Urteilskopf

107 II 57

11. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Januar 1981 i.S. SUISA gegen Rediffusion AG (Berufung)
Regeste (de):
Art. 12 Abs. 1 Ziff. 5 und 6 sowie Abs. 2 URG. Kabelfernsehen.

1. Legitimation der Parteien. Zulässigkeit von Feststellungsklagen (E. 1).

2. Art. 11bis Abs. 1 Ziff. 1 und 2 Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst: Anwendung des Abkommens auf ein schweizerisches Kabelunternehmen (E. 2); Auslegung seiner Bestimmungen nach der Entstehungsgeschichte, nach ausländischer Rechtsprechung und nach international anerkannten Kriterien (E. 3). Ihre Bedeutung für das Landesrecht (E. 4).

3. Der Anspruch des Urhebers gemäss Art. 12 Ziff. 6 URG setzt voraus, dass eine öffentliche Mitteilung vorliegt (E. 5) und diese von einem anderen als dem ursprünglichen Sendeunternehmen vorgenommen wird (E. 6). Ein selbständiges Kabelunternehmen erfüllt diese Voraussetzungen, wenn es ein gesendetes Werk über seine Anlagen an 60'000 Abonnenten weiterverbreitet (E. 6d).

4. Eine gesonderte Vergütung ist gerechtfertigt, wenn zwei urheberrechtlich relevante Leistungen vorliegen (E. 7); sie lässt sich selbst dann nicht als missbräuchlich ausgeben, wenn Abonnenten sich wegen eines kommunalen Antennenverbotes für das Kabelfernsehen entscheiden (E. 8). Das gilt auch für ausländische Sendungen (E. 9).

5. Möglichkeiten für die Beteiligten und den Gesetzgeber, praktikable Lösungen zu finden und einer Gefährdung von Urheberrechten durch Auswüchse der Technik vorzubeugen (E. 10).

Regeste (fr):
Art. 12 al. 1 ch. 5 et 6 et al. 2 LDA. Télévision par câble.

1. Qualité pour agir et défendre des parties. Recevabilité d'actions en constatation de droit (consid. 1).

2. Art. 11bis al. 1 ch. 1 et 2 de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques: application de la convention à une entreprise suisse de distribution par câble (consid. 2); interprétation des dispositions de la convention d'après sa genèse, la jurisprudence étrangère et les critères reconnus sur le plan international (consid. 3); portée de ces dispositions et de leur interprétation pour le droit national (consid. 4).

3. Le droit d'auteur prévu par l'art. 12 al. 1 ch. 6 LDA suppose qu'il y ait une communication publique (consid. 5) et qu'elle soit faite par un autre organisme que celui d'origine (consid. 6). Une entreprise indépendante de distribution par câble remplit ces conditions lorsqu'elle retransmet à 60'000 abonnés, par l'intermédiaire de ses installations, une oeuvre diffusée par une autre entreprise (consid. 6d).

4. Une rémunération séparée se justifie lorsqu'il y a deux prestations à prendre en considération au point de vue du droit d'auteur (consid. 7); elle n'est pas abusive, même si des abonnés optent pour la télévision par câble en raison d'une interdiction communale d'installer des antennes (consid. 8). Ces principes s'appliquent aussi à des émissions étrangères (consid. 9).

5. Perspectives proposées aux parties et au législateur en vue de trouver des solutions praticables et d'éviter que les droits d'auteur ne soient mis en péril par des excès de la technique (consid. 10).

Regesto (it):
Art. 12 cpv. 1 n. 5 e 6, cpv. 2 LDA. Televisione mediante filo.

1. Legittimazione attiva e passiva delle parti. Ammissibilità di azioni d'accertamento (consid. 1).

2. Art. 11bis cpv. 1 n. 1 e 2 della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche: applicazione della convenzione a un'impresa svizzera di distribuzione mediante filo (consid. 2); interpretazione delle norme della convenzione secondo la sua genesi, la giurisprudenza straniera e i criteri riconosciuti sul piano internazionale (consid. 3). Portata di queste disposizioni e della loro interpretazione per il diritto nazionale (consid. 4).

3. Il diritto d'autore previsto dall'art. 12 cpv. 1 n. 6 LDA presuppone che vi sia una comunicazione pubblica (consid. 5) e che essa sia fatta da un organismo diverso dall'azienda originaria d'emissione (consid. 6). Un'impresa indipendente di distribuzione mediante filo adempie tali condizioni ove, valendosi dei propri impianti, ritrasmetta a 60'000 abbonati un'opera diffusa da un'altra impresa (consid. 6d).

4. Si giustifica una remunerazione separata quando si sia in presenza di due prestazioni rilevanti per il diritto d'autore (consid. 7); essa non è abusiva neppure laddove determinati abbonati optino per la televisione mediante filo a causa di un divieto comunale d'installare antenne (consid. 8). Tali principi valgono anche per le emissioni estere (consid. 9).

5. Prospettive proposte alle parti e al legislatore per trovare soluzioni praticabili e per evitare che i diritti d'autore siano messi in pericolo dall'evoluzione tecnica (consid. 10).

Sachverhalt ab Seite 58

BGE 107 II 57 S. 58

A.- Die SUISA (Schweizerische Gesellschaft für Urheberrechte an Musik-Aufführungen und -Sendungen) ist eine Genossenschaft gemäss Art. 828 ff. OR, die vor allem aus Komponisten, Textdichtern und Verlegern von Musikwerken besteht. Sie wahrt deren Rechte an öffentlichen Aufführungen oder Sendungen nichttheatralischer Werke und bietet den

BGE 107 II 57 S. 59

Veranstaltern die Möglichkeit, ihre finanziellen Verpflichtungen gegenüber den Urhebern mit möglichst wenig Umtrieben zu erfüllen. Sie besitzt seit 1941 die dafür in Art. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Verwertung von Urheberrechten (VerwG) vorgesehene Bewilligung, die inzwischen alle fünf Jahre erneuert worden ist. Ihre Tätigkeit stützt sich ferner auf Verträge mit ihren Mitgliedern und ausländischen Verwertungsgesellschaften. Die SUISA übt die ihr übertragenen oder abgetretenen Rechte im eigenen Namen aus, zieht insbesondere die ihren Mitgliedern geschuldeten Entschädigungen selber ein. Das gilt auch für die musikalischen Sendungen der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG); die SUISA erhält dafür jährlich eine Pauschalentschädigung aus dem Anteil an den Empfangsgebühren, den die PTT-Betriebe der SRG ausrichten. Die Redif-

fusion AG betreibt in der Schweiz mehrere Fernsehanlagen, die insbesondere aus Empfangsstellen, Verstärker- und Umsetzerstationen sowie einem Kabelnetz bestehe. Dazu gehört unter anderem eine Anlage auf dem Ütliberg, wo sie in- und ausländische Fernseh- und UKW-Sendungen mit einem 32 m hohen Empfangsturm und anderen technischen Mitteln auffängt, die Sendungen für die Kabelübertragung aufbereitet und über Verstärkereinrichtungen an rund 60'000 Abonnenten in Zürich und Umgebung weiterleitet. In der ganzen Schweiz sollen rund eine Million Abonnenten über etwa 1700 grössere oder kleinere Anlagen dieser Art. versorgt werden.
Die SUISA fand, eine solche Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen bedürfe ihrer Bewilligung. Sie stiess dabei aber auf den Widerstand der Vereinigung Schweizerischer Gemeinschafts-Antennen-Betriebe, der auch die Rediffusion AG angehört.

B.- Im August 1976 klagte die SUISA beim Obergericht des Kantons Zürich gegen die Rediffusion AG auf Feststellung, dass die Beklagte den Abonnenten ihres Verteilnetzes in der Region Zürich nur mit Erlaubnis der Klägerin Radio- und Fernsehsendungen zuleiten dürfe. Die Beklagte widersetzte sich diesem Begehren und erhob Widerklage auf Feststellung, dass sie ohne Erlaubnis der Klägerin alle von der SRG ausgestrahlten Radio- und Fernsehsendungen weiterleiten dürfe (Begehren 1), dass dies für andere,

d.h. ausländische Sendungen ebenfalls gelte, soweit sie von den Abonnenten auch mit eigener Antennenanlage empfangen werden könnten (Begehren 2a), eventuell soweit der Empfang aufgrund internationaler Vereinbarung zulässig und frei sei (Begehren 2b). Durch Entscheid vom 17. September 1979 wies das Obergericht die Klage der SUISA ob (Ziff. 1) und stellte in Gutheissung der drei Widerklagebegehren fest, dass die Beklagte ohne Erlaubnis der Klägerin ihren Abonnenten nicht nur die Programme der SRG (Ziff. 2a), sondern auch andere Radio- und Fernsehsendungen zuleiten dürfe, falls diese von den Abonnenten auch mit eigener Antenne empfangen werden könnten (Ziff. 2b) oder der Empfang aufgrund internationaler Vereinbarung zulässig und frei sei (Ziff. 2c). Auf Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin hob das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 11. Juli 1980 Ziff. 2c dieses Urteilsspruches auf, weil die Beklagte diesbezüglich nur ein Eventualbegehren gestellt habe. Im übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.

