lit. d URG nicht zwischen inländischen und ausländischen Rechteinhabern. Der Zweck dieser Bestimmung besteht im Übrigen darin, ein Mitbestimmungsrecht nur originären und nicht derivativen Rechteinhabern vorzubehalten und unter diesem Gesichtspunkt gibt es keine Rechtfertigung für eine prinzipielle Diskriminierung zwischen schweizerischen und ausländischen Rechteinhabern.

Mit der Einschränkung von zwingenden Mitbestimmungsrechten nur für originäre Rechteinhaber (Art. 42 Abs. 1 lit. d URG) wollte man verhindern, dass derivative Rechteinhaber (z.B. Majors der Filmindustrie) einen bestimmenden Einfluss in der Urhebergesellschaft mit dem Risiko erlangen, dass die Verwertungsgesellschaft die Interessen der Urheber vernachlässigt, obwohl das Gesetz gerade die Urheber schützen will. Und die gleiche Argumentation lässt sich für die anderen originären Rechteinhaber (ausübende Künstler, Hersteller von Ton- und Tonbildträgern sowie Sendeunternehmen) anführen: Die ausschließlichen Rechte wurden zu ihrem Schutze eingeführt. Das Schweizer Gesetz sieht die ausschließlichen Rechte vor, ohne zwischen Werken und Leistungen von schweizerischen und ausländischen Rechteinhabern zu unterscheiden.<sup>35</sup> Folglich muss eine unter amtlicher Aufsicht stehende Verwertungsgesellschaft ausländischen Rechteinhabern die gleichen Rechte einräumen, wenn sie sich in einer vergleichbaren Situation wie die Rechteinhaber mit Wohnsitz in der Schweiz befinden (dies ist übrigens auch eine Folge des Grundsatzes der Gleichbehandlung, Art. 45 Abs. 2 URG).

Darüber hinaus sind die Bestimmungen von Art. 42 Abs. 1 lit. a URG, die das Erfordernis einer Körperschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in der Schweiz und einer Ge-

32 Govoni/Stebler, SIWR II/1, 3. Aufl., N 1314 (mit dem Beispiel eines gewissen Nutzungsvolumens ohne aber zwischen inländischen und ausländischen Rechteinhabern zu unterscheiden).

33 Das indirekte Stimmrecht wird durch eine Delegiertenversammlung gewährleistet.

34 Zu diesem Punkt siehe *Hiestand*, S. 105.

35 Vgl. Fußnote 14 vorstehend.

schäftsleitung in der Schweiz aufstellen, nicht so zu verstehen, dass schweizerische Verwertungsgesellschaften sich nur um die Interessen von schweizerischen Rechteinhabern kümmern sollten: lit. a geht historisch zwar auf das alte Recht zurück, das der Tätigkeit der ausländischen *SACEM* in der Schweiz<sup>36</sup> ein Ende setzen wollte, heute lässt sich lit. a jedoch nur noch mit den Erfordernissen einer wirksamen Aufsicht rechtfertigen (insbesondere wäre die Überprüfung der Übereinstimmung der Tätigkeit der Gesellschaft mit den gesetzlichen Bestimmungen nach Art. 42 Abs. 1 lit. e bei Gesellschaften, die einer ausländischen Rechtsordnung unterliegen, kompliziert).<sup>37</sup> Laut Botschaft des Bundesrates sind unter Geschäftsleitung jene Organe zu verstehen, die sowohl die laufenden Geschäfte führen als auch Grundsatzentscheide selbstständig fällen können.<sup>38</sup> Mit anderen Worten handelt es sich um die Exekutive der Verwertungsgesellschaft (Vorstand/Verwaltungsrat, Geschäftsführung) nicht aber um die Mitgliederversammlung (oder die Delegiertenversammlung).

Schließlich bekräftigt auch die Tatsache, dass nur lit. a von Art. 42 Abs. 1 URG auf eine Zugehörigkeit zur Schweiz verweist, die Schlussfolgerung, dass die Rechte, die den Rechteinhabern in den lit. c und d derselben Bestimmung zuerkannt werden, nicht von ihrer Nationalität oder ihrem Wohnsitz abhängen: Wenn der Gesetzgeber solche Voraussetzungen ausdrücklich nur in lit. a aufgestellt hat, ohne sie in lit. c und d von Art. 42 Abs. 1 zu übernehmen, muss dies als Ausdruck einer bewussten Entscheidung gesehen werden.

Das Mitbestimmungsrecht bei den Entscheidungen der Gesellschaft erfüllt nicht dieselben Bedürfnisse wie das Recht auf Zugang zur kollektiven Wahrnehmung: Der Zugang zur Verwertung ermöglicht es dem (originären oder derivativen) Rechteinhaber, seine Rechte auf Schweizer Gebiet verwerten zu lassen, wenn sie unter die kollektive Verwertung fallen. Bei einem ausländischen Rechteinhaber kann dieser Anspruch sowohl durch einen Wahrnehmungsvertrag mit der Schweizer Verwertungsgesellschaft als auch durch die Mitgliedschaft in der Verwertungsgesellschaft seines Landes erfüllt werden, sofern die beiden Gesellschaften einen Gegenseitigkeitsvertrag abgeschlossen haben. In beiden Fällen werden die Rechte in der Schweiz von der schweizerischen Verwertungsgesellschaft wahrgenommen, im ersten Fall direkt, im zweiten Fall indirekt über die Gesellschaft des Heimatlandes.

Mit dem Recht auf Mitbestimmung an gesellschaftlichen Entscheidungen nach Art. 42 Abs. 1 lit. d URG kann der Rechteinhaber auf die Geschäftsführung der schweizerischen Gesellschaft Einfluss nehmen, um seine Interessen durchzusetzen. Beim ausländischen Rechteinhaber gelingt dies im Rahmen einer Mitgliedschaft in der Gesellschaft seines Landes oft nur rudimentär, selbst wenn die beiden Gesellschaften einen Gegenseitigkeitsvertrag geschlossen haben: Bei Unzufriedenheit mit der Verwertung in der Schweiz kann die ausländische Gesellschaft zwar die Beschwerden ihrer Mitglieder an die schweizerische Gesellschaft weiterleiten, aber sie verfügt in der Praxis über kein wirksames Druckmittel (die Drohung, den Gegenseitigkeitsvertrag zu kündigen, ist kein wirksames Mittel, wenn – wie

36 *Salvadé*, CoRo, Art. 42 N 4 mit weiteren Verweisen.

37 *Salvadé*, CoRo, Art. 42 N 6.

38 Botschaft des Schweizerischen Bundesrates vom 19. Juni 1989: BBl. 1989 III 477, S. 555; [https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1989/3\\_477\\_465\\_413/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1989/3_477_465_413/de).

es oft der Fall ist – ausländische Rechteinhaber daran interessiert sind, ihre Rechte in der Schweiz verwerten zu lassen). Und natürlich wird das Bedürfnis nach Beteiligung an gesellschaftlichen Entscheidungen noch ausgeprägter sein, wenn der ausländische Rechteinhaber nicht in der Lage ist, seine Interessen in Bezug auf die Wahrnehmung seiner Rechte in der Schweiz über eine Verwertungsgesellschaft in seinem Land durchzusetzen, weil es entweder keine solche Gesellschaft gibt oder weil mit der Schweizer Gesellschaft kein Gegenseitigkeitsvertrag besteht.

