

Prof. Dr. Florent Thouvenin

Prof. Dr. Thomas Burri

Professor an der Universität Zürich und
Rechtsanwalt in Zürich

Professor an der Universität St.Gallen und
Rechtsanwalt in Zürich

Usterstrasse 10
8001 Zürich

Bodanstrasse 3
9000 St.Gallen

Zürich/St.Gallen, 15. November 2023

**Kurzgutachten zur Vereinbarkeit der Regelung der Verwertung der
Aufführungsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik (Art. 40
Abs. 1 lit. a URG) mit dem Staatsvertrags- und Europarecht**

A.	Ausgangslage und Fragestellung	2
B.	Rechtliche Beurteilung	3
1.	Anwendbares Staatsvertragsrecht	3
a)	Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ)	3
b)	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)	5
c)	Europarecht	5
2.	Beurteilung nach RBÜ und TRIPS	8
a)	Regelung der Kollektivverwertung	8
b)	Beschränkung oder Ausnahme	10
c)	Dreistufentest	13
(i)	Auslegung des Dreistufentests im Allgemeinen	13
(ii)	Beschränkung auf Sonderfälle	15
(iii)	Keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung	17
(iv)	Keine unzumutbare Verletzung der Interessen der Rechteinhaberinnen	19
C.	Ergebnis	22

A. Ausgangslage und Fragestellung

Die Rechte zur Aufführung von nichttheatralischen Werken der Musik können in der Schweiz nur durch zugelassene Verwertungsgesellschaften verwertet werden. Dies ergibt sich aus der Regelung in Art. 40 Abs. 1 lit. a URG, wonach die Verwertung der ausschliesslichen Rechte zur Aufführung und Sendung nichttheatralischer Werke der Musik der Bundesaufsicht unterstellt ist, in Verbindung mit Art. 41 URG, wonach eine Bewilligung des IGE braucht, wer der Bundesaufsicht unterstehende Rechte verwertet. Art. 42 Abs. 2 URG sieht vor, dass pro Werkkategorie in der Regel nur einer Verwertungsgesellschaft eine Bewilligung erteilt wird. Inhaberin der (einzigen) Bewilligung im Bereich der Musik ist die SUIISA.

Wer in der Schweiz nichttheatralische Werke der Musik aufführen will, muss damit bei der SUIISA eine Lizenz einholen. Vorbehalten ist einzig die persönliche Verwertung der Urheberrechte für die Aufführung von nichttheatralischen Werken der Musik durch die Urheber oder deren Erben (Art. 40 Abs. 3 URG). Eine Wahrnehmung dieser Rechte durch andere Organisationen ist ausgeschlossen.

Mit dieser Regelung wird im Ergebnis ein Monopol für die Wahrnehmung der Aufführungsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik geschaffen¹. Die Regelung kommt in ihrer Wirkung damit den Schranken des URG nahe, die eine zwingende Kollektivverwertung vorsehen². Sie ist allerdings dogmatisch anders strukturiert und geht weniger weit als diese Schranken, weil Art. 40 Abs. 3 URG die persönliche Verwertung der Aufführungsrechte durch die Urheber und ihre Erben nicht der Bundesaufsicht unterstellt und damit weiterhin zulässt.

In einer Verfügung vom 5. Mai 2023 hat das IGE ausgeführt, dass die in Art. 40 Abs. 1 lit. a URG vorgesehene Regelung der kollektiven Verwertung der Aufführungsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik in den Mindestschutz der RBÜ eingreife. Denn Art. 11 Abs. 1 RBÜ sehe ein ausschliessliches Recht zur öffentlichen Aufführung von Werken (unter Einschluss von nichttheatralischen Werken der Musik) und keine Möglichkeit zur Einschränkung dieses Rechts vor. Daraus folge, dass die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG gegenüber Rechteinhaberinnen, die einem Mitgliedstaat der RBÜ angehören, nicht durchgesetzt werden können, und auch private Verwertungsorganisationen Lizenzen für die Aufführung von nichttheatralischen Werken der Musik in der Schweiz erteilen könnten. Das IGE hat dabei auf eine vor mehr als 20 Jahren in einer Verfügung vom 26. Februar 1999 vertretene Rechtsauffassung abgestellt und diese ausdrücklich bestätigt.

Die Rechtsauffassung des IGE widerspricht derjenigen der SUIISA und deren langjähriger Praxis. Falls diese Rechtsauffassung zutreffen sollte, wäre für Konzertveranstalter nicht mehr eindeutig klar, wer in

¹ BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht, 4. Aufl., Bern 2020, URG 40 N 3.

² Siehe dazu hinten, B.1.b).

der Schweiz die Lizenzen für die Aufführung von nichttheatralischen Werken der Musik erteilen kann. Die SUIISA und die Swiss Music Promoters Association (SMPA) haben uns deshalb beauftragt, in einem Kurzgutachten zu klären, ob die bestehende Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 41 URG mit den Vorgaben des anwendbaren Staatsvertragsrechts vereinbar ist.

B. Rechtliche Beurteilung

1. Anwendbares Staatsvertragsrecht

Das Urheberrecht ist durch eine Reihe von Staatsverträgen international harmonisiert worden, zumindest bis zu einem gewissen Grad. Im Vordergrund stehen dabei die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) und das Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) der World Trade Organization (WTO) in Genf sowie der WIPO Copyright Treaty (WCT) der World Intellectual Property Organization (WIPO) in Genf. Für die hier zu beurteilende Fragestellung stehen die RBÜ und das TRIPS im Vordergrund.

a) Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ)

Mit der RBÜ wurde das Prinzip der Inländerbehandlung im Urheberrecht eingeführt. Nach diesem Prinzip geniessen Urheber verbandseigener Werke in allen Verbandsländern mit Ausnahme des Ursprungslandes diejenigen Rechte, welche diese Verbandsländer den inländischen Urhebern gewähren (Art. 5 Abs. 1 RBÜ).³ Darüber hinaus sieht die RBÜ gewisse Mindestrechte vor. Diese gewähren den Urhebern in anderen Staaten als dem Ursprungsland des Werks einen Mindestschutz, der auch dann beansprucht werden kann, wenn das innerstaatliche Recht einen solchen Schutz selbst nicht vorsieht.⁴

Gemäss Art. 11 Abs. 1 RBÜ haben Urheber von Werken der Musik das ausschliessliche Recht, die öffentliche Aufführung ihrer Werke zu erlauben. Im Gegensatz zur Regelung anderer Mindestrechte enthält Art. 11 RBÜ keinen Passus, der eine Beschränkung der in dieser Bestimmung vorgesehenen Rechte erlauben würde. Eine solche Regelung findet sich hingegen für das Vervielfältigungsrecht in Art. 9 Abs. 2 RBÜ. Nach dieser Bestimmung bleibt es der Gesetzgebung der Verbandsländer vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen unter den Voraussetzungen zu gestatten, dass die Vervielfältigung die normale Auswertung des Werkes nicht beeinträchtigt und die berechtigten Interessen der Urheber nicht unzumutbar verletzt. Diese Regelung wird als Dreistufentest bezeichnet, weil

³ HILTY RETO M., *Urheberrecht*, 2. Aufl., Bern 2020, Rn. 111.

⁴ REHBINDER MANFRED, *Schweizerisches Urheberrecht*, 3. Aufl., Bern 2000, Rn. 224; CHERPILLOD IVAN, in: von Büren/David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, II/1, 3. Aufl., Basel 2014, Rn. 161.

sie drei Voraussetzungen (“Stufen”) für die Rechtmässigkeit einer Beschränkung vorsieht. Im Gegensatz zum TRIPS und zu anderen Staatsverträgen im Urheberrecht, die allesamt jünger sind als die RBÜ, enthält letztere keine ausdrückliche Regelung eines allgemein anwendbaren Dreistufentests und auch keine anderen, allgemein geltenden Vorgaben dazu, unter welchen Voraussetzungen die nationalen Gesetzgeber die in der RBÜ vorgesehenen Mindestrechte beschränken dürfen.

Völkerrechtliche Vorgaben für die Beschränkung von Rechten können auch nicht Art. 17 RBÜ entnommen werden. Dieser Artikel stellt lediglich klar, dass die Bestimmungen der RBÜ die den Regierungen der Verbandsstaaten unter Umständen zustehenden Rechte nicht beeinträchtigen, durch Massnahmen der Gesetzgebung oder der inneren Verwaltung die Aufführung oder das Ausstellen von Werken oder Erzeugnissen jeder Art zu gestatten, zu überwachen oder zu untersagen, für welche die zuständige Behörde dieses Recht auszuüben hat. Mit dieser Bestimmung sollte einzig klargestellt werden, dass die Vorgaben der RBÜ die Möglichkeit zur Ausübung von Zensur durch die Regierungen der Verbandsstaaten nicht einschränkt und die Urheber ihre in der RBÜ vorgesehenen Rechte nur ausüben dürfen, wenn dies nicht im Konflikt mit der öffentlichen Ordnung steht⁵. Die Bestimmung soll damit klarstellen, dass die Verbandsländer – nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts sowie der Freiheitsrechte – weiterhin Zensur betreiben, mithin die Verbreitung von Werken verhindern oder erlauben können⁶. Die Verbandsländer waren sich im Zusammenhang mit dieser Bestimmung überdies offenbar einig, dass es ihnen freistehen muss, alle erforderlichen Massnahmen zum Vorgehen gegen Monopole zu ergreifen, die Verwertungsgesellschaften haben können⁷. Für die hier zu prüfende Frage ist die Bestimmung von Art. 17 RBÜ irrelevant, denn die staatlichen Zuständigkeiten, Zensur zu üben und Massnahmen gegen Monopole zu ergreifen stehen hier nicht in Frage.

