



## **Genehmigungsverfahren betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a (GT 3a) Radio und Tonträger**

Empfang von Radiosendungen ausserhalb des privaten Bereichs und Aufführungen mit Tonträgern zur allgemeinen Hintergrund-Unterhaltung

### **I. Die Schiedskommission hat gestützt auf Art. 59 f. URG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 URV anlässlich ihrer Sitzung vom 18. Dezember 2008 erkannt:**

1. Die am *Gemeinsamen Tarif 3a 'Radio und Tonträger'* beteiligten Verwertungsgesellschaften SUIISA, ProLitteris, SSA und Swisssperform erhalten die Gelegenheit, bis am 28. Februar 2009 die Tarifvorlage im Sinne der Erwägungen so zu ändern, dass sie genehmigungsfähig ist.
2. Die Gültigkeitsdauer des mit Beschluss vom 4. Dezember 2007 genehmigten *GT 3a* (Empfang von Sendungen, Aufführungen mit Ton- und Tonbild-Trägern zur allgemeinen Hintergrund-Unterhaltung) wird längstens bis zum 31. Dezember 2009 verlängert.
3. Die am *GT 3a 'Radio und Tonträger'* beteiligten Nutzerorganisationen erhalten Gelegenheit, bis zum 28. Februar 2009 zu den anlässlich der Sitzung vom 8. Dezember 2008 von den Verwertungsgesellschaften eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen\*.
4. Die Verfahrenskosten werden mit dem Endentscheid im Hauptverfahren festgelegt.

#### Rechtsmittel:

Gegen Ziff. 2 dieser Zwischenverfügung kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht (Postfach, 3000 Bern 14) Beschwerde geführt werden. Gegen die Ziff. 1 und 3 ist die Beschwerde nicht zulässig.

---

\* Die Nutzerorganisationen erhalten diese Unterlagen mit separater Post.

## II. Erwägungen

Die Schiedskommission hat den von den Verwertungsgesellschaften am 30. Juni 2008 vorgelegten *Gemeinsamen Tarif 3a Radio und Tonträger* (Empfang von Radiosendungen ausserhalb des privaten Bereichs und Aufführungen mit Tonträgern zur allgemeinen Hintergrund-Unterhaltung) geprüft und hält ihn in der vorliegenden Fassung aus folgenden Gründen für nicht genehmigungsfähig:

1. Die Verwertungsgesellschaften stellen beim vorgelegten *GT 3a Radio und Tonträger* (abgesehen von der sog. 'music on hold', bei der die Anzahl Telefongeräte massgebend ist) wie bis anhin als Bemessungsgrundlage auf die mit Musik berieselte Fläche ab. Dabei nehmen sie allerdings gegenüber dem bisherigen Tarif eine feinere Abstufung der Flächen vor. So soll neu für eine Fläche von 200m<sup>2</sup> die gleiche Vergütung (Fr. 16.00 für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte) gelten wie bis anhin für die Fläche von 1000m<sup>2</sup>. Erhöhungen der Vergütungen gegenüber dem im Jahre 2008 geltenden Tarif gibt es in den Kategorien bis 500m<sup>2</sup> (+ 30%), bis 1000m<sup>2</sup> (+ 69 %) und über 5000m<sup>2</sup> (+ 25%). Nimmt man den Tarif von 2007 als Vergleichsbasis fallen die Erhöhungen noch stärker ins Gewicht.

Sowohl die Nutzerorganisationen wie auch der Preisüberwacher machen in ihren Eingaben geltend, der *GT 3a Radio und Fernsehen* sei bereits im Jahre 2007 um 20 Prozent gestiegen und nun würde von den Verwertungsgesellschaften erneut eine Tarifvorlage mit massiv gestiegenen Vergütungen zur Genehmigung eingereicht.

Der Preisüberwacher begrüsst zwar die Verfeinerung der Tarifabstufungen, allerdings stören ihn die in den Tarifstufen von 201-500m<sup>2</sup> und 501-1000m<sup>2</sup> vorgenommenen Erhöhungen von 30 bzw. von 69 Prozent. Dagegen könnten nur wenige Nutzer von den Senkungen im Bereich von 1001-3000m<sup>2</sup> und 3001-5000m<sup>2</sup> profitieren. Bei einer Fläche über 5000m<sup>2</sup> werde wiederum eine Erhöhung von rund 25 Prozent beantragt. Insbesondere die beantragten Erhöhungen in den beiden Kategorien von 201 bis 1000m<sup>2</sup> findet er problematisch, da diese Nutzer bereits im letzten Jahr mit einer deutlichen Erhöhung konfrontiert waren. Er bezweifelt auch die massgebenden Nutzungskosten und die Höhe des angewandten Prozentsatzes. Er empfiehlt daher, den beantragten Tarif nicht zu genehmigen und stattdessen den bisherigen Tarif befristet zu verlängern.