Die Notwendigkeit, Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft nehmen zu können, ist besonders groß, wenn es divergierende Interessen zwischen den Rechteinhabern gibt, deren Rechte verwertet werden. Ein solches Risiko kann insbesondere dann bestehen, wenn eine Gesellschaft verschiedene Kategorien von Rechteinhabern vertritt (insbesondere, wenn sie Interpreten, Produzenten und Sender vereint). Aber auch zwischen schweizerischen und ausländischen Rechteinhabern kann es zu Interessendivergenzen kommen. In dieser Hinsicht ist das Bestehen eines Gegenseitigkeitsvertrags nicht geeignet, das Risiko unterschiedlicher Interessen auszuschließen: Eine solche Vereinbarung gewährleistet zwar den (indirekten) Zugang zu Verwertungsdienstleistungen in der Schweiz (gemäß den Anforderungen von Art. 42 Abs. 1 lit. c URG), aber sie verleiht (originären) ausländischen Rechteinhabern kein angemessenes Mitbestimmungsrecht (im Sinne von Art. 42 Abs. 1 lit. d URG), obwohl ihre Interessen hypothetisch nicht mit denen der Schweizer Rechteinhaber übereinstimmen.

Wenn aber der ausländische Rechteinhaber Mitglied einer Schwestergesellschaft ist, die einen Gegenseitigkeitsvertrag mit der schweizerischen Gesellschaft unterhält, und er dieser die Rechte für das Gebiet der Schweiz übertragen hat, dann kann er selbstverständlich keinen Antrag auf Mitgliedschaft in der schweizerischen Gesellschaft stellen: Er kann die Rechte für ein bestimmtes Gebiet nicht zweimal übertragen.

Dagegen sollte die bloße Möglichkeit, dass im Land des ausländischen Rechteinhabers eine Schwestergesellschaft gegründet werden kann (und ein Gegenseitigkeitsvertrag geschlossen werden kann), meiner Meinung nach nicht ausreichen, um einem ausländischen Rechteinhaber ein angemessenes Mitspracherecht in der schweizerischen Verwertungsgesellschaft zu verweigern: Wenn der (ausländische) Rechteinhaber, nachdem er Mitglied der schweizerischen Gesellschaft geworden ist, Mitglied einer Schwestergesellschaft mit Gegenseitigkeitsvertrag zur Wahrnehmung derselben Rechte für das schweizerische Hoheitsgebiet wird, reicht es aus, dies als Ausschlussgrund aus der schweizerischen Gesellschaft anzusehen.

Aus denselben Gründen stellt die bloße Möglichkeit, einer (bestehenden) ausländischen Verwertungsgesellschaft beizutreten, die mit der schweizerischen Gesellschaft einen Gegenseitigkeitsvertrag abgeschlossen hat und es dem ausländischen Rechteinhaber daher ermöglichen würde, seine Rechte für das schweizerische Hoheitsgebiet über diese wahrnehmen zu lassen, an sich keinen Grund dar, einem ausländischen (originären) Rechteinhaber die Gewährung eines Mitbestimmungsrechts zu verweigern: Solange es keine Doppelmitgliedschaft für die Wahrnehmung derselben Rechte für das Schweizer Territorium gibt,

liegt kein objektiver Grund vor, den ausländischen Rechteinhaber darauf zu verweisen, einer Gesellschaft in seinem Land beizutreten (es genügt, den Rechteinhaber, der sich für dieselben Rechte und dasselbe Territorium zwei Gesellschaften anschließt, von der Schweizer Gesellschaft auszuschließen). Dieser Fall scheint zumindest für die Wahrnehmung von Urheberrechten theoretisch zu sein (bei Sendern ist die Situation anders): Der Urheber wird seine Rechte normalerweise sowohl in seinem Land als auch in anderen Ländern wahrnehmen lassen wollen und wenn es in seinem Hoheitsgebiet eine Verwertungsgesellschaft gibt, die ihm diese Möglichkeit bietet, dürfte er es in der Praxis vorziehen, mit dieser Gesellschaft Geschäfte zu tätigen. Wenn der Rechteinhaber in seinem Land seine Rechte jedoch individuell wahrnehmen kann (wie es in Europa bei Sendeunternehmen der Fall ist), gibt es keinen Grund, diesen Rechteinhaber zu zwingen, einer Verwertungsgesellschaft in seinem Land (falls es eine solche überhaupt gibt) beizutreten, um seine Rechte in der Schweiz wahrnehmen zu lassen.

Zusammenfassend zu diesem Punkt: Im Bereich der aufsichtspflichtigen Verwertung (also insbesondere bei der obligatorischen Kollektivverwertung) kann einem ausländischen originären Rechteinhaber das Recht auf Mitbestimmung bei den Entscheidungen der schweizerischen Verwertungsgesellschaft nicht allein deshalb verweigert werden, weil er keinen Sitz in der Schweiz hat: Dieses Recht kann ihm nur dann verweigert werden, wenn er (bereits) Mitglied einer Schwestergesellschaft ist und dieser die Rechte für das Territorium Schweiz übertragen hat und ein Gegenseitigkeitsvertrag mit der Schweizer Gesellschaft besteht. Wenn er erst später einer Schwestergesellschaft beitrifft und ihr die Verwertung derselben Rechte in der Schweiz anvertraut, ist das hingegen ein Grund für den Ausschluss aus der schweizerischen Verwertungsgesellschaft. Die bloße Möglichkeit, dass eine Schwestergesellschaft in seinem Land gegründet und ein Gegenseitigkeitsvertrag geschlossen werden könnte, oder dass er sich dort einer bereits gegründeten Verwertungsgesellschaft anschließen kann, reicht hingegen meiner Ansicht nach nicht aus, um das nach Art. 42 Abs. 1 lit. d URG gewährte Mitbestimmungsrecht zu verweigern.

Selbst wenn entgegen meiner Ansicht die grundsätzlich freie Wahlmöglichkeit infrage gestellt würde, gilt zumindest anzuerkennen, was im Zusammenhang mit dem Wahrnehmungszwang dargelegt wurde:<sup>39</sup> Der ausländische Rechteinhaber muss zumindest dann die Möglichkeit haben, seine Rechte direkt der schweizerischen Gesellschaft einzuräumen und konsequenterweise folglich auch ein angemessenes Mitbestimmungsrecht in der schweizerischen Verwertungsgesellschaft zu bekommen, wenn er keine Möglichkeit hat, sich einer Schwestergesellschaft in seinem Wohnsitzland anzuschließen (weil es dort keine gibt), oder weil diese Schwestergesellschaft keinen Gegenseitigkeitsvertrag mit der schweizerischen Gesellschaft geschlossen hat.

39 Vorstehend III. 2. d).

d) *Mitgliedschaft und Territorialität der kollektiven Wahrnehmung*

Gelegentlich wird argumentiert, die Zulassung ausländischer Rechteinhaber verstoße gegen das Territorialitätsprinzip.<sup>40</sup> Im eigentlichen, rechtlichen Sinn bedeutet das Territorialitätsprinzip im geistigen Eigentum, dass die Entstehung, die Wirkungen und das Erlöschen eines Rechts vom jeweiligen nationalen Recht abhängen. Wenn man sich im Zusammenhang mit der Organisation von Verwertungsgesellschaften auf das Territorialitätsprinzip beruft, bezieht man sich nicht auf diesen Rechtsgrundsatz (des internationalen Privatrechts), sondern auf einen Sachverhalt, d.h. eine Praxis, in Bezug auf die Art und Weise, wie sich die Verwertungsgesellschaften organisiert haben, von denen jede in ihrem nationalen Hoheitsgebiet tätig ist. Dieses „Prinzip“ (d.h. die Praxis der Organisation von Verwertungsgesellschaften) ist keine Rechtsregel und kann daher nicht als Begründung dafür dienen, dass nur schweizerische Rechteinhaber Mitglied einer Verwertungsgesellschaft in der Schweiz werden können.

