

Beschluss vom 19. Dezember 1996
betreffend den Gemeinsamen Tarif A (GT A)

SRG

(Schweizerische Radio- und Fernseh-Gesellschaft) ohne Werbesendungen

Besetzung:

Präsidentin:

- Verena Bräm-Burckhardt, Kilchberg

Neutrale Beisitzer:

- Danièle Wüthrich-Meyer, Nidau
- Martin Baumann, St. Gallen

Vertreter der Urheber bzw. der Rechtsinhaber verwandter Schutzrechte:

- Pierre-Alain Tâche, Lausanne

Vertreter der Werknutzer:

- Peter Mosimann, Basel

Sekretär:

- Andreas Stebler, Bern

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Die Gültigkeitsdauer des Tarifs A der SUI SA, den die Schiedskommission letztmals am 29. Dezember 1992 genehmigte, ist am 31. Dezember 1995 abgelaufen. Gleichentags endigte auch die zwischen der SWISSPERFORM und der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) ausgehandelte und von der Schiedskommission genehmigte Übergangsregelung für die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zum Zwecke der Sendung und Weitersendung durch die SRG (sog. Zusatztarif A). Die beiden Verwertungsgesellschaften SUI SA und SWISSPERFORM stellten am 9. Juni 1995 den Antrag, diese beiden Tarife ab 1996 durch den in der Fassung vom 3. April 1995 vorgelegten *Gemeinsamen Tarif A (GT A)* zu ersetzen.
2. In der Begründung ihres Antrags betreffend den *GT A* führten die Verwertungsgesellschaften aus, dass sich die SRG und die SUI SA bereits in den Verhandlungen, die zum 1995 auslaufenden Tarif führten wegen erheblicher Meinungsverschiedenheiten über die Tarifstruktur nicht mehr über die Grundsätze der Tarifgestaltung einigen konnten. Dem Beschluss der ESchK vom 29. Dezember 1992 ist denn auch zu entnehmen, dass sich die SUI SA mit der SRG nur auf eine zeitlich beschränkte Übergangslösung einigen konnte, welche für beide Seiten ohne Präjudiz für die Gestaltung künftiger Tarife sein sollte. Dieser Tarif unterschied sich von den vorangehenden Tarifen insofern, als er keine eigentliche Berechnungsgrundlage oder Tarifstruktur mehr aufwies, welche die Entschädigungen in einen Bezug zu den Einnahmen oder Ausgaben des Werknutzers stellten. Dagegen wurde auf die Pauschalentschädigung von 1992 abgestellt, allerdings unter Berücksichtigung allfälliger Erhöhungen des Anteils der SRG an den Empfangsgebühren während der Gültigkeitsdauer des neuen Tarifs (vgl. Ziff. II/3 Beschluss der ESchK vom 29.12.1992). Die SUI SA gibt an, in den Jahren 1993 bis 1995 folgende Einnahmen aus dem Tarif A erzielt zu haben:
1993: Fr. 22'413'444.-
1994: Fr. 22'807'029.-
1995: Fr. 24'748'170.-

-
3. Einerseits bestand somit bei der Einführung der verwandten Schutzrechte mit der Inkraftsetzung des neuen Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) am 1. Juli 1993 bezüglich der Urheberrechte ein rechtskräftig genehmigter Tarif und andererseits waren zu diesem Zeitpunkt bezüglich der verwandten Schutzrechte verschiedene Verträge zwischen der SRG und einzelnen Organisationen von Rechtsinhabern (wie IFPI-Schweiz oder Schweiz. Interpretengesellschaft / SIG) noch in Kraft. Da sich die SWISSPERFORM und die SRG in der Folge auch nicht über eine künftige Tarifgestaltung einigen konnten, entschlossen sie sich letztlich, die verwandten Schutzrechte im Rahmen einer Übergangsregelung mit einer Pauschalsumme von Fr. 2'100'000.- für das Jahr 1995 abzugelten. Auch für diese Lösung wurde festgehalten, dass sie für alle Beteiligten unter jedem Titel unpräjudizierlich sei.

In ihrem Genehmigungsantrag erstatteten die Verwertungsgesellschaften ausführlichen Bericht über die mit der SRG geführten Verhandlungen zum Abschluss eines neuen Tarifs. Im Rahmen dieser Verhandlungen, die mit dem Aufstellen eines Zeitplanes durch die SUISA am 27. Oktober 1993 begannen und sich bis zu einer letzten Verhandlungsrunde am 23. Mai 1995 hinzogen, legte die SRG am 16. November 1994 ein Grobkonzept für einen möglichen Tarif vor, das von bestimmten Prinzipien (Nationaler Mantel mit Tarifen pro Kette, Gleichbehandlung mit Lokalsendern, Pro rata temporis-Regel, Gewichtung der verschiedenen Arten der Musikknutzung im Fernsehen, Kosten der Musikknutzung als Berechnungsgrundlage) ausging. Die SUISA lehnte dieses Grobkonzept der SRG ab, da damit die nach bisheriger Praxis geltenden Tarifgrundsätze nach ihrer Auffassung unberücksichtigt bleiben würden, und stellte der SRG am 8. Februar 1995 ihren Tarifentwurf zu, der - nachdem sich ab März 1995 auch die SWISSPERFORM an den Verhandlungen beteiligte - durch einen Entwurf vom 3. April 1995 für einen *Gemeinsamen Tarif A* ersetzt wurde. In der Folge kritisierte die SRG die Zustellung eines Gemeinsamen Tarifs, da sie davon ausging, dass ihr ein Gemeinsamer Tarif nicht aufgedrängt werden könne. Mit Datum vom 27. April 1995 stellte sie der SUISA daher nochmals einen Entwurf für einen Tarif SUISA/SRG zu, mit dem auch die zu bezahlenden Entschädigungen zahlenmässig näher konkreti-

sirt wurden. Dieser Vorschlag wurde von der SUIISA erneut abgelehnt. Aber auch die SWISSPERFORM hielt die von der SRG vorgeschlagene Tarifberechnungsgrundlage bezüglich der verwandten Schutzrechte für nicht annehmbar. Die Verhandlungspartner kamen daher zum Schluss, dass eine Einigung aufgrund der unterschiedlichen Ansichten vor allem über die Tarifstruktur (Tarif pro Kette / Einheitstarif) sowie den Anknüpfungspunkt (Kosten der Musiknutzung/ Einnahmen der SRG) nicht möglich war. Die Verhandlungen wurden abgebrochen und die Verwertungsgesellschaften reichten bei der Schiedskommission *den Gemeinsamen Tarif A* in der Fassung vom 3. April 1995 ein.

4. Der *GT A* vom 3. April 1995 richtet sich an die SRG und die PTT hinsichtlich der Tätigkeit der SRG als Radio- und Fernsehunternehmen (Ziff. 1 des Tarifs).

Die Entschädigung für die Nutzung von Urheberrechten für Radioprogramme (ohne Radio Schweiz International) soll demnach 5 Prozent (Ziff. 12), für Radio Schweiz International (SRI) 1 Prozent (Ziff. 13) und für das Fernsehen 2 Prozent (Ziff. 14) der Einnahmen aus der Sendetätigkeit betragen. Für Radioprogramme gehören zu diesen Einnahmen insbesondere die Gebühren aus den Radio-Empfangsbewilligungen 1 und 2 (abzüglich den Anteil lokaler und regionaler Veranstalter und die Aufwendungen der SRG und PTT für Schweizer Radio International), die Gebühren aus Telefonrundspruch, die Zuwendungen der Sponsoren sowie allenfalls Werbeeinnahmen. Zu den Einnahmen von Radio Schweiz International werden die Aufwendungen der SRG und der PTT für SRI, der Bundesbeitrag an SRI, die Zuwendungen von Sponsoren sowie allfällige Werbeeinnahmen gerechnet. Beim Fernsehen wird bezüglich der Urheberrechte von den Gebühreneinnahmen aus den Fernseh-Empfangsbewilligungen 1 und 2 ausgegangen (abzüglich der Anteile lokaler und regionaler Veranstalter) sowie der Zuwendungen von Sponsoren.

Für die Entschädigung der Leistungsschutzrechte geht der Tarif bei den Radioprogrammen (Ziff. 15a) von 1,25 Prozent bzw. für SRI von 0,25 Prozent (Ziff. 15b) der Einnahmen aus der Sendetätigkeit aus, wobei sich diese Einnahmen gleich zusam-

mensetzen wie bei den Urheberrechten. Dagegen wird beim Fernsehen (Ziff. 16) für die Leistungsschutzrechte von einem Minutentarif ausgegangen. Dieser Tarif wird als Prozentsatz der dem Fernseheteil zurechenbaren Einnahmen der SRG pro Sendeminute berechnet. Dabei wird für die Verwendung von geschützten Tonträgern von einem Prozentsatz von 1,5 Prozent und für die Verwendung von geschützten Tonbildträgern von einem Satz von 3,0 Prozent ausgegangen.

5. Unter dem Titel ‘Verwendung der Musik’ (Bst. B) enthält der Tarif insbesondere auch Bestimmungen bezüglich die Vertonung von Spiel- und Kinofilmen sowie von Ton- und Tonbildträgern (sog. Synchronisationsrecht, Ziff. 6) sowie bezüglich Sendungen von Programmen über Satelliten, die für den Empfang durch das Publikum bestimmt sind (Ziff. 7). Zudem geht der Tarif davon aus, dass die Nutzung der im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträger ‘zum Zwecke der Sendung und Weitersendung’ im Sinne von Art. 35 URG durch die SRG und die ihr angeschlossenen Betriebe miterfasst ist (Bst. C Ziff. 10). Dies allerdings unter dem Vorbehalt, dass eine dem Inhaber ausschliesslicher Rechte entgegenhaltbare Nutzungserlaubnis mit der Leistung der tarifgemässen Vergütung nicht verbunden sei.
6. In Anwendung von Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 Urheberrechtsverordnung (URV) wurde mit Präsidialverfügung vom 18. Juli 1995 die Spruchkammer eingesetzt und die SRG mit Frist bis 18. September 1995 eingeladen, zur Tarifeingabe der beiden Verwertungsgesellschaften SUISA und SWISSPERFORM Stellung zu nehmen. Auf entsprechende Gesuche der SRG hin wurde diese Frist bis 6. November 1995 verlängert. Mit Verfügung vom 25. Oktober 1995 wurde die Sitzung zur Behandlung des *Gemeinsamen Tarifs A* auf den 8. Dezember 1995 angesetzt.
7. Mit ihrer Eingabe vom 6. November 1995 stellte die SRG das Rechtsbegehren, dem am 9. Juni 1995 eingereichten Entwurf für einen *GT A* der Verwertungsgesellschaften SUISA und SWISSPERFORM sei die Genehmigung zu verweigern. Im Hinblick auf die verlangten Neuverhandlungen machten sie insbesondere geltend, dass bezüglich der Rechte-Verwertung festzustellen sei, dass sowohl das sogenannte ‘Synchronisati-

onsrecht' wie auch das Senderecht unabhängig vom Verbreitungsmittel für die Ausstrahlung der Sendung dem Verwertungsmonopol der SUIA unterstehen. Sie verlangte aber auch festzustellen, dass mit der Vergütung nach Art. 35 URG sämtliche zum Zweck der Sendung notwendigen Verwendungen, insbesondere auch die Über spiel-, Dokumentations-, Programmsicherungs- und Archivierungsrechte abgegolten sind.

Bezüglich der Entschädigungen beantragte sie die Feststellung,

- dass die Entschädigungen i.S. von Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG für jedes einzelne SRG-Programm nach einheitlichen Grundsätzen festzulegen ist;
- dass für die Festlegung der Entschädigungen der mit der Nutzung verbundene Aufwand i.S. von Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG zu berücksichtigen ist;
- dass ein nach der Art der genutzten Werke und Ton- oder Tonbildträger abgestufter Prozentsatz anzuwenden ist;
- dass ein im Verhältnis der geschützten zu den ungeschützten Werken und Ton- oder Tonbildträgern abgestufter Prozentsatz anzuwenden ist;
- dass der SRG für die umfassende Meldepflicht ein angemessener Rabatt zu gewähren ist.

Daneben stellte die SRG zusätzlich den Antrag, es sei ihr Gelegenheit zu geben, sich zu einer allfälligen Replik der Verwertungsgesellschaften zu ihrer Stellungnahme bzw. zu einer allfälligen Eingabe an den Preisüberwacher zu äussern. Sie beantragte ebenfalls die Möglichkeit, zu den Empfehlungen des Preisüberwachers Stellung zu nehmen. Da sie zudem davon ausging, dass das Genehmigungsverfahren länger als bis zum 1. Januar 1996 andauern würde, schlug sie der ESchK vor, im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme eine entsprechende Übergangsregelung zu treffen.

Im wesentlichen begründete die SRG ihre Anträge damit, dass eine Fortführung der bisherigen Tarifstruktur nicht länger möglich sei und deshalb eine grundsätzliche Umstrukturierung des Tarifs A unumgänglich sei. Als Gründe für eine solche Umstrukturierung nannte sie die unerträglich gewordene Kostenbelastung durch die stark angestiegenen Entschädigungszahlungen, die Restrukturierung ihrer eigenen Organi-

sationsform sowie das zwischenzeitliche Inkrafttreten des Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG) wie auch des neuen URG. Die SRG vertritt die Auffassung, dass die Nutzungsentschädigung individuell für jedes einzelne Programm, entsprechend den dort entstandenen Musiknutzungskosten und der tatsächlichen Nutzung zu berechnen ist. Dabei seien die Berechnungsgrundlagen in einem sogenannten ‘Manteltarif’ einheitlich zu regeln. Die gesamten durch den Tarif verursachten Kosten dürften die SRG nach ihrer Auffassung nicht stärker belasten als die anderen schweizerischen Sendunternehmen. Die SRG weist ebenfalls darauf hin, dass sie dem als Übergangslösung gedachten Tarif 1993/95 der SUIISA nur zugestimmt habe, weil die SUIISA damals die Bereitschaft signalisiert habe, in der Übergangszeit eine neue Tarifstruktur auszuhandeln. Da nun aber an der bisherigen Tarifstruktur festgehalten werde, sehe man sich gezwungen, diese Struktur auf ihre Gesetzmässigkeit und damit auf ihre Angemessenheit hin überprüfen zu lassen. Da die SRG überzeugt ist, dass der vorgelegte Tarif in mehrfacher Hinsicht nicht mit dem URG vereinbar ist, beantragt sie dessen Nichtgenehmigung.

8. Am 25. Oktober 1995 wurde der Preisüberwacher zur Abgabe einer Stellungnahme eingeladen. In seiner Antwort vom 30. November 1995 wies er vorgängig darauf hin, dass ihm im Hinblick auf die Sitzung vom 8. Dezember 1995 und angesichts der Tatsache, dass er die umfangreiche Vernehmlassung der SRG erst am 13. November 1995 erhalten habe, ausserordentlich wenig Zeit für die Überprüfung des Tarifs zur Verfügung gestanden habe und er sich daher auf einige grundsätzliche Feststellungen und Bemerkungen beschränken musste. Gemäss seiner Praxis konzentrierte sich der Preisüberwacher auf jene Aspekte, die aus spezifisch preisüberwachungs- und wettbewerbsrechtlicher Optik zu Bemerkungen Anlass gaben. Die Erhebung des rechtsrelevanten Sachverhalts und die Beantwortung der umstrittenen urheberrechtlichen Fragen betrachtete er als eine Aufgabe die der zuständigen Fachinstanz obliegt. Allerdings vertrat er die Auffassung, dass die Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem ‘Synchronisationsrecht’ oder dem Senderechten bei Ausstrahlung der Programme über Satellit sowie bezüglich des Umfangs des Vergütungsanspruchs von Art. 35 URG kaum offen gelassen werden können, da sich deren Beantwortung allenfalls auf

den Umfang der tarifrelevanten Nutzung auswirken könne und damit auch den zu beurteilenden Preis mitbestimme.

Zu den Nutzungsentschädigungen selbst stellte der Preisüberwacher fest, dass diese in den letzten 10 Jahren sehr stark zugenommen haben. So hätten sich die von der SRG zu bezahlenden Entschädigungen in diesem Zeitraum rund verdoppelt, während der Landesindex der Konsumentenpreise sich in der gleichen Zeitspanne um 32,8 Prozent verändert habe. Als Ursache für die stärkere Zunahme der Entschädigungszahlungen ortete er die Berechnungsmethode, da die Entschädigungen in Prozenten der Gebühreneinnahmen für die Radio- und Fernsehempfangskonzessionen berechnet würden. Dabei hielt er fest, dass sich die Gebühreneinnahmen der SRG im beobachteten Zeitrahmen ebenfalls fast verdoppelt (von 408 Mio. auf 792 Mio. Franken) haben. Damit sei aber der relative Anteil für die Entschädigung der Urheber in den letzten Jahren mit rund 3 Prozent konstant geblieben. Als Hauptursache für die Erhöhung der Entschädigungen der Urheber machte er denn auch die gestiegenen Gebühreneinnahmen der SRG aus.

9. Die mündliche Anhörung der Beteiligten anlässlich der Sitzung vom 8. Dezember 1995 wurde mit Präsidialverfügung vom 30. November 1995 auf die Anträge der SRG zu den vorsorglichen Massnahmen sowie die Anträge der Verwertungsgesellschaften zu einer Übergangslösung beschränkt. Gleichzeitig wurde bezüglich des Genehmigungsantrags der SUISA und der SWISSPERFORM vom 9. Juni 1995 unter Berücksichtigung der damals noch ausstehenden Stellungnahme des Preisüberwachers ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, der den Parteien auch Gelegenheit geben sollte, sich zu den Empfehlungen des Preisüberwachers zu äussern.
10. Mit Beschluss vom 8. Dezember 1995 verlängerte die ESchK den bisherigen Tarif A der SUISA bis zum 31. Dezember 1996, wobei die von der SRG für das Jahr 1996 zu entrichtende Entschädigung im gleichen Rahmen wie für das vorangehende Jahr belassen wurde. Gleichzeitig wurde eine zwischen SWISSPERFORM und der SRG vereinbarte neue Übergangsregelung genehmigt. Diese Übergangsregelung, die bis zum

Inkrafttreten eines neuen Tarifs gelten soll, sieht vor, dass die SRG Akontozahlungen auf der Grundlage von Fr. 3'000'000.- in sechs zweimonatlichen Tranchen zu leisten hat.

11. Nach zwei bewilligten Fristerstreckungen stellten sowohl die SUIISA wie auch die SWISSPERFORM mit Datum vom 15. März 1996 ihre jeweiligen Repliken zu. Die SUIISA nahm dabei eine Änderung in der Ziff. 1 des Tarifs vor und ergänzte ihn durch Eventualanträge bezüglich der Ziff. 12, 12^{bis}, 14, 14^{bis} und 20^{bis}. Mit der Ergänzung in Ziff. 1 soll laut der Antragstellerin jeder Zweifel ausgeschlossen werden, dass der Telefonrundspruch in der Fassung des *GT A* vom 3. April 1995 geregelt ist. Mit den geänderten Ziff. 12 und 14 erklärte sich die SUIISA bereit, die Inkassokosten vom Anteil der PTT-Betriebe abzuziehen unter der Bedingung, dass keine weiteren Abzüge mehr für 'Fremdleistungen' der PTT (Frequenzüberwachung, Piraterie) gewährt würden. Mit den eventualiter gestellten Anträgen in den Ziff. 12^{bis} und 14^{bis} willigte sie in die Möglichkeit ein, die jeweiligen Prozentsätze unter bestimmten Voraussetzungen anzupassen. Im übrigen beantragte sie, es sei unter angemessener Auflage der Kosten auf alle Parteien auf die weiteren Rechtsbegehren der SRG nicht einzutreten, bzw. diese seien abzuweisen. Entsprechend den Anträgen der SUIISA beantragte die SWISSPERFORM gleichfalls eine entsprechende Neufassung der Ziff. 15 und die Einfügung einer neuen Ziff. 15^{bis} des *GT A*. Im übrigen verlangte sie ebenfalls die Aufnahme des Artikels 20^{bis}, der auf Vorschlag der SUIISA die Meldepflicht im Rahmen des Nachweisverfahrens regelt, sowie die Gutheissung der sonstigen Anträge der SUIISA.
12. In ihrer Replik vom 31. Mai 1996 lehnte die SRG sämtliche Anträge von SUIISA und SWISSPERFORM ab und verlangte die Gutheissung der in ihrer Stellungnahme vom 6. November 1995 enthaltenen Begehren. Im weiteren beantragte sie erneut, dass dem Preisüberwacher Gelegenheit zu geben sei, sich in einer zweiten Stellungnahme zur Angemessenheit der Tarifvorlage zu äussern und dass auch die Parteien zu dieser zweiten Stellungnahme des Preisüberwachers nochmals sollten Stellung nehmen kön-

nen. Zusätzlich wurden noch verschiedene Unteranträge zum Verfahren sowie zu Einzelpunkten innerhalb des Textes der Replik gestellt.