Die Bestimmungen der RBÜ richten sich in erster Linie an die nationale gesetzgebende Gewalt. Sie sind aber hinreichend konkret formuliert und damit der unmittelbaren Anwendung zugänglich.⁸ Urheber können sich damit unmittelbar auf die in der RBÜ vorgesehenen Mindestrechte berufen.

Die RBÜ regelt die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften nicht; sie enthält dazu keine einzige Bestimmung. Diese Regelung bleibt damit den Mitgliedstaaten überlassen.

⁵ MASOUYÉ CLAUDE, Kommentar zur Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, Köln 1981, Rz. 17.2.

⁶ MASOUYÉ (Fn. 5), Rz. 17.3.

⁷ MASOUYÉ (Fn. 5), Rz. 17.4.

⁸ Botschaft URG, BBl 1989 III, 509; REHBINDER MANFRED/HAAS LORENZ/UHLIG KAI-PETER, Orell Füssli Kommentar, Urheberrechtsgesetz mit weiteren Erlassen und internationalen Abkommen, 4. Aufl., Zürich, URG 1 N 13; CHERPILLOD IVAN, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Bern 2012, URG 1 N 8.

b) Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

Das TRIPS umfasst alle Bereiche des Immaterialgüterrechts. Es enthält allgemeine (Art. 1-8 TRIPS) und schutzrechtsspezifische Normen (Art. 9-40 TRIPS). Die allgemeinen Bestimmungen des Art. 3 TRIPS normieren den schon in der RBÜ vorgesehenen Grundsatz der Inländerbehandlung.

Art. 9 Abs. 1 Satz 1 TRIPS sieht vor, dass die materiell-rechtlichen Bestimmungen der RBÜ (Art. 1-21 RBÜ) ins TRIPS inkorporiert werden. Dadurch erlangen diese Bestimmungen der RBÜ nahezu weltweit Geltung. Art. 9 Abs. 1 Satz 2 TRIPS schränkt die Verweisung auf die RBÜ allerdings ein und nimmt Art. 6^{bis} RBÜ, der die Urheberpersönlichkeitsrechte garantiert, von den Rechten und Pflichten nach dem TRIPS aus. Im Abschnitt zum Urheberrecht enthält das TRIPS zudem materiell-rechtliche Normen zu Computerprogrammen und Datensammlungen (Art. 10 TRIPS), zum Vermietrecht (Art. 11 TRIPS) und zur Schutzdauer (Art. 12 TRIPS). Das TRIPS enthält mit Art. 13 auch eine ausdrückliche allgemeine Regelung zu Beschränkungen von Rechten und Ausnahmen. Diese Regelung entspricht materiell weitgehend derjenigen des Dreistufentests gemäss Art. 9 Abs. 2 RBÜ⁹. Art. 13 TRIPS sieht vor, dass die Mitgliedstaaten Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle einschränken müssen, die weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Rechteinhaberinnen unangemessen verletzen dürfen.

Im Gegensatz zur RBÜ richten sich die Bestimmungen des TRIPS an die nationalen gesetzgebenden, bzw. gesetzesvollziehenden Organe. Ob die Bestimmungen des TRIPS deshalb nicht unmittelbar anwendbar sind, ist umstritten.¹⁰ Nach einem Teil der Lehre sind zahlreiche Bestimmungen des TRIPS hinreichend bestimmt und daher unmittelbar anwendbar.¹¹ Ob sich die Urheber auf die im TRIPS vorgesehenen Mindestrechte berufen können, kann für die Beantwortung der vorliegenden Frage allerdings offen bleiben, weil die Vereinbarkeit der Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG mit den Vorgaben des anwendbaren Staatsvertragsrechts in grundsätzlicher Weise zu beurteilen ist.

Wie die RBÜ enthält auch das TRIPS keine Bestimmungen zur Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften. Auch das TRIPS überlässt deren Regelung damit den Mitgliedstaaten.

c) Europarecht

Das Recht der Europäischen Union (EU) ist in der Schweiz relevant, soweit ein Abkommen, d.h. ein "Staatsvertrag", zwischen der Schweiz und der EU, bzw. deren Mitgliedstaaten, dieses Recht im Verhältnis Schweiz-EU für anwendbar erklärt. Im Bereich des Immaterialgüterrechts und damit auch

⁹ Zu gewissen Unterschieden siehe hinten, B.2.c)

¹⁰ SHK-CHEPILLOD (Fn. 8), URG 1 N 8; STAEHELIN ALESCH, Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der WTO/TRIPS Normen, AJP 1996, 1488 ff.; siehe auch BGer vom 11. August 2009, 4A_56/2009, E. 5.2.

¹¹ OFK-REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 8), URG 1 N 13 f.

des Urheberrechts, besteht kein solcher bilateraler Vertrag. Damit sind die von der EU im Bereich des Urheberrechts erlassenen Richtlinien für die Schweiz grundsätzlich nicht massgeblich. Die relevanten Völkerrechtsakte im Verhältnis der Schweiz zur EU und ihren Mitgliedstaaten sind für die vorliegende Frage vielmehr die RBÜ und das TRIPS.

Allerdings umfasst das Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz einerseits und der EU und ihren Mitgliedsstaaten andererseits von 1999¹² (FZA) teilweise die Dienstleistungsfreiheit und dehnt damit einen nicht unwesentlichen Teil des EU-Binnenmarktes auf die Schweiz aus. Da die kommerzielle Verwertung von Urheberrechten – im Auftrag von Urhebern und im Verhältnis zu Dritten, welche die Werke aufführen – als Dienstleistung qualifiziert werden kann,¹³ könnte sich eine in der EU ansässige Person, die im Auftrag von Urhebern Urheberrechte in der Schweiz verwertet, möglicherweise im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens auf die Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA i.V. mit Art. 17 Anhang I FZA berufen.

Die Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit ist denkbar, weil die EU mit der Richtlinie 2014/26 neue Vorgaben für die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften gemacht hat.¹⁴ Diese Richtlinie enthält unter anderem Vorgaben zur Verwertung von Urheberrechten durch private, gewinnorientierte Unternehmen (sog. unabhängige Verwertungseinrichtungen [UVE]; Art. 3 Bst. b RL 2014/26). Damit hat die EU die Dienstleistungsfreiheit des Binnenmarktes bei der Verwertung von Urheberrechten zwischen Mitgliedstaaten zur Anwendung gebracht.¹⁵ Dieser Grundlage entsprechend sind im Schweizer Recht vorgesehene Beschränkungen der Tätigkeiten von UVE, die aus der EU heraus Urheberrechte in der Schweiz verwerten möchten, auch an den Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit gemäss FZA zu messen. Eine solche UVE würde eine dem EU-Recht Folge leistende Anwendung der EU-Dienstleistungsfreiheit auf Grundlage des FZA auch im Schweizer Markt beanspruchen. Entgegen der Stossrichtung des FZA, das grundsätzlich nur zugunsten natürlicher Personen Rechte schafft,¹⁶ erfasst die Dienstleistungs-

¹² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Prot. und Schlussakte) (SR 142.112.681).

¹³ Siehe dazu EuGH vom 25. Juli 1991, C-76/90 – Säger, ECLI:EU:C:1991:72 (Erinnerung an den bevorstehenden Ablauf eines Patentes als Dienstleistung im Sinne der Dienstleistungsfreiheit des Binnenmarktes qualifiziert); EuGH vom 13. Februar 2003, C-131/01 – Kommission gegen Italien, ECLI:EU:C:2003:96 (Patentanmeldung als Dienstleistung i. S. des Binnenmarktes qualifiziert).

¹⁴ Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt (Abl. L 84/72).

¹⁵ Siehe 8. Erwägungsgrund der RL 2014/26.

¹⁶ Siehe EuGH vom 11. Februar 2010, C-541/08 – Fokus Invest, ECLI:EU:C:2010:74, Rz. 30-37. Für das Verhältnis zur Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des FZA, siehe z.B. BGE 140 II 460, E. 4.1; das Verhältnis zwischen dem gemäss FZA geltenden Recht und dem geltenden Recht der EU ist mittlerweile komplex

freiheit des FZA – quasi als Sondertatbestand – auch juristische Personen,¹⁷ und damit auch Verwertungseinrichtungen jeglicher Art.