C.- Die Klägerin hat gegen den Entscheid des Obergerichts auch Berufung eingelegt mit den Anträgen, ihn aufzuheben, ihr Feststellungsbegehren, das sie auf urheberrechtlich geschützte Werke beschränkt, gutzuheissen und die Widerklage abzuweisen, eventuell die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagte beantragt, die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil in der vom Kassationsgericht korrigierten Fassung zu bestätigen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Aktivlegitimation der SUISA und die Passivlegitimation der Rediffusion AG sind nicht streitig, auch nicht mit Bezug auf ausländische Sendungen, die vom Obergericht freilich nur beiläufig behandelt worden sind. Die Klageberechtigung der SUISA für solche Sendungen ergibt sich daraus, dass sie sich auf Gegenseitigkeitsverträge mit ausländischen Verwertungsgesellschaften berufen kann und damit praktisch das gesamte Weltrepertoire nichttheatralischer Musik vertritt. Dass die Feststellungsklagen beider Parteien prozessual zulässig sind, ist unbestritten und ebenfalls nicht zu beanstanden.

Selbst wenn der Anspruch, der ihnen zugrunde liegt, sich nicht schon aus dem materiellen Recht ergäbe, verstiesse die Zulassung der Klagen nicht gegen Bundesrecht (BGE 101 II 187 mit Hinweisen). Das Begehren der Klägerin ist allerdings dahin zu verdeutlichen, dass es sich nicht auf die sogenannten Eigensendungen der Beklagten bezieht, für die bereits eine Regelung besteht; es betrifft nur die von ihr weitergeleiteten Radio- und Fernsehprogramme und auch diese bloss insoweit, als es um "urheberrechtlich geschützte Werke" geht, wie im Berufungsantrag beigefügt worden ist. Etwas anderes konnte schon mit der ursprünglichen Fassung nicht gemeint sein. Klarzustellen sind auch die Widerklagebegehren, die zwar zwischen Sendungen der SRG und anderen (d.h. ausländischen) unterscheiden, sich im Unterschied zum Begehren der SUISA aber nicht auf die Region Zürich beschränken. Das tut auch der angefochtene Entscheid nicht, obwohl seinen Erwägungen eine solche Beschränkung zugrunde liegen dürfte. Es kann dies allenfalls bedeutsam werden für ausländische Sendungen, welche nach dem Wortlaut des Widerklagebegehrens 2a und des entsprechenden Urteilsspruches (Ziff. 2b) nicht bloss im Raum Zürich, sondern überall ohne Erlaubnis der SUISA weitergeleitet werden dürfen, wo sie von Abonnenten mit eigener Antenne ebenfalls empfangen werden könnten. Das ist nicht mehr eine auf die Region Zürich bezogene Feststellung, wie sie mit der Hauptklage verlangt wird, sondern eine von den tatsächlichen Verhältnissen unabhängige Rechtsanwendung, die freilich mit den Urteilserwägungen der Vorinstanz nicht übereinstimmt.

2. Die Parteien streiten sich hauptsächlich über die Frage, unter welchen Voraussetzungen Sendungen, die zeitgleich und unverändert über Gemeinschaftsantennen weitergeleitet werden, einer Erlaubnis der Urheber bedürfen und deren Rechte finanziell abzugelten sind. Ob es sich dabei nur um Fernseh- oder auch um Radiosendungen handelt, rechtfertigt keine unterschiedliche Beurteilung. Vorweg zu klären ist dagegen, was unter einer Gemeinschaftsantenne zu verstehen ist, da damit Anlagen unterschiedlichster Grösse gemeint sein können; der Begriff reicht von der Dachantenne eines Mehrfamilienhauses über die gemeinsame Antenne mehrerer benachbarter Häuser oder Quartiere bis zur Grossanlage, über die eine ganze Stadt oder Region mit Sendungen versorgt wird (H.J. STERN, Die

Weiterverbreitung von Radio- und Fernsehsendungen, Diss. Zürich 1970, S. 36). Vorliegend geht es um eine solche Grossanlage mit einem weitverzweigten Kabelnetz, über das in Zürich und Umgebung rund 60'000 Abonnenten die streitigen Sendungen empfangen. Art. 12 URG sichert dem Urheber das ausschliessliche Recht, sein Werk durch Rundfunk zu senden (Abs. 1 Ziff. 5) und es zudem "mit oder ohne Draht öffentlich mitzuteilen, wenn diese Mitteilung von einem anderen als dem ursprünglichen Sendeunternehmen vorgenommen wird" (Ziff. 6); die öffentliche Mitteilung des Werkes durch eine Fernsehsendung ist der Rundfunksendung gleichgestellt (Abs. 2). Wer Urheberrechte im Sinne dieser Bestimmungen verletzt, ist gemäss Art. 42 Ziff. 1 lit. f URG zivil- und strafrechtlich verfolgbar. Nach Auffassung des Obergerichts ist eine solche Verletzung im vorliegenden Fall zu verneinen, weil die Beklagte keine Sendetätigkeit ausübe, sondern nur technische Empfangshilfe leiste. Entscheidend sei, dass sie die Sendungen zeitgleich und unverändert an einen Personenkreis weiterleite, der die gleichen Programme auch mittels einer Einzelantenne empfangen könnte. Im einen wie im andern Fall benötige der Empfänger eine Konzession der PTT und bezahle dafür eine Gebühr, von der die SUISA über die SRG einen Anteil zugunsten der Urheber beziehe; die Klage laufe darauf hinaus, sich für die gleiche Leistung zweimal bezahlen zu lassen, was missbräuchlich sei. Das Obergericht stellt dabei ausschliesslich auf das URG ab und lässt die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst (RBUe) in der am 26. Juni 1948 in Brüssel revidierten Fassung (SR 0.231.13), selbst für die ausländischen Sendungen, ausser Betracht. Die Klägerin beharrt dagegen auf ihrem Standpunkt, dieses Abkommen sei hier, wie sich aus seinem

Art. 4 Abs. 1 und Art. 68bis URG ergebe, unmittelbar anwendbar. Die Beklagte scheint aus dem Vorbehalt der nationalen Gesetzgebung in Art. 11bis Abs. 2 RBUe einen andern Schluss zu ziehen, räumt aber ein, dass die Schweiz von diesem Vorbehalt keinen Gebrauch gemacht hat und eine abweichende Beurteilung deshalb entfällt. Ebensowenig ist ihr entgangen, dass Lehre und Rechtsprechung zum Abkommen auch für die Auslegung von Art. 12 Abs. 1 Ziff. 5 und 6 URG von Bedeutung sind, weil der schweizerische Gesetzgeber diese Bestimmungen bewusst und wörtlich aus

Art. 11bis Ziff. 1 und 2 RBUe übernommen hat (Botschaft vom 12. Oktober 1954 zur Revision des URG, BBl 1954 II S. 654).

3. Deswegen berufen die Parteien sich denn auch auf die Entstehungsgeschichte der übernommenen Normen, auf ausländische Urteile und internationale Bemühungen, das Abkommen in diesen Punkten auszulegen und der technischen Entwicklung gemäss fortzubilden. a) In der Römer Fassung des Abkommens von 1928 wurde dem Urheber erstmals das Senderecht vorbehalten, dessen Umschreibung angesichts der technischen Möglichkeiten, Sendungen weiterzuverbreiten, in der Folge nicht mehr zu umgehen war. Aus den Vorarbeiten der Brüsseler Konferenz zu Art. 11bis RBUe entstand der Vorschlag, dass "toute nouvelle communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'oeuvre radiodiffusée" einer neuen Erlaubnis des Urhebers bedürfe. Diese Fassung ging einzelnen Delegationen zu weit, andern zu wenig weit und erschien zudem als zu vage. Auf Antrag von Belgien einigte man sich schliesslich auf die Wendung "toute communication publique", machte die Erlaubnis des Urhebers aber von der zusätzlichen Voraussetzung abhängig, "lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine" (A. BAUM, in GRUR 1949 S. 18 ff.). Nach Auffassung der Klägerin ist damit das Erfordernis der "neuen Öffentlichkeit" fallengelassen worden. Die Beklagte bestreitet dies und ist zudem der Meinung, mit dem Merkmal des "autre organisme" habe man den Anspruch des Urhebers noch mehr einschränken wollen. Dass dies auch die Meinung der Konferenz gewesen sei, ist den von der Beklagten zitierten Voten indes nicht zu entnehmen. Auch im Generalrapport vom 25. Juni 1948, welcher der Verabschiedung des Abkommens am 26. Juni 1948 zugrunde lag, ist nur noch vom Erfordernis eines anderen Organismus die Rede (Text bei MESTMÄCKER/SCHULZE, Urheberrechtskommentar, Bd. II Anhang B/2). Hätte die Konferenz dieses Erfordernis bloss als Einschränkung der ersten Fassung betrachtet, wie die Beklagte behauptet, so hätte sie sich mit seiner Beifügung begnügen können. Das hat sie nicht getan, sondern statt einer "nouvelle communication publique" nur noch eine "communication publique" verlangt. Art. 11bis Ziff. 2 RBUe kann folglich auch dann erfüllt sein, wenn mit der Weiterleitung der Sendung nicht eine neue Öffentlichkeit oder ein neues Publikum erreicht, der