13. Gemäss Art. 10 Abs. 1 URV wurden mit Präsidialverfügung vom 18. Juli 1995 die Mitglieder der Spruchkammer eingesetzt. Die SRG verlangte in ihrer Replik vom 31. Mai 1996, dass der Vertreter der Urheber und der Rechtsinhaber verwandter Schutzrechte, Herr Dr. Eugen David, als Schiedsrichter in den Ausstand zu treten habe bzw. es sei für die vorliegende Spruchkammer seine Nichtwählbarkeit und Befangenheit festzustellen. Noch innerhalb der den Verwertungsgesellschaften gesetzten Frist zur Stellungnahme zu diesem Antrag trat Herr David von sich aus in den Ausstand und wurde anschliessend durch Herrn Tâche ersetzt.

Da auf den 1. Januar 1997 die gesamte Schiedskommission für die Amtsdauer von 1997 bis 2000 neu zu wählen war und Herr Riklin als Vertreter der Werknutzer aufgrund der Beschränkung der Amtszeitdauer (Art. 15 der Verordnung über ausserparlamentarische Kommissionen sowie Leitungsorgane und Vertretungen des Bundes vom 3. Juni 1996) nicht mehr wählbar war und in diesem Zeitpunkt angenommen werden musste, dass das hängige Verfahren 1996 nicht mehr beendet werden konnte, wurde Herr Riklin auf seinen eigenen Antrag hin mit Präsidialverfügung vom 22. Oktober 1996 durch Herrn Mosimann als Mitglied der Spruchkammer ersetzt.

Im Anschluss an ihre Replik vom 31. Mai 1996 stellte die SRG der Schiedskommission mit Schreiben vom 23. Juli 1996 ein Rechtsgutachten von Herrn Prof. Dr. von Büren zur Auslegung von Art. 35 Abs. 1 und 4 URG zu. Auch bezüglich dieses Rechtsgutachtens erhielten die Verwertungsgesellschaften Gelegenheit zur Stellungnahme. Die SWISSPERFORM reichte denn auch am 31. Oktober 1996 eine gutachtliche Stellungnahme von Dr. Paul Katzenberger ein. Daneben ergänzte sie als Ergebnis dieses Gutachtens eventualiter bzw. subeventualiter ihre bereits gestellten Anträge betreffend die Ziff. 15^{bis} des Tarifs. Gleichzeitig stellte sie einen Antrag zu einem eventuellen Beweisverfahren betreffend den Umfang des von der SRG benutzten geschützten Repertoires.

-
14. Am 14. November 1996 führte die Spruchkammer eine weitere Sitzung zur Beratung des vorgelegten *Gemeinsamen Tarifs A* durch. Im Anschluss an diese Sitzung wurden die Parteien über das Ergebnis informiert. Nebst einer materiellen Beratung des Tarifs hat die Spruchkammer anlässlich dieser Sitzung auch gewisse verfahrensrechtliche Fragen geklärt. Von den Verwertungsgesellschaften verlangte die Spruchkammer, dass sie die konkreten finanziellen Auswirkungen ihrer Eventualanträge aufzeigen. Um die Folgen eines allfälligen Minutentarifs festzustellen, wurde der SRG aufgetragen, die Musik pro Kette für eine bestimmte Sendezeit sowie die entsprechenden Einnahmen darzulegen. Zusätzlich wurde ihr noch Gelegenheit eingeräumt, zum Gutachten Katzenberger Stellung zu nehmen. Die Spruchkammer erklärte sich ebenfalls bereit, zu gegebener Zeit den Preisüberwacher zur Abgabe einer zweiten Stellungnahme einzuladen (vgl. Präsidialverfügung vom 19. November 1996) und setzte eine weitere Sitzung zur Prüfung des *GT A* auf den 19. Dezember 1996 an. Bis zum 13. Dezember 1996 reichten sowohl die SRG wie auch die Verwertungsgesellschaften die verlangten zusätzlichen Unterlagen ein.
15. In der Folge ersuchte die SRG mit Schreiben vom 12. Dezember 1996, den Tarif von SUIISA und SWISSPERFORM zu trennen und dabei die Vorlage der SUIISA mit Priorität zu behandeln. Zu den Modellen für einen ‘SUIISA-Tarif’ legte sie verschiedene Berechnungen vor (Radio: Einnahmen pro Kette und Aufwand für die Nutzung von Musik pro Kette; Fernsehen: Quantifiziertes und gewichtetes Berechnungsmodell, basierend auf den Einnahmen der Ketten). Die SRG wies aber auch darauf hin, dass diese Modelle zwischen den Parteien noch nie verhandelt worden sind. Die SUIISA stellte eine Übersicht über die Einnahmen der SRG und die an die SUIISA zu zahlenden Vergütungen in den Jahren 1992, 1995 und 1997 zu. Sie wies zusätzlich ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei den von der ESchK von den Parteien verlangten Unterlagen ausschliesslich um Parteibehauptungen handeln könne. Gleichzeitig lehnte sie die allfällige Einführung eines Minutentarifs für die Urheberrechte ab. In ihrem Schreiben vom 12. Dezember 1996 nahm die SWISSPERFORM ebenfalls Stellung zu den finanziellen Konsequenzen der einzelnen Tarifanträge sowie Rechtspositionen der Parteien.

-
16. Da in diesem Zeitpunkt noch ungeklärt war, ob der *GT A* genehmigt werden konnte, wurde die SUIISA mit gleicher Präsidialverfügung eingeladen, eine allfällige Übergangsregelung für den bis 31. Dezember 1996 befristeten Tarif A vorzuschlagen. Mit ihrem Schreiben vom 11. Dezember 1996, mit dem die SUIISA die verlangte Übersicht über die finanziellen Auswirkungen gemäss ihrem Antrag vom 9. Juni 1995 bzw. gemäss ihren Eventualanträgen unterbreitete und zusätzlich noch gewisse Ausführungen über die Auswirkungen eines allfälligen Minutentarifes machte, verweigerte sie indessen einen Antrag auf eine Übergangsregelung und betonte, dass sie insbesondere keine Verlängerung der bis 31. Dezember 1996 geltenden Regelung wünsche. Sie wäre aber bereit, einer Übergangsregelung mit einer erheblich höheren Vergütung zuzustimmen, was die SRG indessen abgelehnt habe. Die SUIISA forderte die Schiedskommission mit allem Nachdruck auf, die Entscheidung über ihren Antrag vom 9. Juni 1995 mit Wirkung ab 1. Januar 1997 ohne weitere Verzögerung zu beschliessen.
 17. Auf die weiteren Vorbringen, welche die Parteien im Laufe des Verfahrens eingebracht haben, wird - soweit angezeigt - in den Erwägungen eingegangen.
 18. Der von den Verwertungsgesellschaften SUIISA und SWISSPERFORM zur Genehmigung vorgelegte Tarif in der Fassung vom 3. April 1995 hat in den drei Amtssprachen den folgenden Wortlaut (die deutsche Fassung wurde mit den entsprechenden Eventual- bzw. Subeventualanträgen ergänzt):

Fassung vom 3.4.1995

mit Zusammenstellung
des Antrags und der
Eventual-Anträge
vom 15.3.96/31.10.96

Gemeinsamer Tarif A

S R G

(Schweizerische Radio- und Fernseh-Gesellschaft)
ohne Werbesendungen

A. Kundenkreis

- 1 Dieser Tarif richtet sich an die SRG und die PTT hinsichtlich der Tätigkeiten der SRG als Radio- und Fernseh-Unternehmen. Davon ausgenommen sind die Werbesendungen der PUBLISUISSE (AGW), soweit dafür andere Tarife gelten.

Antrag gemäss
Replik vom 15.3.1996:

- 1 Dieser Tarif richtet sich an die SRG und die PTT hinsichtlich der Tätigkeiten der SRG als Radio- und Fernsehunternehmen sowie hinsichtlich des Telefonrundspruchs. Davon ausgenommen sind die Werbesendungen der Publisuisse (AGW), soweit dafür andere Tarife gelten.
- 2 Die folgenden Verwendungen der SRG-Sendungen bilden Gegenstand besonderer Tarife:
 - die Weitersendung, Weiterverbreitung oder Übernahme durch andere Sende-Unternehmen oder durch Kabelnetz-Betriebe;
 - der öffentliche Empfang.

B. Verwendung der Musik

- 3 Unter "Musik" werden alle urheberrechtlich geschützten Werke der nichttheatralischen Musik, mit oder ohne Text, verstanden, die zu dem von der SUISA verwalteten Weltrepertoire gehören.

Von diesem Weltrepertoire ausgeschlossen sind jene Musikwerke, für welche die Urheber ihre Rechte vor ihrem Beitritt zu einer Verwertungsgesellschaft der SRG abgetreten haben.

- 4 Dieser Tarif bezieht sich auf

- das Senden von Musik
 - das Verbreiten von Musik im Schweiz. Telefonrundspruch (TR)
 - das Aufnehmen von Musik auf Tonträger und Tonbild-Träger, die von der SRG selber oder in ihrem Auftrag durch Dritte angefertigt werden. Nicht dazu gehören Träger, die der Dritte ohne Auftrag der SRG produziert und/oder die der Dritte selber anderweitig verwerten kann.
- 5 Mit der Entschädigung gemäss diesem Tarif ist das Recht zum Aufnehmen der Musik auf Tonträger oder Tonbild-Träger nur insoweit abgegolten, als diese Träger zu Sendungen der SRG, Verbreitungen im TR und zu Sendungen anderer Sender verwendet werden. Die SRG meldet der SUIISA alle für andere Zwecke verwendeten Träger, die sie herstellt oder herstellen lässt.
 - 6 Die Vertonung von Spiel- / Kinofilmen, sowie von Ton- und Tonbild-Trägern, die der Werbung (Werbespots) oder der Präsentation von Sponsoren (Billboards) dienen, bedarf einer zusätzlichen Bewilligung der SUIISA, die mit Zustimmung der Rechtsinhaber der Musik erteilt wird.
 - 7 SUIISA holt die Zustimmung der Schwestergesellschaften im Empfangsgebiet ein für Sendungen von Programmen über Satelliten, die für den Empfang durch das Publikum bestimmt und mit einem für private Haushalte üblichen Aufwand empfangbar sind.
 - 8 Vom Tarif ausgeschlossen sind Abonnements-Radio und -Fernsehen (Tarif Y).
 - 9 Die SUIISA verfügt nicht über andere Urheberrechte als diejenigen an nichttheatralischer Musik und nicht über die Rechte der Inhaber verwandter Schutzrechte.
- C. Nutzung von Leistungsschutzrechten an im Handel erhältlichen Ton- und Tonbild-Trägern
- 10 Der Tarif umfasst die Nutzung der im Handel erhältlichen Ton- und Tonbild-Träger "zum Zwecke der Sendung und Weitersendung" im Sinne von Art. 35 durch die SRG und die ihr angeschlossenen Betriebe. Eine dem Inhaber ausschliesslicher Rechte entgegenhaltbare Nutzungserlaubnis ist mit der Leistung der tarifgemässen Vergütung nicht verbunden.
- D. Verwertungsgesellschaften, gemeinsame Zahlstelle
- 11 Die SUIISA ist für diesen Tarif Vertreterin und gemeinsame Zahlstelle auch für die SWISSPERFORM.

E. Entschädigung für Urheberrechte

a) Radioprogramme (ohne Radio Schweiz International)

- 12 Die Entschädigung beträgt 5% der Einnahmen aus der Sendetätigkeit, insbesondere
- der von den Inhabern einer Radio-Empfangsbewilligung 1 und 2 entrichteten Gebühren.
- Davon werden abgezogen
- der Anteil lokaler und regionaler Veranstalter
 - die Aufwendungen der SRG und der PTT für Schweizer Radio International
- der von den Hörern des Telefonrundspruchs entrichteten Gebühren
 - der Zuwendungen von Sponsoren
 - allfälliger Werbeeinnahmen, soweit dafür nicht ein anderer Tarif anwendbar ist.

Eventual-
Antrag

12

Die Entschädigung beträgt 5% der Einnahmen aus der Sendetätigkeit, insbesondere

- des Anteils der SRG an den Radio-Empfangsgebühren
- davon werden die Aufwendungen der SRG für Radio Schweiz International abgezogen
- des Anteils der PTT-Betriebe an den Radio-Empfangsgebühren
- davon werden die Inkassokosten der PTT-Betriebe sowie deren Aufwendungen für Radio Schweiz International abgezogen
- der von den Hörern des Telefonrundspruchs entrichteten Gebühren
 - der Zuwendungen von Sponsoren
 - allfälliger Werbeeinnahmen, soweit dafür nicht ein anderer Tarif anwendbar ist.
 - des Anteils der PTT-Betriebe an den Radio-Empfangsgebühren
- davon werden die Inkassokosten der PTT-Betriebe sowie deren Aufwendungen für Radio Schweiz International abgezogen
- der von den Hörern des Telefonrundspruchs entrichteten Gebühren

- der Zuwendungen von Sponsoren
- allfälliger Werbeeinnahmen, soweit dafür nicht ein anderer Tarif anwendbar ist.

Eventual-
Antrag

12^{bis}

Sofern nachgewiesen wird, dass der Anteil geschützter Musik an der Sendezeit aller nationalen und sprachregionalen Radioprogramme der SRG zusammen, beziehungsweise aller TR-Programme zusammen, über oder unter 50% liegt, wird der in Ziff. 12 genannte Prozentsatz verhältnismässig nach oben oder unten angepasst. Der Nachweis ist der SRG bzw. der SUISA jeweils bis 30. Juni für das vorangehende Kalenderjahr aufgrund vollständiger Sendelisten vorzulegen.

Die Anpassung wird getrennt für die SRG-Programme und die TR-Programme berechnet.

b) Radio Schweiz International (SRI)

13 Die Entschädigung beträgt 1% der Einnahmen aus der Sendetätigkeit, insbesondere

- der Aufwendungen der SRG und PTT für SRI
- des Bundesbeitrags an SRI
- der Zuwendungen von Sponsoren
- allfälliger Werbeeinnahmen, soweit dafür nicht ein anderer Tarif anwendbar ist.

c) Fernsehen

14 Die Entschädigung beträgt 2% der Einnahmen aus der Sendetätigkeit, insbesondere

- der von den Inhabern einer Fernseh-Empfangsbewilligung 1 oder 2 entrichteten Gebühren. Davon werden die Anteile lokaler und regionaler Veranstalter abgezogen
- der Zuwendungen von Sponsoren.

Eventual-
Antrag

14

Die Entschädigung beträgt 2% der Einnahmen aus der Sendetätigkeit, insbesondere

- des Anteils der SRG an den Fernseh-Empfangsgebühren
- des Anteils der PTT-Betriebe an den Fernseh-Empfangsgebühren

davon werden die Inkassokosten der PTT-Betriebe abgezogen

Eventual-
Antrag

14 bis

- der Zuwendungen von Sponsoren.

Sofern nachgewiesen wird, dass der Anteil geschützter Musik an der Sendezeit aller national oder sprachregional verbreiteten Fernsehprogramme der SRG über oder unter 40% liegt, wird der in Ziffer 14 genannte Prozentsatz verhältnismässig angepasst. Der Nachweis ist der SRG bzw. der SUIZA jeweils bis 30. Juni für das vorangehende Kalenderjahr aufgrund vollständiger Sendelisten vorzulegen.

F. Entschädigungen für Leistungsschutzrechte

a) Radioprogramme (ohne Radio Schweiz International)

15

Die Entschädigung für die Nutzung von im Handel erhältlichen Tonträgern beträgt 1,25% der Einnahmen aus der Sendetätigkeit, insbesondere

- der von den Inhabern einer Radio-Empfangsbewilligung 1 und 2 entrichteten Gebühren.

Davon werden abgezogen

- der Anteil lokaler und regionaler Veranstalter
- die Aufwendungen der SRG und der PTT für Schweizer Radio International

- der von den Hörern des Telefonrundspruchs entrichteten Gebühren

- der Zuwendungen von Sponsoren

- allfälliger Werbeeinnahmen, soweit dafür nicht ein anderer Tarif anwendbar ist.

Antrag
Replik

15

Die Entschädigung für die Nutzung von im Handel erhältlichen Tonträgern beträgt 1,2% der Einnahmen aus der Sendetätigkeit, insbesondere

- der von den Inhabern einer Radio-Empfangsbewilligung 1 und 2 entrichteten Gebühren.

Davon werden abgezogen

- die Anteile lokaler und regionaler Veranstalter
- die Aufwendungen der SRG und der PTT für Schweizer Radio International

- die von den Hörern des Telefonrundspruchs entrichteten Gebühren
- die Zuwendungen von Sponsoren
- allfällige Werbeeinnahmen, soweit dafür nicht ein anderer Tarif anwendbar ist.

b) Radio Schweiz International (SRI)

Die Entschädigung beträgt 0,25% der Einnahmen aus der Sendetätigkeit, insbesondere

- der Aufwendungen der SRG und PTT für SRI
- des Bundesbeitrags an SRI
- der Zuwendungen von Sponsoren
- allfälliger Werbeeinnahmen, soweit dafür nicht ein anderer Tarif anwendbar ist.

Antrag
Replik

b) Radio Schweiz International (SRI)

Die Entschädigung beträgt 0,24% der Einnahmen aus der Sendetätigkeit, insbesondere

- der Aufwendungen der SRG und PTT für SRI
- des Bundesbeitrags an SRI
- der Zuwendungen von Sponsoren
- allfälliger Werbeeinnahmen, soweit dafür nicht ein anderer Tarif anwendbar ist.

Antrag
Replik

15 bis

Sofern nachgewiesen wird, dass der Anteil geschützter Tonträger an der Sendezeit aller nationalen und sprachregionalen Radioprogramme der SRG zusammen bzw. aller TR-Programme zusammen über oder unter 40% liegt bzw. für die Programme von Radio Schweiz International (SRI) unter 8% liegt, werden die in Ziff. 14 genannten Prozentsätze auf Verlangen einer Partei rückwirkend für das vergangene Kalenderjahr verhältnismässig nach oben oder unten angepasst. Der Nachweis ist durch Vorlage vollständiger Sendelisten an die Gegenpartei jeweils bis zum 30. Juni des folgenden Kalenderjahres zu führen.

Eventual-Antrag
vom 31.10.96

Abs. 2

Als geschützte Tonträger im Sinne des vorstehenden Absatzes gelten während der unten spezifizierten Schutzfrist vorbehältlich einer Änderung im Bestand der für

die Schweiz verbindlichen Staatsverträge im Bereich der verwandten Schutzrechte Tonträger, auf welche einer oder mehrere der folgenden Sachverhalte zutrifft:

- Tonträger, welche Darbietungen von ausübenden Künstlern enthalten, die die schweizerische Staatsbürgerschaft haben oder in der Schweiz ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben.
- Tonträger, welche Darbietungen von Künstlern enthalten, welche in einem andern Mitgliedstaat des Rom Abkommens erfolgten.
- Tonträger, deren Ton in einem andern Mitgliedstaat des Rom Abkommens erstmals festgelegt wurde und/oder die in einem Mitgliedstaat des Rom Abkommens erstmals bzw. innerhalb von dreissig Tagen nach der Erstherausgabe in einem Mitgliedstaat herausgegeben worden sind.
- Tonträger, welche Aufnahmen eines Tonträgerherstellers enthalten, der in einem Mitgliedstaat des Rom Abkommens seinen Sitz oder eine effektive geschäftliche Niederlassung z.B. in Form einer aktiven Zweigstelle oder Konzerngesellschaft hat.

Geschützt sind Tonträger, welche nicht früher als 50 Jahre vor dem Beginn des Kalenderjahres erstmals festgelegt wurden, in welchem der Schutz beansprucht wird.

Subeventual-
Antrag vom
31.10.96
Abs. 2

Als geschützte Tonträger gelten während der unten spezifizierten Schutzfristen und vorbehältlich einer Änderung im Bestand der für die Schweiz verbindlichen Staatsverträge im Bereich der verwandten Schutzrechte Tonträger, auf welche einer oder mehrere folgende Sachverhalte zutrifft:

- Tonträger, welche Darbietungen von ausübenden Künstlern enthalten, die die schweizerische Staatsbürgerschaft haben oder in der Schweiz ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben.
- Tonträger, welche Aufnahmen eines Tonträgerherstellers enthalten, der in einem Mitgliedstaat des Rom Abkommens seinen effektiven Sitz oder eine effektive geschäftliche Niederlassung z.B. in Form einer Zweigniederlassung oder Konzerngesellschaft hat, sofern dieser Mitgliedstaat das Rom Abkommen nicht unter dem Vorbehalt gemäss Art. 16(1)(a)(i) RA oder gemäss Art. 16(1)(a)(ii) RA in einer den Schutz von Tonträgern im Bereiche von Radiosendungen ausschliessenden Form unterzeichnet hat und auch nicht Mitgliedland der EG oder des EWR ist.
- Tonträger, welche Darbietungen von Künstlern enthalten, welche einem Mitgliedland des Rom Abkommens angehören, welches diese Konvention ohne Vorbehalt un-

terzeichnet hat und die in einem Mitgliedland des Rom Abkommens dargeboten, erstmals festgelegt oder herausgegeben bzw. innert dreissig Tagen nach der Erstherausgabe herausgegeben wurden.