Bei näherer Betrachtung ergeben sich aus dem FZA jedoch keinerlei Ansprüche für Verwertungseinrichtungen jedweder Art. Erstens beschränkt Art. 17 Bst. a Anhang I FZA die Dienstleistungsfreiheit auf kurzfristige Dienstleistungen von maximal 90 Arbeitstagen Dauer pro Kalenderjahr. Eine auf Dauer angelegte Dienstleistung kann in der Schweiz nicht unter Berufung auf das FZA erbracht werden. Diese zeitliche Beschränkung schliesst möglicherweise eine dauerhafte Vertretung von Urhebern durch unabhängige Verwertungseinrichtungen von ausserhalb der Schweiz bereits aus. Doch selbst wenn es sich in einem konkreten Fall eindeutig um eine kurzfristige Dienstleistung handeln würde – z.B. wenn eine unabhängige Verwertungseinrichtung einen einzigen Urheber in Bezug auf ein einzelnes Konzert vertritt – wäre die Dienstleistungsfreiheit nicht im gleichem Ausmass geschützt wie im EU-Binnenmarkt.¹⁸ Zweitens wäre eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit gestützt auf die Regelung der Verwertungsgesellschaften im 4. Titel des URG rechtmässig gemäss FZA, bzw. deren Rechtmässigkeit wäre schon aus Gründen der staatsvertraglichen Kohärenz analog dem Dreistufentest gemäss RBÜ und TRIPS zu beurteilen.¹⁹ Drittens kann über die Dienstleistungsfreiheit des FZA kein Anspruch auf Geltung von EU-Sekundärrecht geltend gemacht werden, wenn dieses Sekundärrecht nicht mittels Anhängen des FZA für die Schweiz übernommen wurde. Das FZA hat in seinen Anhängen zwar das EU-Sekundärrecht bezüglich Arbeitnehmerfreizügigkeit und Koordinierung der Sozialversicherungen übernommen, nicht aber die Urheberrechts-Richtlinien der EU. Diese haben deshalb in der Schweiz keine Geltung.²⁰ Das gilt auch für die Richtlinie 2014/26, mit welcher der Binnenmarkt für private Verwertungsein-

geworden, siehe BGE 147 II 35, E. 4.3.3. Falls keine Rechtsprechung des EuGH in einer vom FZA grundsätzlich geregelten Materie besteht, siehe die Anweisungen in BGE 147 V 387, E. 3.3. Für die gegenwärtige Sicht des EuGH auf das FZA, siehe EuGH vom 26. Februar 2019, C-581/17 – Wächter, ECLI:EU:C:2019:138, Rz. 35-39; für ein Beispiel einer nahtlosen Übertragung von Binnenmarktrechtsprechung auf das FZA, siehe EuGH vom 21. September 2016, C-478/15 – Radgen, ECLI:EU:C:2016:705.

¹⁷ Siehe EuGH vom 11. Februar 2010, C-541/08 – Fokus Invest, ECLI:EU:C:2010:74, Rz. 30, mit Verweis auf EuGH vom 12. November 2009, C-351/08 – Grimme, ECLI:EU:C:2009:697, Rz. 33-37; siehe auch BGE 131 I 223, E. 1.1. Allerdings können die Niederlassungsfreiheit des Binnenmarktes und die Rechtsprechung dazu nicht ohne Weiteres auf das FZA übertragen werden: EuGH vom 15. März 2018, C-355/16 – Picart, ECLI:EU:C:2018:184, Rz. 29-31 (die Frage, ob die Verwaltung gesellschaftlicher Beteiligungen seitens einer natürlichen Person unter die Niederlassungsfreiheit des FZA falle, wurde in Rz. 21 offen gelassen); siehe dazu auch die Anmerkung des Bundesgerichts in BGE 140 II 167, E. 4.4.

¹⁸ EuGH vom 15. Juli 2010, C-70/09 – Hengartner, ECLI:EU:C:2010:289, Rz. 40: Keine Gleichbehandlung in steuerlicher Hinsicht im Rahmen kurzfristiger Dienstleistungen; siehe auch BGE 133 V 624, E. 4.3 ff.

¹⁹ Es besteht ein detailliertes Fallrecht des EuGH bezüglich der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen des Immaterialgüterrechts, siehe z.B. EuGH vom 4. Oktober 2011, C-403 und 429/08 – Premier League, ECLI:EU:C:2011:631. Zur Prüfung nach RBÜ und TRIPS siehe hinten, B. 2. c).

²⁰ Für das Verhältnis zwischen schweizerischem Strafrecht und FZA befand das Bundesgericht in BGE 145 IV 55, E. 3.3: «Das FZA enthält keine strafrechtlichen Bestimmungen und ist kein strafrechtliches Abkommen.» Das trifft analog trifft auch auf urheberrechtliche Bestimmungen zu.

richtungen ausdrücklich geöffnet wurde. Viertens ist zu beachten, dass ein System, wie das in Art. 40 Abs. 1 lit. a URG vorgesehene, selbst im EU-Binnenmarkt rechtmässig wäre.²¹ Selbst wenn also das EU-Urheberrecht in der Schweiz auf der Grundlage des FZA Anwendung fände (was nicht der Fall ist), wäre die in Art. 40 Abs. 1 lit. URG vorgesehene Kollektivverwertung nach Massgabe des EU-Urheberrechts rechtmässig.

Zusammengefasst kann in Bezug auf das EU-Recht und das FZA gesagt werden, dass die Tätigkeit privater Verwertungseinrichtungen, wie sie RL 2014/26 vorsieht, in der Schweiz nicht zugelassen werden muss. Eine entsprechende Rechtspflicht wäre einzig vorstellbar, wenn Art. 3 RL 2014/26 in einem neuen Anhang des FZA aufgeführt wäre oder die Schweiz diesen Artikel autonom nachvollziehen würde. Beides würde allerdings eine Änderung des positiven Rechts im FZA bzw. im URG bedingen. Auf der Grundlage der *lex lata* des FZA haben private Verwertungseinrichtungen aus der EU keinen Rechtsanspruch, auch in der Schweiz tätig zu werden. Da dieser Befund eindeutig ist, wird im Folgenden auf weitere Ausführungen zum Europarecht verzichtet.

2. Beurteilung nach RBÜ und TRIPS

Die RBÜ und damit auch das TRIPS gewähren den Urhebern nichttheatralischer Werke der Musik ein ausschliessliches Aufführungsrecht (Art. 11 Abs. 1 RBÜ i.V.m. Art. 9 Abs. 1 TRIPS). Damit ist zu prüfen, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang dieses Recht von den Mitgliedstaaten der RBÜ und des TRIPS durch nationales Recht beschränkt werden kann. Vorab ist allerdings zu klären, ob Art. 40 Abs. 1 lit. a URG als blosse Regelung der Kollektivverwertung verstanden werden kann, für welche die RBÜ und das TRIPS keine Vorgaben enthalten.

a) Regelung der Kollektivverwertung

Die RBÜ und das TRIPS enthalten keine Regelungen der Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften. Die Regelung der Kollektivverwertung wird damit den Mitgliedstaaten überlassen²².

Art. 40 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 41 URG unterstellt die Verwertung der Urheberrechte für die Aufführung von nichttheatralischen Werken der Musik der Verwertung durch eine zugelassene Verwertungsgesellschaft. Die Urheber können diese Rechte nur persönlich oder durch ihre Erben verwerten (Art. 40 Abs. 3 URG). Die Verwertung durch andere Rechteinhaberinnen ist ausgeschlossen.

²¹ Siehe Erwägungsgründe 2, 12 und 13 der RL 2014/26.

²² Siehe dazu vorne, B.1.a) und B.1.b).

Diese Regelung ist historisch bedingt. Sie wurde mit Erlass des Bundesgesetzes betreffend die Verwertung von Urheberrechten am 25. September 1940²³ eingeführt und bis heute beibehalten. Der Gesetzgeber hat damit auf den Umstand reagiert, dass die Rechte an nichttheatralischen Werken der Musik in der Schweiz bis zum Erlass des neuen Gesetzes im Herbst 1940 durch die französische Verwertungsgesellschaft SACEM verwertet wurden, was weite Kreise als störend empfanden.²⁴ Die neue Regelung sollte sicherstellen, dass diese Rechte von einer schweizerischen Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden. Die Aufführungsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik wurden schon vor Erlass des Verwertungsgesetzes kollektiv verwertet; daran hat sich mit Erlass der Regelung nichts geändert. Der Unterschied bestand allerdings darin, dass neu nur eine schweizerische Verwertungsgesellschaft diese Rechte verwerten durfte und die Kollektivverwertung nun nicht mehr freiwillig, sondern zwingend war. Wie im heutigen Recht galt diese Regelung allerdings nicht für die persönliche Verwertung der Aufführungsrechte durch den Urheber oder seine Erben.

An dieser Regelung hat der Gesetzgeber bei der Totalrevision des URG von 1989 festgehalten. Der Bundesrat hat dies in der Botschaft allein damit begründet, dass es sich dabei um Bereiche handle, «in denen sich die kollektive Rechtswahrnehmung aufgrund von Sachzwängen oder unangefochtener Übung derart durchgesetzt hat, dass die individuelle Verwertung als Alternative weder in Betracht fällt noch gewünscht wird.»²⁵ Zugleich hat der Bundesrat auf die Bedeutung des Rechts zur persönlichen Verwertung (Art. 40 Abs. 3 URG) hingewiesen. Dieses verhindere, dass die Urheber oder ihre Erben gezwungen würden, ihre Rechte über eine Verwertungsgesellschaft auszuüben. Durch einen solchen Zwang würden die Urheber «ihr Verbotsrecht weitgehend, jedenfalls aber einen wesentlichen Teil ihres Herrschaftsrechts über das Werk verlieren, was sowohl gegenüber dem Grundkonzept des vorliegenden Entwurfs als auch konventionsrechtlich bedenklich wäre»²⁶. Der Bundesrat hat damit auch zum Ausdruck gebracht, dass die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG nach seiner Auffassung den Vorgaben der damals allein relevanten RBÜ genügt.

Die Entstehungsgeschichte von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG zeigt, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung nicht in die Mindestrechte der RBÜ eingreifen, sondern aus spezifischen, primär politischen Gründen die Rechte an nichttheatralischen Werken der Musik der Kollektivverwertung unterstellen wollte. Vor diesem Hintergrund lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass Art. 40 Abs. 1 lit. a URG lediglich eine Regelung der Kollektivverwertung ist, für welche die RBÜ und das TRIPS keine Vorgaben enthalten. Die

²³ Bundesgesetz vom 25. September 1940 betreffend die Verwertung von Urheberrechten (SR 231.2), Aufhebungsdatum 1. Juli 1933.

²⁴ Siehe dazu: BARRELET/EGLOFF (Fn. 1), URG 40 N 3.