2. Gemäss einer langjährigen Praxis der Schiedskommission sind sprunghafte Erhöhungen in allzu hohem Ausmasse zu vermeiden (Beschluss vom 1.2.1973 betreffend den Tarif M in Entscheide und Gutachten der ESchK 1967-1980 [ESchKE II] S. 58). Gelegentlich wurden grössere Erhöhungen jedoch genehmigt, falls sie gestaffelt vorgenommen wurden (z.B. Entscheid vom 14.11.1983 betreffend den Tarif B; in ESchKE III, S. 23). Eine Erhöhung wurde unter altem Recht aber auch akzeptiert, falls frühere Entschädigungen offensichtlich ungenügend waren (Beschluss vom 11.11.1965 betreffend den Tarif Da, ESchKE I, S. 293; für das neue URG vgl. auch den Entscheid des BGer vom 17. Februar 2000 betr. den GT Hb (E. 3d); in sic! 2000, S. 374) oder wenn sie auf einer sachlich gerechtfertigten Umstellung auf ein neues Berechnungssystem beruhte und die Konsequenz einer gerechteren Urheberrechtsentschädigung war. Namentlich in diesen Fällen können nach Auffassung der Schiedskommission krasse Unterschiede der Beweis dafür sein, dass die bisher zu entrichtenden Entschädigungen zu niedrig bemessen waren (Beschluss vom 16.12.1985 betreffend die Tarife Ab und M, ESchKE III, S. 84).

Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zum GT Z im Jahre 1996 wurde die beantragte Erhöhung der Entschädigung für einige Zirkusunternehmen mit der Nichtaus-schöpfung der gesetzlich zulässigen Limite begründet. Die ESchK hat diese Erhö-

hung, die für einzelne Zirkusse bis zu 84 Prozent ausmachte, zwar abgelehnt, in ihrem Entscheid vom 22. Oktober 1996 (Ziff. II/5, S. 27) aber nicht ausgeschlossen, dass ein Systemwechsel für einzelne Nutzer zu einer Tarifierhöhung führen könne. Sie hielt jedoch die vorgeschlagene Erhöhung im konkreten Fall für zu hoch, weil sie die Nichtausschöpfung der gesetzlich zulässigen Höchstsätze (Art. 60 Abs. 2 URG) nicht als genügende Begründung erachtete und ansonsten ausser dem Systemwechsel eine plausible Begründung fehlte. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 16. Februar 1998 (vgl. Entscheid des BGer vom 16. Februar 1998 betr. den Tarif Z (E. 2c/aa und 2c/bb; in sic! 1998, S. 387) diesen Beschluss bestätigt und die Auffassung vertreten, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn die Schiedskommission eine Systemänderung mit der Begründung ablehne, sie führe für einzelne Nutzer zu einer massiven beziehungsweise sprunghaften Erhöhung der geschuldeten Entschädigung, falls das bisherige System sachgerecht und die Entschädigungen nicht unangemessen tief waren (E. 2c / aa und bb).

Der beantragte *GT 3a Radio* sieht in der Tat bei einigen Kategorien (bis 500m<sup>2</sup>, bis 1000m<sup>2</sup> und über 5000m<sup>2</sup>) wesentliche Erhöhungen vor. Zur Beurteilung, ob diese Erhöhungen sprunghaft sind, ist auch die im Jahre 2008 erfolgte Verteuerung bei der Basisnutzung zu berücksichtigen. Dabei ist festzustellen, dass sich diese Änderung bei einer Fläche unter 1000m<sup>2</sup> mit einer Erhöhung der Vergütungen um 20 Prozent voll auswirkte, während bei einer Fläche zwischen 1000 und 3000 m<sup>2</sup> die Zunahme unter 4 Prozent blieb. Beim neu vorgelegten Tarif sind es nun wiederum die kleineren Nutzer, welche von den vorgenommenen Erhöhungen am meisten betroffen sind.