Empfangsbereich der ursprünglichen Sendung also nicht erweitert wird. In diesem Sinne werden die Vorarbeiten zur Brüsseler Fassung auch von zahlreichen Autoren, namentlich von M. WALTER gewürdigt, der sich damit (in GRUR Int. 1974 S. 120/21 und in Film und Recht 1975 S. 754/5) am gründlichsten auseinandergesetzt hat. Gleicher Auffassung ist D. GAUDEL (La télédistribution, Paris 1976, S. 23 ff. mit Hinweis auf andere franz. Autoren). R. DITTRICH (Kabelfernsehen und Probleme des Urheberrechts, in Internat. Gesellschaft für Urheberrecht 1979 S. 381 ff. und in Le droit d'auteur 1979 S. 27 ff.) widerspricht dem nicht, befürwortet aber aus anderen, vorwiegend technischen und gesetzgeberischen Überlegungen, dass man auf den Versorgungsbereich des ursprünglichen Senders abstellen sollte. Der historischen Auslegung folgen ferner J. VON UNGERN-

STERNBERG (Die Rechte der Urheber an Rundfunk- und Drahtfunksendungen, München 1973 S. 36 ff. und 50; derselbe in GRUR 1973 S. 18/9). Ebenso NORDEMANN/VINCK/HERTIN (Internationales Urheberrecht, Düsseldorf 1977, N. 4 zu Art. 11bis RBUe) und E. ULMER (in GRUR 1980 S. 582 ff.). Schliesslich versteht auch D. REIMER (in GRUR Int. 1979 S. 93) die streitige Bestimmung nicht anders, hält sie aber für revisionsbedürftig, weil er wie DITTRICH auf den Versorgungsbereich des ursprünglichen Senders abstellen möchte. Im schweizerischen Schrifttum nimmt STERN (Diss. S. 58 ff. und in Film und Recht 1975 S. 773) ebenfalls an, Art. 11bis Ziff. 2 RBUe setze keine neue Öffentlichkeit, keinen erweiterten Empfangsbereich voraus. Das ist auch die Meinung von K. GOVONI (Urheberrechtliche Probleme des Kabelfernsehens, S. 10). Nach M. J. LUTZ (Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1964 S. 133/4) spielte die Theorie der neuen Öffentlichkeit in der Schweiz eine bedeutsame Rolle, bevor die Brüsseler Fassung übernommen wurde. Zum gleichen Ergebnis wie die Beklagte gelangen hingegen R. GILLARD (L'antenne collective et la communication par fil au public en droit de propriété intellectuelle, Diss. Freiburg 1976 S. 40 f.), A. TRITTEN (Antenne commune et droit d'auteur, S. 6 ff.), PEDRAZZINI (in ZSR 96/1977 II S. 90) und sinngemäss D. BARRELET (Droit suisse des mass media, 1980 S. 163). Bei all diesen Autoren fällt jedoch auf, dass sie ihre Auffassung nicht

begründen, geschweige denn sich mit gegenteiligen auseinandersetzen. Zu Unrecht beruft sich die Beklagte dagegen auf J. F. EGLI (Le droit de la radiodiffusion en Suisse, in ZSR 87/1968 S. 303), der das Kriterium der neuen Öffentlichkeit ausdrücklich ablehnt (S. 306). b) Von den Parteien zitierte ausländische Urteile sind vom Obergericht übergangen worden, weil sie angeblich in der Schweiz nicht zur Rechtsfindung taugen. Soweit sie sich auf das Abkommen beziehen, können sie zu dessen Auslegung jedoch durchaus beitragen. Zu beachten ist dabei allerdings, dass sie teils auf Landesrecht beruhen, das dem Abkommen vorgeht, wenn ein Verbandsland von dem Vorbehalt des Art. 11bis Abs. 2 RBUe Gebrauch gemacht hat. Aufschlussreich ist die Rechtslage in Belgien, wo das Abkommen unmittelbar anzuwenden ist. In einem Prozess gegen das Kabelunternehmen CODITEL wurde eine Verletzung von Art. 11bis Abs. 1 Ziff. 2 RBUe am 19. Juni 1975 von der ersten Instanz und am 30. März 1979 auch vom Appellationshof von Brüssel bejaht; beide beschränkten ihre Prüfung strikt auf die im Abkommen erwähnten Voraussetzungen und gingen weder auf technische Einzelheiten noch auf Fragen der neuen Öffentlichkeit näher ein. Der Hinweis der Beklagten auf ein Urteil des Appellationshofes von Antwerpen, der am 3. Dezember 1980 anders entschieden haben soll, hilft darüber nicht hinweg. Dieser Entscheid richtete sich gegen ein eigentliches Sendeunternehmen im Sinne von Art. 11bis Abs. 1 Ziff. 1 RBUe, das von dem in Ziff. 2 gemeinten Kabelunternehmen zu unterscheiden sei (S. 8 oben); er äusserte sich zum Urteil aus Brüssel denn auch mit keinem Wort. Aus Österreich ist ein Prozess bekannt, in dem ein Kabelunternehmen in Feldkirch wegen Urheberrechtsverletzung verurteilt worden ist. Während die unteren Instanzen dabei auf die, allerdings nur teilweise Erweiterung des Versorgungsbereiches des Senders abstellten, hielt der Oberste Gerichtshof von Österreich in seinem Urteil vom 25. Juni 1974 diese Frage für unerheblich (GRUR Int. 1975 S. 68/9). In einem weiteren Verfahren gegen das Kabelunternehmen Telesystem entschied er am 12. November 1979 im gleichen Sinne. Die Kritik an dieser Rechtsprechung führte zur Revision des österreichischen Urheberrechtsgesetzes vom 2. Juli 1980, wobei in § 17 Abs. 3 die Drahtverbreitung von Sendungen des Österreichischen Rundfunks

(ORF) sowie kleinere Gemeinschaftsantennen, denen nicht mehr als 500 Teilnehmer angeschlossen sind, von

einer besonderen Urhebererlaubnis befreit und in § 59a für die Drahtverbreitung ausländischer Sendungen eine gesetzliche Lizenz vorgesehen wurden. Die Novelle unterscheidet sich dadurch deutlich von der schweizerischen Regelung und ergibt daher nichts zugunsten der Beklagten. Für die Auffassung der Beklagten spricht dagegen die Rechtsprechung in den Niederlanden, wo zwei Klagen gegen das Kabelunternehmen Amstelveen abgewiesen worden sind. Das Bezirksgericht Amsterdam bejahte zwar eine "communication publique" im Sinne der RBUe, die keinen neuen Publikumskreis voraussetze; es lehnte einzig die nach Landesrecht erforderliche eigenständige Veröffentlichung ab. Auf Appellation hin verwarf der Gerichtshof von Amsterdam am 12. Juni 1980 diese Unterscheidung und bestätigte das erstinstanzliche Urteil, ohne sich mit der RBUe auseinanderzusetzen, weil die streitigen Sendungen auch direkt über Einzelantennen hätten empfangen werden können (Urteil S. 4). Zwei Entscheide deutscher Gerichte sprechen im Ergebnis ebenfalls für die Beklagte, weil die Klagen der deutschen Verwertungsgesellschaft GEMA gegen die Bundespost wegen deren Kabelnetze in Hamburg und Nürnberg abgewiesen worden sind. Diese Urteile, die inzwischen vom Bundesgerichtshof bestätigt worden sein sollen, setzen sich jedoch nicht mit dem Abkommen auseinander; sie halten vielmehr gestützt auf Landesrecht für entscheidend, ob ein Kabelnetz der Sender- oder Empfangsseite zuzurechnen sei. Das Landgericht Hamburg fand am 6. Januar 1978, dass mit einem solchen Netz kein neuer Hörerkreis erschlossen werde, stehe der Annahme einer Sendung nicht im Wege; Unternehmen mit Gemeinschaftsantennen und echten Drahtfunk- oder Kabelübermittlungssystemen seien aber auseinanderzuhalten (S. 15/16). Das Hanseatische Oberlandesgericht bestätigte am 14. Dezember 1978 dieses Urteil, wobei es als urheberrechtlich relevant nur eine "rundfunkmässige" Weitersendung gelten liess. Es verneinte dieses Erfordernis, weil die Bundespost kein Programm gestalte und auch nicht eine die normalen Empfangsmöglichkeiten wesentlich übersteigende Programmauswahl biete. Unter diesen Umständen müsste eine Anlage schon von erheblicher Grösse sein und einem grösseren Abonnentenkreis dienen, um