Geschützt sind Tonträger, welche die im vorstehenden Absatz genannten Schutzbedingungen erfüllen und welche nicht früher als 50 Jahre vor dem Beginn des Kalenderjahres erstmals festgelegt wurden, in welchem der Schutz beansprucht wird. Die Schutzfrist ist kürzer, wenn sowohl das Herkunftsland des Tonträgerherstellers als auch ein das Rom Abkommen ohne Vorbehalte unterzeichnendes Herkunftsland jedes auf dem Tonträger festgehaltenen ausübenden Künstlers kürzere Schutzfristen vorsieht.

c) Fernsehen

- 16 Für die gesendeten Ton- bzw. Tonbild-Träger wird ein Minutentarif erhoben. Er wird als Prozentsatz der dem Fernseheteil zurechenbaren Einnahmen der SRG (gemäss Ziff. 14, jedoch zusätzlich der Werbeeinnahmen) pro Sendeminute berechnet und beträgt:
- für die Verwendung von geschützten Tonträgern 1,5%
 - für die Verwendung von geschützten Tonbild-Trägern 3,0%

G. Abrechnung

- 17 Jährlich bis Ende Februar teilt die SRG die in Ziffer 10 genannten Beträge für das Vorjahr mit.

H. Zahlungen

- 18 Die SRG entrichtet der SUIZA Akontozahlungen für das laufende Jahr. Ihre Summe entspricht der Höhe der Entschädigungen für das Vorjahr. Sie sind in 6 Zwei-Monats-Raten zu entrichten, die jeweils am letzten Tag der geraden Monate fällig sind.
- 19 Der Saldo der Schlussabrechnung aufgrund der Angaben gemäss Ziffer 17 wird innert 30 Tagen beglichen.

I. Verzeichnisse der gesendeten Musik

- 20 Die SRG meldet der SUIZA die gesendete Musik und die zu Sendezwecken verwendeten Ton- und Tonbild-Träger. Einzelheiten und Verfahren werden besonders vereinbart.

Der TR führt ein Verzeichnis aller aus dem Ausland übernommenen Sendungen. Eigene Verbreitungen meldet der TR in der für die Radiostudios geltenden Form.

Für diese Meldungen stellt die SUIISA der SRG unentgeltlich Formulare zur Verfügung.

Meldungen in informatisierter Form können separat vereinbart werden.

Eventual-
Antrag

20^{bis}

Für das Nachweisverfahren gemäss Ziff. 12^{bis}, 14^{bis}, 15^{bis} und 16 meldet die SRC der SUIISA auf Verlangen laufend

- alle gesendete Musik, mit Titel, Komponist, Bearbeiter, Sendedauer, auch hinsichtlich der in allen Tonbildträgern und übernommenen Sendungen enthaltenen Musik
- alle benutzten Tonträger, mit Sendedauer, Name und Sitz des herausgebenden Tonträgerherstellers sowie Name und Nationalität der ausübenden Künstler.

K. Gültigkeitsdauer

- 21 Dieser Tarif ist vom 1. Januar 1996 bis zum 31. Dezember 2000 gültig.
- 22 Bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse kann er auf Verlangen der SRG oder der SUIISA vorzeitig revidiert werden. Dem Tarifpartner muss in den ersten 5 Monaten eines Kalenderjahres das Begehren um Revision auf das folgende Jahr zugestellt werden.

Tarif Commun A

S S R

(Société suisse de radiodiffusion et télévision)
sans émissions publicitaires

A. Cercle de clients

- 1 Ce tarif s'adresse à la SSR et aux PTT eu égard aux activités de la SSR en tant qu'entreprise de radio et de télévision. Font exception les émissions publicitaires de PUBLISUISSE (SAP), dans la mesure où d'autres tarifs sont en vigueur pour celles-ci.
- 2 Les utilisations ci-après des émissions SSR font l'objet de tarifs particuliers:
 - la retransmission, la rediffusion ou la reprise par d'autres émetteurs ou d'autres entreprises de câblodiffusion;
 - la réception publique.

B. Utilisation de la musique

- 3 On entend par "musique" toutes les oeuvres musicales non théâtrales protégées par le droit d'auteur, avec ou sans texte, qui font partie du répertoire mondial géré par SUISA.

Sont exclues de ce répertoire mondial les oeuvres musicales pour lesquelles les auteurs ont cédé leurs droits à la SSR avant leur adhésion à une société de gestion.
- 4 Ce tarif se rapporte aux utilisations de musique suivantes:
 - l'émission de musique
 - la diffusion de musique par la Télédiffusion Suisse (TD)
 - l'enregistrement de musique sur phonogrammes et vidéogrammes réalisés par la SSR elle-même ou, sur son mandat, par des tiers. Font exception les supports produits par des tiers sans mandat de la SSR ou/et ceux que les tiers peuvent gérer eux-mêmes autrement.
- 5 Avec la redevance selon ce tarif, le droit d'enregistrer de la musique sur des phonogrammes ou vidéogrammes n'est réglé que dans la mesure où ces supports ne sont utilisés que pour les émissions de la SSR, la diffusion à la TD ou les émissions d'autres émetteurs. La SSR annonce à SUISA

tous les supports utilisés à d'autres fins qu'elle produit ou fait produire.

- 6 La sonorisation de films de cinéma ou de télévision ou de phonogrammes ou vidéogrammes qui servent à la publicité (spots publicitaires) ou à la présentation de sponsors (billboards) nécessite une autorisation spéciale de SUISA, octroyée avec l'accord des ayants-droit de la musique.
- 7 SUISA doit obtenir l'accord des sociétés-soeurs du territoire de réception pour les émissions par satellite de programmes qui sont destinés à la réception par le public et que les ménages privés peuvent recevoir avec un équipement usuel.
- 8 Les programmes de radio et télévision par abonnement sont exceptés de ce tarif (Tarif Y).
- 9 SUISA ne dispose pas d'autres droits d'auteur que ceux portant sur la musique non théâtrale, et ne dispose pas des droits des titulaires de droits voisins.

C. Utilisation des droits voisins sur les phonogrammes et vidéogrammes disponibles sur le marché

- 10 Le tarif comprend l'utilisation des phonogrammes et vidéogrammes disponibles sur le marché "à des fins de diffusion et de retransmission" selon l'art. 35 LDA par la SSR et ses entreprises affiliées. Le paiement de la redevance selon le tarif n'implique pas une autorisation d'utilisation qui soit opposable aux droits exclusifs de l'ayant-droit.

D. Sociétés de gestion, organe commun d'encaissement

- 11 SUISA est organe commun d'encaissement pour ce tarif et représentante de SWISSPERFORM.

E. Redevance pour les droits d'auteurs

a) Programmes de radio (sauf Radio Suisse Internationale)

- 12 La redevance s'élève à 5% des recettes découlant des activités d'émission, en particulier
 - des redevances payées par les titulaires d'une concession de réception de radio 1 et 2.

On peut en déduire

 - la part des émetteurs locaux et régionaux
 - les dépenses de la SSR et des PTT pour Radio Suisse Internationale
 - les redevances versées par les auditeurs de la Télédiffusion

- les contributions de sponsors
- d'éventuelles recettes publicitaires, si elles ne sont pas concernées par un autre tarif.

b) Radio Suisse Internationale (RSI)

13 La redevance s'élève à 1% des recettes découlant des activités d'émission, en particulier

- des dépenses de la SSR et des PTT pour RSI
- de la subvention de la Confédération à RSI
- des contributions de sponsors
- d'éventuelles recettes publicitaires, dans la mesure où elles ne sont pas concernées par un autre tarif.

c) Télévision

14 La redevance s'élève à 2% des recettes découlant des activités d'émission, en particulier

- des redevances payées par les titulaires d'une concession de réception de télévision 1 et 2. On en déduit les parts des émetteurs locaux et régionaux.
- des contributions de sponsors.

F. Redevances pour les droits voisins

a) Programmes de radio (sauf Radio Suisse Internationale)

15 La redevance pour l'utilisation de phonogrammes disponibles sur le marché s'élève à 1,25% des recettes découlant des activités d'émission, en particulier

- des redevances payées par les titulaires d'une concession de réception radio 1 et 2.

On en déduit

- la part des émetteurs locaux et régionaux
- les dépenses de la SSR et des PTT pour Radio Suisse Internationale
- les redevances payées par les auditeurs de la Télédiffusion
- les contributions de sponsors
- d'éventuelles recettes publicitaires, si elles ne sont pas concernées par un autre tarif.

b) Radio Suisse Internationale (RSI)

La redevance s'élève à 0,25% des recettes découlant des activités d'émission, en particulier

- des dépenses de la SSR et des PTT pour RSI
- de la subvention de la Confédération à RSI
- des contributions de sponsors
- d'éventuelles recettes publicitaires, si elles ne sont pas concernées par un autre tarif.

c) Télévision

- 16 Pour l'émission de phonogrammes ou vidéogrammes, le tarif est minuté. Il se calcule par minute d'émission sur la base d'un pourcentage des recettes de la SSR imputables à la télévision (comme au chiffre 14, en ajoutant cependant les recettes publicitaires), au taux suivant:
- pour l'utilisation de phonogrammes protégés 1,5%
 - pour l'utilisation de vidéogrammes protégés 3,0%

G. Décompte

- 17 Chaque année avant fin février, la SSR communique les montants mentionnés au chiffre 10 pour l'année précédente.

H. Paiements

- 18 La SSR verse à SUISA des acomptes pour l'année en cours. Leur total correspond au montant de la redevance pour l'année précédente. Ils doivent être versés en 6 acomptes bimensuels, arrivant à échéance le dernier jour de chaque mois pair.
- 19 Le solde du décompte final établi conformément au chiffre 17 est payable dans les 30 jours.

I. Relevés de la musique diffusée

- 20 La SSR communique à SUISA des relevés de la musique diffusée et des phonogrammes et vidéogrammes utilisés dans des buts d'émission. La méthode et ses détails font l'objet d'un accord séparé.

La TD établit un relevé de toutes les émissions reprises de l'étranger. La TD déclare ses propres diffusions de la même manière que les studios de radio.

Pour ces déclarations, SUISA met gratuitement des formulaires à la disposition de la SSR.

Les déclarations sous une forme informatisée peuvent faire l'objet d'un accord séparé.

K. Durée de validité

- 21 Ce tarif est valable du 1er janvier 1996 au 31 décembre 2000.
- 22 En cas de modification profonde des circonstances, il peut être révisé sur demande de la SSR ou de SUI SA. Le partenaire tarifaire doit recevoir la demande de révision dans les 5 premiers mois de l'année civile pour l'année suivante.

Tariffa comune A

S S R
(Società svizzera di radiotelevisione)
senza emissioni pubblicitarie

A. Cerchia di clienti

- 1 Questa tariffa concerne la SSR e le PTT relativamente alle attività della SSR quale azienda di Radiotelevisione. Costituiscono un'eccezione le emissioni pubblicitarie della PUBLISUISSE (SAP), purché disciplinate da altre tariffe.
- 2 Le seguenti utilizzazioni delle emissioni SSR sono oggetto di tariffe speciali:
 - la riemissione, la ridiffusione o la ritrasmissione da parte di altre emittenti o via reti cavo;
 - la ricezione pubblica.

B. Utilizzazione della musica

- 3 Per "Musica" si intendono tutte quelle opere protette da diritto d'autore della musica non teatrale, con o senza testo, comprese nel repertorio mondiale gestito dalla SUISA.

Non sono comprese in questo repertorio mondiale quelle opere musicali, per le quali gli autori hanno ceduto i loro diritti alla SSR prima di aderire ad una società di riscossione.
- 4 La presente tariffa interessa
 - l'emissione di musica
 - la diffusione di musica nella Filodiffusione svizzera (FD)
 - la registrazione di musica su supporti sonori e supporti audiovisivi eseguita dalla stessa SSR o da terzi per incarico di questa. Non sono inclusi supporti prodotti da terzi non per incarico della SSR e/o quelli utilizzabili dagli stessi terzi in altro modo.
- 5 Con l'indennità in base a questa tariffa, il diritto di registrare la musica su supporti sonori o audiovisivi è regolato soltanto nella misura in cui questi supporti vengano utilizzati per emissioni della SSR, diffusioni via FD e per emissioni di altre emittenti. La SSR notifica alla SUISA tutti i supporti prodotti o fatti produrre, utilizzati per altri scopi.

- 6 Per la sonorizzazione di film e lungometraggi, nonché di supporti sonori e supporti audiovisivi utilizzati per scopi pubblicitari (spot) o di presentazione di Sponsor (Bill-board), occorre un'autorizzazione speciale della SUIISA rilasciata con il consenso degli aventi diritto della musica.
- 7 La SUIISA si procura il consenso delle società consorelle nella regione di ricezione, per quelle emissioni di programmi via satellite destinate alla ricezione pubblica con un dispendio corrispondente a quello consueto per le economie domestiche private.
- 8 Sono escluse dalla tariffa radio e televisione per abbonamento (Tariffa Y).
- 9 La SUIISA non detiene altri diritti d'autore che non siano quelli relativi alla musica non teatrale, né quelli dei titolari di diritti di protezione affini.
- C. Utilizzazione di diritti di protezione della prestazione concernenti supporti sonori e audiovisivi in commercio**
- 10 La tariffa comprende l'utilizzazione dei supporti sonori e audiovisivi in commercio per "scopi di emissione e di ricezione" ai sensi dell'art. 35 da parte della SSR e delle sue aziende. Un'autorizzazione di utilizzazione rilasciabile al titolare di diritti esclusivi non è connessa con la prestazione dell'indennità in base alla tariffa.
- D. Società di riscossione, organo di pagamento collettivo**
- 11 La SUIISA è rappresentante per questa tariffa e organo di pagamento collettivo anche per la SWISSPERFORM.
- E. Indennità relativa ai diritti d'autore**
- a) Programmi radiofonici (senza Radio Svizzera Internazionale)
- 12 L'indennità ammonta al 5% degli introiti provenienti dalle emissioni, in particolare
- del canone pagato dai titolari di una concessione Radio 1 e 2.
- Deduzione fatta
- della parte degli organizzatori locali e regionali
 - delle spese della SSR e delle PTT per Radio Svizzera Internazionale
- del canone pagato dai fruitori della filodiffusione
 - delle sovvenzioni di Sponsor

- di eventuali introiti pubblicitari, purché non disciplinati da un'altra tariffa.

b) Radio Svizzera Internazionale (RSI)

- 13 L'indennità ammonta all'1% degli introiti provenienti dalle emissioni, in particolare
- delle spese della SSR e delle PTT per RSI
 - del contributo federale alla RSI
 - delle sovvenzioni di Sponsor
 - di eventuali introiti pubblicitari, purché non disciplinati da un'altra tariffa.

c) Televisione

- 14 L'indennità ammonta al 2% degli introiti provenienti dalle emissioni, in particolare
- del canone pagato dai titolari di una concessione di ricezione televisiva 1 e 2, deduzione fatta delle parti degli organizzatori locali e regionali
 - delle sovvenzioni di Sponsor.

F. Indennità per diritti di protezione della prestazione

a) Programmi radiofonici (senza Radio Svizzera Internazionale)

- 15 L'indennità per l'utilizzazione dei supporti sonori in commercio è pari all'1,25% degli introiti provenienti dalle emissioni, in particolare
- del canone pagato dai titolari di una concessione Radio 1 e 2.
- Deduzione fatta
- della parte degli organizzatori locali e regionali
 - delle spese della SSR e delle PTT per Radio Svizzera Internazionale
- del canone pagato dagli utenti della Filodiffusione
 - delle sovvenzioni di Sponsor
 - di eventuali introiti pubblicitari, purché non disciplinati da un'altra tariffa.

b) Radio Svizzera Internazionale (RSI)

L'indennità ammonta allo 0,25% degli introiti provenienti dalle emissioni, in particolare

- delle spese della SSR e delle PTT per la RSI
- del contributo federale alla RSI
- delle sovvenzioni di Sponsor
- di eventuali introiti pubblicitari, purché non disciplinati da un'altra tariffa.

c) Televisione

- 16 Per i supporti sonori, risp. audiovisivi, trasmessi viene riscossa una tariffa calcolata per minuto di emissione in valori percentuali degli introiti della SSR attribuibili alla parte di televisione (in base alla cifra 14, tuttavia con l'aggiunta degli introiti pubblicitari) e ammonta a:
- per l'utilizzazione di supporti sonori protetti all'1,5%
 - per l'utilizzazione di supporti audiovisivi protetti al 3,0%

G. Conteggio

- 17 Annualmente entro la fine di febbraio, la SSR comunica gli importi per l'anno precedente denominati alla cifra 10.

H. Pagamenti

- 18 La SSR versa alla SUIISA degli acconti per l'anno corrente, il cui importo corrisponde all'ammontare delle indennità per l'anno precedente. Essi vanno pagati in 6 rate mensili dovute ognuna per l'ultimo giorno dei mesi pari.
- 19 Il saldo del conteggio finale in base alle indicazioni secondo la cifra 17 viene pagato entro 30 giorni.

I. Elenchi della musica trasmessa

- 20 La SSR notifica alla SUIISA la musica trasmessa e i supporti sonori e audiovisivi utilizzati per scopi di emissione. Dettagli e prassi vengono concordati espressamente.

La FD redige un elenco di tutte le emissioni riprese dall'estero. Proprie diffusioni vengono notificate dalla FD nella forma vigente per gli studi radiofonici.

Per queste notifiche la SUIISA mette a disposizione gratuitamente alla SSR dei formulari.

Notifiche informatizzate possono essere concordate separatamente.

K. Periodo di validità

- 21 La presente tariffa è valevole dal 1° gennaio 1996 al 31 dicembre 2000.
- 22 In caso di cambiamento sostanziale delle circostanze, essa può essere riveduta prima della scadenza su richiesta della SSR o della SUIISA. La domanda di revisione per l'anno successivo va fatta pervenire al partner tariffario nei primi 5 mesi di un anno civile.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

A. Die Prüfungsbefugnis der Schiedskommission

Die Schiedskommission genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Dies bedeutet nach *Barrelet/Egloff* (Das neue Urheberrecht, N. 5 und 6 zu Art. 59 Abs. 1 URG), dass die Schiedskommission einen Tarif einerseits gesamthaft zu würdigen hat, d.h. in seiner logischen Konstruktion, in bezug auf den Anwendungsbereich sowie hinsichtlich seiner Bedeutung im allgemeinen. Daneben sei aber, so *Barrelet/Egloff*, auch eine Prüfung der einzelnen Bestimmungen erforderlich, wobei sich die Kommission hinsichtlich der pekuniären Vorschriften auf die Regelung des Art. 60 URG stützen könne.

Bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigungsansätze ist daher nebst den in Art. 60 Abs. 1 URG erwähnten Kriterien gemäss Art. 60 Abs. 2 URG die sogenannte 10-Prozent-Regel für die Urheberrechte beziehungsweise die 3-Prozent-Regel für die verwandten Schutzrechte anzuwenden. Danach darf die Urheberrechtsentschädigung in der Regel höchstens 10 Prozent und die Vergütung für die verwandten Schutzrechte höchstens 3 Prozent des Nutzungsertrages oder -aufwandes betragen. Von dieser Regel kann allerdings abgewichen werden, wenn sich daraus auch bei einer wirtschaftlichen Verwaltung kein angemessenes Entgelt für die Berechtigten ergibt.

Erfüllt eine Tarifvorlage diese Voraussetzungen nicht, muss ihr die Genehmigung versagt werden. Gemäss Art. 59 Abs. 2 URG hat die Schiedskommission allerdings die Möglichkeit, nach Anhörung der am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaften und der Nutzerverbände Änderungen vorzunehmen. Nach *Barrelet/Egloff* (N. 7 zu Art. 59 Abs. 2 URG) sollen die Verwertungsgesellschaften nicht nur angehört, sondern es soll ihnen auch Gelegenheit gegeben werden, die Tarifvorlage von sich aus

so zu ändern, dass der Tarif genehmigt werden kann. Wie *Govoni* (Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Bd. II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, S. 448) zutreffend festhält, soll die Schiedskommission von der Kompetenz, materielle Änderungen vorzunehmen, nur sehr zurückhaltend Gebrauch machen. Sie ist nicht befugt, von sich aus einen Tarif zu erlassen. Ihre Befugnis ist auf die Prüfung der Angemessenheit eines ihr von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten und mit den Nutzern ausgehandelten Tarifs beschränkt. Sie kann daher auch nicht im Streitfall an Stelle der Tarifpartner die für die Tarifgestaltung grundlegenden Kriterien und insbesondere nicht die Berechnungsgrundsätze für die Entschädigungen für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten festlegen. Die Vornahme von Änderungen im Sinne von Art. 59 Abs. 2 URG setzt zumindest voraus, dass die Verhandlungspartner über alle massgebenden Kriterien eines Tarifs verhandelt haben (vgl. hierzu auch Beschluss der ESchK vom 17. Juni 1996 zum Tarif D).