Auch im Rahmen des *GT 3a* möchte die Schiedskommission an ihrer Praxis festhalten, allzu sprunghafte Erhöhungen zu vermeiden (vgl. den Beschluss vom 18. September 2003 betr. den *GT 3a*, Ziff. II /5a). Die Schiedskommission ist der Auffassung, dass sie der in der Flächenaufteilung vorgenommenen verfeinerten Abstufung durchaus zustimmen kann, allerdings darf diese Änderung nicht einseitig auf Kosten der kleinen Nutzer erfolgen. Dabei ist es bei der Beurteilung der Frage, ob diese Erhöhungen sprunghaft sind, unerheblich, ob die im Jahre 2008 erfolgte Erhöhung vorwiegend den verwandten Schutzrechten zu Gute kam.

3. Aber auch das Argument, dass in weiten Bereichen der mögliche Maximalsatz nicht ausgeschöpft wird, kann kein Anlass für allzu grosse Tarifsprünge sein. Mit Beschluss vom 21. Dezember 1993 betr. *GT 4* hat die ESchK festgehalten, dass Art. 60 Abs. 2 URG die Verwertungsgesellschaften nicht dazu legitimiert, bei der Berechnung der Entschädigung einfach von 13 Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands auszugehen. Nicht die 13 Prozent-Regel, sondern das Tantiemesystem ist der Anknüpfungspunkt für die Berechnung einer angemessenen Vergütung; der vom Gesetzgeber festgelegte Grenzwert darf dabei nicht ohne weiteres ausgeschöpft werden.

Für die Schiedskommission ist beim vorliegenden Tarif insbesondere nicht ganz unproblematisch, dass bei einigen Nutzern der Maximalsatz nahezu vollständig ausgeschöpft wird (wie bei der Kategorie unter 200m<sup>2</sup>), während dies vor allem bei den grösseren Nutzern nicht der Fall ist. Die Schiedskommission befürwortet deshalb einen Tarif mit einem direkteren Bezug zu den Kosten. Sie erachtet es deshalb für gerechtfertigt, die kleinen Nutzer etwas zu entlasten. Sie schliesst denn auch für eine kohärente Tarifgestaltung in der ersten Kategorie eine Senkung gegenüber dem geltenden Tarif nicht von vorneherein aus, auch wenn dadurch die grösseren Nutzer etwas stärker belastet werden.

Die Schiedskommission ist daher der Auffassung, dass im vorliegenden Tarif allzu sprunghafte Erhöhungen zu vermeiden sind bzw. die vorgenommenen Erhöhungen besser auszuglätten sind und dem allenfalls am besten mit über die nächsten Jahre

gestaffelten Tarifierhöhungen beizukommen ist. Selbst wenn dies bedeuten würde, dass die Gesamteinnahmen der Verwertungsgesellschaften in diesem Bereich stagnieren oder anfänglich gar leicht rückläufig wären. In diesem Sinne sind auch die Gesamteinnahmen der Verwertungsgesellschaften (d.h. die Einnahmen der Billag für das Jahr 2008 und die unmittelbaren Einnahmen der SUISA) aus dem *GT 3a* für das Jahr 2008 sowie die für den neuen Tarif zu erwartenden Gesamteinnahmen von Interesse. Die Verwertungsgesellschaften haben denn auch die Möglichkeit, entsprechende Zahlen noch zu ergänzen.

Die Schiedskommission ist nicht in der Lage, die erforderlichen Korrekturen bei den Vergütungen vorzunehmen bzw. eine zeitliche Staffelung zur Abfederung der sprunghaften Erhöhungen einzuführen. Deshalb ist der Tarif in einer geänderten Form zu unterbreiten, so dass sprunghafte Erhöhungen weitgehend vermieden bzw. während der vorgesehenen fünfjährigen Tariffdauer ausgeglichen werden können.

4. Abschliessend ist festzuhalten, dass sich die Schiedskommission für einen separaten Tarif im audiovisuellen Bereich und der damit verbundenen Aufspaltung des bisherigen *GT 3a* ausgesprochen hat. Auch mit dem Einbezug der Nutzungen in Hotel- und Spitalzimmern ist sie grundsätzlich einverstanden. Im Weiteren hat die Schiedskommission die eingereichten GfS-Studien als relevante Grundlagen zur Angemessenheitsprüfung des vorgelegten Tarifs erachtet. Sie würde allerdings Ergänzungen hinsichtlich des Preiszerfalls und der Abschreibungsdauer bei einzelnen Empfangs- bzw. Abspielgeräten begrüßen. Insbesondere konnte sie auf Grund der eingereichten Unterlagen nicht feststellen, inwiefern bei den offenbar vor allem in Spitälern verwendeten Multifunktionsgeräten berücksichtigt worden ist, dass diese Geräte nicht nur dem Empfang von Radio- bzw. Fernsehsendungen dienen, sondern noch weitere urheberrechtlich irrelevante Funktionen haben.