Die Tatsache, dass es faktisch möglich ist, einer Verwertungsgesellschaft im Wohnsitzstaat beizutreten, führt nicht zu einer rechtlichen Verpflichtung, dieser Organisation beizutreten. Dies zeigt sich im Übrigen auch im europäischen Recht, welches eine solche Pflicht verbietet. Außerdem gibt es im Schweizer Recht keine Bestimmung, die auf das Bestehen einer solchen Pflicht schließen ließe. Im Gegenteil sei daran erinnert, dass Art. 42 Abs. 1 lit. d URG die beaufsichtigten Verwertungsgesellschaften verpflichtet, allen originären Rechteinhabern, einschließlich der Sendeunternehmen, ein angemessenes Mitspracherecht zu gewähren und zwar ohne eine Unterscheidung zwischen schweizerischen und ausländischen Rechteinhabern vorzunehmen.

e) *Verbot der Diskriminierung in Anbetracht des Rom-Abkommens*

Das Rom-Abkommen sieht den Grundsatz der Inländerbehandlung für ausübende Künstler, Hersteller von Tonträgern und Sendeunternehmen vor.<sup>41</sup>

Art. 2 Abs. 1 des Rom-Abkommens definiert den Grundsatz der Inländerbehandlung in Bezug auf Sendeunternehmen folgendermaßen: Unter Inländerbehandlung ist die Behandlung zu verstehen, die der vertragsschließende Staat, in dessen Gebiet der Schutz bean-

40 Die Botschaft des Bundesrates bezieht sich auf dieses „Prinzip“ im Zusammenhang mit der kollektiven Verwertung: BBl. 1989 III 477, S. 555.

41 Art. 6 des Abkommens sieht insbesondere Folgendes vor: „Jeder vertragsschliessende Staat gewährt den Sendeunternehmen Inländerbehandlung, wenn eine der folgenden Voraussetzungen vorliegt: a) der Sitz des Sendeunternehmens liegt in einem anderen vertragsschliessenden Staat; b) die Sendung ist von einem im Gebiet eines anderen vertragsschliessenden Staates gelegenen Sender ausgestrahlt worden“. In Art. 6 Abs. 2 wird Folgendes ergänzt: „Jeder vertragsschliessende Staat kann durch eine beim Generalsekretär der Organisation der Vereinten Nationen hinterlegte Mitteilung erklären, dass er Sendungen nur Schutz gewähren wird, wenn der Sitz des Sendeunternehmens in einem anderen vertragsschliessenden Staat liegt und die Sendung von einem im Gebiet desselben vertragsschliessenden Staates gelegenen Sender ausgestrahlt worden ist.“ Die Schweiz hat keinen solchen Vorbehalt (Art. 6 Abs. 2) abgegeben.



spricht wird, aufgrund seiner nationalen Gesetzgebung Sendungen gewährt, die von Sendern ausgestrahlt werden, die in seinem Gebiet gelegen sind. Der Abs. 2 dieser Bestimmung besagt weiter, dass die Inländerbehandlung „nach Massgabe des in diesem Abkommen ausdrücklich gewährleisteten Schutzes und der darin ausdrücklich vorgesehenen Einschränkungen gewährt“ wird. Dieser letzte Satz bedeutet, dass ein Mitgliedstaat, wenn er keinen Schutz (für seine Staatsangehörigen) vorsieht, zumindest einen Schutz gewähren muss, der den Mindestanforderungen des Abkommens mit den darin vorgesehenen Einschränkungen entspricht.<sup>42</sup> Mit anderen Worten: Wenn ein Mitgliedstaat seinen Staatsangehörigen weniger Rechte gewährt, als das Abkommen vorsieht, muss er den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten den durch das Abkommen eingeführten Mindestschutz gewähren. Umgekehrt ist der Grundsatz der Inländerbehandlung nicht auf die im Abkommen vorgesehenen Rechte beschränkt, d.h. wenn ein Mitgliedstaat seinen Staatsangehörigen mehr Rechte einräumt, als das Abkommen vorsieht, muss er diese Rechte auch den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten gewähren. So wird z.B. die Kabelweitersendung nicht im Abkommen erwähnt (es befasst sich nur mit der gleichzeitigen „Weitersendung“ mittels radioelektrischer Wellen und nicht über Kabel). Wenn ein Mitgliedstaat jedoch Sendungen vor der Weitersendung über Kabel schützt, kann er diesen Schutz ausländischen Sendern, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats haben, nicht verweigern: Dies wäre eine von Art. 6 des Übereinkommens verbotene Diskriminierung.

In Bezug auf Sendeunternehmen schränkt Art. 2 die Anwendung dieses Grundsatzes auf „Rundfunksendungen“ ein. Somit fallen nur Rechte, die sich auf den Schutz von Sendungen beziehen, unter den Grundsatz der Inländerbehandlung. Mitwirkungsrechte, die Sendeunternehmen innerhalb einer Verwertungsgesellschaft gewährt werden, betreffen nicht den Schutz ihrer Sendungen, zumindest nicht direkt. Wenn das geschützte Recht aber unter die obligatorische Kollektivverwertung gestellt wird, wie bei der Weitersendung, betreffen Mitwirkungsrechte die Modalität der Ausübung des geschützten Rechts. Die kollektive Verwertung nimmt dem Rechteinhaber die Möglichkeit, sein ausschließliches Recht selbst auszuüben. Wenn der Rechteinhaber keinen Einfluss auf die Willensbildung der Verwertungsgesellschaft hat, ist er in Bezug auf die Bedingungen der Ausübung seines Rechts vollständig dem Ermessen Dritter ausgeliefert (derjenigen, die an der gesellschaftlichen Willensbildung beteiligt sind), das betrifft insbesondere die Gestaltung der Tarife. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Tarife nicht nur die Höhe der Vergütung regeln, sondern auch die Modalitäten der Rechtsausübung: Beispielsweise spielen sie eine Rolle bei der Auslegung des Rechtsbegriffs „Sendeprogramm“ im Falle der zeitgleichen und unveränderten Weitersendung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 URG und auch bei der Abgrenzung des Be-