als Drahtrundfunk zu gelten; das lasse sich bei Netzen mit 3000 bzw. 6000 Anschlüssen nicht sagen (S. 29/30). Danach könnte bei grösseren Anlagen also auch anders entschieden werden. Soweit diese ausländischen Urteile die RBUe nicht schlicht ignorieren, wie das für die Niederlande und Deutschland der Fall ist, bestätigen sie die dargelegten Auslegung von Art. 11bis Ziff. 2. Das nimmt auch E. ULMER an (in GRUR 1980 S. 584). Die ausländische Rechtsprechung rechtfertigt daher ebenfalls nicht, die Bestimmung entgegen ihrem Wortlaut auszulegen und dabei entscheidend auf die Frage der neuen Öffentlichkeit oder den erweiterten Empfangsbereich abzustellen. Die deutschen Urteile zeigen übrigens deutlich, wie schwer in der Rechtsprechung taugliche Kriterien zu finden sind, um urheberrechtlich relevante Kabelfernsehbetriebe von nicht relevanten abzugrenzen. c) Gewichtige Anhaltspunkte ergeben sich schliesslich aus den internationalen Bemühungen, die streitigen Bestimmungen des Abkommens auszulegen oder fortzubilden. Das gilt vorweg vom Guide de la Convention de Berne, der 1978 von der Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) herausgegeben worden ist. Darin ist ebenfalls nur von den in Art. 11bis Ziff. 2 RBUe genannten Kriterien, nicht vom zusätzlichen Erfordernis einer neuen Öffentlichkeit die Rede, wobei es aber Sache der nationalen Gesetzgebung sei, zwischen öffentlicher Mitteilung nach RBUe und blossem Empfang abzugrenzen (N. 10 zu Art. 11bis). In Expertengesprächen vom Januar 1979 zum Strassburger Fernsehabkommen wurde deutlich, dass ein Abstellen auf den direkten Empfangs- bzw. Versorgungsbereich nicht befriedige, weil dieser weder technisch zu umschreiben noch rechtlich verlässlich sei; als nötig erschien eine Annäherung der nationalen Gesetzgebung. Eine von der UNESCO und der OMPI eingesetzte Expertengruppe fand bereits im Juni 1977, dass der Begriff des direkten Empfangsbereichs Art. 11bis RBUe fremd sei; dieses Kriterium wurde noch 1980 von den nämlichen Experten überdies verworfen, weil Kabelunternehmen sich immer an ein anderes, wenn auch teilweise gleiches Publikum wendeten, da sonst für sie kein Bedürfnis bestünde. Äusserungen der Interessenverbände vermögen dagegen weniger zu überzeugen. Immerhin ergibt sich aus den Akten, dass sei längerer Zeit internationale Verbände der Urheber-

bzw. Verwertungsgesellschaften, der Sendeanstalten und der Kabelunternehmen miteinander verhandeln. Danach scheinen die Kabelunternehmen den Grundsatz anzuerkennen, Urheberrechtsentschädigungen zu schulden; sie bestreiten ihn jedoch für den Bereich der direkten Empfangszone.

4. Da die Novelle des URG mit der Brüsseler Fassung der RBUe übereinstimmen sollte, gilt das zum Abkommen Gesagte auch für die Auslegung des revidierten Art. 12 Abs. 1 Ziff. 6 URG. In der bundesrätlichen Botschaft zur Ratifikation der RBUe wird freilich erklärt, nach deren Art. 11bis Ziff. 2 bedürfe sowohl die Reemission wie die Radiodistribution einer Erlaubnis des Urhebers, wenn sie von einem andern als dem ursprünglichen Organismus vorgenommen werde, denn diesfalls könne die Sendung von einem Personenkreis empfangen werden, der vom ursprünglichen Sendeunternehmen nicht erreicht werde (BBl 1954 II S. 608). Die Beklagte, welche die gleichzeitige Botschaft zum URG als ungenau bezeichnet, sieht darin zu Unrecht die massgebende Auslegung des Abkommens. Sie übersieht, dass die Botschaft damit nur den Grund der Neuregelung, nicht eine zusätzliche Schranke angibt. Die Möglichkeit sodann, einen neuen Personenkreis zu erreichen, ist beim Kabelfernsehen stets gegeben. Schliesslich fällt auf, dass der Bundesrat die Befürchtungen von Rediffusion, Radibus und PTT gegen die aus dem Abkommen übernommene Bestimmung nicht etwa mit dem Hinweis entkräftete, mangels neuer Öffentlichkeit fielen diese Betriebe nicht unter die Norm; er hob vielmehr hervor, dass die SRG damals die Urheberrechte für alle drei Organisationen abgalt (S. 612 und 656). Die Beklagte will ferner mit den Entwürfen zur hängigen Revision des URG dartun, wie der Gesetzgeber heute die Frage gestützt auf das Abkommen regeln würde. Einer neuen Erlaubnis bedarf nach den Vorentwürfen (VE) wie bisher die Weitersendung (auch mittels Draht) durch ein anderes als das ursprüngliche Sendeunternehmen, wobei es der Rechtsprechung überlassen bleiben soll, diesen Begriff von Fall zu Fall zu umschreiben (VE I Art. 14 Ziff. 7 und Erläuterungen S. 47/8). Gleich verhält es sich nach dem. VE II, der ausdrücklich davon absieht, zwischen Einrichtungen, welche nur gemeinschaftlichem Empfang dienen, und andern, die eigentlichen Radio- und Fernsehanstalten gleichzusetzen sind, eine Grenze zu ziehen; der Entscheid über die Frage, ob die umstrittene, drahtgebundene

Übermittlung von Sendungen unter die genannte Bestimmung falle, wird ebenfalls dem Richter vorbehalten (Art. 14 Ziff. 5 und Erläuterungen S. 11/12). Die Expertenkommissionen haben somit die RBUe jedenfalls nicht dahin verstanden, dass eine neue Erlaubnis des Urhebers nur im Fall einer "neuen Öffentlichkeit" erforderlich sei, sonst hätten sie dies ausdrücklich gesagt. Das Obergericht entnimmt die Theorie der "neuen Öffentlichkeit" nicht den Materialien zur RBUe, die es ja ignoriert, sondern sieht darin eine zweckmässige Möglichkeit zur Lückenfüllung. Auch die Beklagte geht von einer Lücke aus, die von der Klägerin aber mit Recht bestritten wird. An der Brüsseler Konferenz wurde eindeutig die Weiterverbreitung gesendeter Werke durch Draht geregelt. Damals waren zudem sowohl das Netz des Telephonrundspruchs wie Netze der Rediffusion und der Radibus bereits in Betrieb. Dass man die stürmische Weiterentwicklung der Einrichtung nicht voraussah, ist ebenso unerheblich wie der Umstand, dass die genannten Unternehmen damals noch vermehrt Eigenprogramme verbreiteten. Es geht also keineswegs darum, einen neuen Schutztatbestand zu schaffen, der weder vom Abkommen noch vom URG geregelt wird; zu entscheiden ist vielmehr, ob der Schutz von Art. 11bis Ziff. 2 RBUe und Art. 12 Ziff. 6 URG zulasten der Urheber durch eine zusätzliche Voraussetzung eingeschränkt werden darf. Da dies zu verneinen ist, bleibt es dabei, dass Abkommen und schweizerisches Recht den Anspruch des Urhebers bei Weiterverbreitung eines gesendeten Werkes nur vom Vorliegen einer öffentlichen

Mitteilung durch ein anderes als das ursprüngliche Sendeunternehmen abhängig machen, gleichviel ob damit der ursprüngliche Sendebereich erweitert wird oder nicht. Entgegen dem angefochtenen Urteil kann somit nicht entscheidend sein, dass die Beklagte mit ihrem Kabelnetz nicht eine "neue Öffentlichkeit" schafft. Es kann deshalb offen bleiben, ob die vom Obergericht festgestellten tatsächlichen Verhältnisse zum Empfangsbereich der ursprünglichen Sendungen dafür genügen würden oder auf einem Versehen und einer Verletzung vom Art. 8 ZGB beruhen, wie die Klägerin behauptet. Jedenfalls hat das Kassationsgericht die Feststellungen des Obergerichts dahin präzisiert, dass die Beklagte auch im direkten Empfangsbereich neue Empfänger gewinnen könne, da die