B. Zu Verfahrensfragen

1. Feststellungsbegehren

Bezüglich der verschiedenen Feststellungsbegehren auf vorfrageweise Prüfung von Rechtsfragen kommt die Schiedskommission zum Schluss, dass sie sich zu rechtlichen Vorfragen nur im Genehmigungsentscheid äussern muss und dies nur soweit, als diese Fragen für die Angemessenheitsprüfung relevant sind. Somit ist kein selbständiger Vorentscheid über im Verfahren hängige Rechtsfragen zu treffen. Die Frage, ob Art. 25 VwVG im Tarifgenehmigungsverfahren überhaupt anwendbar ist, kann ohnehin offengelassen werden, da die SRG im vorliegenden Fall kein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer derartigen Feststellungsverfügungen hat, würde damit doch nur ein hängiges Verfahren zum Nachteil von Urhebern sowie von Rechtsinhabern verwandter Schutzrechte erheblich verzögert.

2. Antragstellung

Die am *Gemeinsamen Tarif A* beteiligten Verwertungsgesellschaften SUIISA und SWISSPERFORM haben ihren Antrag zur Genehmigung dieses Tarifs am 9. Juni 1995 eingereicht, wobei eine Gültigkeitsdauer ab 1. Januar 1996 vorgesehen war. Gemäss Art. 9 Abs. 2 URV sind die Anträge auf Genehmigung eines neuen Tarifs der Schiedskommission grundsätzlich mindestens sieben Monate vor dem vorgesehenen Datum des Inkrafttretens vorzulegen. Die vorerwähnte Bestimmung erlaubt es allerdings, in begründeten Fällen von dieser Frist abzuweichen. Mit Präsidialverfügung vom 30. Mai 1995 wurde von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und die Einreichungsfrist auf Gesuch der Verwertungsgesellschaften bis zum 10. Juni 1995 erstreckt. Mit der Eingabe vom 9. Juni 1995 wurde diese Frist gewahrt.

3. Verhandlungspflicht

- a) Da es beim vorliegenden Tarif keine Nutzerorganisation, sondern einen einzigen betroffenen Nutzer von urheberrechtlich geschützten Werken und nachbarrechtlich geschützten Leistungen gibt, haben die SUIISA und die SWISSPERFORM ausschliesslich mit diesem Nutzer, der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG), verhandelt. Trotz einer zeitlich längeren Verhandlungsphase konnten die beteiligten Verhandlungspartner aufgrund der erheblichen unterschiedlichen Auffassungen über die Ausgestaltung des künftigen Tarifs und da sie beide auf ihren unvereinbaren Standpunkten verharrten, bis zur Eingabe des Tarifs an die Schiedskommission keine einvernehmliche Lösung finden.

Die SUIISA weist darauf hin, dass sie die SRG wiederholt aufgefordert habe, zu ihren Sitzungsnotizen Stellung zu nehmen, was die SRG aber mit Schreiben vom 18. Mai 1995 abgelehnt habe. Insbesondere habe die SRG während der Verhandlungsphase auch nicht Stellung genommen zur Frage, ob ein gemeinsamer Tarif oder Einzeltarife aufzustellen seien. Auch die Frage, ob die SRG weiterhin die Urheberrechte für den Telefonrundspruch regle, sei nicht beantwortet worden und eine wiederholte Anfrage, ob weitere, eventuell ge-

meinsame Erhebungen über den Anteil geschützter Musik in den Fernsehprogrammen durchgeführt werden sollten, sei ohne Antwort geblieben. Daraus ziehen die Verwertungsgesellschaften den Schluss, dass der SRG im Rahmen der Verhandlungen anscheinend nicht daran gelegen war, bestimmte Sachverhalte vor Einleitung des Verfahrens zu klären. Aber auch die SRG warf ihren Verhandlungspartnern vor, dass über einzelne Punkte des vorgelegten Tarifs nicht oder nur sehr marginal verhandelt worden sei. Insbesondere strittige Fragen betreffend den Umfang der Nutzungsbefugnisse seien nicht geklärt worden, und auch über andere für die SRG inakzeptable Tarifbestimmungen sei nicht einmal ansatzweise verhandelt worden. Dem ist zu entnehmen, dass die Auffassungen über die Tarifstruktur des künftigen Tarifs schlichtwegs zu unterschiedlich waren, als dass sich die beteiligten Parteien auch nur bezüglich einzelner Grundsätze hätten einigen können.

- b) Gemäss Art. 46 Abs. 2 URG haben die Verwertungsgesellschaften mit den massgebenden Nutzerverbänden über die Gestaltung der einzelnen Tarife zu verhandeln. Bei der Einleitung des Verfahrens hat sich denn auch die Frage gestellt, ob in Anbetracht der obigen Aussagen die Verwertungsgesellschaften tatsächlich ihrer Pflicht, die Verhandlungen mit der gebotenen Einlässlichkeit zu führen, nachgekommen sind oder ob der Tarifantrag nicht gemäss Art. 9 Abs. 3 URV zurückzuweisen wäre. Aufgrund der offensichtlich verhärteten Verhandlungspositionen hat sich die ESchK entschlossen, den *GT A* zur Prüfung entgegenzunehmen. Die Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zum URG (BBl. 1989 III 557) geht denn auch davon aus, dass, falls die Verhandlungen zu keinem Erfolg führen oder sie von den Nutzerverbänden abgelehnt werden, die Verwertungsgesellschaften berechtigt sind, ohne weiteres ihren Tarif zur Genehmigung vorzulegen. Auch *Govoni* (a.a.O., S. 443) ist der Auffassung, dass in Fällen, in denen die Verwertungsgesellschaften die Verhandlungen mit den Nutzerorganisationen abbrechen, dies nicht unbedingt bedeuten müsse, dass die Pflicht mit der gebotenen Einlässlichkeit zu verhandeln, verletzt worden sei und der Genehmigungsantrag deshalb zurückzuwei-

sen sei. Demzufolge kann ein Abbruch der Verhandlungen gerechtfertigt sein, wenn die Positionen festgefahren sind und keine Möglichkeit einer Einigung besteht. Somit vermag auch der Einwand der SRG, es sei über vieles nicht beziehungsweise nur am Rande verhandelt worden, nicht zu überzeugen, da sie als einziger Vertragspartner auf der Nutzerseite ebenfalls die Möglichkeit gehabt hätte, in den Verhandlungen eine aktivere Rolle wahrzunehmen. Obwohl über den von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten *Gemeinsamen Tarif A* somit letztlich nicht abschliessend verhandelt worden ist, kann den Verwertungsgesellschaften nicht der Vorwurf gemacht werden, sie hätten die ihnen obliegende Verhandlungspflicht nicht wahrgenommen.

4. Repräsentativität der SWISSPERFORM

- a) Der SWISSPERFORM wird von der SRG vorgeworfen, dass sie mangels Gegenseitigkeitsverträgen die entsprechenden Rechtsinhaber verwandter Schutzrechte gar nicht repräsentativ vertreten könne. Die SWISSPERFORM hält dem entgegen, dass sie mit den ausländischen Schwestergesellschaften der wichtigsten Mitgliedstaaten des Rom-Abkommens Gegenseitigkeitsverträge abgeschlossen habe. Zudem lasse die IFPI (International Federation of Phonographic Industry) ihr Weltrepertoire in der Schweiz durch IFPI-Schweiz verwalten, welche wiederum ihre Vergütungsansprüche der SWISSPERFORM zur Rechtswahrnehmung überlassen habe. Die IFPI-Schweiz vertrete zusammen mit den weiteren der SWISSPERFORM angeschlossenen Tonträgerherstellern rund 97 Prozent der in der Schweiz im Handel erhältlichen Tonträger.
- b) Die SWISSPERFORM muss nach Möglichkeit mit den ausländischen Verwertungsgesellschaften Gegenseitigkeitsverträge abschliessen (Art. 45 Abs. 4 URG). Diese Verpflichtung findet sich im URG unter dem Titel 'Grundsätze der Geschäftsführung'. Ob die SWISSPERFORM dieser Verpflichtung nachkommt, ist denn auch nicht im Rahmen eines Tarifgenehmigungsverfahrens von der Schiedskommission, sondern durch die für die Geschäftsführung-

aufsicht über die Verwertungsgesellschaften zuständige Aufsichtsbehörde (heute Institut für Geistiges Eigentum; vormals Bundesamt für geistiges Eigentum/BAGE) zu prüfen. Die Vergütungsansprüche aus verwandten Schutzrechten können nach Art. 35 Abs. 3 URG zudem nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden. Die SWISSPERFORM hat am 22. Juli 1993 eine Konzession des BAGE für den Bereich der verwandten Schutzrechte erhalten. Sie ist daher - unabhängig von der Anzahl der abgeschlossenen Gegenseitigkeitsverträge - befugt, diese Vergütungsansprüche geltend zu machen.

5. Zur Frage der Streitgenossenschaft

Nach Auffassung der SRG sind die Verwertungsgesellschaften sowohl materiellrechtlich als Gesamthandsgemeinschaft wie auch prozessual als Streitgenossenschaft nicht befugt, je einzeln unterschiedliche Anträge zu stellen.

Der Ausdruck 'Streitgenossenschaft' ist ein Begriff aus der Zivilprozesslehre (vgl. dazu *Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage 1983, S. 181ff.). Dabei bedeutet eine materielle Streitgenossenschaft, dass mehrere Personen hinsichtlich eines Streitgegenstandes in einer Rechtsgemeinschaft stehen. Dies kann nach *Gygi* im Verwaltungsrecht praktisch nur unter Adressaten einer Verfügung der Fall sein. Dagegen sind bei einer formellen Streitgenossenschaft die Streitgenossen durch einen gleichartigen tatsächlichen oder rechtlichen Grund miteinander verbunden, wobei allerdings jeder seinen eigenen Anspruch geltend machen kann. Art. 47 Abs. 1 URG verpflichtet die Verwertungsgesellschaften zwar unter bestimmten Voraussetzungen zum Aufstellen eines gemeinsamen Tarifs und zur Errichtung einer gemeinsamen Zahlstelle. Damit entsteht aber keinesfalls eine Gesamthandsgemeinschaft bzw. eine notwendige materielle Streitgenossenschaft. Ob dabei allenfalls eine formelle Streitgenossenschaft entsteht, kann hier offengelassen werden, da die beiden Verwertungsgesellschaften in diesem Fall ohnehin berechtigt sind, je einzeln ihre Anträge vorzubringen. Im übrigen gibt es in Tarifverfahren vor der Schiedskommission des öfteren die Situation, dass mehrere Nutzerorganisationen einer Verwertungsgesellschaft gegenüberstehen. Auch

in diesen Fällen müssen diese Organisationen berechtigt sein, ihre Anliegen gesondert einzubringen.

6. Ermittlung des rechtsrelevanten Sachverhalts

Im Laufe des Verfahrens wurden verschiedene Beweisanträge zur Ermittlung des rechtsrelevanten Sachverhalts gestellt. So beantragte die SRG beispielsweise in ihrer Eingabe vom 6. November 1995, es solle ein einvernehmlich bestellter Sachverständiger mit der Aufgabe betraut werden, das effektive Volumen der zu Sendezwecken verwendeten geschützten Tonträger bzw. Tonbildträger zu bestimmen. Dies sei für die Festlegung der nach dem Minutentarif geschuldeten Vergütung erforderlich. Dazu beantragte sie die Anordnung eines Tests, der einen Erhebungszeitraum von einem Monat umfasst, sowie die Durchführung eines internationalen Belastungsvergleichs einschliesslich der mündlichen Befragung von internationalen Parteiexperten zur Beurteilung des Vergleichsmaterials und der Marktsituation, und sie stellte den Antrag auf Beweisabnahme hinsichtlich der Schlussfolgerung, dass der vorgelegte *GT A* die SRG wesentlich stärker belaste, als wenn sie nach *GT S* veranlagt würde. Aber auch die SWISSPERFORM verlangte mit Schreiben vom 31. Oktober 1996, dass der Umfang des von der SRG benutzten geschützten Repertoires anhand von repräsentativen Stichproben durch einen neutralen Experten zu bestimmen sei.

Wie vorne (Ziff. I/14) erwähnt, hat sich die Schiedskommission mit Präsidialverfügung vom 19. November 1996 darauf beschränkt, zusätzliche Unterlagen im Zusammenhang mit den finanziellen Auswirkungen der verschiedenen vorgelegten Tarifmodelle einzufordern. Diese Unterlagen dienten der Ergänzung des Sachverhalts, soweit er für die Angemessenheitsprüfung relevant ist. Wie noch auszuführen sein wird, kommt die Kommission zum Schluss, dass eine Genehmigung des vorgelegten Tarifs nicht in Frage kommt. Zusätzliche Sachverhaltsabklärungen sind daher im Rahmen dieses Verfahrens nicht erforderlich.

7. Anhörung der Parteien

Nach Art. 13 URV haben die beteiligten Parteien das Recht auf mündliche Anhörung. Anlässlich der ersten Sitzung der Kommission vom 8. Dezember 1995 erhielten die Parteien des *GT A* denn auch Gelegenheit, sich zur Übergangsregelung beziehungsweise zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen zu äussern. Unter Berücksichtigung der noch ausstehenden Stellungnahme des Preisübersichters und der Tatsache, dass es sich hier grundsätzlich um ein Zweiparteienverfahren handelt - im Gegensatz zu anderen Tarifverfahren, an denen regelmässig mehrere Nutzerorganisationen vertreten sind - wurde zusätzlich ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Im weiteren wurden auch die eingereichten ausführlichen Rechtsgutachten der SRG (Gutachten von Prof. Roland von Büren vom 14.5.96) und der SWISSPERFORM (Gutachten von Dr. Paul Katzenberger vom 16.11.95/15.10.96) zu den Akten genommen. Die Parteien hatten somit im Laufe des Verfahrens ausreichende Möglichkeiten, ihre Standpunkte einzubringen und zu den Argumenten der Gegenpartei Stellung zu nehmen, ohne dass eine nochmalige mündliche Anhörung notwendig gewesen wäre. Zudem hat die Schiedskommission anlässlich der Sitzung vom 14. November 1996 eine Ergänzung der Unterlagen angeordnet, welche die Parteien für zusätzliche Erläuterungen zuhanden der ESchK nutzten.

Da die SWISSPERFORM am 31. Oktober 1996 nebst dem Gutachten Katzenberger eine zusätzliche Stellungnahme einreichte, verlangte die SRG mit Schreiben vom 12. Dezember 1996, diese Eingabe der SWISSPERFORM sei aus den Akten zu weisen, und auf die gestellten Anträge sei nicht einzutreten. Andernfalls sei der SRG ebenfalls Gelegenheit zur nochmaligen Stellungnahme zu geben. Die SRG rügte ebenfalls, dass die SWISSPERFORM Gelegenheit hatte, zum Gutachten von Büren ausführlich Stellung zu nehmen, während ihr für eine entsprechende Antwort auf das Gutachten Katzenberger vom 15. Oktober 1996 nur eine sehr kurze Frist angesetzt worden sei.

Die ergänzenden Anträge der SWISSPERFORM beziehen sich grundsätzlich unmittelbar auf das Gutachten Katzenberger und setzen dessen Erkenntnisse in den vorgelegten Tarif um. Aus diesem Grund wird darauf verzichtet, diese Stellungnahme aus

den Akten zu weisen. Die SRG hatte ihrerseits ebenfalls die Möglichkeit, nochmals zum Gutachten Katzenberger Stellung zu nehmen, was sie mit Eingabe vom 12. Dezember 1996 denn auch tat. Da die Rechtsfragen, die Gegenstand dieser Gutachten sind, für den Ausgang des Genehmigungsverfahrens nicht entscheidend sind, ist nicht von Bedeutung, dass ihr gegenüber den Verwertungsgesellschaften eine kürzere Frist eingeräumt wurde.

C. Zum Tarifantrag im Einzelnen

1. Gemeinsamer Tarif

- a) Die SRG stellt den Antrag, dem von den Verwertungsgesellschaften geforderten *Gemeinsamen Tarif A* die Genehmigung zu verweigern, da sie entsprechende Einzeltarife bevorzuge. Die Ablehnung eines gemeinsamen Tarifs begründet sie im wesentlichen damit, dass sich der Umfang des geschützten Repertoires bezüglich der Urheberrechte beziehungsweise der verwandten Schutzrechte nicht nach den gleichen Kriterien richte. Im weiteren verweist sie darauf, dass die Rechtsnatur der Nutzungsrechte der Interpreten sowie der Tonträger- und der Tonbildträgerhersteller mit den urheberrechtlichen Ansprüchen nicht vergleichbar, die Höhe der Nutzungsentschädigung sowie die Berechnungsgrundlage nicht identisch und die Entschädigungen für die Urheberrechte und die Leistungsschutzrechte insgesamt unterschiedlich ausgestaltet seien.

Nach Auffassung der Verwertungsgesellschaften ist dagegen in der Mehrzahl der Fälle mit der Nutzung eines Tonträgers auch eine Nutzung von Musikurheberrechten verbunden, so dass die Voraussetzungen für einen Gemeinschaftstarif ohne weiteres gegeben sind. Es treffe aber in der Tat zu, dass der Anteil des geschützten Repertoires nicht vollständig übereinstimme. So würden insbesondere die sogenannten Live-Sendungen von Musik und Bandübernah-

men von Live-Aufzeichnungen anderer Sender nicht unter Art. 35 URG fallen, aber dennoch eine Nutzung von Musikurheberrechten darstellen. Umgekehrt würden oft auch Werke mit abgelaufener Schutzfrist ab geschützten Tonträgern gesendet.

- b) Gemäss Artikel 47 Abs. 1 URG haben diejenigen Verwertungsgesellschaften, die im gleichen Nutzungsbereich tätig sind, für die gleiche Verwendung von Werken oder von Darbietungen nach einheitlichen Grundsätzen einen gemeinsamen Tarif aufzustellen und eine einzige Gesellschaft als gemeinsame Zahlstelle zu bezeichnen. Mit dieser Bestimmung verfolgte der Gesetzgeber ein doppeltes Ziel. Einerseits soll damit verhindert werden, dass die Werknutzer für bestimmte Verwendungshandlungen die Vergütungen mit verschiedenen Gläubigern aushandeln müssen (vgl. Botschaft zum URG, BBl. 1989 III 558). Den Nutzern soll ein einheitlicher und überblickbarer Gesamttarif angeboten werden. Die Pflicht zur Aufstellung gemeinsamer Tarife entspricht daher ihrem Bedürfnis nach einer möglichst gebündelten Rechtswahrnehmung (*Govoni*, a.a.O., S. 420). Diese Bestimmung hat damit insbesondere den Zweck, die Nutzer vor Nachteilen zu schützen, die durch ein unkoordiniertes Vorgehen verschiedener Verwertungsgesellschaften in demselben Nutzungsbereich entstehen könnten. Andererseits soll damit die Schiedskommission in die Lage versetzt werden, die Tarifprüfung nach Artikel 55ff. URG möglichst effizient und in Kenntnis der Zusammenhänge zwischen den Forderungen der einzelnen Verwertungsgesellschaften vorzunehmen. Auch *Barrelet/Egloff* (a.a.O., N. 4 zu Art. 47 Abs. 1 URG) sind mit Hinblick auf die Botschaft zum URG der Auffassung, dass man von der Schiedskommission nicht verlangen könne, zu unterschiedlichen Zeiten Teiltarife zu prüfen, bei deren Genehmigung noch gar kein Gesamtüberblick möglich ist.

Bezüglich des vorliegenden Tarifs ist davon auszugehen, dass die beiden Verwertungsgesellschaften SUIISA und SWISSPERFORM im gleichen Nutzungs-

bereich tätig sind; somit ist grundsätzlich ein gemeinsamer Tarif nach einheitlichen Grundsätzen aufzustellen. Da aber hier ein einzelner Nutzer zwei Verwertungsgesellschaften gegenübersteht und der Gesetzgeber diese Bestimmung vorwiegend zugunsten der Nutzer aufgenommen hat, könnte sich die Schiedskommission durchaus vorstellen, dass in dieser Ausnahmesituation beim Vorliegen zwingender Gründe ein besonderer Tarif für die Urheberrechte sowie ein zusätzlicher Tarif für die verwandten Schutzrechte aufgestellt werden könnte. Allerdings steht der SRG diesbezüglich kein Wahlrecht zu. Ein Grund für selbständige Tarife könnte etwa darin bestehen, dass sich die Tarifstruktur bezüglich der Urheberrechte einerseits und der Leistungsschutzrechte andererseits erheblich unterscheidet oder dass die Verhandlungen beispielsweise bei den Urheberrechten rascher zu einem genehmigungsfähigen Tarif führen könnten als bei den Leistungsschutzrechten und auch die beteiligten Verwertungsgesellschaften mit einer Trennung einverstanden sind.