42 Vgl. *Masouyé*, Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention, WIPO 1981, S. 19–20.

reichs der kollektiven Verwertung von der individuellen Verwertung (Art. 22 Abs. 2 URG)<sup>43</sup> oder im Rahmen von Art. 19 Abs. 2 bzw. Abs. 3 lit. a URG bei der Frage, was unter die Privatkopie fällt.<sup>44</sup> Daher sind Rechte, die den Rechteinhabern in Bezug auf ihre Rechtsstellung innerhalb der Verwertungsgesellschaften eingeräumt werden, auch für den Schutz der Sendungen von Bedeutung. Der Schutz der Sendung ist mit einem ausschließlichen Recht nicht mehr gewährleistet, wenn die Ausübung dieses Rechts dem Rechteinhaber entzogen wird, weil es der kollektiven Verwertung unterstellt wird, und der Rechteinhaber selbst keine Möglichkeit bekommt, die Bedingungen, insbesondere die Tarife, für die Ausübung dieses Rechts durch die Verwertungsgesellschaft zu beeinflussen: Der Rechteinhaber erhält zwar einen Anteil am Verwertungserlös, die Modalitäten der Rechtsausübung entziehen sich jedoch vollständig seiner Kontrolle, nicht nur, weil das Recht der kollektiven Verwertung unterliegt, sondern auch, weil dem Rechteinhaber jede Möglichkeit genommen wird, die Modalitäten der Rechtsausübung zu beeinflussen. In einem System ausschließlicher Rechte, das der kollektiven Verwertung unterliegt, sind die Mitwirkungsrechte des Rechteinhabers in der Organisation der Verwertungsgesellschaft daher von besonderer Bedeutung für den eigentlichen Umfang des Schutzes, den er genießt. So können diese Mitwirkungsrechte nicht von dem Schutz, der dem Sender gewährt wird, getrennt werden. Unter dem Gesichtspunkt der vom Rom-Abkommen anerkannten Inländerbehandlung reicht es daher meiner Ansicht nach nicht aus, dass ausländischen Rechteinhabern das gleiche Exklusivrecht (Weitersenderecht) wie Inländern gewährt wird, wenn nur letztere an der Tarifgestaltung der Verwertungsgesellschaft mitwirken können. Ganz im Gegenteil, unter diesen Bedingungen sollten ausländischen Fernsehsendern (die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat des Rom-Abkommens haben) die gleichen Mitwirkungsrechte in der für die Wahrnehmung des Weitersenderechts zuständigen Körperschaft zuerkannt werden.

43 Die Beispiele *Hbb-TV* und die verschlüsselte HD-Signalverbreitung zeigen, dass die Auslegung des Begriffs „Sendeprogramm“ in die Geschäftsmodelle der Sendeunternehmen eingreifen kann (Art. 37 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 22 Abs. 1 URG). In diesem Zusammenhang halten es die Verwertungsgesellschaften im Rahmen des Tarifs GT 1 für zulässig, dass der Netzbetreiber die *Hbb-TV*-Signale bei der Weitersendung des Sendesignals nicht übernimmt (sodass diese Signale nicht an den Endkunden weitergeleitet werden), obwohl sie Teil des Signals sind, wie es vom Sendeunternehmen zum Satelliten gesendet wird. Darüber hinaus gehen die Verwertungsgesellschaften davon aus, dass die Kabelnetzbetreiber ein verschlüsseltes HD- oder UHD-Signal weitersenden dürfen, auch wenn das Sendeunternehmen der Entschlüsselung nicht zugestimmt hat. Laut Tarif (vgl. Art. 2.1 Abs. 2 GT 1) steht es den Kabelnetzen frei, ein ursprünglich verschlüsseltes Signal weiterzusenden, sofern das Programm irgendwo in der Schweiz unverschlüsselt empfangen werden kann (z.B., wenn das SD-Signal in unverschlüsselter Form über Satellit empfangen werden kann oder wenn ein ursprünglich verschlüsseltes Programm bereits von einem anderen Kabelnetz unverschlüsselt weitergesendet wird). Diese beiden Beispiele zeigen, dass die Art und Weise, wie die Tarife gesetzliche Begriffe (wie den des Sendeprogramms) auslegen, nicht über jede Kritik erhaben ist und die Rechte, die das Gesetz den Sendeunternehmen einräumt, berühren kann.

44 Vgl. I. Einführung.

## IV. Angemessenes Mitbestimmungsrecht für ausländische Sendeunternehmen?

### 1. Im Allgemeinen

Da die Bedingungen, unter denen ausländische Rechteinhaber ihre Rechte von einer schweizerischen Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lassen können, bereits zuvor untersucht wurden, bleibt noch zu klären, ob ausländische Sender Anspruch darauf haben, dass ihnen ein angemessenes Mitspracherecht an dieser Gesellschaft zuerkannt werden soll.

Bezüglich der Rechte, die ihnen das Gesetz in Art. 37 URG zuerkennt, sind die Sendeunternehmen originäre Rechteinhaber. Folglich erfüllen sie die in Art. 42 Abs. 1 lit. d URG aufgestellte Voraussetzung, um ein angemessenes Mitbestimmungsrecht zuerkannt zu bekommen.<sup>45</sup>

Bevor wir auf die Einzelheiten der Bedingungen für die Mitgliedschaft in der zuständigen Gesellschaft (*Swissperform*) eingehen, sollten wir uns einige der Besonderheiten der Rechtswahrnehmung von Sendeunternehmen in Europa vergegenwärtigen, deren Situation sich in vielerlei Hinsicht von der anderer Rechteinhaber unterscheidet.

### 2. Besonderheiten im Bereich der Rechtswahrnehmung der Sendeunternehmen in Europa

Die Wahrnehmung von Urheberrechten hat sich in Europa im Laufe der Jahre recht ähnlich entwickelt, während die Wahrnehmung der Rechte von Sendeunternehmen, die erst viel später und in einem anderen Umfeld eingeführt wurde, einen anderen Weg genommen hat.

Die Entwicklung der kollektiven Wahrnehmung wurde weitgehend von den französischen Gesellschaften vorangetrieben. In ihren jeweiligen Tätigkeitsgebieten haben die *SACD* und später die *SACEM* im Ausland, insbesondere in der Schweiz, Agenten oder Vertretungsbüros eingesetzt, die dann zur Gründung ähnlicher nationaler Gesellschaften führten. Diese waren als Gegenstücke zu den französischen Gesellschaften gedacht, aber jeweils in ihrem jeweiligen nationalen Gebiet und für ihren eigenen Verwertungsbereich. So entstand ein territoriales Verwertungssystem, bei dem jede Gesellschaft dazu berufen ist, die (durch die verschiedenen nationalen Gesetze verliehenen) Rechte zu verwalten. Um die Vertretung der Urheber in anderen Ländern zu gewährleisten, wurden auf Anregung der *CISAC* (Dachverband der Urheberrechtsgesellschaften) auf der Grundlage einheitlicher Prinzipien Vereinbarungen über die gegenseitige Vertretung geschlossen, sodass ein regelrechtes Netz von Gegenseitigkeitsverträgen entstand, wie wir es heute kennen.

Bei der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten konnten Urheberrechte im Ausland nur durch die Entwicklung solcher Gegenseitigkeitsverträge wahrgenommen werden. Diese Vereinbarungen haben einen solchen Grad an territorialer, homogener und nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit funktionierender Vernetzung erreicht, dass das Interesse eines

<sup>45</sup> Vgl. III. 3. a) vorstehend.