²⁵ Botschaft URG, BBl 1989 III, 545.

²⁶ Botschaft URG, BBl 1989 III, 545.

Regelung wäre damit schon deshalb mit den Vorgaben des anwendbaren Staatsvertragsrechts vereinbar, weil dieses zu dieser Frage keine Vorgaben enthält.

Die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG entspricht in ihrer Wirkung allerdings den Schranken des URG, die eine zwingende Kollektivverwertung vorsehen²⁷. Sie ist zwar dogmatisch anders strukturiert und geht weniger weit als diese Schranken, weil Art. 40 Abs. 3 URG die persönliche Verwertung durch die Urheber und ihre Erben zulässt. Im Ergebnis bestehen aber kaum Unterschiede²⁸. Es ist deshalb in der Folge zu prüfen, ob Art. 40 Abs. 1 lit. a URG als Beschränkung oder Ausnahme im Sinne der RBÜ und des TRIPS zu qualifizieren ist.

b) Beschränkung oder Ausnahme

Der Begriff der Beschränkung oder Ausnahme wird weder in der RBÜ noch im TRIPS definiert. Da der Begriff – gerade mit Blick auf den Dreistufentest – alle denkbaren Arten von Schranken erfassen soll, die in nationalen Urheberrechtsgesetzen vorgesehen werden können, muss er in einem weiten Sinn verstanden werden²⁹. Er umfasst damit nicht nur Einschränkungen des Rechts, die darin bestehen, dass die Rechteinhaberinnen gewisse Nutzungen nicht verbieten können, sondern auch Einschränkungen bei der Ausübung des Rechts und damit auch einen Zwang zur kollektiven Verwertung.

Die dogmatischen Unterschiede zwischen Art. 40 Abs. 1 lit. a URG und den in Art. 40 Abs. 1 lit. a^{bis} und lit. b URG erwähnten, als Schranken zugunsten der kollektiven Verwertung zu qualifizierenden Normen fallen aus Sicht des Staatsvertragsrechts nicht ins Gewicht. Diese bestehen im Wesentlichen darin, dass die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG keine Grundlage im 2. Titel des URG, also im materiellen Urheberrecht, hat, sondern direkt (und allein) im 4. Titel vorgesehen wird, der die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften regelt. Anders als bei der zwingenden Kollektivverwertung ergibt sich die Beschränkung hier also nicht aus einer Regelung im 2. Titel, die im 4. Titel umgesetzt wird, sondern ohne materiell-rechtliches Pendant im 2. Titel, direkt und einzig aus der Regelung der Verwertung im 4. Titel.

Für die Frage der Vereinbarkeit von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG mit den Vorgaben des Staatsvertragsrechts spielt dieser dogmatische Unterschied keine relevante Rolle, weil sich die Vorgaben des Staatsvertragsrechts nicht primär auf die Systematik und Dogmatik der Umsetzung im nationalen Recht beziehen, sondern auf den materiellen Gehalt der nationalen Regelungen.

²⁷ Ebenso: BARRELET/EGLOFF (Fn. 1), Vor URG 19 ff. N 3; OFK-REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 8), URG 40 N 13.

²⁸ BARRELET/EGLOFF (Fn. 1), URG 40 N 3; OFK-REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 8), URG 40 N 13; GOVONI/STEBLER, SIWR II/1 (Fn. 4), Rn. 1284.

²⁹ Ebenso: RICKETSON SAM/GINSBURG JANE C., *International Copyright and Neighbouring Rights*, 3. Aufl., Oxford 2022, Rz. 13.03.

Eine Regelung, die zumindest im Ergebnis einen Zwang zur kollektiven Verwertung schafft, kann damit im nationalen Urheberrecht nur vorgesehen werden, wenn eine solche Schranke vor den Vorgaben des Staatsvertragsrechts Bestand hat. Diese Frage beurteilt sich sowohl unter der RBÜ als auch unter dem TRIPS nach dem Dreistufentest. Auch wenn der Dreistufentest in der RBÜ nur für Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts vorgesehen ist (Art. 9 Abs. 2 RBÜ), wurde er durch seine allgemeine – also alle Ausschliesslichkeitsrechte erfassende – Regelung in Art. 13 TRIPS und durch die entsprechenden Regelungen in Art. 10 WCT, Art. 16 WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) und Art. 13 Beijing Treaty on Audiovisual Performances (BTAP) zu einer eigentlichen «Grundnorm des Urheberrechts»³⁰, die für alle Schrankenregelungen gilt. Dies ist sowohl international³¹ als auch national³² anerkannt. Dementsprechend prüfte auch die Streitschlichtungsinstanz der WTO Einschränkungen der Urheberrechte der RBÜ, die ins TRIPS inkorporiert wurden, nach Art. 13 TRIPS.³³

Aus Sicht des allgemeinen Völkerrechts sind für das Verhältnis der RBÜ zum TRIPS hinsichtlich des Dreistufentests drei Punkte zu beachten. Erstens könnten die RBÜ und das TRIPS als aufeinander folgende Verträge über denselben Gegenstand im Sinne von Art. 30 der Wiener Vertragsrechtskonvention³⁴ angesehen werden. Soweit sich, wie im Regelfall, die Kreise der Vertragsparteien der RBÜ und des TRIPS decken, fände die RBÜ diesfalls gemäss Art. 30 Abs. 3 Wiener Vertragsrechtskonvention einzig insoweit Anwendung, als sie mit dem TRIPS vereinbar wäre. Dies spricht an sich für eine allgemeine Anwendung des Dreistufentests des TRIPS. Allerdings ist dieses Argument nur bedingt belastbar, weil das TRIPS das Verhältnis zur RBÜ ausdrücklich regelt, indem es einen Teil der Bestimmungen der RBÜ inkorporiert. Zweitens gilt das TRIPS gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. a Wiener Vertragsrechtskonvention als spätere Über-

³⁰ BARRELET/EGLOFF (Fn. 1), Vor URG 19 ff. N 5.

³¹ RICKETSON/GINSBURG (Fn. 29), Rz. 13.125; BRAND OLIVER, in: Busche/Stoll/Wiebe (Hrsg.), TRIPs Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, 2. Aufl., Köln 2013, TRIPS 9 N 57; GEIGER CHRISTOPHE/GRIFFITHS JONATHAN/HILTY RETO M., Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int. 2008, 822 ff., 822.

³² BGE 133 III 473, 485, E. 6.1; BARRELET/EGLOFF (Fn. 1), Vor URG 19 ff. N 5; HILTY, (Fn. 3), Rn. 437; CHERPILLOD, SIWR II/1 (Fn. 4), Rn. 745; RUEDIN PIERRE-EMMANUEL, in: de Werra/Gilliéron, Commentaire Romand, Propriété intellectuelle, Basel 2013, Intro. URG 19-28 N 5.

³³ WTO Panel Report vom 15. Juni 2000, WT/DS160/R – United States Section 110(5) of the US Copyright Act (WTO panel, US Copyright Act), Rz. 6.80: «In our view, neither the express wording nor the context of Article 13 or any other provision of the TRIPS Agreement supports the interpretation that the scope of application of Article 13 is limited to the exclusive rights newly introduced under the TRIPS Agreement.» Siehe auch Rz. 6.82, in welcher das Panel die Bedeutung möglicher Inkonsistenzen zwischen TRIPS und RBÜ, auch angesichts von Art. 20 RBÜ, relativiert, zumindest für den vom Panel zu entscheidenden Fall. Siehe auch die Schlussfolgerungen des Panels in Rz. 6.94-6.95.

³⁴ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, abgeschlossen am 23. Mai 1969, in Kraft getreten für die Schweiz am 6. Juni 1990 (SR 0.111).

einkunft zwischen den Vertragsstaaten der RBÜ.³⁵ Die spätere Übereinkunft, hier das TRIPS, ist damit bei der Auslegung und Anwendung der früheren Übereinkunft, hier der RBÜ, zu berücksichtigen.³⁶ Die RBÜ kann damit nicht losgelöst vom TRIPS gelesen werden, selbst wenn die Bestimmungen der RBÜ dies suggerieren.³⁷ Der in Art. 13 TRIPS allgemein gehaltene Dreistufentest ist damit auch für die RBÜ massgeblich. Drittens könnte auch das TRIPS mit seinem allgemeinen Dreistufentest direkt als primärer Ansatzpunkt herangezogen werden. Dies entspräche dem Ansatz der WTO Streitschlichtungsinstanz und würde widerspiegeln, dass das TRIPS die materiellen Bestimmungen der RBÜ ausdrücklich inkorporiert hat und es nicht nur ein relativ neues Abkommen ist, sondern auch grosse Reichweite hat, weil es Teil des grössten Vertragspakets des Welthandelsrechts ist.³⁸ Aus dieser Perspektive wäre ein ursprünglich eng zu verstehender Dreistufentest gemäss RBÜ nur von historischem Interesse und würde sich auf den allgemein gehaltenen Dreistufentest des TRIPS, der alleine Anwendung fände, nicht auswirken.³⁹ Auch die allgemeine völkerrechtliche Perspektive spricht damit in doppelter Hinsicht für die allgemeine Natur des Dreistufentests.

Ebenso wird in einem von der WIPO herausgegebenen Handbuch zu «*Collective Management of Copyright and Related Rights*» die Rechtsauffassung vertreten, dass der Dreistufentest allgemeiner Natur ist⁴⁰: «(...) if the law prescribes mandatory collective management of an exclusive right, it is a statutory limitation, and the questions are: whether or not – as is true of any limitation – it is permissible under

³⁵ Einzig bei Staaten, die nur Vertragspartei der RBÜ aber nicht des TRIPS sind, wäre nur die RBÜ anwendbar.