2. Tarifpartner

- a) Der *GT A* richtet sich grundsätzlich an die SRG hinsichtlich ihrer Tätigkeiten als Radio- und Fernsehunternehmen. In diesem Zusammenhang weist die SRG auf die in den Jahren 1990 bis 1992 durchgeführte Strukturreform hin, mit welcher sie sich - unter Beibehaltung der bisherigen Rechtsform - betriebswirtschaftlich-organisatorisch auf ein Holdingmodell ausgerichtet habe. Damit würden die Unternehmenseinheiten die Mittel, die ihnen zur Verfügung gestellt werden, in eigener Verantwortung verwalten. Die Generaldirektion nehme die Aufgaben einer Finanz- und Managementholding wahr; die unternehmerische und operationelle Verantwortung liege aber bei den Unternehmenseinheiten. Mit dieser Strukturreform würden insbesondere die Mittel für die beiden Verwertungsgesellschaften ProLitteris und SSA unmittelbar durch die betreffenden Unternehmenseinheiten verwaltet; denn um eine möglichst grosse Kostentransparenz zu erhalten, sollen die Kosten dort belastet werden, wo sie auch tatsächlich anfallen. Die SRG möchte nun eine solche Dezentralisierung auch für den vorliegenden Tarif erreichen. Als Maximalvariante

schlägt sie vor, dass die Verwertungsgesellschaften mit den einzelnen Unternehmenseinheiten separat abrechnen; als Minimalvariante könnte sie sich vorstellen, dass die zu entrichtende Gesamtentschädigung zwar nach wie vor durch die SRG bezahlt wird, die Entschädigung aber für jedes einzelne SRG-Programm nach den effektiven Kosten und der effektiven Nutzung berechnet wird und sie für die zentrale Abrechnung einen Rabatt erhält, wie dies in den Gemeinsamen Tarifen S und Y ebenfalls vorgesehen sei. Zum Nachweis, dass die Unternehmenseinheiten über eine rechtsrelevante Selbständigkeit verfügen, erwähnt die SRG die Tatsache, dass das Eidg. Handelsregisteramt die Eintragung der einzelnen Unternehmenseinheiten als Zweigniederlassungen i. S. von Art. 935 OR genehmigt habe.

Die Verwertungsgesellschaften halten dem entgegen, dass die Unternehmenseinheiten der SRG keine juristischen Personen seien; deshalb bleibe die SRG weiterhin alleiniger Schuldner. Zudem seien die Repertoires der Verwertungsgesellschaften einer der wichtigsten Rohstoffe für die Programme der SRG. Der Preis dieses Rohstoffes könne nicht von der internen Organisation des Abnehmers abhängen. Das von der SRG angestrebte Ziel lasse sich auch durch eine interne Kostenrechnung erreichen. Die angebliche Dezentralisierung führe noch lange nicht zu rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmenseinheiten. Die einzelnen regionalen Sendeketten der SRG seien nicht vergleichbar mit den zahlreichen rechtlich als selbständige Unternehmen oft in einem Konkurrenzverhältnis zueinander stehenden Lokalsendern.

- b) Die interne Struktur der SRG kann tatsächlich nicht Anlass sein, die Verwertungsgesellschaften zu verpflichten, ihre Forderung gegenüber einzelnen Unternehmenseinheiten der SRG geltend zu machen, zumal die Konzession vom 18. November 1992 (BBl. 1992 VI 567) ungeteilt der SRG und nicht einzelnen ihrer Unternehmenseinheiten erteilt wurde. Daran vermag auch der Eintrag einzelner dieser Unternehmenseinheiten in das Eidg. Handelsregister nichts zu ändern. Angesichts des Umstandes, dass in anderen Tarifen effektiv unabhän-

gige Nutzer sich zu einem Verband zusammenschliessen müssen, damit sie mit den Verwertungsgesellschaften über die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten verhandeln können, wäre es geradezu widersprüchlich, wenn bei einer bestehenden Holdingstruktur die Verwertungsgesellschaften gezwungen wären, mit den einzelnen Unternehmenseinheiten zu verhandeln und abzurechnen. Das Ziel einer klaren internen Kostenzuweisung lässt sich denn auch tatsächlich durch eine entsprechende Kostenrechnung regeln und kann nicht Anlass für eine andere Tarifstruktur sein. Die Kommission spricht sich deshalb gegen einen sogenannten 'Manteltarif' nach den Vorstellungen der SRG aus. Ob allenfalls eine Aufteilung der Entschädigungen auf die einzelnen Radio- und Fernsehketten der SRG gemäss der Minimalvariante möglich ist, wird weiter hinten zu prüfen sein.

3. Angemessenheit der Entschädigung

a) Allgemeines

Gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG sind bei der Festlegung der Entschädigung der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass ein Tarif nach dem sogenannten Tantiemesystem aufzubauen ist. Die Entschädigung ist somit in der Regel als prozentualer Anteil des mit der Nutzung erzielten Ertrags anzugeben (vgl. *Govoni*, a.a.O., S. 450).

In ihren Anträgen bzw. ihren Eventualanträgen gehen die Verwertungsgesellschaften davon aus, dass die SRG grundsätzlich den Gesamtertrag der Empfangsgebühren abzüglich den Anteil der PTT-Betriebe sowie den Anteil lokaler und regionaler Veranstalter erhält. Daraus schliessen sie, dass die SRG diesen Gebührenanteil zur Deckung ihres Aufwandes zu verwenden habe, der sich aus der Veranstaltung aller SRG-Programme ergibt. Angesichts des erheblichen Anteils an Musik bei der Sendetätigkeit der SRG seien diese Einnahmen somit mindestens anteilmässig Nutzungsertrag im Sinne von Art. 60 URG. Dasselbe gelte auch für die Werbeeinnahmen und die Zuwendungen der Sponsoren; diese würden der Finanzierung von Programmen mit

Musik dienen. Allerdings weisen sie auch darauf hin, dass es den Werbeeinnahmen für diesen Tarif an einer gewissen Aktualität fehle, da es im nationalen Radio keine Werbung gebe und die Fernsehwerbung durch den besonderen Tarif R abgedeckt sei. Die Sponsorenbeiträge erachten sie in diesem Zusammenhang als marginal.

Die SRG ist der Auffassung, dass nur die unmittelbar aus der Rechtenutzung erzielten Einnahmen eines Nutzers in die Berechnungsgrundlage miteinbezogen werden dürfen. Falls keine derartigen Einnahmen vorhanden seien, müsse auf den Aufwand abgestellt werden. Somit stelle sich die zentrale Frage, ob neben den direkt durch die Verwertung erlangten Gelder auch indirekte Einnahmen zu den Bruttoeinnahmen zu zählen sind. Dabei hält sie die Fortführung der von der ESchK unter altem Recht begründeten diesbezüglichen Praxis unter neuem Recht für unzulässig. Die SRG bestreitet insbesondere, dass es zwischen ihren Einnahmen aus der Beteiligung an den Empfangsgebühren und der Verwertungshandlung einen direkten Zusammenhang gibt. Die vom Konsumenten zu bezahlenden Gebühren flössen der SRG indirekt zu. Im *GT A* werde der SRG somit unter Missachtung der gesetzlichen Zurechnungskriterien unterstellt, mit der Sendetätigkeit werde Musik genutzt, weshalb es sich bei den SRG-Einnahmen anteilmässig um Ertrag aus der Nutzung von Musik handle. Der *GT A* gehe daher nicht vom einzelnen Verwertungsakt, sondern von der generellen Sendetätigkeit der SRG als Bezugsgrösse aus. Es sei aber nicht die Sendetätigkeit als solche, sondern das konkrete Abspielen eines geschützten Werkes bzw. eines geschützten Tonträgers, welche die Vergütungspflicht begründe. Daraus zieht die SRG die Schlussfolgerung, dass weder die Empfangsgebühren-Einnahmen des Bundes noch der Empfangsgebührenanteil der PTT oder die TR-Abonnementsgebühren Einnahmen der SRG sind. Aber selbst der Empfangsgebührenanteil der SRG, die Werbeeinnahmen und die Sponsorenzuwendungen seien nicht als Ertrag i.S.von Art. 60 Abs. 1 URG zu qualifizieren und deren Einbezug in die Berechnungsgrundlage des Tarifs sei somit gesetzeswidrig.

b) Definition des Ertrags

Nach langjähriger Praxis der Schiedskommission (Entscheid der ESchK vom 13.1.1986 betr. den Tarif K, veröffentlicht in Entscheide und Gutachten der ESchK, Bd. III 1981 - 1990, S. 98) darf beispielsweise bei Musikaufführungen eine Entschädigung verlangt werden, die bis zu 10 Prozent der Bruttoeinnahmen beträgt. Zu den Bruttoeinnahmen sind dabei auch der Ersatz für anderweitig fehlende Einnahmen (wie beispielsweise Subventionen) zu rechnen. Auch die Botschaft des Bundesrates zum URG (BBl. 1989 III 564f.) zu einer Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG ähnlich lautenden Bestimmung (Art. 56 Abs. 1 URG: 'Die angemessene Entschädigung wird in Prozenten der vom Nutzer aus der Nutzung erzielten Einnahmen berechnet') geht davon aus, dass die Berechnung der Einnahmen auf die Bruttoeinnahmen abzustützen ist, die mit der Werknutzung erzielt werden. Obwohl im Laufe des parlamentarischen Verfahrens diese Bestimmung etwas umformuliert wurde, findet sich kein Hinweis darauf, dass das Parlament mit dieser Umformulierung vom Bruttoprinzip abweichen wollte. Andernfalls kann die Gefahr nicht ausgeschlossen werden, dass der Nutzer seine Einnahmen beliebig auslagern könnte, was letztlich den Gehalt von Art. 60 URG aushöhlen würde. Die Bruttoeinnahmen des Nutzers als Basis für die Berechnung der Entschädigung entspricht denn auch der oben erwähnten Praxis der Schiedskommission, die vom Gesetzgeber mit der Normierung des Tantiemesystems bestätigt worden ist. Auch *Barrelet/Egloff* (a.a.O., N. 11 zu Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG) gehen davon aus, dass es sich bei dieser Bestimmung um die Konkretisierung des Grundprinzips handle, nach welchem Urheberinnen und Urheber am Ertrag beteiligt sein sollen, welcher aus der Verwendung ihres Werks resultiert. Demnach gehören grundsätzlich auch die Einnahmen derjenigen Dritten, die an der Nutzung teilhaben, zu den Einnahmen des Nutzers. Die erforderlichen Korrekturen erfolgen über Art. 60 Abs. 1 Bst. b und c URG.

Die Einnahmen der SRG setzen sich laut ihren eigenen Angaben (Beilage 1: Zahlen, Daten, Fakten 1995) aus den Empfangsgebühren, der Werbung (nur Fernsehen) und dem Sponsoring zusammen. Daneben erhält sie auch Beiträge des Bundes an Schweizer Radio International (SRI) sowie der PTT an den Telefonrundspruch (TR).

Die Empfangsgebühren werden aufgrund des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 21. Juni 1991 vom Bundesrat festgesetzt (Art. 55 Abs. 3 RTVG). Dabei sind nebst dem voraussichtlichen Finanzbedarf der SRG für die Erfüllung ihrer Aufgaben, ihre übrigen Finanzierungsmöglichkeiten, der Finanzbedarf der regionalen und lokalen Veranstalter sowie der Aufwand der PTT-Betriebe für die Verbreitung der Programme der SRG und für die Erhebung der Empfangsgebühren zu berücksichtigen. Nach Art. 17 Abs. 1 RTVG erhält die SRG den Gesamtertrag der Empfangsgebühren abzüglich den Anteil der PTT-Betriebe sowie den Anteil lokaler und regionaler Veranstalter. Der erwähnten Beilage ist zu entnehmen, dass der SRG rund 73,5 Prozent der Einnahmen aus den Empfangsgebühren zufließen. Aufgrund der obigen Feststellung ist somit dieser Anteil an den Gebühreneinnahmen als Ertrag i.S. von Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG zu betrachten.

Es stellt sich aber auch die Frage, ob der Anteil der PTT-Betriebe ebenfalls zu den tarifrelevanten Erträgen zu zählen ist. Die Verwertungsgesellschaften gehen davon aus, dass die PTT-Betriebe Urheber- bzw. verwandte Schutzrechte beanspruchen, indem sie die SRG- und TR-Programme verbreiten. Für diese Verbreitung der Programme würden die PTT-Betriebe einen Anteil am Ertrag der Empfangsgebühren erhalten. Zur Sendung gehöre somit auch die Verbreitung der Programme durch die PTT. Dies ergebe sich auch daraus, dass andere Sender die Verbreitungskosten der PTT aus ihren Einnahmen - die ebenfalls Berechnungsgrundlage für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten sind - bezahlen müssten. Grundsätzlich sei es auch nicht richtig, die Inkassospesen der PTT abzuziehen, denn Nutzungsertrag sei derjenige Betrag, den der Konsument zu bezahlen habe. Ansonsten könnten die Nutzer mit entsprechenden Auslagerungen die massgebenden Einnahmen beliebig reduzieren. Falls es aber zutreffe, dass die Inkassokosten der PTT-Betriebe aufgrund von Art. 55 Abs. 3 Bst. c RTVG ohnehin periodisch auszuweisen sind, sind die Verwertungsgesellschaften bereit, den Abzug der Inkassokosten zuzulassen (vgl. Eventualantrag zu den Ziff. 12 bzw. 14).

Die SRG ist dagegen der Auffassung, dass der gesetzliche Leistungsauftrag der PTT im Rundfunkbereich neben dem Erstellen und Betreiben von Verbreitungseinrichtungen und dem Inkasso weitere Aufgaben umfasse. So diene die Gebührenbeteiligung der PTT auch der Frequenzüberwachung von SRG-Programmen und dem Kampf gegen die Rundfunkpiraterie. Nach Angaben der PTT würden nur 69,5 Prozent des Empfangsgebührenanteils der PTT für die Deckung der Verbreitungskosten verwendet. Die Frage eines allfälligen Einbezugs des PTT-Anteils könne sich - so die SRG - allenfalls nur hinsichtlich dieses Prozentsatzes stellen.

Die PTT-Betriebe sind zuständig für das Erstellen und Betreiben der Verbreitungseinrichtungen (Art. 32 Abs. 1 RTVG); dafür erhalten sie gemäss Art. 32 Abs. 2 RTVG einen Anteil am Ertrag der Empfangsgebühren. Andere Veranstalter müssen der PTT die entsprechenden Verbreitungskosten abgelten (Art. 32 Abs. 3 RTVG). Mit der Revision des Fernmeldegesetzes (Botschaft zum FMG vom 10.6.1996, BBl. 1996 III 1405) ist allerdings vorgesehen, den Art. 32 RTVG zu streichen und den Art. 17 Abs. 1 RTVG abzuändern. Demnach soll die SRG neu den Gesamtertrag der Empfangsgebühren erhalten. Davon werden allerdings die Kosten für die Frequenzverwaltung und -überwachung sowie die Kosten für die Sendernetzplanung, die Kosten aus der Erhebung der Empfangsgebühren sowie der für die lokalen und regionalen Veranstalter bestimmte Anteil abgezogen. Das künftige RTVG geht somit - unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch das Parlament - davon aus, dass im entsprechenden PTT-Anteil der Empfangsgebühren tatsächlich auch weitere Kosten, die nicht unmittelbar mit der Sendetätigkeit zusammenhängen, enthalten sind. Auf dieser Grundlage dürfte es inskünftig ohne weiters möglich sein, diesen nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten stehenden Anteil aus den Gebühreneinnahmen auszuschneiden. Somit ist im *GT A* bei der Bemessungsgrundlage für die Berechnung der tarifrelevanten Entschädigungen davon auszugehen, dass nicht der gesamte PTT-Anteil miteinzubeziehen ist, sondern davon mindestens die gemäss geänderter RTVG eindeutig ausscheidbaren Beträge abzuziehen sind.

Unter diesen Voraussetzungen erachtet es die Schiedskommission als grundsätzlich richtig, bei der Bemessungsgrundlage für den *GT A* von dem der SRG zufließenden Anteil der Empfangsgebühren sowie dem PTT-Anteil gemäss den obigen Erwägungen auszugehen. Zu diesen Einnahmen sind aber auch diejenigen aus der Werbung (sofern dafür nicht ein anderer Tarif anwendbar ist) und dem Sponsoring hinzuzuzählen. Aber auch die Beiträge des Bundes an Schweizer Radio International (SRI) sowie der PTT an den Telefonrundspruch (TR) sind Ersatz für entsprechende Einnahmen und damit zum Nutzungsertrag zu zählen.

c) Berechnung nach Aufwand

Mit der Feststellung dass die SRG aus der Nutzung von geschützten Werken und Leistungen einen Ertrag erzielt, kann auf eine Prüfung, ob allenfalls hilfsweise auf den mit der Nutzung verbundenen Aufwand abzustellen sei, verzichtet werden. In der Botschaft zum URG (BBl. 1989 III 565) wird denn auch darauf hingewiesen, dass der mit der Werknutzung verbundene Aufwand nur als Berechnungsgrundlage in Nutzungsbereichen heranzuziehen ist, in denen gar keine Einnahmen erzielt werden oder in denen die Werkverwendung nicht in einem direkten Zusammenhang mit dem vom Nutzer erzielten Einnahmen steht. Als Beispiel werden dabei die Hintergrundmusik im Flugzeug, im Restaurant oder im Warenhaus genannt. Wie oben ausgeführt, trifft dies hier nicht zu.

4. Art und Anzahl der benutzten Werke

- a) Aufgrund von Art. 60 Abs. 1 Bst. b URG ist bei der Festlegung der Entschädigung auch die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen zu berücksichtigen.

Was das Fernsehen betrifft, so bestätigen die Verwertungsgesellschaften in ihrer Eingabe, dass Musik im Fernsehen in unterschiedlicher Weise eingesetzt wird. So gebe es beispielsweise Musik zum Testbild, in Konzert- oder Musikfilmen, in Spielfilmen usw. Dagegen sei es jedoch unrichtig, Musik im Film oder in Kultursendungen 'als Hintergrundmusik' zu bezeichnen. Dass das mu-

sikalische Signet von der Sendedauer her weniger Gewicht habe als die Information in der Tagesschau werde durch die pro rata temporis-Regel berücksichtigt. Nach Auffassung der Verwertungsgesellschaften verlangt die 'Ballettregel' ausschliesslich eine Gewichtung der Urheberrechte an Musik zu anderen gleichzeitig genutzten Urheberrechten, die nicht unter Verwertungsaufsicht stehen. Wenn für nicht unter das Verwertungsrecht fallende Urheberrechte - wie beispielsweise bei Spielfilmen - deutlich mehr verlangt werde, als der 10 Prozent-Regel entspreche, so dürfe dies nicht zu einer übermässigen Reduktion der Vergütungen für Musik führen. Im *GT A* sei hinsichtlich der Urheberrechte die unterschiedliche Gewichtung des Musikanteils beim Fernsehen berücksichtigt worden, in dem die entsprechende Entschädigung halbiert wurde. Dies berücksichtige, dass beim Spielfilm die 'Konkurrenz' zwischen Urheberrechten an Musik und anderen Urheberrechten intensiv, bei einer Konzertübertragung dagegen gering oder nahezu inexistent sei.

Für die SRG wird mit der pauschalen Gewichtung mit einem Faktor von 0,5 im Fernsehen den gesetzlichen Anforderungen nur unangemessen Rechnung getragen. Im Radiobereich fehle es sowohl bei den Urheberrechten wie bei den Leistungsschutzrechten gar an jeglicher Gewichtung. Für sie ist entscheidend, inwieweit die Musikrechte mit anderen Urheber- und Leistungsschutzrechten in Konkurrenz stehen. Daraus zieht die SRG die Schlussfolgerung, dass die Musik im Fernsehen billiger sein müsse als im Radiobereich beziehungsweise, dass die Musik im Fernsehbereich je nach Art der Sendung unterschiedlich teuer sein müsse, weshalb sowohl im Fernseh- wie auch im Radiobereich eine entsprechende Gewichtung zu erfolgen habe. Sie betont, dass beim Fernsehen Sendungen, bei denen Musik im Vordergrund stehe, mit wenigen Ausnahmen abgenommen hätten. Die vorgesehene Erhöhung des Prozentsatzes von 1,3 Prozent (Tarif 1988-1992) auf 2 Prozent bezüglich der Urheberrechte wird daher als missbräuchlich betrachtet. Ganz generell wird aber auch die Repräsentativität der Ergebnisse aus der von der SUIA durchgeführten Testwoche bestritten. Gemäss ihrem eigenen Gewichtungskonzept kommt die SRG zum Er-

gebnis, dass sich die Musik in Fernsehprogrammen auf 54,2 Prozent Hintergrundmusik, 31,6 Prozent Signete sowie 14,2 Prozent Vordergrundmusik aufteilen lasse.