Urhebers, Mitglied einer ausländischen Gesellschaft zu werden, in der Regel praktisch nicht vorhanden ist: Durch die Einbringung seiner Rechte in seine nationale Gesellschaft und durch Gegenseitigkeitsverträge ist sichergestellt, dass der Urheber seine Rechte sowohl im Inland als auch im Ausland wahrnehmen lassen kann (zumindest in den Ländern, in denen es ein Verwertungssystem gibt). Die Homogenität der Rechte und Praktiken führt dazu, dass der Urheber auch kein Interesse daran hat, seine Stimme in ausländischen Verwertungsgesellschaften zu Gehör zu bringen. Unter diesen Umständen ist es verständlich, dass ein Teil der Lehre vorgeschlagen hat, dass die Wahrnehmung der Rechte ausländischer Rechteinhaber über Gegenseitigkeitsverträge erfolgen solle.<sup>46</sup>

Die Wahrnehmung der Rechte von Sendeunternehmen (verwandte Schutzrechte) ging hingegen einen anderen Weg. In der Schweiz wurden die Weitersenderechte, einschließlich der Rechte der Sendeunternehmen (Art. 37 URG), der obligatorischen Kollektivverwertung unterstellt (Art. 22 und 38 URG). Anders in Europa: dort unterliegen die exklusiven Weitersenderechte, die den Sendeunternehmen gewährt werden, nicht der obligatorischen kollektiven Verwertung.<sup>47</sup> Mit anderen Worten: Der europäische Gesetzgeber hat es den Sendeunternehmen freigestellt, ihre Rechte selbst zu verwalten, sich zu diesem Zweck vertreten zu lassen oder sich einer Verwertungsgesellschaft anzuschließen (wobei sie im letzteren Fall immer noch frei entscheiden können, für welche Territorien sie die Rechte wahrnehmen lassen wollen). Folglich gibt es kein internationales Netz von Gegenseitigkeitsverträgen für die Wahrnehmung der Rechte von Sendeunternehmen und es gibt nicht notwendigerweise in jedem nationalen Hoheitsgebiet Verwertungsgesellschaften für diese Rechte. Zudem steht die Gründung neuer Verwertungsgesellschaften für die Rechte von Sendeunternehmen angesichts der Freiheit, die diese insbesondere in Europa genießen, nicht auf der Tagesordnung.

In der Tat ist die europäische Landschaft für die Wahrnehmung von Weitersenderechten der Sendeunternehmen besonders heterogen (was zeigt, dass die Sendeunternehmen von der ihnen eingeräumten Freiheit weitgehend Gebrauch gemacht haben). Zunächst einmal gibt es in Europa keine Verwertungsgesellschaft, die alle Sendeunternehmen vertreten würde. In Deutschland vertritt z.B. *Corint Media* nur bestimmte private Sender (mit der bemerkenswerten Ausnahme der RTL-Gruppe, welche die Weitersenderechte selbst verwaltet) und die *VFF* umfasst nur die öffentlich-rechtlichen Sender. Anders als im Bereich der

46 *Salvadé*, CoRo, Art. 45 N 12; *Meier*, Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 4. Aufl., Art. 45 N 12: „Der Pflicht, nach Möglichkeit Gegenseitigkeitsverträge abzuschliessen, entspricht das Recht, ausländische Rechteinhaberinnen und Rechteinhaber nicht als Mitglieder oder Beauftragte zu akzeptieren, sondern sie an die entsprechende ausländische Verwertungsgesellschaft zu verweisen“.

47 Art. 10 der Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung sowie Art. 5 der Richtlinie 2019/789 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Festlegung von Vorschriften für die Ausübung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, die auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und Weiterverbreitungen von Fernseh- und Hörfunkprogrammen anwendbar sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 93/83/EWG des Rates.

Verwertung von Musikrechten, wo die *GEMA* im deutschen Recht eine (widerlegbare) Vertretungsvermutung genießt, gibt es für die Wahrnehmung der Rechte von Sendeunternehmen nichts dergleichen. Diese Heterogenität spiegelt die unterschiedlichen Interessen, Strategien und politischen Tendenzen der verschiedenen Akteure wider und macht es umso unwahrscheinlicher, dass sich in Zukunft eine Tendenz zur Zusammenfassung in einer einzigen Verwertungsgesellschaft abzeichnen könnte.

Die Besonderheiten der Rechtswahrnehmung der originären Rechte der Sendeunternehmen gehen noch weiter. Während es für die Wahrnehmung von Rechten an Werken, Darbietungen von Künstlern sowie Ton- und Tonbildträgern aus Gründen der Effizienz der Wahrnehmung wichtig ist, über ein „weltweites“ Repertoire zu verfügen (das sich gerade aus dem Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen zwischen Schwestergesellschaften ergibt), erfordert die Wahrnehmung von Rechten an Fernseh- oder Radioprogrammen nicht die Zusammenführung von nationalen Repertoires: Die Erlaubnis zur Weitersendung als solcher kann von jedem Sender selbst erteilt werden und zwar in einem Rahmenvertrag mit dem Kabelnetzbetreiber bzw. dem Anbieter des Radio- oder Fernsehdienstes, in dem die Bedingungen festgelegt werden, unter denen die Weitersendung erfolgen darf.

Daher berücksichtigt die Lehrmeinung, nach welcher das Mitbestimmungsrecht ausländischer Rechteinhaber durch das System der Gegenseitigkeitsverträge<sup>48</sup> konkretisiert würde, offensichtlich nicht die Besonderheiten, die mit dem Status der Sendeunternehmen verbunden sind: Was für die Verwertung von Musikrechten gilt, kann nicht auf den Sonderfall der Sendeunternehmen übertragen werden.

### 3. Mitgliedschaft ausländischer Sendeunternehmen und Gegenseitigkeitsverträge

Aus dem Gesagten folgt: Will man die Vertretung ausländischer Sender bei der Wahrnehmung ihrer Rechte in der Schweiz gewährleisten, kann man sie nicht wie die Urheber auf eine entsprechende Schwestergesellschaft in ihrem Heimatgebiet verweisen: Meistens gibt es eine solche Gesellschaft nicht und wenn es eine gibt, ist ihre Tätigkeit auf ihr Heimatgebiet oder das Gebiet bestimmter Staaten beschränkt. Außerdem gibt es keine internationale Tendenz, neue Verwertungsgesellschaften für die Rechte der Sendeunternehmen zu gründen, da das europäische Recht den Sendeunternehmen bei der Wahrnehmung ihrer Weitersenderechte völlige Organisationsfreiheit einräumen wollte. Daher ist nicht mit der Gründung neuer Verwertungsgesellschaften (und dem Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen mit *Swissperform* für die Weitersenderechte von Sendeunternehmen) zu rechnen.

Darüber hinaus gibt es keinen objektiven Grund dafür, dass die Anwendung des Schweizer Rechts ausländische Sender dazu veranlassen sollte, in ihren jeweiligen Ländern Verwertungsgesellschaften zu gründen (oder sie sogar dazu zu zwingen, ihre Rechte an eine ausländische Verwertungsgesellschaft für die Wahrnehmung in der Schweiz zu übertragen), während ihre Gesetze (in diesem Fall das europäische Recht) sie bei der Wahrnehmung ihrer Weitersenderechte frei lässt: Es ist nicht Sache des Schweizer Rechts, die Bedingun-

48 Fußnote 46 vorstehend.

gen für die Wahrnehmung der Rechte zu beeinflussen, die das europäische Recht den Sendern zuweist. Im Gegenteil, das Schweizer Recht sollte die Freiheit respektieren, mit einer ausländischen Verwertungsgesellschaft zu kontrahieren oder nicht, insbesondere wenn das ausländische (in diesem Fall europäische) Recht bewusst darauf verzichtet hat, die Weitersenderechte der Sender der kollektiven Verwertung zu unterwerfen. Die Möglichkeit, ihre Weitersenderechte individuell wahrzunehmen, ist ein Recht, welches das europäische Recht den Sendeunternehmen zuerkennt, und das Schweizer Recht ist nicht dazu berufen, ihnen diese Möglichkeit zu nehmen (und noch weniger kann seine Auslegung das verlangen).

#### 4. Möglichkeit für ausländische Sender, Mitglied von *Swissperform* zu werden?

Gemäß Art. 3 Abs. 3 der Statuten von *Swissperform* können im Ausland wohnhafte Interpreten, Produzenten und Sendeunternehmen, die Inhaber von verwandten Schutzrechten sind, die in den Tätigkeitsbereich des Verbandes fallen, aufgenommen werden, wenn sie in der Schweiz „erhebliche Aktivitäten und Ressourcen“ entfalten und in diesem Gebiet tätig sind. Darüber hinaus müssen sie „beachtenswerte Gründe“ dafür vorbringen, dass es für sie unzumutbar ist, einer ausländischen Verwertungsgesellschaft beizutreten.