³⁶ Für die Details zur Auslegung bei späterer Übereinkunft und Praxis, siehe NOLTE GEORG, *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford 2013.

³⁷ Siehe dazu WTO Panel, *US Copyright Act* (Fn. 33), Rz. 6.69, zum Verhältnis von TRIPS und WCT. Das WTO Panel führte zur Frage, ob das TRIPS die sog. «minor exceptions»-Doktrin von der RBÜ übernahm, in Rz. 6.66 aus: «In the area of copyright, the Berne Convention and the TRIPS Agreement form the overall framework for multilateral protection. Most WTO Members are also parties to the Berne Convention. We recall that it is a general principle of interpretation to adopt the meaning that reconciles the texts of different treaties and avoids a conflict between them.».

³⁸ Siehe dazu auch das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, abgeschlossen am 10. Dezember 1982, in Kraft getreten für die Schweiz am 31. Mai 2009 (SR 0.747.305.15), ein weiteres grosses multilaterales Vertragswerk von Ende des 20. Jahrhunderts, für das die internationalen Streitschlichtungsorgane vertragliche Vorläufer, die typischerweise weniger weit gehen, lediglich heranziehen, wenn das Seerechtsübereinkommen unklar ist. Siehe dazu z.B. Schiedsgericht gemäss Anhang VII vom 12. Juli 2015, Philippinen gegen Volksrepublik China, PCA Nr. 2013-19, Rz. 217-223.

³⁹ Siehe dazu wiederum die Wiener Vertragskonvention, die in Art. 32 die historische Auslegung lediglich ergänzend für den Fall vorsieht, dass eine Bestimmung trotz Auslegung des Textes und des Kontextes unklar bleibt.

⁴⁰ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Third edition, Geneva 2022, <<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-855-22-en-collective-management-of-copyright-and-related-rights.pdf>>, besucht am 31.10.2023.

the international treaties; and if it is, in which cases and under what conditions, subject to the three-step test»⁴¹.

Trotz seiner allgemeinen Gültigkeit wird in der Literatur verschiedentlich darauf hingewiesen, dass bei der Anwendung des Dreistufentests nach den verschiedenen Staatsverträgen zu differenzieren ist.⁴² Das gilt namentlich für die Prüfung der dritten Teststufe, weil Art. 9 Abs. 2 RBÜ nur die «berechtigten Interessen des Urhebers» nennt, Art. 13 TRIPS hingegen die «berechtigten Interessen des Rechteinhabers». Wegen dieser Unterschiede sind nach dieser Auffassung bei der Prüfung des Dreistufentests in der RBÜ nur die Interessen der Urheber zu berücksichtigen, die aber auch urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte umfassen können, während bei der Prüfung nach dem TRIPS auch die Interessen der derivativen Rechteinhaberinnen relevant sind, urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte aber keine Rolle spielen, weil das TRIPS Art. 6^{bis} RBÜ nicht inkorporiert hat. Diese Differenzierung beim Kreis der berechtigten Interessen hat zur Folge, dass das Ergebnis der Prüfung der dritten Teststufe nach RBÜ und TRIPS anders ausfallen kann, wenn durch eine Schranke nicht nur die Interessen der Urheber, sondern auch diejenigen der derivativen Rechteinhaberinnen oder betroffen sind.

c) Dreistufentest

(i) Auslegung des Dreistufentests im Allgemeinen

Art. 13 TRIPS formuliert den Dreistufentest wie folgt: „Die Mitglieder begrenzen Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Rechteinhabers unzumutbar verletzen“. Damit sind die drei Stufen des Dreistufentests definiert, die zu prüfen sind: (1) Beschränkung auf Sonderfälle; (2) Keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung; (3) Keine unzumutbare Verletzung der Interessen der Rechteinhaberinnen.

Der Dreistufentest ist sehr offen formuliert und als Regel konzipiert, die dem nationalen Gesetzgeber einen erheblichen Freiraum gewährt⁴³. Angesichts dieses Freiraums ist wenig erstaunlich, dass das Bundesgericht den Dreistufentest in den Entscheiden, in denen es ihn zur Überprüfung seiner Auslegung der Schranken des URG herangezogen hat, stets zum Schluss gekommen ist, dass die Voraus-

⁴¹ WIPO, Collective Management (Fn. 40), 44.

⁴² RICKETSON/GINSBURG (Fn. 29), Rz. 13.23, Rz. 13.101; siehe auch SENFTLEBEN MARTIN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 200 ff., 209; DREIER THOMAS/HUGENHOLTZ BERNT, in: Dreier/Hugenholtz (Hrsg.), Concise European Copyright Law, 2. Aufl., AH Alphen aan den Rijn 2016, TRIPS 13 N 1.

⁴³ SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004 (Fn. 42), 202, m.w.H.; GEIGER CHRISTOPHE/GERVAIS DANIEL/SENFTLEBEN MARTIN, The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law, PIJIP 2013, 12; kritisch gegenüber diesem Spielraum: REIMER DIETRICH/ULMER EUGEN, Die Reform der materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft, GRUR Int. 1967, 431 ff., 444.

setzungen erfüllt sind⁴⁴. Auch die Streitschlichtungsinstanz der WTO bestätigte den grossen Spielraum der nationalen Gesetzgebung, als sie die Schwelle für die Nichterfüllung des Dreistufentests äusserst hoch ansetzte. Das Panel in «US-Copyright Act» erklärte eine US-amerikanische Bestimmung lediglich als nicht mit dem TRIPS vereinbar, weil sie einen hohen Anteil des spezifischen Marktes bei der Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken erfasste und im Gegenzug keinerlei Vergütung zugunsten der Rechteinhaberinnen vorsah.⁴⁵

Bei der Analyse und Anwendung des Dreistufentests gehen Lehre und Rechtsprechung regelmässig in drei Stufen vor. Dieses Vorgehen vermag zwar die Beurteilung zu vereinfachen, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Test eine unteilbare Gesamtheit bildet. Namentlich die zweite und dritte Stufe stehen nicht unabhängig nebeneinander. Vielmehr bedingen sie sich gegenseitig: So ist eine unzumutbare Verletzung der Rechteinhaberinnen kaum denkbar, wenn die normale Verwertung nicht beeinträchtigt ist, während umgekehrt die Beeinträchtigung der normalen Verwertung in aller Regel zu einer unzumutbaren Verletzung der Interessen der Rechteinhaberinnen führen wird. Zudem wird das Merkmal des Sonderfalls in Art. 13 TRIPS über das Relativpronomen «die» mit den Merkmalen der zweiten und dritten Stufe verbunden. Was als Sonderfall anzusehen ist, wird damit wesentlich durch die Merkmale dieser beiden Stufen bestimmt.

Dem Grundgedanken der unteilbaren Gesamtheit entsprechend wird in der vielbeachteten und einflussreichen, von einer Vielzahl von Wissenschaftlern unterschriebenen „*Declaration on a balanced interpretation of the ‚Three-Step Test‘ in Copyright Law*“ schon im ersten Punkt klargestellt: „Der Drei-Stufen-Test stellt eine unteilbare Gesamtheit dar. Die drei Stufen sind gemeinsam und als ein Ganzes im Sinne einer umfassenden Gesamtprüfung zu berücksichtigen“⁴⁶. Diesem Verständnis entsprechend hält die „*Declaration*“ fest, dass keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung vorliegt, „wenn eine angemessene Vergütung gewährleistet ist, ob vertraglich oder anderweitig“⁴⁷.

Der Zwang zur kollektiven Verwertung ist im Vergleich zu den anderen Schranken der am wenigsten weit gehende Eingriff in die Ausschliesslichkeitsrechte, weil hier nicht das Recht als solches, sondern

⁴⁴ BGE 133 III 473, E. 6.4; BGE 140 III 616, E. 3.6.6; BGE 133 II 263, E. 7.3.2, jedoch ohne nähere inhaltliche Überprüfung.

⁴⁵ WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.118 zu den Marktanteilen, und Rz. 6.133, 6.206-6.211, und 6.265, zur Vergütung.

⁴⁶ GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, GRUR Int. 2008 (Fn. 31), 824, Ziff. 1. ähnlich auch GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, PIJIP 2013 (Fn. 43), 6, m.w.H.: «the test constitutes a single analytical whole and serves the ultimate goal to strike an appropriate balance»; zustimmend auch DREIER, in Dreier/Hugenholtz (Fn. 42), RBÜ 9 N 4. Siehe dazu auch WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.160, wo die zwei weiteren Stufen des Tests untersucht wurden, obwohl die erste Stufe als nicht erfüllt angesehen wurde (bzgl. der sog. «business exemption»).

⁴⁷ GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, GRUR Int. 2008 (Fn. 31), 824, Ziff. 4.

nur dessen Geltendmachung beschränkt wird. Für die zwingend kollektiv zu verwertenden Rechte ist zudem stets eine Vergütung geschuldet. Das gilt auch für die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG. Diese Regelung geht zudem weniger weit als der Zwang zur kollektiven Verwertung, weil sie nicht die Geltendmachung der Rechte, sondern nur deren Verwertung betrifft. Die (originären und derivativen) Rechteinhaberinnen können Dritten damit die Nutzung nichttheatralischer Werke der Musik auch im Anwendungsbereich von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG verbieten⁴⁸. Werden die von dieser Regelung erfassten Rechte aber verwertet, dann muss die Verwertung durch die zuständige Verwertungsgesellschaft erfolgen. Zudem bleibt die individuelle Verwertung durch die Urheber und ihre Erben weiterhin möglich (Art. 40 Abs. 3 URG). Da auch deutlich weitergehende Beschränkungen den Vorgaben des Dreistufentests genügen, ist davon auszugehen, dass dies auch für die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG⁴⁹ gilt. Dennoch ist der Test nachfolgend im Detail durchzuführen.