Bei den Radioprogrammen erachtet es die Kommission als nicht erforderlich, eine entsprechende Gewichtung vorzunehmen, da beim Radio die sogenannte Ballettregel wohl nur in äusserst seltenen Fällen zur Anwendung gelangen dürfte. Dagegen hält sie eine Gewichtung bei den Fernsehprogrammen für angebracht. Aufgrund der vorliegenden unterschiedlichen Angaben ist es allerdings bezüglich der Fernsehprogramme nicht möglich, die von den Verwertungsgesellschaften vorgenommene Gewichtung in allen Punkten zu überprüfen und es ist anzunehmen, dass auch eine zusätzliche Expertise in diesem Punkt kaum abschliessende Klarheit bringen dürfte. Die ESchK neigt dazu, den Verwertungsgesellschaften zuzustimmen, dass sich diese Gewichtung nicht auf eine präzise mathematische Formel bringen lässt. Allerdings erscheint ihr die von ihnen vorgenommene Gewichtung mit dem Faktor 0,5 als zu undifferenziert. Die SUI SA selbst weist denn auch darauf hin, dass sie früher den Musikanteil getrennt nach bestimmten Arten der Musiknutzung (Musiksendungen, Filme, Tonsignete, Theater/Ballett usw.) erfasste. Die ESchK hat denn auch in ihrem Beschluss vom 1. Dezember 1987 (Entscheide und Gutachten der ESchK 1981-1990, Bd. III, S. 121) zum angewandten Gewichtungssystem für Fernsehsendungen festgestellt, dass es wohl auch noch andere mögliche Methoden gegeben hätte, ausschlaggebend sei aber, dass die SUI SA eine zusätzliche Differenzierungsmöglichkeit zugunsten der SRG in Betracht gezogen habe. Die Schiedskommission sieht keinen Anlass, heute von dieser Auffassung abzuweichen und geht davon aus, dass nach Art. 60 Abs. 1 Bst. b URG auch im vorliegenden Tarif eine differenziertere Gewichtung bei den Fernsehprogrammen vorzunehmen ist.

5. Pro rata temporis-Regel

Nach Art. 60 Abs. 1 Bst. c ist auch das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen zu berücksichtigen (sog. pro rata temporis-Regel).

a) Urheberrechte

Aufgrund dieser Bestimmung und gestützt auf eine entsprechende Auswertung ging die SUIA bei der Berechnung der Prozentsätze davon aus, dass bei den Radioprogrammen der Anteil geschützter Musik in allen 9 Radioprogrammen rund 51 Prozent der Sendezeit aller Programme betrage. Für die Fernsehprogramme errechnete sie gestützt auf eine Testwoche einen Musikanteil von ca. 40 Prozent. Gestützt auf die 10 Prozent-Regel und die bei den Fernsehprogrammen vorgenommenen Gewichtung mit dem Faktor 0,5 kam sie damit bezüglich der Radioprogramme auf einen Prozentsatz von 5 Prozent (Ziff. 12 des Tarifs) und der Fernsehprogramme von 2 Prozent (Ziff. 14 des Tarifs). Dabei weist sie darauf hin, dass zahlreiche andere Tarife ebenfalls nicht nutzungsabhängig sind, sondern aus praktischen Gründen auf den für eine vergangene Periode erhobenen Werten beruhen und für eine gewisse Tarifdauer auch unverändert bleiben. Die Erhebung des Verhältnisses geschützter zu ungeschützten Werken würde jedes Mal einen erheblichen Arbeitsaufwand erfordern. Eventualiter wird allerdings der Antrag gestellt, die Ziff. 12^{bis}, 14^{bis}, und 20^{bis} einzufügen. Damit könnte zu einem späteren Zeitpunkt und aufgrund eines entsprechenden Nachweises eine Anpassung dieser Prozentsätze nach oben oder nach unten verlangt werden.

Die Schiedskommission stellt zunächst fest, dass die von der SUIA durchgeführte Testwoche ein sehr unterschiedliches Bild zeigt. So bewegt sich der Anteil der geschützten Musik bei den Radioprogrammen gemäss den von der SUIA gelieferten Angaben zwischen 20,8 (DRS 2) und 94 (C3) Prozent. Da die verschiedenen Radiosender eine völlig unterschiedliche Verbreitung und Reichweite haben, entfernt sich der rechnerische Durchschnitt aller Sender von 50 Prozent nach Meinung der Schiedskommission allzu stark von der effektiven Nutzung. Die erheblichen Unterschiede im Anteil der geschützten Musik bei den einzelnen Ketten werden zu wenig berücksichtigt. Aber auch bezüglich der Fernsehprogramme ist festzustellen, dass der Anteil der geschütz-

ten Musik je nach Senderkette stark variiert. So beträgt beispielsweise der durchschnittliche Anteil an Musik zwischen 28,18 (SF DRS) und 49,48 (S Plus) Prozent, wobei das durchschnittliche Total aller Sender nach den Berechnungen der SUISA 37,02 Prozent beträgt. Da in der Testwoche zwei bedeutende Sportereignisse stattfanden und damit nach Aussage der SUISA der Anteil der Musik eher unterdurchschnittlich war, wurde dieser Durchschnitt auf 40 Prozent aufgerundet.

b) Leistungsschutzrechte

Aufgrund der Auswertung einer Sendewoche kam die SWISSPERFORM für verschiedene Radiosender (DRS 1, DRS 2, DRS 3, RSR 1, RSR 2, RSR 3, RSR 4) auf geschützte Tonträgeranteile zwischen 46,73 Prozent (DRS 2) und 92,3 Prozent (RSR 3). Damit ergibt sich nach ihren Berechnungen ein durchschnittlicher Tonträgeranteil von 64,20 Prozent (in Replik auf 63,19 Prozent korrigiert). Eine früher erfolgte Auswertung habe einen Tonträgeranteil von 58,12 Prozent ergeben. Dies zeige, dass die Nutzung von Tonträger relativ konstant sei. Die SWISSPERFORM berechnet ihren Prozentsatz im übrigen im Verhältnis von 1 zu 4 zum Entschädigungssatz der Musikurheberrechte und kommt damit auf einen durchschnittlichen Satz von 1,25 Prozent bei den Radioprogrammen.

Als Gründe für einen nicht streng nutzungsbezogenen Tarif für die Leistungsschutzrechte bei den Radioprogrammen gibt die SWISSPERFORM einerseits die Anlehnung an die Erhebungsgrundsätze der SUISA an. Andererseits würde es die statistische Ermittlung des prozentualen Anteils der geschützten Tonträger erlauben, im Bereich des Meldewesens für die Nutzer Erleichterungen vorzusehen. Bei einem streng nutzungsabhängigen Tarif müssten dagegen umfassende Meldepflichten nicht nur vorgesehen, sondern in jedem einzelnen Fall auch praktisch durchgesetzt werden. Die SWISSPERFORM hat denn auch nichts gegen einen streng nutzungsabhängigen Tarif, falls die SRG bereit ist, die entsprechende Meldepflicht zu erfüllen. Sie weist aber auch darauf hin, dass sie mit ihrem Eventualantrag (Art. 14^{bis}), aufgrund dessen jede Partei bei Nutzungsänderungen eine verhältnismässige Anpassung des Tarifs verlan-

gen kann, dem Anliegen der SRG nach einem nutzungsabhängigen Tarif entgegenkommt.

Bezüglich der Fernsehprogramme geht die SWISSPERFORM davon aus, dass die Fernsehsendung bzw. Weitersendung unter Verwendung eines im Handel erhältlichen Ton- bzw. Tonbildträgers ein eher seltener Vorgang ist. Der entsprechende Tarifansatz sei daher lediglich vorsorglich in Übereinstimmung mit den anderen Sendetarifen in den *GT A* aufgenommen worden. Vom Tarif erfasst würden lediglich die gestaltungsmässig mit dem Bild verbundene Wiedergabe von Tonträgern, wie sie z.B. im Rahmen der Musikbegleitung von Standbildern sowie bei Überleitungen in Sport- und Nachrichtensendungen erfolge. Aufgrund dieser geringen Nutzung erscheine ein im Nachhinein erhobener Minutentarifansatz aufgrund der Meldungen als die gerechteste Art der Entschädigung. Die SWISSPERFORM betont aber auch, dass sie nur aufgrund der bisher unvollständigen Meldungen der SRG einen Minutentarif vorschlage, führe dies doch zu einem nicht unerheblichen administrativen Aufwand.

Die SRG bestätigt, dass der gewählte Minutentarif gesetzeskonform von einer nutzungsabhängigen Entschädigung ausgehe, beanstandet aber, dass die vorgesehenen Prozentsätze das gesetzliche Maximum voll ausschöpfen. Im weiteren würde auch bezüglich dieser Bestimmung der unterschiedlichen Gewichtung der verwendeten Musik in audiovisuellen Werken keine Rechnung getragen.

6. Die Kommission erachtet die Erhebungsperiode von jeweils einer Woche als nur knapp genügende Basis für die tarifmässige Berechnung der Entschädigungen. Für eine nächste Verhandlungsrunde empfiehlt sie daher, den Erhebungszeitraum auszuweiten. Allerdings dürfte sich bei der Erhebung der relevanten Zahlen eine Mitwirkung der SRG aufdrängen, wäre es doch nach Auffassung der Kommission verfehlt, seitens der SRG erst im Genehmigungsverfahren einzuwenden, die Erhebungen der Verwertungsgesellschaften seien unrichtig oder unvollständig. Die Schiedskommission ist jedoch unabhängig von dieser Frage der Ansicht, dass die vorgenommene Berechnungsweise zur Feststellung des Anteils geschützter Werke sowohl bei den Ra-

dio- und Fernsehprogrammen wie auch hinsichtlich der geschützten Tonträger bei den Radioprogrammen zu undifferenziert ist. Im *GT A* ist zu berücksichtigen, dass die einzelnen Sendeketten einen unterschiedlichen Anteil geschützter Musik und Tonträger verwenden. Es ist somit - ausgehend von der unterschiedlichen Nutzung von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten in den Sendeketten - auch von unterschiedlichen Prozentsätzen auszugehen. Dabei ist der urheber- und nachbarrechtlich relevante Nutzungsertrag der SRG in Relation zu den einzelnen Ketten zu setzen. Bei der Aufteilung des Ertrags auf die einzelnen Ketten kann als Hilfsgrösse auch die entsprechenden mit den einzelnen Sendern verbundenen Kosten inklusive den jeweils zurechenbaren 'Overhead'-Kosten berücksichtigt werden. Die ungenügende Umsetzung der pro rata temporis-Regel ist der Hauptgrund für eine Ablehnung der Genehmigung. Hier handelt es sich um ein Kernstück der Tarifgestaltung, das nicht mit geringfügigen Korrekturen bereinigt werden kann.

Die Ziff. 16 des Tarifs sieht hinsichtlich der Fernsehprogramme vor, für die gesendeten Ton- bzw. Tonbildträger einen Minutentarif zu erheben. Dabei gelangt für die Verwendung geschützter Tonträger ein Satz von 1,5 Prozent und für die Verwendung geschützter Tonbildträger ein Satz von 3 Prozent zur Anwendung. Diese streng nutzungsbezogene Entschädigung entspricht damit einerseits Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG und ist andererseits - nachdem die SRG wiederholt eine Gleichbehandlung mit anderen Tarifen geltend macht - auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden, sieht doch die Ziff. 15 des *GT S* (gegen den entsprechenden Beschluss vom 21. November 1995 ist allerdings gegenwärtig noch eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht hängig und dieser Tarif somit noch nicht rechtskräftig) eine annähernd identische Bestimmung vor.

7. Pauschalentschädigungen

Die Schiedskommission hat geprüft, ob ein strikt nutzungsbezogener Tarif als sogenannter Minutentarif auch für andere im Tarif enthaltene Entschädigungen anzuwenden sei. Dazu ist aber festzuhalten, dass die Kommission Pauschalentschädigungen nicht rundwegs ablehnt oder sie gar als mit Art. 60 URG unvereinbar hält. Es ist mit *Barre-*

let/Egloff (a.a.O., N. 5 zu Art. 60 URG) davon auszugehen, dass Pauschalentschädigungen, soweit sie Einsparungen ermöglichen, mit dem Grundsatz der Angemessenheit vereinbar sind. Gerade bei den verwandten Schutzrechten, dürfte angesichts der relativ geringen Entschädigungshöhe eine Differenzierung des dem Nutzer zu verrechnenden Vergütungsansatzes beispielsweise nach Anzahl der mitwirkenden Künstler verwaltungsmässig kaum durchführbar sein. Die Kommission hält daher dafür, dass einerseits mit der verlangten Differenzierung der Prozentsätze nach den einzelnen Sendeketten und andererseits mit der in den entsprechenden Eventualanträgen vorgeschlagenen Möglichkeit, die Prozentsätze rückwirkend für das vergangene Kalenderjahr verhältnismässig nach dem Anteil geschützter Musik bzw. Tonträger an der Sendezeit nach oben oder nach unten anzupassen, die gewünschte Annäherung an die effektive Nutzung erzielt werden kann. Damit lassen sich die Vorteile einer Pauschalentschädigung (in Form eines festen Prozentsatzes) sowie eines streng nutzungsbezogenen Tarifs miteinander verbinden.

8. Zu den finanziellen Auswirkungen des vorgeschlagenen *GT A*

Gestützt auf die vorgeschlagenen Tarifansätze gehen die Verwertungsgesellschaften in ihren Berechnungen davon aus, dass der *GT A* in der vorgelegten Fassung insgesamt eine Erhöhung der Entschädigungen mit sich bringen dürfte. Die SRG macht geltend, dass der *GT A* bei den Urheberrechten gegenüber dem Vorgängertarif (Tarif A von 1993 bis 1995) zu einer erheblichen Kostensteigerung (gesamthaft bis zu 31 Prozent; beim Fernsehen gar bis zu 65 Prozent) führt. Bei den Entschädigungen für die Leistungsschutzrechte bei den Radioprogrammen berechnete sie gegenüber dem Vorgängertarif gar eine um 243 Prozent höhere Entschädigung. Nach ihren Berechnungen müssten für die Entschädigungen für Urheberrechte und Leistungsschutzrechte demnach gestützt auf den *GT A* gegenüber dem Vorgängertarif gesamthaft über 30 Prozent mehr als bis anhin bezahlt werden. Sie betont, dass nach ihren Vorstellungen die nach neuem Tarif zu bezahlenden Entschädigungen erheblich unter das bisherige Mass sinken müssten.

Wie die Kommission in etlichen Entscheiden festgestellt hat, stimmt die Angemessenheitsprüfung nach URG weitgehend mit den Grundsätzen überein, welche die Schiedskommission in ihrer bisherigen Genehmigungspraxis angewendet und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts weiterentwickelt hat (vgl. dazu auch *Barrelet/Egloff*, a.a.O., N. 8 zu Art. 60 URG). Nach dieser Praxis sind ausserordentliche Tariferhöhungen oder grosse Tarifsprünge ohne besondere Begründung zu vermeiden. Dieser Grundsatz gilt selbst dann, wenn der Tarif noch unter der in Art. 60 Abs. 2 URG gesetzten Schranke liegt, da auch dieser Umstand noch kein Anlass für eine massive Erhöhung eines Tarifs sein kann (vgl. Entscheid vom 17. Juni 1996 betreffend den Tarif D). Umgekehrt besteht allerdings auch kein Anlass, einen bisherigen Tarif erheblich zu senken. Das neue URG gibt denn auch keinerlei Anhaltspunkte für den von der SRG gewünschten Systemwechsel mit deutlich tieferen Entschädigungen. Im Ergebnis darf es nicht zu einer allzu starken Veränderung nach unten, aber auch nicht zu einer kräftigen Steigerung nach oben kommen. Der *GT A* muss sich somit bezüglich der Urheberrechte im Rahmen des Bestehenden bewegen, da keine besonderen Gründe für eine kräftige Erhöhung der Entschädigungen sprechen. Weder das neue URG noch die derzeitige ungünstige Wirtschaftslage rechtfertigen eine massive Erhöhung. Ein Tarif mit dieser Zielsetzung ist nicht angemessen und kann daher nicht genehmigt werden.

Mit dem URG vom 9. Oktober 1992 wurden die verwandten Schutzrechte beziehungsweise die entsprechenden Entschädigungsansprüche für die Nutzung verwandter Schutzrechte neu eingeführt. Der am 15. Juli 1981 zwischen der SRG und SIG/IFPI abgeschlossene Vertrag kann sich somit nur auf die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des URG beziehen. Für Entschädigungsansprüche aus der Nutzung verwandter Schutzrechte gab es damals noch keine gesetzliche Grundlage und entsprechende Entschädigungen wurden auf vertraglicher Basis geleistet. Im Beschluss der ESchK vom 10. Juli 1995 (betr. Tarif A) wurde die getroffene Übergangsregelung als ‘unter jedem Titel unpräjudizierlich’ bezeichnet. Dies gilt ebenso für die am 8. Dezember 1995 getroffene Übergangsregelung. Die SWISSPERFORM ist denn auch der Auffassung, dass sie in diesen Tarifen einer für die SRG ausserordentlich günstigen Pauschallö-

sung zugestimmt habe. Somit ist davon auszugehen, dass die Entschädigungen für die verwandten Schutzrechte unabhängig von den bisherigen Vergütungen allein aufgrund von Art. 60 URG festzulegen sind. Ein Vergleich mit vorgängigen Regelungen ist nicht möglich.

9. Zur Stellungnahme des Preisüberwachers

Die Schiedskommission anerkennt, dass dem Preisüberwacher nur eine äusserst kurze Frist zur Stellungnahme zum *GT A* zur Verfügung stand. Daher hatte sie auch die Absicht, dem Begehren nach einer nochmaligen Konsultation des Preisüberwachers nachzukommen (vgl. Präsidialverfügung vom 19.11.1996). Da aber der Tarif aufgrund der obigen Erwägungen ohnehin nicht genehmigt werden kann, hat sie bewusst darauf verzichtet, im gegenwärtigen Zeitpunkt eine zusätzliche Stellungnahme einzuholen. Der Preisüberwacher wird Gelegenheit haben, im Rahmen des von den Wertungsgesellschaften neu vorzulegenden Tarifs nochmals seine Empfehlungen abzugeben. Dabei wird er sich auch auf die zwischenzeitlich gewonnenen Erkenntnisse über den Umfang des *GT A* abstützen können.

In seiner Stellungnahme war der Preisüberwacher grundsätzlich damit einverstanden, dass weiterhin am Nutzungsertrag anzuknüpfen ist. Er war aber auch der Auffassung, dass allein die höheren Einnahmen der SRG nicht auch zu höheren Urheberrechtsentschädigungen führen darf. Dies ist aber eine unvermeidbare Folge der Anknüpfung an die Einnahmen. Es trifft denn nach Auffassung der Schiedskommission auch nicht zu, in diesem Zusammenhang von einem 'Trittbrettfahreneffekt' zu sprechen. Die Urheber und Rechtsinhaber verwandter Schutzrechte sind gemäss dem Tantiemesystem des URG verhältnismässig am Erfolg ihrer Werke und Darbietungen und damit auch an den höheren Einnahmen der SRG aus der Nutzung dieser Werke und Darbietungen zu beteiligen. Demgegenüber teilt die Schiedskommission das Anliegen des Preisüberwachers, dass die effektive Nutzung stärker zu gewichten sei.

10. Zum Gleichbehandlungsgebot

- a) Von der SRG wird weiter kritisiert, dass der *GT A* in verschiedenen Punkten gegen das Gleichbehandlungsgebot verstosse. Sie halten dafür, dass ein Tarif, der zwar den Kriterien von Art. 60 URG genüge, jedoch im Vergleich zu anderen Tarifen grundlos die Bemessungsgrundlage anders definiere oder andere Prozentsätze für die gleiche Leistung vorsehe beziehungsweise den Nutzer insgesamt stärker belaste, nicht als angemessen gelten könne.

Insbesondere wurde eine Benachteiligung im Vergleich mit den Privatsendern (Tarife S und Y) kritisiert. So würden beispielsweise beim *GT S* die Anteile an den Empfangsgebühren der Regional- und Lokalsender nicht zur Bemessungsgrundlage gezählt. Auch würden die beiden Gemeinsamen Tarife *GT S* und *GT Y* nutzungsabhängige Abstufungen des Prozentsatzes je nach der Höhe des Musikanteils in einem Programm vorsehen. Aber auch die unterschiedliche Meldepflicht und Rabattgewährung wurde beanstandet.

- b) Das Gleichbehandlungsgebot ist in Art. 45 URG (Grundsätze der Geschäftsführung) geregelt, und es gehört daher gemäss der Überschrift zum betreffenden 3. Kapitel zu den Pflichten der Verwertungsgesellschaften, die Verwertung nach dem Gebot der Gleichbehandlung zu besorgen. Die Aufsicht über die Geschäftsführung und damit über das Gebot der Gleichbehandlung obliegt - gestützt auf den 1. Abschnitt des 5. Kapitels des URG - dem Bundesamt für geistiges Eigentum bzw. dem heutigen Institut für Geistiges Eigentum. Dagegen hat die Schiedskommission im Rahmen der Tarifaufsicht einen Tarif zu genehmigen, wenn er angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG).

Allerdings verpflichtet Art. 47 Abs. 1 URG die Verwertungsgesellschaften, die im gleichen Nutzungsgebiet tätig sind, für die gleiche Verwendung von Werken oder Darbietungen einen gemeinsamen Tarif nach einheitlichen Grundsätzen aufzustellen. Somit ist auch bei den Tarifen durch den Zwang zur Aufstellung gemeinsamer Tarife bereits eine gewisse Gleichbehandlung der Nutzer

gewährleistet. Wenn nun aber verschiedene Tarife aufgestellt werden, muss daraus geschlossen werden, dass aufgrund unterschiedlicher Voraussetzungen ein gemeinsamer Tarif nicht möglich ist. Falls allerdings völlig identische Voraussetzungen vorliegen, ist tatsächlich nicht einsehbar, wieso eine unterschiedliche Behandlung der Nutzer vorzunehmen ist. Die Schiedskommission könnte dies somit auch im Rahmen der Angemessenheitsprüfung beanstanden.