Empfangsbedingungen bei ihr unter Umständen günstiger seien; dies veranlasste die Beklagte denn auch, ihre Netze aufzubauen. Damit stimmt überein, was in den Vorbereitungen der RBUe, in der angeführten Lehre und in den Expertenkommission immer wieder betont worden ist, dass nämlich das Kriterium des normalen Empfangsbereichs und damit der neuen Öffentlichkeit nicht dazu taugt, die Ansprüche der Urheber abzugrenzen (vgl. zur technischen Problematik insbesondere R. DITTRICH, Kabelfernsehen und Probleme des Urheberrechts, S. 394/5). Die Abgrenzung wird nicht dadurch erleichtert, dass auf ein Zielpublikum abgestellt wird.
Das Obergericht und die Beklagte möchten das streitige Merkmal gleichwohl nicht nur zur Lückenfüllung, sondern auch zur Auslegung der in Art. 12 Ziff. 6 URG formulierten Voraussetzungen verwenden. Das Erfordernis der neuen Öffentlichkeit ist indes nach der Entstehungsgeschichte zur gleichen Bestimmung der RBUe ausdrücklich fallengelassen worden; es darf folglich nicht auf dem Umweg über andere Begriffe wieder eingeführt werden (WALTER, in GRUR Int. 1974 S. 121). Die gegenteilige Äusserung von STERN (Diss. S. 63/4, ebenso in Schweizerische Mitteilungen 1970 S. 203) ist wohl dahin zu verstehen, dass ein neuer Hörerkreis den Urheberanspruch zusätzlich rechtfertigen kann, sein Fehlen ihn aber nicht ausschliesst. Im vorliegenden Fall ist daher unbekümmert um eine solche Erweiterung des Personenkreises zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 12 Ziff. 6 URG erfüllt sind.

5. Zu diesen Voraussetzungen gehört vorweg eine "öffentliche Mitteilung" ("communication publique"). Im Unterschied zur vorangehenden Ziff. 5 und der entsprechenden Ziff. 1 von Art. 11bis RBUe ist in Ziff. 6 nicht von "Sendung" ("radiodiffusion") die Rede, weil diese Bestimmung neben der drahtlosen Weitersendung ausdrücklich auch die Weiterleitung durch Draht erfasst und beide gleich behandelt wissen will. Eine öffentliche Mitteilung lässt sich schon nach dem vorstehenden Ergebnis nicht damit verneinen, dass sie sich nicht an ein neues Publikum richte. Andere Gründe vermögen aber die Beklagte und die Vorinstanz nicht anzuführen; sie nehmen insbesondere nicht an, die Öffentlichkeit werde dadurch ausgeschlossen, dass die Beklagte so oder anders nur die an ihr Netz angeschlossenen Abonnenten versorgen kann. Wollte man die streitige Bestimmung der RBUe und des URG so auslegen, so verlöre sie für die Drahtverbreitung jeden Sinn.

Dass ihre Tätigkeit im Raume Zürich als öffentliche Mitteilung anzusehen ist, versucht die Beklagte angesichts der 60'000 Abonnenten, die an ihr Kabelnetz angeschlossen sind, mit Recht nicht zu bestreiten. Welche Mindestzahl allgemein erforderlich ist, braucht nicht entschieden zu werden. Jedenfalls bietet der Begriff der Öffentlichkeit ein taugliches Kriterium, um den urheberrechtlich freien Privatempfang etwa durch die Gemeinschaftsantenne eines Mehrfamilienhauses oder einer geschlossenen Überbauung von der "öffentlichen Mitteilung" abzugrenzen. Dieser Meinung sind insbesondere STERN (in Mitteilungen 1970 S. 201, ferner in Film

und Recht 1975 S. 772), GOVONI (S. 8) und VON UNGERN-STERNBERG (S. 82/3 und 88). Die Beklagte kann ihre Anlage weder mit solchen Gemeinschaftsantennen vergleichen, noch sich darauf berufen, dass in den Vorarbeiten zur Brüsseler Konferenz Empfangsanlagen für ein Mehrfamilienhaus oder eine Gruppe von solchen als urheberrechtlich frei bezeichnet worden sind. Hinsichtlich der Abgrenzung der öffentlichen Mitteilung vom urheberrechtlich freien Privatempfang sollte der Gesetzgeber die Möglichkeit nutzen, die ihm das Abkommen bietet (GUIDE OMPI, S. 80 N. 10; VON UNGERN-STERNBERG, S. 32; EGLI, S. 304).

6. Art. 12 Ziff. 6 URG setzt ferner voraus, dass die öffentliche Mitteilung von einem andern als dem ursprünglichen "Sendeunternehmen" ausgeht. Die Beklagte bestreitet auch diese Voraussetzung, weil sie kein Sendeunternehmen sei. a) Gemäss Art. 31 Abs. 1 RBUe ist der französische Text des Abkommens massgebend, der in Art. 11bis Ziff. 2 bloss verlangt, dass "cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine" (FFS 1954 II 623); dem entspricht auch die englische Fassung ("by a body other than the original one"), welche ebenfalls offizielle Bedeutung hat. Die Botschaft des Bundesrates zur RBUe folgt selbst in der deutschen Fassung dem französischen Text und spricht "von einem andern als dem Ursprungsorganismus" (BBl 1954 II 608). Dass die davon abweichende deutsche Übersetzung keine materielle Bedeutung hat, ist auch in der deutschen und österreichischen Lehre unbestritten (VON UNGERN-STERNBERG, S. 49 f. und 60/61; WALTER, S. 122; NORDEMANN/VINCK/HERTIN, N. 3 zu § 20). Dagegen ist auch mit dem Einwand nicht aufzukommen, die deutsche Fassung des Gesetzes habe diesbezüglich selbständige Bedeutung. Dem steht schon der französische Gesetzestext entgegen, der mit dem massgebenden Wortlaut des Abkommens

übereinstimmt. Als zutreffend erweist sich auch der italienische Gesetzestext, weil er eine Mitteilung verlangt, die "non sia fatta dall'azienda originaria di emissione". Die dem Abkommen entsprechenden romanischen Texte machen deutlich, dass die ursprüngliche Sendung zwar von einem Sendeunternehmen ausgehen muss, für die Weiterleitung aber auch ein anderes Unternehmen genügt. Die missverständliche deutsche Fassung kann daher nicht etwas anderes sagen wollen (STERN, in Mitteilungen 1970 S. 201/2; GOVONI, S. 7). Freilich wird in den VE von 1971 und 1974 die französische Fassung der unzutreffenden deutschen Übersetzung angepasst, indem nun in Art. 14 ebenfalls von einem "autre organisme émetteur" die Rede ist. In den Erläuterungen zum VE I wird dabei ohne weitere Begründung auf das geltende Recht verwiesen, zugleich aber erklärt, es handle sich "um ein anderes Sende- oder Drahtübermittlungsunternehmen" (S. 47 und 50). Das ist widersprüchlich und daher kein Grund, das geltende Recht anders auszulegen. b) Dass die Beklagte im Verhältnis zur SRG und ausländischen Sendern als ein anderes Unternehmen anzusehen ist, bestreitet sie im übrigen nicht. Sie hält den Streit über die Auslegung des Unternehmensbegriffs vielmehr für müssig, weil RBUe und URG jedenfalls ein "Weitersenden" verlangten und das begrifflich nur einem "Sendeunternehmen" möglich sei. Dem ist vorweg entgegenzuhalten, dass die massgebenden Bestimmungen gerade nicht von einem "Weitersenden" handeln, sondern unter der Bezeichnung "Mitteilung" die Weiterleitung durch Draht der drahtlosen gleichsetzen. Nach technischen Gesichtspunkten lässt sich nicht klären, ob das Kabelfernsehen dem Sende- oder dem Empfangsbereich zuzuordnen ist. Die Übergänge sind fliessend; eine Vermutung ergibt sich höchstens daraus, dass mit der Grösse des Netzes auch der technische Aufwand steigt und grosse Unternehmen daher eher der Sendeseite zuzurechnen sind (STERN, Diss. S. 34 ff., 41 und 49; ders. in Mitteilungen 1970 S. 198; GOVONI, S. 5; GAUDEL, S. 22; VON UNGERN-STERNBERG, S. 9, 38 und 88). Auch für die Beklagte besteht technisch kein grundsätzlicher Unterschied zwischen einer gewöhnlichen Hausantenne und der grössten Gemeinschaftsantenne. Sie urheberrechtlich gleich behandeln zu wollen, geht aber im vornherein nicht an, weil diesfalls die Drahtvermittlung von der RBUe und dem URG wieder ausgenommen würde. Wenn die deutsche Rechtsprechung