(ii) *Beschränkung auf Sonderfälle*

Das erste Element des Dreistufentests, nach dem Beschränkungen und Ausnahmen auf bestimmte Sonderfälle eingegrenzt sein müssen, schliesst generalklauselartige Ausnahmebestimmungen aus; namentlich sollte klar sein, welches Ziel mit der Beschränkung verfolgt wird⁵⁰. In der Literatur finden sich gewisse Präzisierungen der Begriffsmerkmale der ersten Stufe. So setzt der Begriff „bestimmt“

⁴⁸ OFK-REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 8), URG 40 N 1; BARRELET/EGLOFF (Fn. 1), URG 40 N 17. Die Botschaft ist in diesem Punkt allerdings widersprüchlich. Sie hält an der einschlägigen Stelle zunächst fest: «Als 'Verwertung' ist nur die Einräumung von Nutzungsbefugnissen an einen Werknutzer, das heisst an den, der das Werk auf eine dem Urheber vorbehaltene Art verwenden will, zu verstehen, nicht die Abtretung von Nutzungsbefugnissen an Vermittler». Am Ende des Absatzes heisst es dann aber: «Jede Geltendmachung der genannten Rechte ist eine Verwertungshandlung, also auch etwa die Durchsetzung des Verbotsrechts»; Botschaft URG, BBl 1989 III, 554. Richtig ist die erste, nicht die zweite Aussage. Denn mit der Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG sollte lediglich erreicht werden, dass die Verwertung der Rechte nur durch eine einzige (schweizerische) Verwertungsgesellschaft erfolgt. Sinn und Zweck der Regelung war (und ist) nicht, dass die Urheber und ihre Rechtsnachfolger die Verbotsrechte nicht mehr selbst ausüben können oder dass diese gar von Gesetzes wegen auf die zuständige Verwertungsgesellschaft übertragen werden. Zur Ausübung der Verbotsrechte befugt ist die Verwertungsgesellschaft vielmehr nur, wenn ihr diese Rechte von den Rechteinhaberinnen im Rahmen eines Wahrnehmungsvertrags eingeräumt worden sind. Dass Art. 40 Abs. 1 lit. a URG nur die Verwertung der Rechte, aber nicht die Durchsetzung von Verbotsrechten erfasst, zeigt auch der Wortlaut von Art. 40 Abs. 1 URG, der begrifflich klar zwischen der «Verwertung der ausschliesslichen Rechte» (lit. a) und der «Geltendmachung von ausschliesslichen Rechten» differenziert. Diese Differenzierung unterlässt die Botschaft im fraglichen Satz («Jede Geltendmachung der genannten Rechte ist eine Verwertungshandlung»), in dem sie die «Geltendmachung» mit der «Verwertung» gleichstellt. Zu dieser Differenzierung siehe auch SHK-BREM/SALVADÉ/WILD (Fn. 8), URG 40 N 13.

⁴⁹ Zu den Unterschieden siehe vorne, B.2.a).

⁵⁰ Für das Staatsvertragsrecht: JACQUES SABINE, in: Sterling/Cook (Hrsg.), *Sterling on World Copyright Law*, 6. Aufl., London 2022; FÜLLER/LANGELOH, in: Busche/Stoll/Wiebe (Fn. 31), TRIPS 13 N 8, beide m.V.a. WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.112. Für das Schweizer Recht: Botschaft URG, BBl 2006, 3413; BGE 133 III 473, E. 6.1; BVGer vom 2. Juli 2013, B-2612/2011, 24, E. 7.5.2; OFK-REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 8), URG 19 N 6.

nicht eine präzise und enge Umschreibung von Schrankenbestimmungen voraus⁵¹. Vielmehr hält nach der Lehre auch die Verwendung offener Tatbestandsmerkmale, wie etwa in der US-amerikanischen *fair use*-Doktrin, dem Kriterium der ersten Stufe Stand⁵². Mit dem Element des „Sonderfalls“ soll sodann zum Ausdruck gebracht werden, dass die Schranke eine Ausnahme sein soll und nicht in eine Regel umschlagen darf⁵³. Etwas restriktiver wird der Begriff des Sonderfalls in der Entscheidung des WTO Panels in «US-Copyright Act» verstanden. Nach dieser muss der Anwendungsbereich von Schranken «*clearly defined*» sein, um ein hinreichendes Mass an Rechtssicherheit zu schaffen⁵⁴. Zudem müssen Schranken «*narrow in scope [sein], inter alia, with respect to their reach*»⁵⁵.

Die Regelung in Art. 40 Abs. 1 lit. a URG erfasst nicht nur das Aufführungsrecht an nichttheatralischen Werken der Musik, sondern auch das Senderecht und das Recht zur Herstellung von Ton- und Tonbildträgern solcher Werke. Damit wird ein grosser Teil der Ausschliesslichkeitsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik der individuellen Verwertung entzogen und der kollektiven Verwertung unterstellt. Aus heutiger Sicht ist immerhin zu beachten, dass das für die Verwertung dieser Werke zentrale Recht der Zugänglichmachung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG nicht erfasst wird. Allerdings erfasst diese Regelung nur die Frage, wer die Ausschliesslichkeitsrechte verwerten darf; sie schränkt damit nur das Vorgehen bei der Verwertung der Rechte auf die Kollektivverwertung ein, lässt die Ausschliesslichkeitsrechte als solche aber unberührt. Der Anwendungsbereich von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG ist damit nicht nur «*clearly defined*», sondern auch «*narrow in scope*», namentlich hinsichtlich der Reichweite (*reach*).

Selbst wenn die in Art. 40 Abs. 1 lit. a URG vorgesehene Beschränkung der Ausschliesslichkeitsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik bei einer Prüfung der ersten Teststufe auf den ersten Blick nicht als Sonder-, sondern als Regelfall erscheinen mag, ist damit noch nichts entschieden. Denn wie vorstehend ausgeführt ist eine solche isolierte Betrachtung verfehlt⁵⁶. Da die Kriterien der zweiten und

⁵¹ WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.108; SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004 (Fn. 42), 207.

⁵² FÜLLER/LANGELOH, in: Busche/Stoll/Wiebe (Fn. 31), TRIPS 13 N 9; SENFTLEBEN MARTIN, Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 159 ff., 177; GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, PIJIP 2013 (Fn. 43), 32 f.

⁵³ FÜLLER/LANGELOH, in: Busche/Stoll/Wiebe (Fn. 31), TRIPS 13 N 11; ähnlich auch PHILAPITSCH FLORIAN, Die digitale Privatkopie, Wien/Graz 2007, 51.

⁵⁴ WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.108; im Ergebnis ebenso GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, GRUR Int. 2008 (Fn. 31), 824, Ziff. 3 Bst. a, nach welchen allein entscheidend sein soll, dass die Reichweite der Schranke hinreichend vorhersehbar ist.

⁵⁵ WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.112 f.

⁵⁶ Siehe dazu vorne, B.2.c).

dritten Stufe durch die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG eindeutig eingehalten werden⁵⁷, scheidet die Beurteilung nach dem Dreistufentest nicht schon (und allein) daran, dass die Regelung einen grossen Teil der Ausschliesslichkeitsrechte erfasst.

Führt man sich vor Augen, dass selbst die äusserst weit gefasste Schranke für *fair use* in der Lehre als Sonderfall qualifiziert wird und lehnt man eine isolierte Prüfung der ersten Stufe ab, wird klar, dass die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG nicht an den Vorgaben der ersten Stufe scheitern kann.

(iii) *Keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung*

Das zweite Element, nach welchem die normale Verwertung der Werke durch eine Schranke nicht beeinträchtigt werden darf, verlangt eine Prüfung im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeiten⁵⁸. Die normale Verwertung bestimmt sich dabei nach der Art des Rechts und dem diesbezüglichen Absatzmarkt⁵⁹. In der Literatur wird eine empirische Untersuchung verlangt, bei der zu prüfen ist, ob die durch die Schranke freigestellte Nutzung in den Bereich der Tätigkeiten fällt, für welche die Urheber üblicherweise eine Entschädigung erwarten können⁶⁰. Dies ist der Fall, wenn die von der Schranke erlaubte Nutzung zur herkömmlichen Nutzung in unmittelbarem Wettbewerb tritt⁶¹. Dabei sind tatsächliche und potentielle Auswirkungen zu berücksichtigen, sofern diese hinreichend wahrscheinlich und plausibel sind⁶². Die Prüfung auf der zweiten Stufe soll damit der „Aussonderung von Fällen dienen, in denen ganz erhebliche Umsatzeinbussen hingenommen werden müssen“⁶³.

In der Lehre wird dies teilweise dahingehend verstanden, dass eine Beeinträchtigung der normalen Verwertung nur vorliegt, wenn die Schranke „ganz erhebliche negative Auswirkungen auf die Gesamt-

⁵⁷ Siehe dazu sogleich nachfolgend, B.2.c)(iii) und B.2.c)(iv).

⁵⁸ Für das Schweizer Recht: BGE 133 III 473, E. 6.1; Botschaft URG, BBl 2006, 3413, wo schon auf der zweiten Stufe von einer «Verhältnismässigkeitsprüfung» die Rede ist. Eine solche Verhältnismässigkeitsprüfung wird in der Literatur zum Staatsvertragsrecht allerdings nicht erwähnt; sie sollte erst auf der dritten Stufe erfolgen.