In Bezug auf ausländische Sendeunternehmen sind die von *Swissperform* wahrgenommenen Rechte die Rechte, welche der obligatorischen Kollektivverwertung unterliegen, d.h. die Weitersenderechte und die Vergütungsansprüche (die mit der Weitersendung zusammenhängen).<sup>49</sup> Für die Weitersendung eines im Ausland ausgestrahlten Programms in der Schweiz (das den Schutz von Art. 37 URG genießt, auch wenn es aus dem Ausland gesendet wird), benötigt der Sender keine Infrastruktur, keine Humanressourcen und keine feste Niederlassung in der Schweiz: Es genügt, ein Signal auszusenden, das in der Schweiz von einem Kabelnetzbetreiber oder einem Anbieter von Telekommunikationsdiensten empfangen werden kann. Der Sender braucht keine weitere Infrastruktur für die Weitersendung in der Schweiz als diejenige von Kabelnetzbetreibern und Anbietern von Telekommunikationsdiensten. Die in den Statuten von *Swissperform* festgelegten Kriterien sind nicht angemessen, wenn sie von ausländischen Sendeunternehmen verlangen, dass sie im eigentlichen Sinne „Aktivitäten“ und vor allem „erhebliche Ressourcen“ in der Schweiz vorweisen müssen: Grundsätzlich haben nur Sendeunternehmen, die aus der Schweiz senden, eine Betriebsstätte, Infrastrukturen, Humanressourcen oder eine feste Niederlassung in der Schweiz. Folglich darf die Mitgliedschaft eines ausländischen Sendeunternehmens nicht davon abhängen, dass es in der Schweiz „erhebliche“ Ressourcen einsetzt. Andernfalls könnte ein ausländischer Sender faktisch nie Mitglied von *Swissperform* werden. Außerdem bedeutet das Vorhandensein von Investitionen (Ressourcen) in der Schweiz oder eine „feste Niederlassung“ nicht notwendigerweise, dass der Sender eine gewisse Bedeutung in Bezug auf Einschaltquoten (Bedeutung in den Augen des Publikums) oder in Bezug auf Einnahmen (Bedeutung für die Verwertungsgesellschaft) hätte. Es ist jedoch nicht einzuse-

49 Dies betrifft insbesondere das Recht auf Vergütung für Privatkopie (wobei daran zu erinnern ist, dass in der Schweiz Replay-TV als Fall von Privatkopie behandelt wird).

hen, warum die Mitgliedschaft in der Verwertungsgesellschaft einem sog. helvetischen Sender unabhängig von der Bedeutung der Einschaltquoten und der Einnahmen zuerkannt werden sollte, während sie einem ausländischen Sender verweigert würde, dessen Programme in der Schweiz weit verbreitet sind und der somit erhebliche Einnahmen für die Verwertungsgesellschaft generiert. Anstatt einseitig bei ausländischen Sendern von der Bedeutung der in der Schweiz lokalisierten Ressourcen auszugehen, sollte die Möglichkeit, Mitglied zu werden, von der Bedeutung des Senders für die Verwertungsgesellschaft abhängen: Je wichtiger ein Akteur wirtschaftlich ist, desto mehr Interesse hat er daran, ein Mitspracherecht bei der Wahrnehmung der Rechte und bei den Entscheidungen der Gesellschaft zu haben.

Damit die Anforderungen von Art. 3 Abs. 3 der Statuten von *Swissperform* in einer Weise interpretiert werden, die sowohl mit dem Gesetzestext (Art. 42 Abs. 1 lit. d URG, wonach originären Rechteinhabern ein „angemessenes Mitspracherecht“ ohne Unterscheidung nach ihrem Wohnsitz eingeräumt werden muss) als auch mit den Realitäten der Weitersendung von Programmen ausländischer Sender (die in der Schweiz keine erheblichen Aktivitäten und Ressourcen erfordert) vereinbar ist, müssen die Begriffe „Aktivitäten“ und „Ressourcen“ relativiert werden.

Entsprechend sollte die „Aktivität“ in der Schweiz in Bezug auf die Weitersendung eines Programms in dem Sinne verstanden werden, dass es sich um ein Programm handelt, dessen Signal in der Schweiz empfangen<sup>50</sup> und tatsächlich weitergesendet wird. Diese Aktivität kann als „erheblich“ angesehen werden, wenn ihre Bedeutung nicht marginal ist, was von den Einschaltquoten abhängt, die variabel sind, aber die Programme der französischen, deutschen und italienischen Sender sind in der Schweiz sehr beliebt, zumindest in den betreffenden Sprachregionen. Insbesondere ist ein Programm, welches in der Schweiz den „MustCarry“-Status genießt, *per se* nicht als marginal einzustufen.<sup>51</sup>

Bei ausländischen Sendeunternehmen sind die Ressourcen im Zusammenhang mit der Weitersendung ihrer Programme in der Schweiz (neben den Ressourcen, die sich auf die Veranstaltung des Programms und seine Ausstrahlung beziehen) jene, die dafür eingesetzt werden, dass das Programm in der Schweiz weitergesendet werden kann. Objektiv „erheblich“ sind diejenigen, die sich auf die Veranstaltung des Programms und seine Ausstrahlung beziehen. Für ausländische Sender werden solche Ressourcen per Definition im Ausland,

50 Oder im Sinne von Ziffer 2.1 Absatz 5 des Gemeinsamen Tarifs GT 1 zur Verfügung gestellt wird. Der GT 1 ist der Tarif, der sich mit den Vergütungen für die Weitersendung von geschützten Werken und Leistungen in Kabelnetzen auf Fernsch Bildschirmen befasst. Es handelt sich um einen „gemeinsamen“ Tarif, da er die Repertoires der fünf in der Schweiz zugelassenen Verwertungsgesellschaften umfasst. Die Weitersendung über IP-basierte Netze auf mobile Endgeräte oder PC-Bildschirme wird durch den GT 2 b geregelt.

51 Es handelt sich um Programme, welche die Anbieter von Fernmeldediensten in gleichwertiger Qualität kostenlos verbreiten müssen (vgl. Art. 59 Abs. 2 RTVG). Zu diesen gehören auch bestimmte ausländische Programme, die in der Schweiz weiterverbreitet werden: *ARD, ORF 1, France 2, Rai Uno, ARTE, 3Sat, TV5* und *Euronews*, siehe <https://www.bakom.admin.ch> unter dem Stichwort „Übersicht Must-Carry-Programme“.