das Kabelfernsehen nicht als Sendung versteht und deshalb urheberrechtlich freistellt, so beruht dies vor allem darauf, dass § 20 des deutschen URG auch die Weiterverbreitung durch Draht unter dem Begriff des Senderechts regelt; bezeichnend ist immerhin, dass die Hamburger Gerichte in ihren Urteilen vom 6. Januar und 14. Dezember 1978 für grosse Kabelunternehmen einen Vorbehalt machten. In technischer Hinsicht stellt das Obergericht lediglich fest, dass die Beklagte die Sendungen mit ihren Empfangsanlagen auf dem Ütliberg und in den Felsen der Falätsche auffange, sie über Koaxialkabel der Kopfstation in Zürich zuführe, dort für die Kabelübertragung aufbereite und dann über das mit Verstärkeranlagen versehene Blocknetz den Abonnenten ins Haus liefere. Ob daraus gefolgert werden kann, die Beklagte übe keine Sendetätigkeit aus, sondern erbringe eine blosse technische Hilfeleistung, ist fraglich, jedenfalls aber nicht ausschlaggebend. Das entscheidende Kriterium, eine Sendetätigkeit zu verneinen, ist nämlich nach der Auffassung der Vorinstanz darin zu erblicken, dass die empfangenen Sendungen zeitgleich und unverändert an die Abonnenten weitergeleitet werden. Deshalb vergleicht das Obergericht die Tätigkeit der Beklagten denn auch mit den Weitersendungen, die von den Hilfssendern (Relaisstationen) der SRG ausgingen und urheberrechtlich frei seien. Es übersieht dabei aber, dass in der Brüsseler Konferenz das Kriterium des andern Unternehmens gerade eingefügt worden ist, um die Weitersendung innerhalb des gleichen Unternehmens nicht von einer neuen Erlaubnis des Urhebers abhängig zu machen. Mit dem Vergleich widerlegt die Vorinstanz daher ihren eigenen Schluss, wird die Beklagte doch als anderes Unternehmen eingeschaltet, was für die Hilfssender, welche die PTT-Betriebe der SRG zur Verfügung stellen, nicht zutrifft. Umsoweniger ist zu verstehen, wie die Vorinstanz im gleichen Zusammenhang erklären kann, es sei unerheblich, dass die Beklagte als rechtlich selbständige Organisation erscheine. c) Mit Art. 11bis Ziff. 2 RBUe dürfte nur die zeitgleiche Weiterverbreitung einer Sendung gemeint sein, weil jede Verschiebung eine Aufzeichnung voraussetzt und die Verbreitung sodann wieder als (drahtlose) Erstsendung im Sinne von Art. 11bis Ziff. 1 RBUe oder als Übertragung (durch Draht) gemäss Art. 11 Ziff. 2 erfasst wird (VON UNGERN-STERNBERG, S. 50/51; GILLARD, S. 36 ff.; anderer Meinung EGLI, S. 302). Dass die

Bestimmung zumindest für die zeitgleiche Sendung gilt, steht dagegen bei allen Autoren ausser Zweifel. Nach herrschender Lehre kommt urheberrechtlich auch darauf nichts an, ob die übernommenen Sendungen integral und unverändert weitergeleitet werden. H. HUBMANN glaubte 1980 in einem Vortrag in München (in Kabelfernsehprojekte, S. 31) in der Programmgestaltung den entscheidenden Unterschied zwischen Sendung und Empfang zu erkennen, doch stiess er schon in der anschliessenden Diskussion auf Widerspruch (S. 76). GILLARD (S. 106), SCHULZE (Urheberrechtskommentar, Frankfurt 1978, S. 3 zu § 20) und NORDEMANN/VINCK/HERTIN (N. 4 zu § 20) lehnen dieses Kriterium ausdrücklich ab; das tut jedenfalls für grosse Unternehmen auch VON UNGERN-STERNBERG (S. 9, 61 und 88). In der Tat ist nicht zu ersehen, wie sich daraus eine tragfähige Abgrenzung ergeben könnte. Nach der Feststellung des Obergerichts hat die Beklagte in Zürich ein eigenes Studio, in dem sie Musiksendungen für gewisse Tageszeiten zusammenstellt. Diese Sendungen liegen nicht im Streit, zeigen aber, dass die Beklagte eigene Programme gestalten kann und daher nach ihrer eigenen Terminologie als Sendeunternehmen anzusehen ist, selbst wenn die Feststellung der Vorinstanz sich nur auf Radiosendungen beziehen sollte. Entscheidend bleibt jedoch so oder anders, dass den Materialien zur RBUe und zum URG nichts zu entnehmen ist, was dem Richter erlauben würde, die Urheberansprüche aus einer Weiterleitung der Sendungen von einer eigenen Programmgestaltung abhängig zu machen. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte und die Radibus AG früher angeblich noch mehr eigene Programme gestalteten als heute. Darauf wird selbst in den hängigen Revisionsarbeiten nicht abgestellt; dies wäre umso weniger zu verstehen, als heute auch im Kabelfernsehen die Tendenz besteht, den Programmdienst der Unternehmen durch eigene Lokalsendungen zu erweitern (J.P. MÜLLER, Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit, 1979

S. 246/7; BARRELET, S. 59 und 210/11) oder gar Werbesendungen zuzulassen. d) Zusammenfassend kann sich im vorliegenden Fall somit bloss fragen, ob die Beklagte als ein von den Sendeunternehmen unabhängiges Unternehmen eine öffentliche Mitteilung vornehme, indem sie Sendungen der SRG oder ausländischer Sendeanstalten über ihre Anlagen verbreitet. Das ist nach den

BGE 107 II 57 S. 75

angestellten Überlegungen zu bejahen, und zwar unbekümmert darum, ob sie Abonnenten bedient, welche die Sendungen auch über Einzelantennen empfangen könnten. Für Sendungen von Werken, die urheberrechtlich geschützt sind, bedarf sie daher einer Erlaubnis der SUISA. Durch ihr eigenmächtiges Vorgehen verletzte sie entgegen der Annahme des Obergerichts die den Urhebern in Art. 12 Ziff. 6 URG vorbehaltenen Rechte. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und das Rechtsbegehren der Klägerin grundsätzlich zu schützen. Damit wird nur die Feststellung verlangt, dass die Sendungen nicht ohne Erlaubnis der SUISA verbreitet werden dürfen; über mehr ist folglich nicht zu entscheiden. Da die Aktivlegitimation der Klägerin anerkannt ist, braucht insbesondere nicht geprüft zu werden, ob die SUISA über alle erforderlichen Rechte verfüge.

7. Vorinstanz und Beklagte sind der Meinung, die dargelegte Rechtsauffassung sei insbesondere wegen finanzieller Auswirkungen nicht gerechtfertigt. Die Beklagte bezieht in der Region Zürich jährlich Fr. 156.- Gebühren von ihren Abonnenten, die zudem den PTT-Betrieben Fr. 120.- für die Empfangskonzession bezahlen. Nach dem Ausgang des Berufungsverfahrens ist damit zu rechnen, dass die Beklagte die ihr auferlegten Urheberrechtsentschädigungen auf die Abonnenten abwälzen, ihre Gebühr also erhöhen wird. Das darf jedoch den Entscheid des Richters nicht beeinflussen, denn es liegt in der Natur der Sache, dass der Genuss eines geschützten Werkes sich für das Publikum verteuert, wenn der Urheber dafür zu entschädigen ist. Das Obergericht billigt dem Urheber zwar eine Entschädigung für jede Werknutzung zu, empfindet es aber als missbräuchlich, wenn er sich für die gleiche Leistung doppelt bezahlen lasse. Dem hält die Klägerin mit Recht entgegen, dass es vorliegend nicht um eine, sondern um zwei urheberrechtlich relevante Leistungen geht, weil das Gesetz neben der Sendung auch die Weiterleitung von der Erlaubnis des Urhebers und damit von einer separaten Vergütung abhängig macht. Dies deckt sich mit der Vorschrift, die für die Verbreitung von Sendungen durch Lautsprecher gilt (Art. 12 Ziff. 7 URG). Allgemeine Ausführungen zum Wesen der Werknutzung (TROLLER, Immaterialgüterrecht II S. 783) vermögen an dieser positiven Regelung nichts zu ändern. Ebensowenig ist mit gebühren- oder konzessionsmässigen Überlegungen eine "neue Öffentlichkeit"