⁵⁹ Botschaft URG, BBl 2006, 3413; BGE 133 III 473, E. 6.1; SHK-GASSER/OERTLI (Fn. 8), Vor URG 19 N 16a; wohl ebenso OFK-REHBINDER/HAAS/UHLIG (Fn. 8), URG 19 N 6, nach welchen eine «Verhältnismässigkeitsprüfung gemessen am jeweiligen Absatzmarkt» erfolgen soll; wie hier: SENFTLEBEN in: Dreier/Hugenholtz (Fn. 42), WCT 10 N 4; PHILAPITSCH (Fn. 53), 57.

⁶⁰ RICKETSON/GINSBURG, (Fn. 29), Rz. 13.15 ff.; SENFTLEBEN in: Dreier/Hugenholtz (Fn. 42), WCT 10 N 4.

⁶¹ WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.183: «We believe that an exception or limitation to an exclusive right in domestic legislation rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work (i.e., the copyright or rather the whole bundle of exclusive rights conferred by the ownership of the copyright), if uses, that in principle are covered by that right but exempted under the exception or limitation, enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work (i.e., the copyright) and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains.»

⁶² WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.180.

⁶³ SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004 (Fn. 42), 209; ähnlich auch: DERS. in: Dreier/Hugenholtz (Fn. 42), WCT 10 N 4.

verwertung betroffener Werke hat, so dass der ökonomische Kern des Urheberrechts angetastet wird“⁶⁴. Nach anderer Ansicht soll es hingegen schon genügen, „wenn Nutzungen, die an sich zum Schutzbereich des Rechts gehören, unter eine Beschränkung oder Ausnahme fallen und wirtschaftlich betrachtet in Wettbewerb treten mit der Auswertung, die die Rechteinhaber normalerweise vornehmen würden, und wenn die Rechteinhaber hierdurch wirtschaftliche Einbussen erleiden“⁶⁵. Diese Auffassung stützt sich allerdings nicht auf Materialien zur Entstehung der staatsvertraglichen Regelungen des Dreistufentests, sondern auf die Erwägungen des WTO Panels in der Entscheidung «US-Copyright Act».⁶⁶ Zudem übergeht sie eine wesentliche Einschränkung, die in der Entscheidung des WTO Panels enthalten war. Dort wird nämlich vorausgesetzt, dass die Rechteinhaberinnen durch die von einer Schranke freigestellten Nutzungen nur dann in der normalen Verwertung beeinträchtigt werden, wenn ihnen erhebliche oder handfeste wirtschaftliche Erträge (*«significant or tangible commercial gains»*) entgehen⁶⁷.

Bei Inkrafttreten der heutigen Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG im damaligen Bundesgesetz betreffend die Verwertung von Urheberrechten⁶⁸ wurden die Ausschliesslichkeitsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik ganz überwiegend kollektiv verwertet⁶⁹ – allerdings nicht aufgrund einer gesetzlichen Vorgabe, sondern freiwillig⁷⁰. Mit der Einführung der heutigen Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG änderte sich an der normalen Verwertung damit nichts. Die bisher freiwillige kollektive Verwertung wurde vom Gesetzgeber lediglich zwingend vorgesehen. Vorbehalten war (und ist) nur, aber immerhin, die persönliche Verwertung durch den Urheber und seine Erben. Im Zeitpunkt des Erlasses der Regelung lag damit keine Beeinträchtigung der normalen Verwertung vor. An dieser Situation hat sich bis heute nichts geändert, weil die normale Verwertung seit Erlass von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG die gesetzlich vorgegebene Kollektivverwertung ist. Da mit der Regelung von Art. 40 Abs. 1

⁶⁴ SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004 (Fn. 42), 211; nach PHILAPITSCH (Fn. 53), 58 f. hat man bei der «Prüfung der zweiten Stufe (...) sowohl den ‚ökonomischen Kern‘ des Urheberrechts wie auch das technische Umfeld mit einzubeziehen»; a.M. zur Gesamtverwertung: REINBOTHE JÖRG, in Reinbothe/von Lewinski (Hrsg.), The WIPO Treaties on Copyright, 2. Aufl., Oxford 2015, Rz. 7.10.28.

⁶⁵ FÜLLER/LANGELOH, in: Busche/Stoll/Wiebe (Fn. 31), TRIPS 13 N 13.

⁶⁶ Siehe dazu vorn, Fn. 5858. Zur Bedeutung der Entscheidung des WTO Panels für die Anwendung des Dreistufentests siehe: GEIGER/GERVAIS/SENFTLEBEN, PIJIP 2013 (Fn. 43), 12 f.

⁶⁷ WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.183, wiedergegeben vorne, Fn. 58.

⁶⁸ Die Regelung in Art. 1 des Bundesgesetzes über die Verwertung von Urheberrechten war allerdings auf die Aufführung von nichttheatralischen Werken der Musik beschränkt und erfasste die Sendung sowie die Herstellung von Ton- und Tonbildträgern nicht.

⁶⁹ Siehe dazu: BARRELET/EGLOFF (Fn. 1), URG 40 N 3.

⁷⁰ Siehe dazu vorne, B.2.a).

lit. a URG nur die (vor und nach Erlass dieser Bestimmung) bestehende Verwertungspraxis gesetzlich vorgeschrieben wird, wird die normale Verwertung in tatsächlicher Hinsicht nicht beeinträchtigt.

Ob die Verwertung der Ausschliesslichkeitsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik durch die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG potentiell beeinträchtigt wird, kann mit diesem Rechtsgutachten nicht abschliessend geklärt werden. Hierfür wären empirische Untersuchungen erforderlich. Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, dass eine solche Beeinträchtigung festgestellt würde, zumal die hier in Frage stehenden Rechte schon vor Einführung der Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG kollektiv verwertet wurden und wohl auch ohne diese Regelung kollektiv verwertet würden. Selbst wenn ein Teil der Rechte nicht mehr von der SUISA, sondern von den (derivativen) Rechteinhaberinnen selbst oder von einer anderen Verwertungsorganisation verwertet würde, kann kaum angenommen werden, dass die erzielten Erträge von denjenigen der SUISA derart abweichen würden, dass den Urhebern und (derivativen) Rechteinhaberinnen dadurch erhebliche oder handfeste wirtschaftliche Erträge (*«significant or tangible commercial gains»*) entgehen würden.

Erforderlich ist allerdings, dass die in den massgeblichen Tarifen vorgesehenen Vergütungen angemessen sind, also nicht erheblich tiefer ausfallen als bei einer (hypothetischen) Verwertung durch die (derivativen) Rechteinhaberinnen oder eine andere Verwertungsorganisation. Beim Vergleich mit einer (hypothetischen) Verwertung durch die Rechteinhaberinnen ist nicht nur ein Vergleich der Erträge vorzunehmen, sondern auch zu beachten, dass die Kollektivverwertung den Rechteinhaberinnen den Aufwand erspart, der bei einer individuellen Verwertung anfallen würde. Beim Vergleich mit einer (hypothetischen) Verwertung durch eine andere Verwertungsorganisation sind auch die Kosten für die Auswahl und Überwachung des Vertragspartners zu berücksichtigen und es ist dem Konkursrisiko Rechnung zu tragen.

Die Nutzung der von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG erfassten Rechte unterliegt der Tarifpflicht (Art. 46 URG). Die Tarife werden von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) nur genehmigt, wenn sie angemessen sind (Art. 59 URG). Das ist der Fall, wenn die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwertung ein angemessenes Entgelt erhalten (Art. 60 Abs. 2 Teilsatz 2 URG). Als angemessen kann das Entgelt nur qualifiziert werden, wenn den Urhebern und (derivativen) Rechteinhaberinnen aufgrund der kollektiven Verwertung keine erheblichen oder handfesten wirtschaftlichen Erträge entgehen. Damit sind auch die Vorgaben der zweiten Teststufe erfüllt.

(iv) *Keine unzumutbare Verletzung der Interessen der Rechteinhaberinnen*

Das dritte Element besteht in einer Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn. Ein Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechteinhaberinnen ist dabei unzulässig, wenn er für diese nicht zumutbar

ist⁷¹. Dies trifft zu, wenn die Interessen Dritter diejenigen der Rechteinhaberinnen nicht zu überwiegen vermögen⁷². Dabei ist anerkannt, dass bei der Prüfung nicht nur die Interessen der originären, sondern auch diejenigen der derivativen Rechteinhaberinnen zu berücksichtigen sind⁷³. Folgt man dem Teil der Lehre, der bei der dritten Stufe eine Differenzierung zwischen der Beurteilung nach RBÜ und TRIPS verlangt⁷⁴, gilt dies allerdings nur für die Beurteilung nach TRIPS, weil bei der RBÜ nur die Rechte der Urheber zu berücksichtigen sind.

Bei der Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG ist die Interessenlage vielschichtiger und komplexer als bei den meisten Schrankenbestimmungen. Zu berücksichtigen sind hier die Interessen der Urheber, der (derivativen) Rechteinhaberinnen, der Verwertungsgesellschaft (SUISA), der (hypothetischen) anderen Verwertungsorganisationen und der Nutzenden, also der Konzertveranstalter.