Die Schiedskommission beschliesst daher gestützt auf Art. 15 Abs. 1 URV, den Verwertungsgesellschaften bis zum 28. Februar 2009 Gelegenheit zu geben, ihre Tarifvorlage in einer genehmigungsfähigen Fassung einzureichen. Da die erneute Tarifvorlage auch den Nutzerverbänden sowie dem Preisüberwacher zur Stellungnahme zugestellt wird, ist der gegenwärtig geltende Tarif bis zur Genehmigung eines neuen Tarifs bzw. bis längstens Ende 2009 zu verlängern.

5. An der Sitzung vom 8. Dezember 2008 wurden von den Verwertungsgesellschaften noch zusätzliche Unterlagen zum Ländervergleich bei der Verwendung von Hintergrundmusik zu den Akten gegeben.

Die Spruchkammer hat sich verschiedentlich zur Eingabe von Unterlagen anlässlich der Sitzung ausgesprochen und in einem kürzlichen Beschluss (vom 11. Dezember 2007 betr. den Tarif AS Radio) entsprechende Eingaben als verspätet eingereicht aus den Akten gewiesen. Die Schiedskommission hält grundsätzlich an dieser restriktiveren Praxis fest. Im vorliegenden Fall kann sie aber darauf verzichten, die von den Verwertungsgesellschaften an der Sitzung eingereichten Unterlagen aus den Akten zu weisen. Mit der erfolgten Fristansetzung für die Nachbesserung des Tarifs erhalten die Nutzerorganisationen nämlich ebenfalls bis zum 28. Februar 2009 Gelegenheit, zu diesen nachträglich eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen. Es werden daher sämtliche Unterlagen zu den Akten genommen.

6. Der Beschluss betreffend die Verlängerung des geltenden *GT 3a* kann beim Bundesverwaltungsgericht mit Beschwerde angefochten werden (Art. 74 Abs. 1 URG). Gegen die prozessleitenden Zwischenverfügungen gemäss Ziff. 1 und 3 des Dispositivs ist dagegen die Beschwerde nicht zulässig (Art. 46 VwVG).

**III. Schriftliche Mitteilung an:**

- die Mitglieder der Spruchkammer (A-Post)
- SUISA, Zürich (Einschreiben)
- ProLitteris, Zürich (Einschreiben)
- SSA, Lausanne (Einschreiben)
- Swisssperform, Zürich (Einschreiben)
- Billag SA, Fribourg (Einschreiben)
- Curaviva, Zürich (Einschreiben)
- Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN), Bern (Einschreiben)  
Der DUN vertritt folgende Verbände und Organisationen: Römisch-Katholische Zentralkonferenz der Schweiz (RKZ), Schweizerische Bankiervereinigung, Bundesamt für Bauten und Logistik (vertritt die Schweizerische Eidgenossenschaft), hoteleriesuisse, Schweizerischer Evangelischer Kirchenbund (SEK), Schweizerischer Gemeindeverband, Schweizerischer Gewerbeverband (vertritt Coiffuresuisse und Schweizer Detaillistenverband), Schweizerischer Städteverband, Schweizerischer Versicherungsverband, Swiss Retail Federation sowie Swissmem
- economiesuisse - Verband der Schweizer Unternehmen, Zürich (Einschreiben)
- Gastrosuisse, Zürich (Einschreiben)
- Gesellschaft der Schweizerischen Kunsteisbahnen, Steinmaur (Einschreiben)
- H+ Die Spitäler der Schweiz, Bern (Einschreiben)
- Schweizer Cafetier-Verband, Zürich (Einschreiben)
- Schweizer Casinoverband, Bern (Einschreiben)
- Schweizerischer Fitness- und Gesundheitscenter-Verband, Bern (Einschreiben)
- Swiss Fashion Stores, Gümligen (Einschreiben)
- Verband Schweizerischer Konzertlokale, Cabarets, Dancings und Diskotheken (ASCO), Zürich (Einschreiben)
- den Preisüberwacher (A-Post)

Bern, den 24. Dezember 2008

Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von  
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten  
Die Präsidentin:            Der Sekretär:

D. Wüthrich-Meyer      A. Stebler