BGE 107 II 57 S. 76

zu konstruieren, wenn RBUe und URG nicht auf dieses Kriterium abstellen. Da es sich bei der Beklagten um ein anderes Unternehmen handelt, versagen auch in diesem Zusammenhang die vom Obergericht gezogenen Parallelen zu den Hilfssendern der SRG und der als aufschlussreich bezeichnete Vergleich mit dem Telephonrundspruch. Aufschlussreich am Beispiel des Telephonrundspruchs ist dagegen, dass dieser mit Bezug auf die Sendungen der SRG urheberrechtlich frei ist, dass er aber bezüglich eigener Programme und der Verbreitung ausländischer Sendungen einer Erlaubnis bedarf und die SRG die Urheberrechte der SUISA gegenüber zusätzlich abgilt. Das ist in Ergänzung zum angefochtenen Urteil auch vom Kassationsgericht festgestellt worden, weshalb offen bleiben kann, ob dem Obergericht in diesem Punkte ein Versehen unterlaufen sei. Der Telephonrundspruch befindet sich insoweit durchaus in der gleichen Rechtslage wie die Beklagte. Aus der Botschaft zur Revision von Art. 12 Ziff. 6 URG erhellt, dass 1954 von der SRG die entsprechenden Rechte auch zugunsten der Rediffusion und der Radibus AG abgegolten wurden (BBl 1954 II 656); die Vorinstanz bemerkt daher

zu Recht, dass damals die Tätigkeit dieser Gesellschaften von der Sendeerlaubnis der SRG miterfasst wurde. Wichtiger als die damalige Parallele zum Telephonrundspruch ist die Diskrepanz, die darin besteht, dass die SRG heute keine Rechte der Beklagten mehr abgilt, weil nun der für sie gültige Tarif A der SUISA nur noch den Telephonrundspruch einschliesst, alle anderen Unternehmen mit Gemeinschaftsantennen aber ausdrücklich ausnimmt (D. STAUFFACHER, Der Sendevertrag, Diss. Zürich 1979 S. 67/8). Das wird auch von der Vorinstanz anerkannt, aber als unerheblich erklärt, weil es vorliegend nur auf die Gesetzesmaterialien ankomme. In diesem Zusammenhang geht es indes nicht um die Auslegung der RBUe, sondern ausschliesslich darum, ob auch heute die Tätigkeit der Beklagten von der Sendererlaubnis der SRG erfasst und ob die Urheberrechte noch immer auf diesem Wege abgegolten werden. Dabei ist erneut bezeichnend, dass der Bundesrat in der Botschaft nicht davon ausging, die Rediffusion bedürfe keiner Urhebererlaubnis; er stützte deren Berechtigung vielmehr auf die damalige Vereinbarung der SUISA mit der SRG. Unerheblich ist schliesslich, ob eine einseitige Änderung des Tarifs vorliegt, wie die Beklagte behauptet; das

ändert nichts am Umstand, dass die SRG heute keine solchen Rechte mehr abgilt.

8. Das Vorgehen der SUISA soll ferner missbräuchlich sein, weil die Abonnenten der Beklagten auf diese Weise für den Kabelempfang mehr Urheberrechtsentschädigungen zu zahlen hätten, als wenn sie die gleiche Sendung direkt über eine Individualantenne empfangen würden. Damit übernimmt das Obergericht auch hier die von der Beklagten verfochtene These, die offenbar auf GILLARD (S. 145 ff.) zurückgeht. a) Dazu ist vorweg zu bemerken, dass in der Schweiz jeder Radio- und Fernsehteilnehmer eine Empfangskonzession der PTT benötigt und dafür jährlich eine Gebühr zu zahlen hat. An diesen Einnahmen ist die SRG beteiligt. Sie erwirbt ihrerseits durch Einzel- oder Kollektivvereinbarungen die erforderlichen Urheberrechte. Mit der SUISA rechnet sie gestützt auf den Tarif A ab, welcher gemäss Art. 4 VerwG der Genehmigung durch eine Eidg. Schiedskommission bedarf. Nach diesem Tarif werden von der SRG die Rechte für den Telephonrundspruch, für ihre Eigensendungen und für die von ihr übernommenen ausländischen Sendungen abgegolten. Im Jahre 1975 soll die SRG der SUISA dafür rund 11 Mio. Franken bezahlt haben. Zwischen der Beklagten und der SUISA gilt eine Regelung über die Entschädigung bei Verbreitung von Eigenprogrammen, nicht aber bei Übernahme schweizerischer oder ausländischer Radio- und Fernsehprogramme. Für die Vorinstanz ist entscheidend, dass die Beklagte sich nur an Abonnenten wendet, welche über die PTT-Empfangskonzession ebenfalls von der Sendegebühr der SRG erfasst werden, womit die Urheber für ihre Rechte entschädigt seien. Das trifft in dem hier massgebenden Bereich indes nicht zu, weil die SRG nach dem Tarif A die Urheberrechte nicht auch zugunsten der Beklagten erwirbt und vergütet. Was das Obergericht über eine angebliche Vertretung der Empfangskonzessionäre durch die SRG gegenüber der SUISA ausführt, ist deshalb belanglos. Nach den Konzessionsvorschriften muss die SRG ihre Programme den Kabelunternehmen zur Verfügung stellen, die sie ihrerseits zu verbreiten haben. Obschon das urheberrechtlich irrelevant ist (VON UNGERN-STERNBERG, S. 60 Anm. 176), versucht die Beklagte daraus eine Pflicht der SRG abzuleiten, auch die entsprechenden Urheberrechte zu erwerben. Das widerspricht sogar der für die Beklagte geltenden Konzession,

wonach es ihre Sache ist, allfällige Urheberrechte zu vergüten. Für die Mitglieder der SUISA ist zudem allein entscheidend, dass mit ihnen darüber nicht abgerechnet wird. b) Ähnlich verhält es sich mit dem Argument des Obergerichts, nach den Konzessionsvorschriften müsse die SRG ihre Programme gesamtschweizerisch aus-

strahlen, und zwar mit allen technischen Mitteln, ohne dass sie dafür eine neue Erlaubnis der Urheber einholen müsse. Urheberrechtlich trifft dies nur insoweit zu, als sich die SRG zusammen mit den PTT eigener technischer Mittel bedient; für die Verbreitung der Sendungen durch ein anderes Unternehmen, nämlich die Beklagte, ist dies hingegen nicht der Fall. Das Argument des Obergerichts vermöchte zudem nur dort zu überzeugen, wo ein Kabelnetz Lücken im Empfangsbereich der SRG schliesst, was im Raume Zürich gerade nicht der Fall sein soll. Wieweit Kabelunternehmen im Weg der Gesetzgebung urheberrechtlich in einen nationalen Sendeauftrag einbezogen werden können und sollen, wie dies in der österreichischen Gesetzesnovelle vom 2. Juli 1980 gestützt auf den Versorgungsauftrag des ORF geschehen ist, braucht hier nicht erörtert zu werden, weil das geltende Recht anzuwenden ist. Nicht übersehen werden darf freilich, dass jeder Kabelabonnent genau wie der Benützer einer Hausantenne eine PTT-Konzession benötigt und dafür Gebühren zahlt, von denen im einen wie im anderen Fall der gleiche Anteil über die SRG der Klägerin zukommt. Die Gutheissung der Klage kann deshalb dazu führen, dass der Kabelabonnent künftig mehr an Urhebervergütungen aufbringen muss als der Direktempfänger, und zwar auch für Sendungen der SRG. Dieses doch auffallende Ergebnis kann die Klägerin nicht damit rechtfertigen, dass SRG und PTT, wenn sie die Kabelnetze selbst erstellen und betreiben würden, dafür höhere Konzessionsgebühren beziehen müssten, von denen die Klägerin wiederum ihren Anteil beanspruchen könnte. Das mag nach dem geltenden Tarif zutreffen, doch entfiele dabei ein zusätzlicher Vergütungsanspruch der Urheber, weil es diesfalls nicht um Verbreitung durch ein anderes Unternehmen geht. Auch die Auffassung der Beklagten vermag für jene Gegenden nicht zu überzeugen, in denen ihre Abonnenten die SRG-Sendungen mit einer gewöhnlichen Hausantenne nicht oder jedenfalls nicht einwandfrei

empfangen könnten; sie beschränkt sich denn auch auf den von der Vorinstanz für Zürich unterstellten Fall, dass Sendungen im Empfangsbereich der SRG über ein Kabelnetz verbreitet werden. Der Einwand der Beklagten, es gehe nicht an, dass ihr Abonnent mehr für die SRG-Sendungen zahlen müsste, die er genau gleich mit einer eigenen Antenne empfangen könnte, überzeugt indessen nicht, weil die Empfangsbedingungen sich qualitativ kaum gleichsetzen lassen. Er läuft zudem darauf hinaus, den Urheberrechtsanspruch gemäss Art. 12 Ziff. 6 URG aus Billigkeitserwägungen doch noch von einer neuen Öffentlichkeit abhängig zu machen. Da die Abonnenten trotz direkten Empfangsmöglichkeiten vom Kabelanschluss Vorteile erwarten, nehmen sie Mehrkosten in Kauf, gleichviel ob diese ausschliesslich technische oder auch urheberrechtliche Gründe haben (vgl. GAUDEL, S. 26 ff.). c) Es steht den Zuschauern im direkten Empfangsbereich überdies frei, solche Mehrkosten durch Direktempfang zu vermeiden. Zu Recht weist demgegenüber das Obergericht aber auf kommunale Antennenverordnungen hin, welche Individualantennen untersagen und damit zum Kabelanschluss zwingen. Dass das auch auf die Region Zürich zutreffe, ist weder dem angefochtenen Urteil noch der Berufungsschrift zu entnehmen; nach den Akten besteht ein Antennenverbot bloss für Teilgebiete wie die Zürcher Altstadt. Die Vorinstanz hält indes zu Recht für unerheblich, ob ein Abonnent sich wegen eines solchen Verbots oder wegen besseren Empfanges für das Kabelfernsehen entscheidet. Es sind Fragen des öffentlichen Rechts, unter welchen Voraussetzungen ein solches Verbot zulässig und ob es zweckmässig ist, einerseits ein nationales Sendernetz für den Direktempfang aufzubauen und anderseits diesen Empfang, auch wo er möglich ist, auf dem Verordnungswege wieder zu verbieten. Die privatrechtlichen Ansprüche der Urheber werden davon nicht berührt. Dass Eingriffe des Gemeinwesens die Betroffenen finanziell belasten können, ist namentlich in Bereichen des Natur- und Heimatschutzes eine durchaus gewohnte Erscheinung. Sollte urheberrechtlich auf das Bestehen kommunaler Antennenverbote etwas ankommen, so ergäbe sich daraus eher ein Argument gegen als für die Beklagte, wird doch in einem Gebiet, wo der Direktempfang von SRG-Sendungen durch ein Antennenverbot verunmöglicht

wird, dank dem Kabelnetz genau die "neue Öffentlichkeit" geschaffen, auf die es nach Meinung der Beklagten so entscheidend ankommt. Unter diesen Umständen ist nicht zu ersehen, weshalb es missbräuchlich sein soll, wenn die Klägerin ausgewiesene Ansprüche ihrer Mitglieder durchzusetzen sucht. Ebensowenig kann die Beklagte aus dem Gebot der Rechtsgleichheit oder der Presse- und Informationsfreiheit etwas für einen Rechtsmissbrauch ableiten. Verfassungsmässige Rechte dieser Art gelten zwar für die staatliche Tätigkeit, können privatrechtlich den Urhebern aber sowenig entgegengehalten werden wie der Klägerin, die sie vertritt.

9. Vermögen die finanziellen Auswirkungen, welche sich aus der Rechtsauffassung der Klägerin ergeben, an den Urheberrechten ihrer Mitglieder schon bezüglich der SRG-Programme nichts zu ändern, so gilt dies erst recht hinsichtlich der ausländischen Sendungen. Das Obergericht anerkennt, dass mit der schweizerischen Empfangskonzession keine Gebühren an ausländische Sendeanstalten entrichtet werden. Es findet, dass es Sache der Verwertungsgesellschaften sei, den grenzüberschreitenden Empfang von Radio- und Fernsehsendungen miteinander vertraglich zu regeln. Dass internationale Vereinbarungen möglich wären, ändert aber, solange sie eben nicht bestehen, nichts an den Ansprüchen der Urheber gemäss RBUe und URG. Im übrigen fehlt es vorliegend vor allem an Verträgen auf nationaler Ebene, weil Verhandlungen zwischen der Klägerin und den Kabelunternehmen bisher an grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten scheiterten. Entscheidend bleibt, dass die der Klägerin angeschlossenen Urheber seitens der Beklagten für ausländische Sendungen nicht abgefunden sind und die Beklagte auch nicht zur Übertragung ermächtigt haben.

10. Mit der Gutheissung der Klage ist die Streitfrage in finanzieller Hinsicht freilich nicht befriedigend gelöst. Wenn die Abgabepflicht der Kabelunternehmen urheberrechtlich auch begründet ist, so leuchtet doch nicht ohne weiteres ein, dass die PTT von den Kabelabonnenten die gleichen Gebühren erheben wie von den Direktempfängern, ungekümmert darum, ob ein einwandfreier Direktempfang überhaupt möglich ist. Auch soweit es um die Urheberanteile geht, ist das

jedoch eine Frage der Tarifgestaltung und nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Eine gerechte und zugleich praktikable Lösung der hängigen Probleme ist am ehesten im Wege kollektiver Vertragsverhandlungen zu erreichen. Diesfalls brauchen die Kabelunternehmen sich nicht an die Urheber zu wenden und die Klägerin muss nicht mit 10'000 Unternehmen verhandeln, die angeblich eine Gemeinschaftsanlage betreiben. Diese Zahl dürfte freilich übersetzt sein, weil sie auch die vielen Kleinanlagen umfasst, die urheberrechtlich irrelevant sind. Lehre und Fachkreise sind sich ebenfalls einig, dass die Schwierigkeiten nur mit Kollektivverhandlungen zu bewältigen sind; der Gesetzgeber sodann hat nach dem Vorbehalt des Art. 11bis Abs. 2 RBUe die Möglichkeit, den Unterlassungsanspruch des Urhebers im Sinne einer Zwangslizenz oder besser einer gesetzlichen Lizenz durch einen blossen Vergütungsanspruch zu ersetzen (STERN, Diss. S. 105 ff. und 127 ff. und in Mitteilung 1970 S. 204 ff.; DITTRICH, S. 399 ff.; EGLI, S. 338/9; STAUFFACHER, S. 150 ff.; E. BREM, Der urheberrechtliche Vergütungsanspruch, Diss. Zürich 1975 S. 50 ff.). Auf internationaler Ebene zeigt schon der Guide OMPI (S. 81/2) die gleiche Tendenz, der hinsichtlich der Kabelverbreitung ausländischer Sendungen auch das neue österreichische URG (§ 59a) sowie das neue Copyright Law der Vereinigten Staaten (R. RIE, in NORDEMANN/ROEBER S. 213 ff.) entsprechen. Die Vorarbeiten zur Revision des schweizerischen URG schweigen sich über die streitigen Probleme dagegen aus, da die VE I und II sich mit Verweisen auf die Rechtsprechung begnügen. Das ist erstaunlich, zumal die Lehre schon seit langem eine gesetzgeberische Lösung befürwortet (TROLLER, II S. 783; EGLI, S. 307 und 618; STERN, Diss. S. 130; GOVONI, S. 14). Gerade in Bereichen wie hier eilt die Technik dem Recht seit Jahrzehnten weit voraus. Das heisst nicht, das Urheberrecht habe sich dem faktischen Zwang der Technik zu beugen; es vor deren Auswüchsen zu schützen, ist in erster Linie aber

Sache des Gesetzgebers. Dieser wird dabei von den mit Art. 11bis Abs. 2 RBUe gebotenen Möglichkeiten Gebrauch machen. Im Vordergrund steht die Ersetzung des den Verhältnissen nicht entsprechenden Untersagungsanspruchs durch einen blossen Vergütungsanspruch, der über Verwertungsgesellschaften

geltend zu machen wäre. Zudem wäre das urheberrechtlich relevante Kabelfernsehen (und Kabelradio) abzugrenzen vom freien Privatempfang durch kleinere Gemeinschaftsantennen, was durch nähere Umschreibung der Begriffe der "öffentlichen Mitteilung" oder aber des "Unternehmens" geschehen kann. Gewiss könnte die Rechtsprechung in diesem Punkte - anders als bei der gesetzlichen Lizenz - Lösungen entwickeln. Das darf den Gesetzgeber angesichts der grossen Bedeutung des Kabelfernsehens jedoch nicht davon abhalten, selber die erforderlichen Grundsätze festzulegen und damit in einer heiklen Interessenabwägung seine eigene Verantwortung zu übernehmen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. September 1979 aufgehoben, das Rechtsbegehren der Klägerin geschützt und die Widerklage abgewiesen. Demgemäss wird festgestellt, dass die Beklagte den Abonnenten ihres Verteilnetzes der Region Zürich nur mit Erlaubnis der Klägerin urheberrechtlich geschützte Werke in Radio- und Fernsehsendungen zuleiten darf.