im Land der Ausstrahlung, eingesetzt. Daher kann man entweder davon ausgehen, dass Art. 3 Abs. 3 objektiv erhebliche Ressourcen im Zusammenhang mit der *Ausstrahlung* des Programms verlangt (und in diesem Fall muss man sich auf die im Ausland eingesetzten Ressourcen für ausländische Sendeunternehmen stützen), oder man ist der Ansicht, dass diese Statutenbestimmung nur die für die *Weiterwendung* eingesetzten Ressourcen betrifft (und in diesem Fall muss der „erhebliche“ Charakter der eingesetzten Ressourcen relativiert werden). Außerdem werden die Ressourcen, die objektiv erforderlich sind, damit ein ausländisches Programm in der Schweiz weitergesendet werden kann, nicht in der Schweiz eingesetzt: Die Ressourcen für die Ausstrahlung eines Satellitensignals (oder eines terrestrischen Signals im Falle eines Spillovers), das in der Schweiz empfangen werden kann, werden grundsätzlich im Ausland, im Land der Ausstrahlung, ausgegeben. Wenn es um die Weiterwendung ausländischer Programme geht, kann das Kriterium also nicht der geographische Standort der Ressourcenverwendung sein (sich auf den Standort zu stützen, wäre im Übrigen diskriminierend im Sinne von Art. 42 Abs. 1 lit. d URG): Es ist vielmehr angebracht, zu prüfen, ob der ausländische Sender Anstrengungen unternommen hat, damit sein Programm in der Schweiz weitergesendet werden kann. *Objektiv erforderlich* sind in diesem Zusammenhang die Ressourcen, die für die Ausstrahlung eines Signals aufgewendet werden, das in der Schweiz empfangen und weitergesendet werden kann: bei terrestrischer Verbreitung sind dies die Ressourcen für die Ausstrahlung eines Signals, das einen Spillover ermöglicht; bei Satellitenverbreitung die Ressourcen für die Einspeisung des Satellitensignals; und wenn ein Programm Telekommunikationsdiensteanbietern zur Verfügung gestellt wird (vgl. Ziffer 2.1 Abs. 5 GT 1), sind dies die Ressourcen, die für diese Bereitstellung erforderlich sind. Dabei handelt es sich nicht nur um technische, sondern auch um personelle und finanzielle Ressourcen (Kosten). Nun muss man in jedem Fall davon ausgehen, dass die für die Ausstrahlung eines Signals oder das Zurverfügungstellen eines Programmsignals aufgewendeten Ressourcen erheblich sind, auch wenn sie nicht mit den für die Veranstaltung des Programms aufgewendeten Ressourcen vergleichbar sind. Sind solche Ressourcen erstellt, sollte die statutarische Anforderung bezüglich der erheblichen Ressourcen (Art. 3 Abs. 3 der Statuten), die aufgewendet werden, als erfüllt angesehen werden. Im Übrigen können ausländische Programme nur dank der von ihren Sendern eingesetzten Ressourcen in der Schweiz empfangen und weitergesendet werden. Da die ausländischen Sender einen erheblichen Marktanteil erreichen und somit in der Schweiz einen erheblichen Umsatz für die Telekommunikationsanbieter und damit für die Schweizer Verwertungsge-



sellschaften generieren, ist davon auszugehen, dass sie in der Schweiz im Sinne der statistischen Anforderungen als „aktiv“ zu gelten haben.<sup>52</sup>

Zu diesem Erfordernis (erhebliche Aktivitäten und Ressourcen in der Schweiz) ist übrigens anzumerken, dass solche Anforderungen nicht an Schweizer Sender gestellt werden (heute kann jeder schon mit einer relativ geringen Investition Radioveranstalter werden): In der Schweiz ansässige Veranstalter müssen lediglich der Meldepflicht bzw. dem schweizerischen Konzessionssystem nach öffentlichem Recht unterliegen, um Mitglied zu werden. Tatsächlich definiert Art. 3 Abs. 2 der Statuten von *Swissperform* den Begriff der Sendeunternehmen als „Unternehmen, welche Radio- oder Fernsehprogramme veranstalten und gemäss Art. 3 RTVG der Melde- oder Konzessionspflicht unterliegen“. Der Verweis auf das öffentliche Radio- und Fernsehgesetz erstaunt, da die urheberrechtliche Eigenschaft als Sendeunternehmen auf keinen Fall von öffentlich-rechtlichen Vorschriften abhängt.<sup>53</sup> Da Sender, die aus der Schweiz senden, auch der Melde- und Konzessionspflicht nach Art. 3 RTVG unterliegen, ist die Tatsache, dass die Statuten der *Swissperform* bei der Entscheidung über die Mitgliedschaft von Schweizer Sendern darauf Bezug nehmen, unproblematisch. Würde man diese (dem öffentlichen Recht entlehnte) Definition jedoch auf ausländische Sender anwenden, wäre es ihnen unmöglich, Mitglied von *Swissperform* zu werden (und Art. 3 Abs. 3 der Statuten von *Swissperform*, der sich mit den Voraussetzungen befasst, unter denen ein ausländischer Sender Mitglied werden kann, würde überflüssig). Nun hängt die Eigenschaft als Sendeunternehmen aber offensichtlich nicht von den Regeln des öffentlichen Rechts ab, sondern vom Urheberrechtsgesetz (und dem Rom-Abkommen). Es wäre daher absurd, die Mitgliedschaft nur den nach Art. 3 RTVG der Melde- oder Konzessionspflicht unterliegenden Sendern zu beschränken.

- 52 Auf der Grundlage der von *Mediapulse* durchgeführten Messungen gibt das Bundesamt für Statistik (BFS) Folgendes an:

**Deutschschweiz:** „Fernsehen: Marktanteile der wichtigsten Sender in der Deutschschweiz“ – 58.1 % der Nutzung entfällt im Jahr 2024 auf ausländische Fernsehsender. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/rm/home.assetdetail.35647926.html>

**Westschweiz:** „Fernsehen: Marktanteile der wichtigsten Sender in der französischen Schweiz“ – 68.7 % der Nutzung entfällt im Jahr 2024 auf ausländische Fernsehsender. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/rm/home.assetdetail.35647925.html>

**Italienische Schweiz:** „Fernsehen: Marktanteile der wichtigsten Sender in der Schweiz, 2024“ – 67.3 % der Nutzung entfällt im Jahr 2024 auf ausländische Fernsehsender. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/rm/home/statisticas/catalogs-bancas-datas.assetdetail.35647910.html>

- 53 Höchstens einer der Kommentatoren hat dabei auf das Radio- und Fernsehgesetz Bezug genommen, um Sendeunternehmen von Fernmeldediensteanbietern wie *Zattoo* oder *Swisscom* abzugrenzen (*Egloff*, Barrelet/Egloff, Urheberrecht, 4. Aufl., Note 4: „Sendeunternehmen ist die für die Programminhalte juristische (oder theoretisch auch natürliche) Person. [...] Sendeunternehmen sind daher in der Schweiz diejenigen Unternehmen, welche Radio- und Fernsehprogramme veranstalten und gemäss Art. 3 RTVG einer Melde- oder Konzessionspflicht unterliegen. Keine Sendeunternehmen im Sinne dieser Bestimmungen sind Firmen, welche nicht eigenen Programme veranstalten, sondern die Programme anderer Veranstalterinnen weiterverbreiten oder zugänglich machen (so z.B. Zattoo oder Swisscom TV). Eine Sendetätigkeit in der Schweiz ist nicht Schutzvoraussetzung: Auch ein ausländisches Sendeunternehmen oder ein Schwarzsender können für ihre Sendungen Rechtsschutz aus Art. 37 beanspruchen.“).

sionspflicht unterstellten Sendern, d.h. den Sendern unter Schweizer Aufsicht, zuzuerkennen.