Es ist indessen festzustellen, dass der GT S, den die ESchK am 21. November 1995 genehmigte, in seiner Ziff. 10 ausdrücklich auch die Einnahmen aus den Empfangsbewilligungen (Gebührensplitting, Art. 17 RTVG) zu den tarifrelevanten Einnahmen zählt. Zusätzlich ist die Kommission dem Begehren nach einer nutzungsabhängigen Abstufung des vorliegenden Tarifs und damit einer Anpassung an die Tarife S und Y gemäss den obigen Ausführungen nachgekommen. Im übrigen kann darauf hingewiesen werden, dass den Verwertungsgesellschaften hinsichtlich der Gewährung von Rabatten ein gewisser Spielraum einzuräumen ist. So kann es beispielsweise nicht unerheblich sein, ob sie in einem Tarif mehreren Nutzern gegenüberstehen, die - vertreten durch eine Nutzerorganisation - sie bei ihrem Inkasso unterstützen. Wer aber lediglich seinen gesetzlichen Ansprüchen nachkommt, dürfte kaum einen Rabatt beanspruchen können (vgl. *Barrelet/Egloff*, a.a.O., N. 3 zu Art. 60 URG). Soweit die SRG somit nur ihrer gesetzlichen Meldepflicht nachkommt, muss ihr von den Verwertungsgesellschaften auch nicht ein besonderer Rabatt eingeräumt werden. Insoweit die SRG allerdings Leistungen erbringt, die über diese Meldepflicht hinausgehen, sollte dies berücksichtigt werden.

11. Vergleich mit dem Ausland

Verschiedentlich wurde von der SRG auch ein Belastungsvergleich mit dem Ausland verlangt.

Im Entscheid zur Leerkassettenabgabe (GT 4) vom 21. Dezember 1993 hat die Schiedskommission darauf hingewiesen, dass zur Beantwortung der Frage, wie hoch das Aufkommen aus der Leerkassettenvergütung sein muss, damit sich die Wahr-

nehmung dieses Vergütungsanspruchs in wirtschaftlicher Hinsicht überhaupt lohnt, in Ermangelung eigener Erfahrungen auch auf ausländische Regelungen abzustellen ist. Allerdings hat die Schiedskommission mit der erstmaligen Beurteilung der Höhe der Leerkassettenabgabe Neuland betreten und, da es anderweitig keine vergleichbaren Vorlagen gab, drängte sich ein Vergleich mit dem europäischen Ausland geradezu auf. Das Bundesgericht hat denn auch in seiner Entscheid vom 24. März 1995 zum GT 4 festgehalten, dass diese Orientierung an ausländischen Durchschnittswerten mangels anderer Grundlagen nicht von vornherein bundesrechtswidrig sei.

Zwar ist der SRG zuzustimmen, dass der Gesetzgeber mit dem Erlass des neuen Urheberrechtsgesetzes tatsächlich eine gewisse Harmonisierung mit den Erlassen der Europäischen Union im Bereich des Urheberrechts erzielen wollte (vgl. hiezu insbesondere die Ausführungen des deutschsprachigen Berichterstatters zu der Europaverträglichkeit der Gesetzesvorlage im Nationalrat; Amtl. Bull. NR vom 27. Januar 1992, S. 4). Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber eine Angleichung bei den Tarifen wünschte. Dies schon deshalb nicht, weil sich die Harmonisierungsbestrebungen der EU nicht auf die Tarife der Verwertungsgesellschaften ihrer einzelnen Mitgliedstaaten beziehen und daher auch innerhalb der EU noch beträchtliche Unterschiede bestehen. Eine Absicht des Gesetzgebers, die Tarife mit der EU zu harmonisieren, kann daher weder aus dem Gesetz selbst noch aus den Materialien entnommen werden. Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit Art. 60 URG die mit den Jahren gewachsene Praxis der Berechnung der Entschädigung nach dem Tantiemesystem kodifizieren (vgl. Botschaft, BBl. 1989 III 563f.). Ein europäischer Vergleich wäre in diesem Bereich denn auch praktisch kaum durchführbar, da es keine gemeinsame Basis (Erhebliche Unterschiede sowohl bei der Rechtslage wie auch bei den Tarifstrukturen) gibt, auf die sich ein solches Vorgehen abstützen könnte.

D. Zusammenfassung

Die Schiedskommission kommt damit zum Ergebnis, dass der Tarif in der vorgelegten Fassung in wesentlichen Punkten den Anforderungen von Art. 60 URG nicht genügt und damit nicht genehmigt werden kann. Wie vorne ausgeführt, hat sie zwar aufgrund von Art. 59 Abs. 2 URG die Möglichkeit, nach Anhörung der am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaften und der Nutzerverbände Änderungen vorzunehmen. Dies kann jedoch nicht bedeuten, dass die Kommission anstelle der Beteiligten die grundlegenden Kriterien, über welche die Tarifpartner nie verhandelt haben, für die Berechnung der Vergütungen festzulegen hat.

Im vorliegenden Fall fehlen der Kommission denn auch die erforderlichen Grundlagen, um präzise Änderungen vorzuschlagen. Sie ist zur Auffassung gelangt, dass noch ein wesentlicher Verhandlungsbedarf besteht, weshalb sie sich entschlossen hat, den Tarif nicht zu genehmigen. Es wird an den Verwertungsgesellschaften sein, mit der SRG einen Tarif auszuhandeln und dabei den Erwägungen der Schiedskommission Rechnung zu tragen. Der *Gemeinsame Tarif A* kann daher - auch bezüglich der von den Verwertungsgesellschaften nachträglich vorgelegten Anträge und Eventualanträge - nicht genehmigt werden.

E. Weitere strittige Rechtsfragen

1. Vorbemerkung

Gemäss Bundesgericht (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Mai 1995 betr. Tarif K, E. 3c) hat die Schiedskommission aus Gründen der Rechtssicherheit im Sinne einer Vorfrage abzuklären, welche Teile eines vorgelegten Tarifs der Bundesaufsicht unterliegen und auf welche Teile sich folglich der Genehmigungsentscheid bezieht. Wie festgestellt, erfüllt die Tarifvorlage wesentliche Voraussetzungen für eine Genehmigung nicht. Auf eine vorfrageweise Prüfung der Rechtsfragen zum Synchronisationsrecht sowie zu den Satellitensendungen kann daher im Rahmen dieses Nicht-

genehmigungsentscheidendes verzichtet werden. Dagegen wird auf die strittigen Rechtsfragen zur Auslegung von Art. 35 Abs. 1 und Abs. 4 URG Stellung genommen, soweit es für eine Prüfung der Angemessenheit notwendig ist oder für die weiteren Tarifverhandlungen von Bedeutung sein könnte. Über den Bestand von Rechten zwischen den Parteien haben im übrigen nach Art. 61ff. URG die ordentlichen Gerichte zu entscheiden.

2. Art. 35 Abs. 1 URG (Ephemere Aufnahmen, Archivierungsexemplare)

- a) Wesentlich divergieren die Auffassungen der beiden Parteien bei der Frage, ob das Überspielen im Handel erhältlicher Ton- bzw. Tonbildträger zu Sendungs-, Dokumentations-, Archivierungs- und Programmsicherungszwecken zu der vom Tarif abgedeckten Nutzung gehört.

Dabei geht die SWISSPERFORM davon aus, dass die Interpreten und Hersteller von Ton- und Tonbildträgern hinsichtlich dieser Überspielungen Ausschliesslichkeitsrechte geltend machen können und die entsprechenden Rechte somit in den Geltungsbereich der ausschliesslichen Vervielfältigungsrechte fallen. Im Rahmen der Leistungsschutzrechte enthalte das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht (Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG; Art. 36 URG) nicht nur die Vervielfältigung einer Aufnahme auf Ersttonträgern, sondern auch die Herstellung einer Kopie der Aufnahme ab dem Ersttonträger.

Demgegenüber vertritt die SRG die Ansicht, dass die in Art. 35 Abs. 1 URG enthaltene Formulierung ‘zum Zwecke der Sendung’ auch die für ein Sendunternehmen notwendigen ‘Überspiel’- (ephemere Aufnahmen) sowie Archivierungsrechte für Sendungs-, Dokumentations-, Archivierungs- und Programmsicherungszwecke enthalte und somit für diese Nutzungen kein Ausschliesslichkeitsrecht, sondern lediglich ein Vergütungsanspruch geltend gemacht werden könne, der im Rahmen von Art. 35 Abs. 1 URG abgefunden werde. Bereits der Wortlaut dieser Bestimmung spreche dafür, dass sich die Vergü-

tung nicht nur auf die direkte Sendung, sondern auch auf die damit verbundene Herstellung einer Sendekopie beziehe. Diese Interpretation sei auch sachlich gerechtfertigt, da in vielen Fällen die Sendungen auf Ton- bzw. Tonbildträgern vorproduziert würden und die eigentliche Ausstrahlung ab diesem Träger erfolge. Aber auch aus rechtlichen Gründen müsse von jeder Sendung eine Aufnahme gemacht werden, seien doch die Sendeunternehmen verpflichtet, Sendekopien im Hinblick auf mögliche Publikumsbeschwerden aufzubewahren (Art. 69 Abs. 2 RTVG). Die Erstellung derart genutzter Sendekopien müssten daher zusammen mit der Ausstrahlung als eine einzige Benützung des Tonträgers gelten, für die eine Entschädigung nach Art. 35 URG geschuldet sei. Mit Hinweis auf die Botschaft zum URG geht die SRG im weiteren davon aus, dass der Bundesrat den Interpreten keine Zweitnutzungsrechte habe einräumen wollen und diese erst im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens aufgenommen worden sind. Die Ausschliesslichkeitsrechte der Interpreten nach Art. 33 URG würden sich lediglich auf Live-Aufführungen, nicht aber auf die Zweitnutzung und insbesondere nicht auf die Nutzung von im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken beziehen.

- b) In der Folge haben beide Parteien zur Frage des Umfanges von Art. 35 Abs. 1 URG Rechtsgutachten vorgelegt:

So hat *Dr. Katzenberger* vom Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht in München in seinen im Auftrag der SWISSPERFORM erstatteten Gutachten vom 16. November 1995 bzw. vom 15. Oktober 1996 die Regelung des Art. 35 Abs. 1 URG auch im Zusammenhang mit dem Rom-Abkommen (RA; Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26. Oktober 1991; für die Schweiz am 24. September 1993 in Kraft getreten) geprüft.

Zum URG stellt *Katzenberger* fest, dass sich dieses im fraglichen Punkt eng an das RA anlehnt, allerdings gehe das URG zugunsten der ausübenden Künstler über das Mindestschutzniveau des Rom-Abkommens hinaus. So sei beispielsweise das Vervielfältigungsrecht der ausübenden Künstler - anders als im RA - nicht auf bestimmte Sonderfälle beschränkt, sondern umfassend ausgestaltet, gewähre doch insbesondere Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG den ausübenden Künstlern ein ausschliessliches Vervielfältigungsrecht. Daraus folgert er, dass die Überspielung der auf einem Handelstonträger aufgenommenen Darbietung eines ausübenden Künstlers durch ein Sendeunternehmen zu Sendezwecken in das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht des betroffenen Künstlers eingreift. Art. 35 Abs. 1 URG beziehe sich in Anlehnung an das Rom-Abkommen nur auf das Senden selbst, nicht aber auf die Vervielfältigung bzw. Überspielung von Handelstonträgern zu Sendezwecken, die dem Senden vorausgehen. Damit sei die Tonträgerüberspielung zu Sendezwecken nach Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG zu beurteilen. Hinsichtlich der Tonträgerhersteller enthalte das RA ein generelles und umfassendes Vervielfältigungsrecht. Demnach sei es unbestritten, dass Tonträgerüberspielungen zu Sendezwecken stets der Zustimmung der Tonträgerhersteller bedürfen. Die fragliche Verwendungsart erfordere daher aufgrund des Rom-Abkommens und des URG die Zustimmung der Tonträgerhersteller sowie aufgrund des URG auch diejenige der ausübenden Künstler. Ergänzend weist er noch darauf hin, dass es im Urheberrecht keine dem Art. 35 Abs. 1 URG analoge Regelung gibt. Dies bedeute, dass die Sendung eines auf einem im Handel erhältlichen Ton- oder Tonbildträger aufgenommenen Werkes mittels eines solchen Trägers in das ausschliessliche Senderecht der Urheber eingreift.

Damit kommt *Katzenberger* hinsichtlich des Art. 35 Abs. 1 URG zum Ergebnis, dass die Sendeunternehmen sowohl für die ephemere Vervielfältigung von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern als auch für die dauerhafte Aufbewahrung bzw. Kopie zu Archivierungs- und Sicherungszwecken

der Zustimmung der ausübenden Künstler, deren Darbietungen auf den Trägern festgelegt sind, bedürfen.

Das von der SRG vorgelegte Gutachten von *Prof. von Büren* (Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern; ergänzt durch die Stellungnahme der SRG vom 12.12.96) geht zunächst ebenfalls von der Rechtslage nach Rom-Abkommen aus. Dabei wird insbesondere hervorgehoben, dass das RA dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit gibt, die für ephemere Aufnahmen bestehenden Schutzbestimmungen einzuschränken.

Aufgrund der historischen Entstehungsgeschichte des URG zeichnet *von Büren* nach, wieso eine Bestimmung (Art. 27 des Entwurfs des Bundesrates vom 19. Juni 1989/EURG), welche davon ausgegangen ist, dass für eine erlaubte Sendung oder Weitersendung ein Werk auf Ton-, Tonbild- oder Datenträger aufgenommen werden darf, im Laufe des parlamentarischen Verfahrens gestrichen worden ist.

In diesem Zusammenhang macht er gestützt auf die Gesetzesmaterialien geltend, dass es für den Ständerat klar gewesen sei, dass auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz ephemere Aufnahmen zu Sendezwecken zulässig seien. Weiter folgert er, dass sich aus dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 URG zumindest kein Verbot der Herstellung ephemerer Aufnahmen ableiten lasse. Dagegen ergebe sich eine Zulässigkeit der ephemeren Aufnahmen zu Sendezwecken gestützt auf Art. 69 Abs. 2 RTVG, welcher die Sendeunternehmen verpflichte, alle Sendungen aufzuzeichnen sowie die Kopien während mindestens vier Monaten aufzubewahren. Aber auch aufgrund einer Interessenabwägung kommt er zum Schluss, dass die Herstellung ephemerer Kopien von Tonträgern zu reinen Sendezwecken ohne weitere Verwendung durch die gesetzliche Lizenz von Art. 35 URG abgedeckt ist.

Im weiteren geht er davon aus, dass Art. 24 URG von der *ratio legis* her für Archivierungskopien von Sendungen anwendbar ist, da den ausübenden Künstlern und auch den Tonträgerherstellern dadurch kein Nachteil erwachse. Die Archivierungskopie diene lediglich Sicherungs- und Dokumentationszwecken und werde für keine weitere wirtschaftlich relevante Nutzung verwendet.

- c) Bei der Frage, ob ein Sender, der Ton- oder Tonbildträger verwendet, mit einer ephemeren Aufnahme oder einer Kopie zu Archivierungs- oder Dokumentationszwecken den Rahmen von Art. 35 Abs. 1 URG sprengt und damit in das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht der ausübenden Künstler (Art. 33 Abs. 2 URG) und der Tonträgerhersteller (Art. 36 URG) eingreift, geht die Schiedskommission von folgenden Überlegungen aus:

Mit dem Gutachten *von Büren* ist zunächst davon auszugehen, dass die Formulierung ‘zum Zwecke der Sendung’ nichts darüber aussagt, in welcher technischen Weise die Sendung vorzubereiten bzw. durchzuführen ist. Aus dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 URG lässt sich somit noch nicht entnehmen, ob nun das Recht zu ephemeren Aufnahmen in dieser Bestimmung enthalten ist oder nicht. Aber auch die Botschaft zum Entwurf des Bundesrates vom 19. Juni 1989 bietet diesbezüglich keine Unterstützung, da der Bundesrat hinsichtlich der verwandten Schutzrechte nur ausschliessliche Rechte vorgesehen hatte. Die sogenannten Zweitnutzungsrechte und damit der in Art. 35 URG geregelte Vergütungsanspruch wurden erst durch den Ständerat eingefügt. Es lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen, ob der Ständerat mit dieser Bestimmung die ausschliesslichen Rechte der ausübenden Künstler sowie der Ton- und Tonbildträgerhersteller einschränken wollte (vgl. Protokoll SRK, S. 155).

Allerdings wurde die im Entwurf des Bundesrates 1989 enthaltene Schrankenbestimmung (Art. 27 EURG) bezüglich der ephemeren Aufnahmen im

Laufe des parlamentarischen Verfahrens gestrichen. Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass der Nationalrat, die entsprechende Bestimmung strich, weil man keine Vorzugsbehandlung eines einzelnen Nutzers wollte (Amtl. Bull. NR vom 19. Juni 1992, S. 1181). Dagegen hat Frau SR Josi Meier als Präsidentin der vorberatenden Kommission im Ständerat ausgeführt (Amtl. Bull. SR vom 27. August 1992, S. 712), dass man bisher davon ausgegangen sei, dass, wenn eine Sendung nicht direkt ausgestrahlt werde, das Recht zur vorübergehend erforderlichen Aufnahme mitübertragen werde. Dies habe man im Gesetz fixieren wollen. Sie wies aber auch darauf hin, dass die bisherige Auslegung der Verträge nicht zu grossen Problemen geführt habe und daher auf eine entsprechende gesetzliche Regelung verzichtet werden könne. Aufgrund dieser unterschiedlichen Ausgangslagen, die letztlich zur Streichung von Art. 27 EURG führten, lassen sich aus der historischen Entwicklung des URG in bezug auf die vorliegende Problematik kaum Schlussfolgerungen ziehen. Offensichtlich ist allerdings, dass sich die bezüglich der Urheberrechte gewollte Streichung der gesetzlichen Lizenz für ephemere Aufnahmen über Art. 38 URG auch auf die verwandten Schutzrechte auswirkt.

In seinem Gutachten erwähnt *von Büren* das Lehrbuch von *Rehbinder* (Schweizerisches Urheberrecht, 1. Auflage, 1993, S. 111), in dem dieser die Meinung vertrete, ephemere Aufnahmen seien durch die Vergabe des Senderechts abgedeckt, da sie technisch bedingt und bloss zur einmaligen Verwendung bestimmt sind. *Rehbinder* hat in seinem Lehrbuch tatsächlich festgestellt, dass bei der Vergabe des Senderechts, das Recht zu sog. ephemeren Bild- und Tonaufnahmen, die zum einmaligen Senden hergestellt und verwendet werden, die somit nur Mittel zur Sendung oder zu Kontrollaufzeichnungen sind, regelmässig mitübertragen werden. In seiner zweiten neubearbeiteten Auflage (*Rehbinder*, Schweizerisches Urheberrecht, 2. Auflage, 1996, S. 104) macht er allerdings einen gewichtigen Vorbehalt: So treffe die obige Feststellung nicht zu, wenn für die Sendung im Handel erhältliche Tonträger verwendet werden. Hier werde das Recht zur Herstellung von Sendekopien gesondert durch Ver-

trag mit dem Verband der Tonträgerproduzenten (IFPI-Schweiz) und der Schweizerischen Interpretengesellschaft (SIG) erworben. Mit dieser Ergänzung vertritt *Rehbinder* aber gerade eine andere Auffassung als *von Büren*. Auch *Barrelet/Egloff* (a.a.O., N. 9 zu Art. 35 URG) gehen davon aus, dass das Überspielen eines im Handel erhältlichen Trägers auf einen neuen Träger keine Verwendung von Ton- und Tonbildträgern im Sinne von Art. 35 Abs. 1 URG sei, sondern unter die Ausschliesslichkeitsrechte des Art. 33 Abs. 2 Bst. c bzw. des Art. 36 URG falle. *Wittweiler* stellt in seinem Aufsatz 'Zu den Schrankenbestimmungen im neuen Urheberrechtsgesetz' (AJP 5/93, S. 588ff.) lediglich fest, dass im URG keine Schranke bezüglich ephemerer Aufnahmen enthalten ist, und geht daher davon aus, dass die Sendeunternehmen, um den Verpflichtungen von Art. 69 RTVG nachzukommen, die entsprechenden Rechte erwerben müssen. *Hilty* (UFITA Bd. 124/1994, S. 99) hat zu den ephemeren Aufnahmen anlässlich eines Symposiums zum neuen schweizerischen Urheberrechtsgesetz Stellung genommen. Er weist darauf hin, dass der Art. 27 EURG, der eine Bestimmung bezüglich der ephemeren Aufnahmen enthielt, einzig mit Bedacht auf die Urheber von der Nationalratskommission gestrichen worden ist. In bezug auf die Urheberrechte könne damit die grundsätzliche Unzulässigkeit ephemerer Aufnahmen nicht bezweifelt werden. Anders sieht er allerdings die Situation bei den Leistungsschutzrechten. Nach seiner Auffassung findet Art. 33 URG nur bei Live-Ausstrahlungen Anwendung und folglich bestehe bei Sendungen ab Trägern kein Verbots-, sondern in Anwendung von Art. 35 URG lediglich ein Vergütungsanspruch. Er gesteht aber ein, dass, falls eine ephemere Aufnahme das Überspielen von einem bestehenden Tonträger auf einen zu Sendezwecken bestimmten anderen Tonträger bedeute, angesichts der Zweistufigkeit der Sendung zwei Normen in Konkurrenz stehen. Dabei sei fraglich, welche der beiden Vorrang habe. Er prüft daher, ob die ephemere Aufnahme überhaupt eine Vervielfältigung i. S. von Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG ist, da die Aufnahme im Anschluss an die Sendung oder bei Nichtverwendung für die geplante Sendung gelöscht werden muss. Sachlich erscheint ihm diese Argumentation richtig und sie erscheint ihm auch mit dem

RA vereinbar. Nicht für schlüssig hält er sie aber in bezug auf das Urheberrecht, denn auch dort müsste damit argumentiert werden, dass durch die ephemere Aufnahme Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG gar nicht betroffen sei, weil im Resultat keine Vermehrung von Werkexemplaren stattfindet; eine solche Lösung habe man aber mit der Streichung von Art. 27 EURG gerade ausschliessen wollen. Ob sie damit im Bereich der Leistungsschutzrechte Anwendung finden kann, erscheint ihm damit zumindest zweifelhaft. Für *Mosimann* (Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Bd. II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Der Schutz der Darbietung der ausübenden Künstler, S. 339) ergibt sich aus der Streichung von Art. 27 EURG eine unbefriedigende Situation im Zusammenhang mit den Vergütungsansprüchen der Leistungsschutzberechtigten für ephemere Sendungen. Er bezeichnet die Streichung als unverständlich, seien doch alle Sendeunternehmen gemäss Art. 69 RTVG verpflichtet, ihre Sendungen aufzuzeichnen, um im Beschwerdefall die Beurteilung durch die unabhängige Beschwerdeinstanz bzw. die Aufsichtsbehörde vollziehen zu können.