Die Interessenlage der Verwertungsgesellschaft, der (hypothetischen) anderen Verwertungsorganisationen und der Konzertveranstalter ist weitgehend klar: Die SUISA hat ein Interesse an der bestehenden Regelung, weil sie die in Frage stehenden Rechte allein verwerten kann. Die (hypothetischen) anderen Verwertungsorganisationen haben ein (potentielles) Interesse an der Verwertung der Rechte. Die Konzertveranstalter haben ein Interesse, alle erforderlichen Rechte von einer einzigen Organisation eingeräumt zu erhalten und diese zu angemessenen Tarifen nutzen zu können. Für die Konzertveranstalter schafft die Regelung zudem Rechtssicherheit, weil sie wissen, dass ihnen die zugelassene Verwertungsgesellschaft die Erlaubnis zur Nutzung der Rechte erteilen kann und sie nicht der Gefahr ausgesetzt sind, dass private Organisationen Ansprüche geltend machen, deren Bestehen sie nicht überprüfen können.

Bei den Urhebern und den (derivativen) Rechteinhaberinnen ist zu differenzieren. Die Urheber haben ein Interesse, die Rechte selbst verwerten oder die Verwertung einer Organisation ihrer Wahl überlassen zu können und einen angemessenen Ertrag zu erhalten. Die Wahlfreiheit ist durch die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG eingeschränkt, der angemessene Ertrag aber grundsätzlich sichergestellt. Die Interessen der (derivativen) Rechteinhaberinnen sind grundsätzlich dieselben wie diejenigen der Urheber. Bei den (derivativen) Rechteinhaberinnen wird aber nicht nur die Freiheit der Wahl der

⁷¹ Botschaft URG, BBl 2006, 3413; BGE 133 III 473, E. 6.1.

⁷² BGE 133 III 473, E. 6.1.; SHK-GASSER/OERTLI (Fn. 8), Vor URG 19 N 16a; SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004 (Fn. 42), 211; BORNHAUSER JONAS, Anwendungsbereich und Beschränkung des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts im digitalen Kontext, Bern 2010, Rn. 243.

⁷³ BGE 133 III 473, E. 6.1.; SHK-GASSER/OERTLI (Fn. 8), Vor URG 19 ff. N 4a; BORNHAUSER (Fn. 72), Rn. 230; GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, GRUR Int. 2008 (Fn. 31), 823.

⁷⁴ Siehe dazu vorne, B.2.c)

Verwertungsorganisation eingeschränkt, sondern auch die eigene Verwertung ausgeschlossen. Hinsichtlich des Ertrags entspricht die Interessenlage derjenigen der Urheber.

Lässt man bei der Prüfung nach der RBÜ die Interessen der (derivativen) Rechteinhaberinnen ausser Betracht, so wird klar, dass die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG nur hinsichtlich der Wahlfreiheit und damit nur geringfügig in die Interessen der Urheber eingreift. In relevantem Umfang nachteilig betroffen sind nur die Interessen der (potentiellen) anderen Verwertungsorganisationen, die im erfassten Bereich nicht tätig sein können. Bezieht man auch die Interessen der SUIZA und der Nutzenden mit ein, erscheint klar, dass die Interessen der Urheber durch die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG nicht in unzumutbarer Weise verletzt werden.

Die Beurteilung ändert sich nicht, wenn man bei der Prüfung nach dem TRIPS auch die Interessen der (derivativen) Rechteinhaberinnen mit einbezieht, weil der Unterschied gegenüber der Situation der Urheber allein darin besteht, dass die (derivativen) Rechteinhaberinnen auch von der eigenen Verwertung ausgeschlossen sind, die sie in der Regel weder vornehmen wollen noch können. Auch die Interessen der (derivativen) Rechteinhaberinnen werden durch die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG nicht in unzumutbarer Weise verletzt.

Soweit ersichtlich ist zudem unbestritten, dass der Eingriff in die berechtigten Interessen durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung so abgemildert werden kann, dass die Vorgaben der dritten Stufe eingehalten sind⁷⁵. Eine unzumutbare Verletzung soll damit nur vorliegen, wenn die Schranke zu einem unverhältnismässigen Einkommensverlust führt⁷⁶. Damit sind auch weitreichende Ausnahmen zulässig, wenn dafür eine Abgabe vorgesehen wird⁷⁷. Die Vergütung muss dabei nicht dem Betrag entsprechen, welchen die Urheber oder die (derivativen) Rechteinhaberinnen ohne Bestehen einer Schranke für die Werknutzung hätten verlangen können. Denn eine volle Entschädigung ist im Dreistufentest nicht angelegt⁷⁸. Vielmehr müssen die Urheber und (derivativen) Rechteinhaberinnen nach der Entscheidung des WTO Panels in «US-Copyright Act» eine gewisse Einbusse hinnehmen⁷⁹. Ein

⁷⁵ BGE 133 III 473, E. 6.1; SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004 (Fn. 42), 209, 211; DREIER/HUGENHOLTZ, in: Dreier/Hugenholtz (Fn. 42), TRIPS 13 N 2; FÜLLER/LANGELOH, in: Busche/Stoll/Wiebe (Fn. 31), TRIPS 13 N 15, weisen zudem darauf hin, dass bei bestimmten Einschränkungen des Urheberrechts ein geldwerter Ausgleich erfolgen muss.

⁷⁶ FÜLLER/LANGELOH, in: Busche/Stoll/Wiebe (Fn. 31), TRIPS 13 N 14; WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.229.

⁷⁷ FÜLLER/LANGELOH, in: Busche/Stoll/Wiebe (Fn. 31), TRIPS 13 N 15.

⁷⁸ SENFTLEBEN, GRUR Int. 2004 (Fn. 42), 211.

⁷⁹ WTO Panel, US Copyright Act (Fn. 33), Rz. 6.229.

unzumutbarer Eingriff in die berechtigten Interessen liegt nur vor, wenn eine Schranke zu einem «*unreasonable loss of income*»⁸⁰ führt oder führen kann.

Da die Urheber und (derivativen) Rechteinhaberinnen von der zuständigen Verwertungsgesellschaft gestützt auf die anwendbaren Tarife eine angemessene Vergütung für die Nutzung der nichttheatralischen Werke der Musik erhalten, sind auch die Vorgaben der dritten Teststufe erfüllt.

C. Ergebnis

Mit diesem Kurzgutachten ist zu prüfen, ob die Regelung der Verwertung der Aufführungsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik (Art. 40 Abs. 1 lit. a URG) mit den Vorgaben des anwendbaren Staatsvertrags- und Europarechts vereinbar ist. Dies ist der Fall.

Für die Beurteilung sind die Vorgaben der RBÜ und des TRIPS massgebend. Aus dem Europarecht ergeben sich keine Einschränkungen. Die Richtlinien der EU zum Urheberrecht sind in der Schweiz nicht direkt anwendbar und private Verwertungsorganisationen mit Sitz in der EU können sich nicht auf das Personenfreizügigkeitsabkommen und die darin vorgesehene Dienstleistungsfreiheit berufen, um einen Rechtsanspruch auf Verwertung der Aufführungsrechte an nichttheatralischen Werken der Musik in der Schweiz geltend zu machen.

Die RBÜ und das TRIPS enthalten keine Regelung der Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften. Diese wird den Mitgliedstaaten überlassen. Es lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass Art. 40 Abs. 1 lit. a URG eine blosse Regelung der Kollektivverwertung ist. Bei einer solchen Betrachtung ist die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG schon deshalb mit den Vorgaben von RBÜ und TRIPS vereinbar, weil diese keine Vorgaben zur Regelung der Kollektivverwertung enthalten.

Der Begriff der Schranke ist in RBÜ und TRIPS allerdings weit zu verstehen. Er erfasst namentlich auch Bestimmungen, die eine zwingende Kollektivverwertung vorsehen. Trotz dogmatischer Unterschiede entspricht die Regelung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG im Ergebnis einer solchen Schranke. Sie ist deshalb auf die Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Dreistufentests zu prüfen, der in der RBÜ und im TRIPS vorgesehen ist. Diese Vorgaben sind erfüllt. Obwohl Art. 40 Abs. 1 lit. a URG einen grossen Teil der Rechte an nichttheatralischen Werken der Musik erfasst, liegt ein Sonderfall im Sinn des Dreistufentests vor. Denn der Anwendungsbereich der Regelung ist klar definiert (*clearly defined*) und eng gefasst (*narrow in scope*), weil nur das Vorgehen bei der Verwertung der Rechte eingeschränkt wird, die Ausschliesslichkeitsrechte aber unberührt bleiben. Die normale Verwertung der erfassten Rechte wird durch Art. 40 Abs. 1 lit. a URG nicht beeinträchtigt, zumal diese Rechte schon vor Erlass der Regelung

⁸⁰ Ebenda.

kollektiv verwertet wurden und wohl auch bei einem Verzicht auf diese Regelung kollektiv verwertet würden. Die Regelung führt auch nicht zu einer unzumutbaren Verletzung der Interessen der Urheber und (derivativen) Rechteinhaberinnen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Urheber und Rechteinhaberinnen für die von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG erfasste Verwertung der Rechte an nichttheatralischen Werken der Musik ein angemessenes Entgelt erhalten.

Damit kann festgehalten werden, dass die Bestimmung von Art. 40 Abs. 1 lit. a URG mit den Vorgaben des anwendbaren Staatsvertragsrechts, namentlich mit den Vorgaben der RBÜ und des TRIPS vereinbar ist. Sollte man die Regelung für problematisch erachten, weil sie die individuelle Verwertung der Aufführungs- und Senderechte sowie der sog. «mechanischen Rechte» durch die (derivativen) Rechteinhaberinnen selbst und durch private Verwertungsorganisationen ausschliesst, müsste der schweizerische Gesetzgeber aktiv werden.

* * * * *



Prof. Dr. Florent Thouvenin



Prof. Dr. Thomas Burri