Darüber hinaus verlangen die Statuten der *Swissperform* von den Sendern in Art. 3 Abs. 3 den Nachweis, dass es „für sie unzumutbar ist, einer ausländischen Organisation beizutreten“. Art. 3 Abs. 3 der Statuten stellt damit ein unsachliches Kriterium auf: Die Frage ist nicht, ob es unzumutbar ist, einer ausländischen Organisation beizutreten, sondern ob es gerechtfertigt ist, Sendeunternehmen im Ausland zur Schaffung von Strukturen drängen zu wollen, die ihnen angesichts der Art und Weise, wie sie sich im Ausland auf Basis der ihnen vom europäischen Gesetzgeber zugestandenen Freiheit organisiert haben, nicht nützlich wären (diese Strukturen wären auch für Schweizer Sendeunternehmen nicht nützlich, da sie selbst kein Interesse an der Weitersendung ihrer Programme im Ausland haben<sup>54</sup> oder dort ihre Rechte direkt oder indirekt selbst wahrnehmen). Man kann Art. 3 Abs. 3 der Statuten aber auch so auslegen, dass es geradezu unzumutbar wäre, sie zur Schaffung von Strukturen zu drängen, die ihnen nicht dienlich sind, oder sie zu zwingen, einer bestehenden Organisation im Heimatland beizutreten, d.h. in einem Land, in dem sie ihre Rechte selbst wahrnehmen.

Insbesondere, wenn es im Land des Rechteinhabers keine Schwestergesellschaft gibt, mit der *Swissperform* einen Gegenseitigkeitsvertrag abgeschlossen hat, kann *Swissperform per definitionem* von einem ausländischen Sendeunternehmen nicht verlangen, Mitglied einer solchen – nicht vorhandenen – Gesellschaft zu werden. Art. 3 Abs. 3 der Statuten von *Swissperform*, der die Idee widerspiegelt, dass ein ausländischer Rechteinhaber grundsätzlich auf die Mitgliedschaft in der Schwestergesellschaft verwiesen werden sollte, es sei denn, eine solche Forderung erscheint als unzumutbar, ist *a fortiori* dahingehend auszulegen, dass der ausländische Rechteinhaber auf jeden Fall als Mitglied aufgenommen werden muss, wenn es ihm schlichtweg nicht möglich ist, einer Schwestergesellschaft beizutreten, weil eine solche nicht existiert oder weil es keinen Gegenseitigkeitsvertrag gibt.

Schließlich ist zu betonen, dass helvetische und ausländische Sender nicht unbedingt die gleiche Politik und die gleichen Prioritäten bei der Verwertung ihrer Programme verfolgen.

So kam es im Zusammenhang mit dem GT 12 zu Meinungsverschiedenheiten u.a. über die Frage, wie lange Programme im Catch-up-TV vorgehalten werden können.<sup>55</sup> Zudem haben ausländische Sender (wenn sie keine Schweizer Werbefenster haben) andere Interessen als Sender mit Schweizer Werbung (letzttere möchten, dass der Tarif den Verlust von Werbeeinnahmen ausgleicht, der durch Funktionen entsteht, die es den Zuschauern ermöglichen, die Werbung zu überspringen, während andere Sender nicht mit diesem

54 Schweizer Sender haben in der Regel nicht die Möglichkeit, ihre Programme im Ausland zu vermarkten, da die Kosten für den Erwerb von Rechten für ausländische Gebiete zu hoch sind: sie erwerben lieber Rechte, die auf die Schweiz beschränkt sind, um von günstigeren Preisen zu profitieren.

55 Im Rahmen des mit den Nutzerverbänden ausgehandelten Einigungstarifs ging es insbesondere um die Frage, ob die Replay-TV-Dauer auf sieben oder auf 14 Tage begrenzt werden sollte.

Problem konfrontiert sind). Schließlich gab und gibt es divergierende Interessen bei der Branchenlösung über Replay Ads, welche in den GT 12 Eingang gefunden hat. Hier beschränkt sich die Interessendivergenz nicht auf die Schweiz und das Ausland, sondern besteht zwischen privaten Sendern, die neue Werbeformen im Replay ausstrahlen oder ausstrahlen wollen, und anderen Sendern, die zwar Schweizer Werbung haben, aber keine Replay-Werbung vermarkten.

## V. Schlussfolgerungen

Der Grundsatz der „offenen Tür“ (Art. 42 Abs. 1 lit. c URG) betrifft nur die Zugänglichkeit zu Verwertungsdienstleistungen (d.h. die Möglichkeit, seine Rechte in der Schweiz wahrnehmen zu lassen), nicht aber die Möglichkeit, eine Mitgliedschaft zu erwerben oder über Mitbestimmungsrechte zu verfügen. Die Frage der Mitbestimmungsrechte wird in Art. 42 Abs. 1 lit. d URG geregelt.

Ein ausländischer Rechteinhaber, sei es ein originärer oder ein derivativer Rechteinhaber (Art. 42 Abs. 1 lit. c URG), muss die Möglichkeit haben, seine Rechte von einer schweizerischen Verwertungsgesellschaft (direkt oder indirekt) wahrnehmen zu lassen; er kann jedoch nicht dieselben Rechte in der Schweiz gleichzeitig direkt von einer schweizerischen Gesellschaft und von einer Schwestergesellschaft wahrnehmen lassen.

Im Bereich der aufsichtspflichtigen kollektiven Verwertung muss jeder originäre Rechteinhaber (also auch die Hersteller von Ton- und Tonbildträgern sowie die Sendeunternehmen, trotz des Wortlauts von Art. 42 Abs. 1 lit. d URG) die Möglichkeit haben, seine Interessen in den Entscheidungsgremien der Verwertungsgesellschaft wirksam zu vertreten, und muss daher zu diesem Zweck ein direktes oder indirektes Stimmrecht und ein passives Wahlrecht erhalten.

Meiner Ansicht nach darf einem ausländischen Rechteinhaber ein Recht auf Mitbestimmung bei den Entscheidungen der schweizerischen Verwertungsgesellschaft nicht allein deshalb verweigert werden, weil er keinen Sitz in der Schweiz hat: Dieses Recht kann ihm nur dann verweigert werden, wenn er (bereits) Mitglied einer Schwestergesellschaft mit Gegenseitigkeitsvertrag für die Wahrnehmung derselben Rechte in der Schweiz ist.

Ausländische Sender können nicht darauf verwiesen werden, einer Schwestergesellschaft im Ausland beizutreten, da ihre Situation in keiner Weise mit der von Urhebern vergleichbar ist (insbesondere unterliegen ihre Weitersenderechte in Europa nicht der obligatorischen kollektiven Wahrnehmung, sodass es keine Netzwerke von Verwertungsgesellschaften gibt, wie dies der Fall ist bei der Wahrnehmung der Rechte von Autoren). Ihnen muss daher ein angemessenes Mitbestimmungsrecht zuerkannt werden. Was die Form betrifft, in der ausländischen Sendern das Mitbestimmungsrecht zugestanden werden sollte, so kann diese variieren (direkte Mitgliedschaft oder Mitgliedschaft nur durch ihren Verband usw.). Es reicht aber auf jeden Fall nicht aus, ausländischen Rechteinhabern nur die Möglichkeit zu geben, ihren Standpunkt darzulegen, sondern sie müssen auch Einfluss auf Entscheidungen der Gesellschaft (und insbesondere auf die Verabschiedung

von Tarifen, die sie betreffen) haben. Zusammengefasst bedeutet dies, dass ausländischen Sendeunternehmen die Mitbestimmungsrechte nicht verweigert werden können, auch wenn sie keinen Sitz in der Schweiz haben. Sie müssen sie direkt als Mitglieder (oder indirekt über ihren Verband) ausüben können.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Nämlich über die Interessengemeinschaft *IRF*, die mit der Rechteverwaltung beauftragte Vereinigung (s. Fußnote 26), die dann selbst Mitglied wird oder über ihre Geschäftsleitung Einsitz in die Organe nimmt.