Die Schiedskommission hat zu dieser Frage bereits in zwei Entscheiden (GT Y vom 3.11.1995 und GT S vom 21.11.1995) Stellung genommen und dabei die Auffassung vertreten, dass es sich hier um eine materielle Rechtsfrage handelt, die im Streitfall von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist. Ihre Beantwortung sei jedenfalls für die Beurteilung der Angemessenheit im Sinne von Art. 60 URG nicht relevant, da sie in keinem Zusammenhang mit den in Art. 60 Abs. 1 Bst. a bis c URG aufgezählten Angemessenheitskriterien stehe und auch keinen Einfluss auf die Höhe der Entschädigungssätze der jeweiligen Tarife habe. Es wurde ebenso festgestellt, dass sich die jeweiligen Entschädigungssätze in Übereinstimmung mit Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG nach den Einnahmen der Sender richten und somit in keiner Weise von den umstrittenen akzessorischen Verwendungen abhängen würden.

Ob diese Auffassung zutrifft, wird ohnehin das Bundesgericht zu beurteilen haben, nachdem gegen den Genehmigungsentscheid zum Tarif S Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben wurde. Da die Nichtgenehmigung des vorgelegten Tarifs nicht mit der Auslegung von Art. 35 URG zusammenhängt, besteht kein Anlass, sich im vorliegenden Genehmigungsverfahren verbindlich zur Auslegung von Art. 35 Abs. 1 URG zu äussern. Die ESchK gelangt jedoch an ihrer heutigen Sitzung zur Auffassung, dass sämtliche unmittelbar mit der Sendung in technischer Hinsicht notwendigen Verwendungen von Ton- und Tonbildträgern als abgegolten zu qualifizieren sind.

3. Gegenrechtsvorbehalt (Art. 35 Abs. 4 URG)

Beim Verhältnis der geschützten zu den ungeschützten Tonträgern geht die SWISSPERFORM davon aus, dass ein Tonträger nur dann als ungeschützt betrachtet werden kann, wenn er weder nach Art. 35 Abs. 4 URG noch nach den anwendbaren Bestimmungen des Rom-Abkommens geschützt ist. Ein Tonträger könne demnach nur dann vom Vergütungsanspruch nach Art. 35 URG ausgeschlossen werden, wenn keiner der mitwirkenden Interpreten einem Lande angehört, welches den Art. 12 RA anerkennt und zusätzlich der Produzent kein Angehöriger eines Mitgliedlandes dieser Konvention ist. Die SRG bestreitet diese Auslegung und beanstandet, dass der Anteil der ungeschützten Tonträger wesentlich höher sei als von SWISSPERFORM angenommen wird. Sie verlangt daher, dass die Schiedskommission vorfrageweise die Rechtsfrage nach dem Geltungsbereich von Art. 35 Abs. 4 URG prüft.

Die vorne erwähnten Gutachten der Parteien nehmen auch zu diesem Punkt Stellung:

- a) So weist *von Büren* insbesondere darauf hin, dass die von der Schweiz mit dem Beitritt zum RA erklärten Vorbehalte konform seien mit Art. 16 Abs. 1 Bst. a (iii) und (iv) RA. Das Problem bestehe allerdings darin, dass sich der schweizerische Vorbehalt nicht mit der entsprechenden Umsetzung ins Landesrecht decke, da er sich auf die Tonträgerhersteller beziehe, während Art. 35

Abs. 4 URG bei den ausübenden Künstlern anknüpfe. Daraus zieht er die Schlussfolgerung, dass der landesrechtliche Vorbehalt von Art. 35 Abs. 4 URG nur gegenüber Angehörigen von Nichtmitgliedstaaten gelte könne, dagegen sei er für ausübende Künstler eines Abkommensstaates völkerrechtswidrig und damit unbeachtlich. Bezüglich der Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. (iii) und (iv) RA greife indessen der von der Schweiz erklärte Vorbehalt für Tonträgerhersteller, welche keinem Abkommensstaat angehören bzw. einem Abkommensstaat angehören, der Art. 12 RA durch einen Vorbehalt für nicht anwendbar erklärt habe. Daher hätten diese Tonträgerhersteller keinen Anspruch auf Vergütung nach Art. 35 Abs. 2 URG, auch wenn den ausübenden Künstlern im konkreten Fall ein solcher Anspruch zustehe. *Von Büren* vertritt auch die Auffassung, dass, sofern den Interpreten in Anwendung des Gegenrechtsvorbehalts von Art. 35 Abs. 4 URG kein Entschädigungsanspruch zustehe, die Hersteller von Tonbildträgern ebenso wenig einen Anspruch geltend machen können. Das Gleiche müsse auch für die Tonträgerhersteller gelten, selbst wenn sie Angehörige eines Mitgliedstaates des RA sind und den von der Schweiz für Tonträgerhersteller aufgestellten Vorbehalt erfüllen.

Katzenberger hält dem entgegen, dass ausübende Künstler durch das Rom-Abkommen überhaupt nicht wegen ihrer Zugehörigkeit zu einem Vertragsstaat dieses Abkommens geschützt sind. Ein entsprechender Vorbehalt könne denn im RA auch gar nicht vorgesehen sein. Sehe aber ein Landesrecht einen Gegenrechtsvorbehalt bezüglich der ausübenden Künstler vor, so widerspreche dies jedenfalls dann nicht dem RA, wenn dieses auf den Schutz einer Darbietung eines ausländischen ausübenden Künstlers nicht anwendbar sei. Ein Widerspruch zum RA ortet er nur, wenn die Schutzvoraussetzungen des RA und des Art. 35 Abs. 4 URG kumulativ erfüllt sein müssten. In der Folge bejaht er einerseits die Frage, ob nach dem RA Rechte von ausübenden Künstlern nach Art. 12 RA durch Vorbehaltserklärungen nach Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. (iii) und (iv) ausgeschlossen werden können, die sich auf einen Tonträgerhersteller beziehen. Bei der Frage des Verhältnisses von Art. 35 Abs. 4 zu diesen Vorbe-

haltserklärungen sieht auch er allerdings einen möglichen Widerspruch zum RA.

- b) In den erwähnten Entscheiden zu den Gemeinsamen Tarifen S und Y hat die Schiedskommission die Frage des Gegenrechtsvorbehalts von Art. 35 Abs. 4 URG bereits überprüft. Dabei ist sie zum Schluss gelangt, dass auf diesen Punkt im Rahmen der Angemessenheitsprüfung einzugehen ist, weil bei der Festlegung der Entschädigung gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG das Verhältnis von geschützten zu ungeschützten Darbietungen beziehungsweise Ton- und Tonbildträgern zu berücksichtigen ist.

In Auslegung von Art. 35 Abs. 4 URG im Zusammenhang mit dem RA wurde festgestellt (Entscheidung der Kommission zu den Tarifen GT S und GT Y), dass der Gegenrechtsvorbehalt von Art. 35 Abs. 4 URG nicht generell auf ausländische Interpreten Anwendung findet, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz haben. Er betreffe vielmehr nur diejenigen unter ihnen, deren Darbietungen auf Tonträger fixiert sind, deren Herkunftsland gemäss dem Merkmal der Veröffentlichung nicht ein Mitgliedstaat des Rom-Abkommens ist. Diese Interpreten könnten sich nämlich nicht auf den Grundsatz der Inländerbehandlung berufen. Darüber hinaus gelange der Gegenrechtsvorbehalt gestützt auf den in bezug auf Art. 12 Rom-Abkommen gemachten Vorbehalt der materiellen Reziprozität auch auf Interpreten zur Anwendung, die zwar aufgrund des Merkmals der Staatsangehörigkeit oder der Veröffentlichung die Inländerbehandlung beanspruchen können, aber bei denen das Herkunftsland keinen entsprechenden Vergütungsanspruch vorsehe. Demnach dürfe in der Schweiz ein Tonträger zum Zweck der Sendung nur dann vergütungsfrei verwendet werden, wenn die Voraussetzungen der Vorbehalte gemäss Art. 35 Abs. 4 URG und Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. (iii) oder (iv) Rom-Abkommen kumulativ erfüllt sind. Damit sei es auch nicht richtig anzunehmen, dass für amerikanische Produktionen gemäss dem Gegenrechtsvorbehalt in Art. 35 Abs. 4 URG generell kein Vergütungsanspruch bestehe. Es müsse vielmehr angenommen werden, dass die international tätigen Tonträgerhersteller ihre

Produktionen so auf den Markt bringen, dass sie sich zusammen mit den Interpreten in den Mitgliedstaaten des Rom-Abkommens auf den Grundsatz der Inländerbehandlung berufen können. Für die ausübenden Künstler und die Hersteller dieser Tonträger gelte somit auch in bezug auf den in Art. 35 URG geregelten Vergütungsanspruch das Prinzip der Inländerbehandlung. Von diesem könne nur soweit abgewichen werden, als dies die gestützt auf Art. 16 Rom-Abkommen notifizierte Vorbehalte (AS 1993 2715) zulassen.

- c) Was diese Vorbehalte betrifft, weist *Hilty* (a.a.O., S. 122ff.) darauf hin, dass nach Art. 35 Abs. 4 URG ein bedingter Vergütungsanspruch bestehe, der nicht davon abhängt, ob der betreffende ausländische Staat Mitglied des RA ist. Er ist der Auffassung, dass sich der 1. Absatz des Vorbehalts zu Art. 12 RA weder auf das URG noch auf den entsprechenden Bundesbeschluss betreffend die völkerrechtlichen Verträge (BBl. 1992 VI 150) stützen kann. Auch bezüglich Absatz 2 des Vorbehalts stellt er fest, dass in Übereinstimmung mit dem RA an den Hersteller des Tonträgers angeknüpft wird. Zwar bezeichnet er diesen Vorbehalt aus der Sicht des nationalen Rechts als weniger problematisch, aber auch hier ortet er einen Verstoß gegen das Legalitätsprinzip.

Zur Anknüpfung des schweizerischen Gesetzgebers an die Nationalität des ausländischen Künstlers (Art. 35 Abs. 4 URG) stellt er fest, dass das RA nirgends an die Staatsangehörigkeit des ausübenden Künstlers anknüpft. Aufgrund seiner Erörterungen zum Vergütungsanspruch nach Art. 12 RA geht er davon aus, dass bei öffentlicher Wiedergabe oder Sendung seiner Darbietung ab Tonträger der ausübende Künstler dann einen Anspruch hat, wenn entweder bezüglich des Tonträgers oder der Sendung Schutz besteht. Aufgrund der möglichen Vorbehalte nach Art. 16 RA kommt er zum Schluss, dass in einem Vertragsstaat, der den Vergütungsanspruch nicht über eines dieser Kriterien ausgeschlossen hat, jeder ausländische Künstler anspruchsberechtigt ist. Der Hersteller habe bei öffentlicher Wiedergabe oder Sendung eines Tonträgers dann einen Anspruch, wenn das Schutzland einen solchen überhaupt gewähre, wo-

bei ausländischen Trägerherstellern gegenüber nur die gemäss Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. (iii) und (iv) RA zugelassenen Vorbehalte gemacht werden könnten. Zwar habe die Schweiz den Schutz für Angehörige von Nichtmitgliedstaaten ausgeschlossen (iii), doch werde dieser vom nationalen Recht teilweise wieder aufgehoben. Den Vorbehalt nach Punkt (iv) habe die Schweiz zwar auch angebracht, doch decke er sich nicht mit dem Gesetz, denn dieses knüpfe eben nicht beim Tonträgerhersteller an, sondern beim ausübenden Künstler. Damit lasse sich feststellen, dass Art. 35 Abs. 4 URG nicht mit dem Rom-Abkommen kompatibel sei. Der Gesetzgeber habe nicht bedacht, dass die Anknüpfung beim ausübenden Künstler für internationale Verhältnisse mit gutem Grund unterlassen worden sei. Erbringe nämlich in der Mehrzahl der Fälle eine Gruppe von ausübenden Künstlern die Darbietung, werde die Anknüpfung gemäss Art. 35 Abs. 4 URG unpraktikabel. Pragmatischer wäre es nach seiner Auffassung gewesen, wenn ein Anknüpfungskriterium des RA gewählt worden wäre. Abschliessend stellt er fest, dass es dem Bundesrat gar nicht möglich war, bezüglich des Vorbehalts zu Art. 12 RA eine sowohl das URG als auch das Rom-Abkommen respektierende Formulierung zu finden.

- d) Aufgrund der oben zitierten Auffassungen könnte sich die Schiedskommission zwar veranlasst sehen, ihre Schlussfolgerungen, die sie in den Tarifen GT S und GT Y getroffen hat, zu relativieren, muss sie doch feststellen, dass sich die anlässlich des Beitritts der Schweiz zum RA vorgebrachten Vorbehalte kaum mit dem nationalen Recht in Einklang bringen lassen und mindestens teilweise auch deren gesetzliche Grundlage angezweifelt wird. Da dem Tarif aber schon aus anderen Gründen die Genehmigung versagt bleibt, kann diese Frage im vorliegenden Verfahren offen gelassen werden. Für die Nichtgenehmigung des Tarifs ist sie jedenfalls unerheblich.

F. Übergangsregelung

Hinsichtlich der verwandten Schutzrechte gibt es eine Übergangslösung, die bis zum Erlass eines neuen Tarifs gilt. Für die Urheberrechte fehlt allerdings mit dem Ablauf der verlängerten Gültigkeitsdauer des Tarifs A ab dem 1. Januar 1997 eine solche Regelung. Seitens der SUIA liegt auch kein Antrag auf eine Übergangsregelung vor. Obwohl die ESchK bis anhin 'tariflose Perioden' stets vermieden hat, muss sie feststellen, dass es ihr an der Legitimation fehlt, ohne entsprechenden Antrag der zuständigen Verwertungsgesellschaft eine Übergangsregelung zu erlassen, da es im Bereich des Urheberrechts um ausschliessliche Rechte geht, und die SUIA den Erlass einer Übergangsregelung ausdrücklich abgelehnt hat.

G. Kosten

1. Während die SRG die vollumfängliche Kostenauflegung auf die am Tarif beteiligten Verwertungsgesellschaften verlangt, beantragen diese eine angemessene Auflage der Kosten auf alle Parteien.

Mit der Änderung vom 25. Oktober 1995 werden die Gebühren und Auslagen der Schiedskommission neu in der URV geregelt. Vorher waren die entsprechenden Bestimmungen in der Gebührenverordnung geistiges Eigentum (GVGE; in der Änderung vom 17. Februar 1993) enthalten.

In den Schlussbestimmungen der auf den 1. Januar 1996 in Kraft getretenen Änderung der URV vom 25. Oktober 1995 ist vorgesehen, dass für Leistungen, die vor Inkrafttreten dieser Änderung erbracht wurden, die Gebühren und Auslagen nach altem Recht berechnet werden. Da die Tarifeingabe bereits am 9. Juni 1995 erfolgte und in diesem Jahr auch eine Sitzung stattfand, hat die Schiedskommission ihre Leistungen nun sowohl vor wie auch nach dem 1. Januar 1996 erbracht. Es ist indessen festzustellen, dass es bezüglich der Auslagen ohnehin kein Unterschied macht, welche Regelung zur Anwendung gelangt. Dies gilt umso mehr, als die Auslagen für das Jahr 1995 mit den

Verwertungsgesellschaften bereits abgerechnet worden sind. Die Spruch- und Schreibgebühren richten sich nach den Artikeln 21a und 21b URV (in der Fassung vom 25. Oktober 1995), da die Schiedskommission ihre diesbezüglichen Leistungen 1996 erbracht hat. Auch hier besteht allerdings kein wesentlicher Unterschied zur Regelung in der GVGE. Gemäss Artikel 21b URV sind die Spruch- und Schreibgebühren wie auch die Entschädigung für die Auslagen von den denjenigen Verwertungsgesellschaften zu tragen, welche den Tarif zur Genehmigung vorgelegt haben. Diese Regelung entspricht Art. 2a Abs. 2 GVGE. Im übrigen hat die Präsidentin, gestützt auf die Tatsache, dass das vorliegende Verfahren aufgrund der Akten umfangreich und komplex in den Rechtsfragen war, den Mitgliedern der Spruchkammer zwei zusätzliche Taggelder zugesprochen.

2. In begründeten Fällen konnte sowohl nach altem (Art. 2a Abs. 4 GVGE) und kann auch nach neuem Recht (Art. 21b) den am Verfahren beteiligten Nutzerverbänden ein Teil der Kosten auferlegt werden. Grundsätzlich sind aber sowohl nach altem wie nach neuem Recht die Verfahrenskosten von den Verwertungsgesellschaften zu tragen. Immerhin würde sich eine andere Kostenverteilung rechtfertigen, falls die Nutzerverbände gemäss einer Erläuterung zur Teilrevision der Urheberrechtsverordnung das Verfahren absichtlich verschleppen oder besonders umfangreiche Beweisanträge stellen. Die SRG hat das Verfahren weder absichtlich verschleppt noch kann ihr das Stellen von Beweisanträgen vorgeworfen werden. Die Schiedskommission spricht sich daher gegen eine teilweise Auferlegung von Verfahrenskosten auf die SRG aus. Sie weist aber die SRG darauf hin, dass im künftigen Verfahren, falls die Feststellung des rechtsrelevanten Sachverhalts nur mit der Unterstützung eines unabhängigen Experten möglich ist, eine Kostenaufteilung zu prüfen sein wird. Die Verfahrenskosten werden somit den Verwertungsgesellschaften auferlegt. Da allerdings die Verzögerung des Verfahrens über das Jahr 1995 hinaus nicht allein der SUIA zugerechnet werden kann, werden die Spruchgebühren - entsprechend der Regelung im alten Recht (Anhang IV zur GVGE) - auf Fr. 3'000.- beschränkt.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der *Gemeinsame Tarif A* in der Fassung vom 3. April 1995 (einschliesslich der Anträge und Eventualanträge vom 15. März 1996 bzw. vom 31. Oktober 1996) wird nicht genehmigt.
2. Den am Tarif beteiligten Verwertungsgesellschaften SUIZA und SWISSPERFORM werden die Verfahrenskosten bestehend aus:
 - a) einer Spruch- und Schreibgebühr von Fr. 3'000.-
 - b) sowie dem Ersatz der Auslagen von Fr. 6'280.-total Fr. 9'280.- auferlegt. Sie haften dafür solidarisch.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - a) die Mitglieder der Spruchkammer
 - b) die SUIZA, Zürich
 - c) Herrn Dr. E. Brem, Zürich, z.H. SWISSPERFORM
 - d) die SRG, Bern
 - e) den Preisüberwacher

tung von Urheberrechten

Eidg. Schiedskommission für die Verwertung
und verwandten Schutzrechten

Die Präsidentin:

Der Sekretär:

V. Bräm-Burckhardt

A. Stebler

Rechtsmittel:

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb von 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden (Art. 74 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 98 Bst. e und Art. 106 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege).