Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ESchK
Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins CAF
Commissione arbitrale federale per la gestione dei diritti d'autore e dei diritti affini CAF
Cumissiun federala da cumpromiss per la gestiun da dretgs d'autur e da dretgs cunfinants CFDC

Beschluss vom 30. Juni 2008
betreffend den Zusatztarif Swissperform zum Gemeinsamen Tarif S

Für die Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Mit Eingabe vom 28. Februar 2008 unterbreitete die Gesellschaft für Leistungsschutzrechte Swissperform der Schiedskommission in Ergänzung zum bestehenden Gemeinsamen Tarif S (GT S / Sender) einen Zusatztarif für die Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken. Dieser Zusatztarif soll (allenfalls rückwirkend) auf den 1. Juli 2008 in Kraft gesetzt werden und eine Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2009 aufweisen. Danach soll er in den GT S integriert werden.

2. In ihrem mit dem Tarif eingereichten Bericht gibt Swissperform dazu an, dass die Sendegesellschaften die für ihre Sendetätigkeit erforderlichen Vervielfältigungsrechte bis anhin unmittelbar von den Rechtsinhabern und -inhaberinnen eingeholt hätten. Dabei habe sich ein grosser Teil der Tonträgerproduzenten durch den Verband der Tonträgerproduzenten der Schweiz (IFPI Schweiz) und die ausübenden Künstler zumindest teilweise durch die Schweizerische Interpretengesellschaft (SIG) vertreten lassen. Dabei seien mit den Sendeanstalten entsprechende Verträge für die nicht der zwingenden kollektiven Verwertung unterstellten ausschliesslichen Rechte abgeschlossen worden. So hätten die Privatradios für die Erlaubnis zur Vervielfältigung zu Sendezwecken und Archivierung im Jahre 2006 insgesamt einen Betrag von rund Fr. 800'000.00 an IFPI und SIG bezahlt. Für Fernsehprogramme sei 2006 für das Vervielfältigen ein Betrag von Fr. 57'000.00 an IFPI und SIG überwiesen worden. Im gleichen Zeitraum hätten die Web-Veranstalter einen Betrag von Fr. 49'000.00 an IFPI geleistet. Swissperform schliesst indessen nicht aus, dass ein Teil des Repertoires ohne entsprechende Einwilligung der Rechtsinhaber und -inhaberinnen vervielfältigt worden ist.

3. Am 1. Juli 2008 treten die vom Parlament am 5. Oktober 2007 beschlossenen Änderungen des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz / URG; SR 231.1) in Kraft. Dabei wurde mit Art. 24b URG eine neue Bestimmung in das Urheberrechtsgesetz aufgenommen, mit der das Vervielfältigen zu Sendezwecken zwingend der kollektiven Verwertung unterstellt wird.

Die Swissperform hat gestützt auf diese neue Bestimmung mit den Privatsendern entsprechende Verhandlungen zur Aufstellung eines Tarifs in diesem Bereich aufgenommen. Im Rahmen dieser Verhandlungen konnte sie sich mit ihren Tarifpartnern indessen nicht auf einen Tarif einigen. So hätten sich gemäss dem Bericht der Swissperform erhebliche Differenzen bei der Frage des sachlichen Umfangs der durch Art. 24b URG erfassten Vervielfältigungsrechte gezeigt. Ebenso sei die territoriale Begrenzung sowie die geforderte Zusatzvergütung für das Vervielfältigen grundsätzlich bestritten worden. Die Nutzerverbände hätten insbesondere eine zunächst von Swissperform vorgesehene absolute zeitliche Begrenzung der Speicherungen abgelehnt. Die Swissperform hat daher von einer solchen Limitierung abgesehen, geht allerdings davon aus, dass diese Frage von der Schiedskommission von Amtes wegen zu klären ist. Der vorgelegte Zusatztarif zum GT S richtet sich somit an die dem Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) unterliegenden Veranstalter und beschränkt das Recht zum Vervielfältigen auf solche Überspielungen, die dem schweizerischen Recht unterstehen und mit eigenen Mitteln der Sendeunternehmen erfolgen.

So sieht der Zusatztarif hinsichtlich der Vervielfältigung zu Sendezwecken je nach Zeitdauer und Nutzungsintensität verschiedene Abstufungen vor (Ziff. 13 Abs. 1 Bst. a-c). Für die so genannt klassische ephemere Speicherung mit einer Speicherungsdauer von maximal 30 Tagen soll je nach dem Anteil der gesendeten Aufnahmen der Prozentsatz 5 bzw. 10 Prozent der Entschädigung nach GT S betragen (Bst. a). Damit wird nach Auffassung von Swissperform die beschränkte wirtschaftliche Bedeutung dieser Nutzungen berücksichtigt. Für Vervielfältigungen, die in ein anderes Datenformat übertragen werden bzw. mit Bildern versehen werden und/oder in ein EDV-gestütztes Programmherstellungssystem eingespeichert werden und bis sechs Monate zur Verfügung stehen, beträgt der Prozentsatz je nach Anteil der Vervielfältigungen an den gesendeten Aufnahmen 10, 20 oder 30 Prozent (Bst. b) bzw. bei einer Speicherdauer von mehr als sechs Monaten 20, 40 oder 60 Prozent (Bst. c). Vervielfältigungen, welche den vorgeschriebenen Archivierungs- und Dokumentationszwecken dienen und nach der vorgeschriebenen Zeit gelöscht werden, sind von einer Vergütung freigestellt (Ziff. 13 Abs. 2).

Wie erwähnt, blieb gemäss Swissperform in den Verhandlungen umstritten, ob der Begriff 'zu Sendezwecken' bzw. die Löschungspflicht nach 'Erfüllung des Zwecks' eine

zeitliche Beschränkung der von der Verwertungsgesellschaft zu erteilenden Nutzungserlaubnis enthalte. Swissperform geht davon aus, dass sie keine Befugnis besitzt, Speicherungen auf Vorrat zu lizenzieren, ohne dass eine konkrete Sendung beabsichtigt ist. Bei dieser restriktiven Auslegung stützt sie sich sowohl auf den Wortlaut von Art. 24b URG wie auch auf die Materialien. Andernfalls würde nach ihrer Auffassung die Erwähnung der Löschungspflicht im Gesetzestext keinen Sinn ergeben. Es wird auch betont, dass Art. 11bis RBÜ, auf den sich diese Bestimmung stützt, lediglich eine vorübergehende Speicherung zulasse. Swissperform sei allerdings bereit, zeitlich unbefristete Speicherungen im Tarif zu akzeptieren, sofern die entsprechende Rechteeinräumung angemessen abgegolten wird. Unter dem Aspekt des Dreistufentests sei indessen eine der wirtschaftlichen Bedeutung angepasste Entschädigung konventionsrechtlich zwingend. Swissperform sieht denn auch eine enge Verbindung zwischen der Auslegung von Art. 24b URG in zeitlicher Hinsicht und der Frage der Bemessung der Entschädigung.

Swissperform betont auch, dass sich die im beantragten Tarif vorgeschlagenen Entschädigungssätze grundsätzlich noch innerhalb der Drei-Prozent-Regel des Art. 60 Abs. 2 URG bewegen und es erlauben würden, auch den Künstlern eine Entschädigung für das Vervielfältigungsrecht auszuzahlen, die nach Art. 35 Abs. 4 URG keinen Anspruch auf eine Sendeentschädigung haben. Eventualiter wird darauf hingewiesen, dass eine Überschreitung der Drei-Prozent-Regel ─ vor allem bei den langdauernden Speicherungen und den dadurch ermöglichten intensiven Nutzungsformen ─ möglich sei, damit die Berechtigten bei wirtschaftlicher Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten.

4. Unter Hinweis darauf, dass im Säumnisfall Zustimmung zum Genehmigungsantrag angenommen werde, hat die Schiedskommission am 17. März 2008 gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV die folgenden Verhandlungspartner eingeladen, bis zum 25. April 2008 zur Tarifeingabe der Swissperform Stellung zu nehmen:

- IG Schweizer Internetradio
- Telesuisse
- Union nicht-kommerzorientierter Lokalradios (UNIKOM)
- Union romande de radios régionales (RRR)
- Verband Schweizer Privatradios (VSP)

Gemäss Art. 57 Abs. 2 URG i.V. mit Art. 10 Abs. 1 URV wurde gleichzeitig die Spruchkammer zur Behandlung des Zusatztarifs zum GT S eingesetzt.

5. Mit ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 6. Mai 2008 beantragen die Nutzerverbände VSP, RRR und Telesuisse den eingereichten Tarif nicht zu genehmigen, sondern im Sinne ihrer Ausführungen abzuändern. Zur Begründung ihrer Haltung geben sie zunächst eine Übersicht über die heutigen Vorgänge bei einem Sender beim Überspielen von Tonträgern zu Sendezwecken auf einen anderen Träger. Dabei muss sich eine angemessene Vergütung nach ihrer Auffassung am jeweiligen Umfang bzw. Volumen der tatsächlichen Nutzung orientieren. Die bisherigen Verträge mit IFPI und SIG, welche auch die Bemusterung der Sender mit Tonträgern regeln würden, könnten hierzu kein Massstab sein. So wird insbesondere betont, dass das Vervielfältigungsrecht keinen Anspruch des Rechtsinhabers beinhalte, über die Dauer der Aufbewahrung des Vervielfältigungsexemplars durch den Nutzer zu bestimmen, da weder die ausübenden Künstler noch die Tonträgerhersteller über ein solches Speicherrecht verfügen würden. Damit lehnen die Sendeunternehmen die Auffassung von Swissperform von einem zeitlich limitierten Vervielfältigungsrecht ausdrücklich ab. Die Zweckbindung gemäss Art. 24b URG limitiere einzig die Verwendungsmöglichkeiten des Vervielfältigungsexemplares, enthalte aber kein temporales Element. Erst wenn das Vervielfältigungsexemplar nicht mehr zu Sendezwecken benötigt werde, müsse es daher gelöscht werden. Dies lasse auch die Aufbewahrung für eine spätere Wiederausstrahlung zu. Diese Auffassung sei auch in Übereinstimmung mit den internationalen Abkommen in diesem Bereich. Sie gehen ausserdem davon aus, dass heutzutage die Überspielungen zu Sendezwecken keine oder nur noch eine absolut marginale Rolle spielen.

Mit Hinweis auf die Botschaft zum URG (BBl 2006, 3431) wird zudem betont, dass die Vervielfältigungsrechte der Interpreten und Hersteller von Tonträgern im gleichen Umfang wie diejenigen der Musikurheber vom Zwang zur kollektiven Wahrnehmung erfasst werden müssen. Im Weiteren gehen die Nutzerverbände davon aus, dass die Bildung unterschiedlicher Nutzungskategorien willkürlich ist, zumal Swissperform für die jeweiligen Fristen keine plausible Erklärung geben könne. Namentlich werde es unterlassen, den wirtschaftlichen Wert einer Vervielfältigung an sich wie auch die behauptete unterschiedliche wirtschaftliche Bedeutung der Aufbewahrungsfristen zu substantiieren. Damit würden sich die abgestuften Prozentsätze als willkürlich erweisen und diese

würden auch nicht den Angemessenheitskriterien des URG entsprechen. Der Herstellung von Aufnahmen zu Sendezwecken auf sendereigene Träger komme keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu. Die Speicherung auf einem zusätzlichen Träger habe lediglich technische Vorteile.

Im Übrigen habe der Gesetzgeber den Rechteinhabern keine Besitzstandsgarantie im Umfang der bisherigen Entschädigungen eingeräumt. Eine Integrierung der Entschädigung für das Vervielfältigen in die bestehenden Sendetarife bedeute auch, dass für alle dem Tarif unterstellten Nutzungen eine einzige Entschädigung bezahlt werden soll, welche sich insgesamt an den Drei-Prozent-Grundsatz von Art. 60 Abs. 2 URG zu halten habe. Eine allfällige Tariferhöhung könne sich lediglich aus der für den vorliegenden Fall relevanten Tatsache ergeben, dass im Rahmen der Vervielfältigung von Tonträgern ein Repertoire beansprucht wird, das nach Art. 35 Abs. 4 URG nicht geschützt ist. Für Privatsender mit systematischer Nutzung gemäss Art. 24b URG würde sich die maximale Erhöhung im Durchschnitt ähnlich auswirken wie bei einer Senderkette der SRG. Infolge des Stufensystems würde aber bei den einen Sendern gar keine Erhöhung, bei anderen eine Erhöhung von bis zu acht Prozent resultieren. Zusätzlich seien in jedem Fall Stufen vorzusehen für Sender, welche nur vereinzelt Nutzungen gemäss Art. 24b URG vornehmen. Schliesslich habe der Tarif auch eine Option zu beinhalten, dass ein Sender gar keine Nutzungen gemäss Art. 24b URG vornimmt und somit auch keine entsprechende Vergütung schuldet.

6. Die UNIKOM beantragt in ihrer Eingabe vom 12. April 2008, dass die Schiedskommission in Bezug auf die eingeräumten Rechte und hinsichtlich des Maximalsatzes der Entschädigung Grundsatzentscheide fällt, damit danach die Vertragsdetails in weiteren Verhandlungen geklärt werden können. Zur Höhe der Entschädigung geht UNIKOM davon aus, dass mit der Ausschöpfung des maximalen Regelsatzes von drei Prozent eine genügende Entschädigung für alle Rechteinhaber möglich ist. Die bisherigen Zahlungen an IFPI seien vor allem als Zahlungen für die Bemusterungen verstanden worden. Mit dem Wegfall der Pflicht zur Bemusterung im neuen Tarif entfalle somit auch der Grund für die Bezahlung. Es verbleibe lediglich die Abgeltung der Vervielfältigungsrechte, die jedoch mit der Ausschöpfung des Maximalsatzes erfüllt sei. Die neuen Vergütungen seien mindestens um den Betrag zu kürzen, den IFPI Schweiz inskünftig für die Bemusterung verlange. Zudem würden die meisten Radios heute mit Programmier-

systemen arbeiten. Für Musik, die im System eingespeichert sei, bestehe die immanente Absicht, diese Musik auch zu senden. Eine Vervielfältigung müsse somit für mehrere Ausstrahlungen verwendet werden dürfen. Es wird auch geltend gemacht, dass die im GT S bestehende Mindestentschädigung für Radios ohne terrestrische Frequenz die Forderungen aus dem Zusatztarif abdeckt.

7. Gestützt auf Art. 15 Abs. 2bis des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) wurde die Tarifvorlage dem Preisüberwacher zur Abgabe einer Empfehlung unterbreitet.

In seiner Antwort vom 6. Juni 2008 betont der Preisüberwacher, dass die Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem vorliegenden Tarif stellen, urheberrechtlicher bzw. konventionsrechtlicher Natur sind und gemäss bundesgerichtlicher Praxis von der Schiedskommission gleichsam vorfrageweise geklärt werden müssen, da sie die Tarifangemessenheit massgeblich beeinflussen. Er geht indessen davon aus, dass die Materialien, der Wortlaut sowie der Sinn und Zweck der neuen Bestimmung von Art. 24b URG und die Regelung bei der Abgeltung der entsprechenden Urheberrechte gemäss GT S dafür sprechen, das Senden und Kopieren von Tonträgern zu Sendezwecken als Einheit zu betrachten und auch tariflich entsprechend zu behandeln. Nach seiner Auffassung muss eine Situation vermieden werden, wo es für einzelne Vervielfältigungshandlungen ausserhalb der kollektiven Verwertung noch einmal einen zusätzlichen Tarif braucht. Nach seinem Dafürhalten gibt es auch keinen Grund für eine zeitliche Limitierung des Kopierrechts und für eine tarifliche Abstufung nach der Aufbewahrungsdauer der Kopie. Solange das Kopieren im technisch begründeten Zusammenhang mit dem Senden stehe, unterliegt das Vervielfältigen seines Erachtens dem kollektiven Wahrnehmungszwang und sollte durch einen einzigen Tarif, den Sendetarif, abgegolten werden. Damit dürfe die Entschädigung für das Senden und das Kopieren zum Zwecke des Sendens die gesetzliche Maximalgrenze von Art. 60 Abs. 2 URG gesamthaft grundsätzlich nicht überschreiten. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass aufgrund des Gegenrechtsvorbehalts von Art. 35 Abs. 4 URG namentlich amerikanische Interpreten keinen Anspruch auf Abgeltung des Senderechts, hingegen Anspruch auf Abgeltung des damit im Zusammenhang stehenden Kopierrechts haben. Basis für die Berechnung des Zuschlags für die Abgeltung des Kopierrechts dieser Interpreten könne das Berechnungsmodell bilden, wie es 2003 im Zusammenhang mit der parlamentari-

schen Initiative Lombardi zwischen den massgebenden Akteuren diskutiert worden sei. Der Preisüberwacher geht im Übrigen davon aus, dass aus der von Swissperform zitierten Einigung zwischen ihm und IFPI nichts abgeleitet werden kann, was für die Beurteilung der Angemessenheit des beantragten Tarifs von Relevanz wäre.

8. Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2008 wurden die Parteien zur Sitzung vom 23. Juni 2008 eingeladen. Anlässlich dieser Sitzung erhielten sowohl Swissperform wie auch die Vertreter der anwesenden Nutzerverbände IG Schweizer Internetradios, Telesuisse, UNIKOM und der Verband Schweizer Privatradios Gelegenheit zur Anhörung, wobei die Parteien ihre gestellten Rechtsbegehren grundsätzlich bestätigten und nochmals begründeten.

Swissperform äusserte sich zur Abstufung der Entschädigung für die Vervielfältigungsrechte nach der Dauer, zur Höhe der Entschädigung sowie zur Empfehlung des Preisüberwachers und nahm ausdrücklich Stellung zu den Eingaben der Nutzerverbände, wobei sie insbesondere hervorhob, dass die bisherigen Lizenzverträge ─ im Gegensatz zur Vereinbarung mit der SRG ─ keine Begrenzung der Nutzungsdauer vorsahen, weshalb die entsprechenden Vergütungen auch höher gewesen seien. Daraus sei ersichtlich, dass dauernde Vervielfältigungen einen höheren Wert hätten als befristete. Zusätzlich stellte und begründete Swissperform einen Eventualantrag, der die Nutzung von Vervielfältigungsexemplaren lediglich für die Dauer von 6 Monaten erlauben würde und bei Speicherungen von längerer Dauer die Einwilligung der Rechtsinhaber und -inhaberinnen voraussetzen würde. Swissperform geht davon aus, dass dieser Eventualantrag verhandelt worden ist, da er in wesentlichen Zügen dem ersten den Nutzerverbänden unterbreiteten Tarif entspreche, der noch davon ausging, dass langdauernde Vervielfältigungen nicht unter Art. 24b URG fallen.

Die Nutzerverbände verwiesen zur Begründung ihrer Begehren auf ihre schriftlichen Eingaben und hielten an den entsprechenden Ausführungen fest. Dabei wurde im Wesentlichen noch geltend gemacht, dass die Digitalisierung und Überspielung der Tonträger nicht eine Arbeitserleichterung, sondern vor allem in der Übergangsphase einen erheblichen Mehraufwand mit sich gebracht habe. Weiter wurde nochmals betont, dass die bis anhin bestehenden Verträge auch die Bemusterung der Sender mit Tonträgern zum Gegenstand hatten.

Die Spruchkammer begann unmittelbar nach der Anhörung der Parteien mit den Beratungen und setzte diese am 30. Juni 2008 fort.

9. Der zur Genehmigung vorgelegte Zusatztarif zum GT S Swissperform (Für die Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken) hat in der deutschen Fassung (vom 26. Februar 2008), bzw. in den nachträglich eingereichten französischen und italienischen Fassung den folgenden Wortlaut:

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Die Swissperform hat ihren Antrag auf Genehmigung des Zusatztarifs zum GT S mit einem vorgesehenen Inkrafttreten am 1. Juli 2008 am 28. Februar 2008 und somit innert der gemäss Art. 9 Abs. 2 URV erstreckten Eingabefrist eingereicht. Zudem geht die Swissperform davon aus, dass der Zusatztarif allenfalls rückwirkend auf den 1. Juli 2008 in Kraft zu setzen ist. Ebenso sind die Stellungnahme der Verhandlungspartner innert der bis zum 30. April 2008 verlängerten Frist eingegangen (Art. 10 Abs. 2 URV i.V.m. Art. 22 Abs. 2 VwVG).

2. Nach der Inkraftsetzung des totalrevidierten Urheberrechtsgesetzes am 1. Juli 1993 hat die Schiedskommission für die neu geregelten verwandten Schutzrechte gestützt auf Art. 83 URG Zusatztarife zu bereits bestehenden Tarifen zugelassen (vgl. unter vielen den Beschluss vom 30. März 1994 betr. den Zusatztarif 2), damit die ab Inkrafttreten des Gesetzes geschuldeten Vergütungen möglichst rasch tariflich umgesetzt werden konnten. Da es im vorliegenden Genehmigungsverfahren um einen Zusatztarif für ein ab dem 1. Juli 2008 neu der kollektiven Verwertung unterstelltes Recht geht, ist die Schiedskommission bereit, diesen Zusatztarif in Analogie zur damaligen Situation und trotz der Forderung von Art. 47 Abs. 1 URG nach einem gemeinsamen Tarif zur Prüfung entgegenzunehmen. Dies allerdings unter der Voraussetzung, dass der Zusatztarif ─ sofern er genehmigt werden kann ─ nach dessen Ablauf am 31. Dezember 2009 mit dem bestehenden GT S vereinigt wird.

3. Ausgangspunkt für das folgende Tarifprüfungsverfahren ist somit eine am 5. Oktober 2007 vom Gesetzgeber neu in das Urheberrechtsgesetz aufgenommene Bestimmung, welche mit dem teilrevidierten URG auf den 1. Juli 2008 in Kraft gesetzt wird (AS 2008, 2423 2425; BBl 2006, 3389 ff.), nämlich das Vervielfältigen zu Sendezwecken (Art. 24b URG). Aufgabe der Schiedskommission ist somit zu prüfen, ob die Rechtsinhaber und -inhaberinnen gestützt auf dieses neu verwertungsgesellschaftenpflichtig erklärte Recht, Anspruch auf eine angemessene Entschädigung haben bzw. der Zusatztarif den gesetzlichen Angemessenheitskriterien entspricht. Gemäss Art. 59 Abs. 1 URG genehmigt die Schiedskommission einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist, wobei sich die Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet: Demnach ist bei deren Festlegung 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 (Abs. 1 Bst. a), die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Abs. 1 Bst. b) sowie das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Abs. 1 Bst. c) zu berücksichtigen. Die Entschädigung ist so festzulegen, dass sie in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder des Nutzungsaufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte beträgt, wobei die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten sollen (Abs. 2).

Die Schiedskommission stellt fest, dass sich sowohl der Bundesrat (BBl 2005, 3443) wie auch das Parlament (AmtlBull SR 2006, S. 1208 f.) intensiv mit der Frage der Übereinstimmung dieser neuen Bestimmung mit den einschlägigen internationalen Übereinkommen auf diesem Gebiet [Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst in der revidierten Pariser Fassung von 1971 (RBÜ, SR 0.231.15), Abkommen vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom-Abkommen, SR 0.231.171), WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996 (WPPT, AS 2008, 2515, der für die Schweiz ebenfalls am 1. Juli 2008 in Kraft treten wird)] auseinandergesetzt hat. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass Ausnahmen und Schranken von exklusiven Rechten gemäss Art. 16 Abs 2 WPPT nur unter Beachtung des so genannten Dreistufentests möglich sind. Dies bedeutet, dass Schrankenbestimmungen nur zulässig sind, wenn sie auf bestimmte Sonderfälle beschränkt sind, die weder die normale Verwertung der Darbietung oder des Tonträgers beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der ausübenden Künstler oder Tonträgerhersteller unzumutbar verletzen. Die Schiedskommission geht davon aus, dass der Gesetzgeber dieses Prinzip beim Erlass des Art. 24b URG berücksichtigt hat. Es ist somit nicht ihre Aufgabe, im Rahmen der Angemessenheitsprüfung die vom Gesetzgeber erlassene Bestimmung diesbezüglich zu überprüfen. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass der Dreistufentest geritzt werden könnte, falls den Berechtigten keine oder keine angemessene Vergütung zugestanden wird. Bei der Angemessenheitsprüfung ist dies von der Schiedskommission besonders zu berücksichtigen.

4. a) Gemäss Art. 24b URG kann das Vervielfältigungsrecht an nichttheatralischen Werken der Musik bei der Verwendung von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern zum Zweck der Sendung gegenüber den Sendeunternehmen, die dem Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio- und Fernsehen unterstehen, nur über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden (Abs. 1). Solche Vervielfältigungen dürfen weder veräussert noch sonst wie verbreitet werden und müssen vom Sendeunternehmen mit eigenen Mitteln hergestellt worden sein. Diese Vervielfältigungen sind zu löschen, sobald sie ihren Zweck erfüllt haben (Abs. 2).

b) Mit dieser neuen Bestimmung wird gemäss der Botschaft des Bundesrates (BBl 2006, 3431) das Vervielfältigungsrecht in Bezug auf das Aufnehmen von nichttheatralischen Werken der Musik zu Sendezwecken eingeschränkt. Dies ist laut den Erläuterungen in der Botschaft nötig geworden, nachdem sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. Entscheid vom 2. Februar 1999, in sic! 3/1999, S. 259) die gesetzliche Lizenz von Art. 35 Abs. 1 URG nicht auf die mit der Verwendung von Tonträgern zu Sendezwecken verbundenen Vervielfältigungshandlungen erstreckt und somit die mit Art. 35 URG angestrebte Regelung in der Praxis nicht spielte, weil die Sendeunternehmen das Vervielfältigungsrecht der Interpretinnen und Interpreten sowie der Tonträgerherstellerinnen und -hersteller separat und ausserhalb der Bundesaufsicht und der damit verbundenen Angemessenheitskontrolle abgelten mussten. Neu wird somit das Vervielfältigungsrecht der Musikurheberinnen und -urheber, der Interpretinnen und Interpreten sowie der Produzentinnen und Produzenten in Bezug auf die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern zu Sendezwecken dem Zwang zur kollektiven Verwertung unterstellt. Die Botschaft geht davon aus, dass sich die mit dieser Regelung verbundene Einschränkung des Vervielfältigungsrechts auf Art. 11bis Abs. 3 der RBÜ sowie auf Art. 15 Abs. 1 Bst. c des Rom-Abkommens abstützen kann. Zusätzlich wird präzisiert, dass diese Bestimmung nur auf Ton- und Tonbildträger Anwendung findet, die im Handel erhältlich sind, wobei 'im Handel erhältlich' im digitalen Umfeld so zu verstehen sei, dass auch der elektronische Geschäftsverkehr mit Musikwerken erfasst wird. Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Entschädigungen für das Vervielfältigen von Ton- und Tonbildträgern zu Sendezwecken bisher von den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern und den Produzentinnen und Produzenten im Rahmen der Privatautonomie mit den Sendeunternehmen ausgehandelt werden konnten. Mit der Unterstellung unter die kollektive Verwertung werde diese Vergütung in die beste-

henden Sendetarife integriert werden müssen und somit der Angemessenheitskontrolle durch die Schiedskommission unterstellt.

In diesem Zusammenhang hält die Schiedskommission insbesondere fest, dass auch über ein Netzwerk bezogene Musiktitel als Tonträger gelten, die im Handel erhältlich sind und dass insbesondere auch beim Herunterladen dieser Tonträger auf den eigenen Server eines Senders eine Vervielfältigung stattfindet (vgl. dazu auch *Barrelet/Egloff*, Das neuen Urheberrecht, 3. Auflage, Bern 2008, N 12 zu Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG, aber auch Art. 2 Bst. b WPPT).

Die Botschaft geht offensichtlich nicht davon aus, dass mit dem Art. 24b URG eine Gratislizenz eingeführt werden sollte, wird doch erwähnt, dass diesbezüglich ein allenfalls gemäss den internationalen Abkommen bestehender Spielraum nicht ausgeschöpft werden soll (BBl 2006, 3432). Nicht mehr in der Botschaft findet sich dagegen die noch in den Erläuterungen zum Vorentwurf des Bundesrates von 2004 enthaltene Aussage, dass mit der Einbindung des Vervielfältigungsrechts der Interpreten und der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern in die auf den Vergütungsanspruch von Art. 35 URG bezogenen Tarife die Drei-Prozent-Grenze gemäss Art. 60 Abs. 2 URG nicht von neuem ausgeschöpft bzw. verdoppelt werden kann (Erläuternder Bericht vom 15. September 2004 zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, S. 17 f.).

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurden die Ausführungen in der Botschaft weitestgehend bestätigt. So wurde insbesondere in der Sitzung des Ständerates vom 19. Dezember 2006 (vgl. AmtlBull SR 2006, S. 1208 f.) darauf hingewiesen, dass es bei dieser Bestimmung um die Vervielfältigung geht, die aus rein technischen Gründen erforderlich ist, damit ein Sendeunternehmen die Sendung vernünftig ausstrahlen kann und diese Vervielfältigung nur für diesen einzigen Zweck der Sendung verwendet werden darf. Gleichzeitig wurde bestätigt, dass gemäss der neuen Regelung die Entschädigungen in die bestehenden Sendetarife integriert werden müssen und somit der Angemessenheitsprüfung durch die Schiedskommission unterstellt sind (vgl. hierzu das Votum von SR Stadler). SR Lombardi ergänzte, dass der Kompromiss darin besteht, dass ein Vervielfältigungsrecht anerkannt wird, dieses aber nur über Verwertungsge-

sellschaften geltend gemacht werden kann und in die bestehenden Sendetarife integriert werden muss.

Den Protokollen der vorberatenden Kommissionen (Kommission für Rechtsfragen des Ständerates bzw. des Nationalrates) lässt sich ebenfalls entnehmen, dass durch die Unterstellung unter die Angemessenheitskontrolle und damit unter die gesetzlichen Schranken gemäss Art. 60 Abs. 2 URG die Vergütungshöhe voraussichtlich nicht mehr gleich hoch sein wird, wie wenn die entsprechende Entschädigung durch den Rechtsinhaber oder die Rechtsinhaberin frei ausgehandelt werden kann. Bewusst war man sich offenbar auch des Umstandes, dass Art. 24b URG keine zeitliche Limitierung vorsieht, dies etwa im Gegensatz zu einigen Regelungen im Ausland, die solche zeitliche Begrenzungen kennen (vgl. z.B. § 55 des deutschen Urheberrechtsgesetzes). Diesbezüglich wurde offenbar sogar in Kauf genommen, dass die Schutzausnahme allenfalls internationales Recht 'lädieren' könnte, indem sie nichts in Bezug auf die zeitliche Geltungsdauer enthält. Eine Einschränkung ergibt sich somit nur dadurch, dass die Vervielfältigung für den einzigen Zweck der Sendung verwendet werden darf. Dabei war man sich im Klaren, dass diese Regelung, die sowohl die Urheberrechte wie auch die verwandten Schutzrechte betrifft, sich in der Praxis wohl nur hinsichtlich der verwandten Schutzrechte auswirken dürfte, da die Verwertung des Vervielfältigungsrechts im Zusammenhang mit dem Senden bei den Urheberrechten offenbar zu keinen Problemen geführt hat.

c) Das Zürcher Obergericht ist mit Urteil vom 14. November 2002 (vgl. 'Marta's Song', in sic! 4/2003, S. 320) unter altem Recht zur Auffassung gelangt, dass die Verwendung eines Tonträgers zum Zweck der Sendung auch die ephemere Vervielfältigung einschliesst, da die Speicherung auf einem zusätzlichen Träger lediglich technische Vorteile hat, und diese nicht in einer Leistung der Leistungsschutzberechtigten begründet sind. Dies im Gegensatz zum Bundesgericht, das mit seinem Entscheid vom 2. Februar 1999 (in sic! 3/1999, S. 259) befunden hat, dass Art. 35 Abs. 1 URG den Sendeunternehmen zwar die Benützung von im Handel erhältlichen Ton- oder Tonbildträgern gegen Entschädigung zum Zweck der Sendung gestatte, dies aber nicht auch die Erlaubnis beinhalte, die Ton- und Tonbildträger zu vervielfältigen, selbst wenn dies nur im Rahmen von ephemeren Aufnahmen geschehe.

Barrelet/Egloff (a.a.O., N 3 zu Art. 24b URG) betonen, dass die neue Regelung nicht nur auf ephemere Aufnahmen beschränkt ist, sondern alle Vervielfältigungen zum Zweck der Sendung erfasst werden. Sie gehen davon aus, dass der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der verschiedenen Formen der Vervielfältigung bei der Festsetzung der Entschädigung Rechnung getragen werden kann. Auch betonen sie, dass diese Bestimmung keinen Gegenrechtsvorbehalt im Sinne von Art. 35 Abs. 4 URG enthält, weshalb der Kreis der Berechtigten an Überspielrechten wesentlich grösser sei als derjenige am Vergütungsanspruch nach Art. 35 URG (N 6 zu Art. 24b Abs. 1 URG). Zur Speicherungsdauer halten sie fest, dass die Vervielfältigungsexemplare so lange beim Sendeunternehmen gespeichert werden dürfen, als sie für den Zweck der Sendung benötigt werden. Es bestehe somit nicht eine zeitliche, sondern lediglich eine funktionale Grenze: solange das Vervielfältigungsexemplar für zukünftige Sendungen benötigt wird, muss es nicht gelöscht werden (N 11 zu Art. 24b Abs. 1 URG).

5. a) Mit der gesetzlichen Regelung in Art. 24b URG ist nach deren Wortlaut und Entstehungsgeschichte klargestellt, dass die Vervielfältigung zu Sendezwecken von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern zwingend der kollektiven Verwertung unterliegt und die Berechtigten zusätzlich zum Vergütungsanspruch nach Art. 35 Abs. 1 URG einen Anspruch auf Entschädigung haben, da vom Gesetzgeber offensichtlich keine Gratislizenz vorgesehen worden ist. In diesem Fall hätte er es nämlich bei einer gesetzlichen Lizenz belassen können (vgl. hierzu die Parlamentarische Initiative von SR Lombardi, 02.421 s) und hätte das Vervielfältigungsrecht nicht der zwingenden kollektiven Verwertung unterstellen müssen. Dies bedeutet, dass für sämtliche Vervielfältigungen zu Sendezwecken eine Vergütung geschuldet ist und nicht nur für diejenigen Tonträger, denen nach Art. 35 Abs. 4 URG keine entsprechende Vergütung für das Senden zusteht. Die Schiedskommission geht auch davon aus, dass der Gesetzgeber gerade im Hinblick auf den so genannten 'Dreistufentest' im Zusammenhang mit den internationalen Abkommen in diesem Bereich keine entschädigungslose Vervielfältigung zu Sendezwecken wollte.

Gemäss den Protokollen der Kommissionen für Rechtsfragen der parlamentarischen Räte (vgl. vorne Ziff. II/4b) ist ebenso klar, dass der Art. 24b URG bewusst keine zeitliche Begrenzung enthält. Den Begriffen 'Vervielfältigungen zu Sendezwecken' bzw. 'zum Zweck der Sendung' kann nur insoweit eine zeitliche Komponente entnommen

werden, als diese Vervielfältigungen gemäss Abs. 2 zu löschen sind, wenn sie ihren Zweck erfüllt haben. Damit ist aber auch gesagt, dass sie nicht gelöscht werden müssen, solange ein Sender die Absicht hat, diese Tonträger zu einem späteren Zeitpunkt für seine Sendungen zu benutzen. Allerdings schliesst auch die Schiedskommission nicht von vornherein aus, dass ─ wie dies *Barrelet/Egloff* (vgl. vorne Ziff. II/4c) vorsehen ─ der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der verschiedenen Formen der Vervielfältigung bei der Festsetzung der Entschädigung Rechnung getragen werden kann und der Tarif trotz der fehlenden zeitlichen Limitierung im Gesetz, je nach Dauer der Nutzung eine unterschiedliche Staffelung der Vergütungshöhe vorsehen kann. Eine zeitlich absolute Beschränkung der Nutzung von Vervielfältigungen zu Sendezwecken, wie dies der Eventualantrag der Swissperform vorsieht, wird von der Schiedskommission indessen abgelehnt.

Für die Schiedskommission ist es durchaus vorstellbar, dass eine längere Dauer bei der Speicherung der Vervielfältigungsexemplare sich auf den Nutzungsertrag oder den Nutzungsaufwand auswirken kann. Ein gewisser Mehrwert könnte auch dadurch entstehen, dass die längerfristigen Speicherungen es den Sendern erlauben, entsprechende Datenbanken bzw. Ordnungssysteme einzurichten, welche die Tätigkeit eines Senders erleichtern. Obwohl die wesentliche Arbeit der Digitalisierung bzw. die erforderliche Erfassungsarbeit durch die Sender vorgenommen wird, schliesst die Schiedskommission auch aus diesem Grund eine Staffelung der Vergütung nach der Nutzungsdauer nicht grundsätzlich aus. Für eine Erhöhung der Vergütung je nach Speicherdauer spricht zumindest der Umstand, dass die bisherigen Lizenzverträge den längeren Speicherungen offenbar einen gewissen wirtschaftlichen Mehrwert zusprachen. Allerdings haben es die Parteien unterlassen, diesen zusätzlichen Nutzen irgendwie zu substantiieren. Insbesondere ist es Swissperform nicht gelungen zu belegen, inwiefern bei einer Überspielung, die über einen längeren Zeitraum auf dem Server des Senders abgelegt wird, ein effektiver wirtschaftlicher Mehrwert besteht. Swissperform legt auch keine genügenden Angaben vor, um die wirtschaftliche Relevanz von Überspielungen in Zusammenhang mit dem Zeitraum der Speicherung zu überprüfen.

b) Um eine allfällige tariflose Zeit bzw. eine rückwirkende Tarifanwendung zu vermeiden, beschliesst die Schiedskommission dennoch eine bis Ende 2009 geltende Übergangs-

regelung zu genehmigen, allerdings unter Verzicht auf eine Staffelung nach der Speicherungsdauer. Dabei ist davon auszugehen, dass mit dem Sendetarif GT S hinsichtlich der verwandten Schutzrechte im Jahre 2007 gemäss Jahresbericht der Swissperform rund 1,5 Mio. Franken an Brutto-Einnahmen erzielt wurden. In diesem Zusammenhang weist die Schiedskommission auch darauf hin, dass die ihr vorliegenden Verträge mit IFPI Schweiz keineswegs eine Gratis-Bemusterung der Sendeunternehmen mit Tonträgern vorsehen, sondern allenfalls eine Abgabe von Tonträgern zu Engros- bzw. zu Handelsabgabepreisen. Es ist somit nicht davon auszugehen, dass ein wesentlicher Anteil der bis anhin vertraglich bezahlten Entschädigungen auf die Bemusterung mit Tonträgern entfiel. Als für die Zukunft unpräjudizielle Lösung kann die Schiedskommission für die Vervielfältigung zu Sendezwecken einen Zuschlag auf den gemäss GT S zu bezahlenden Vergütungen von 20 Prozent als angemessen akzeptieren, was zu einer Gesamtvergütung von etwa Fr. 300'000.00 führen dürfte, und damit rund einem Drittel der mit den bisherigen Lizenzverträgen erzielten Einnahmen entspricht (vgl. vorne Ziff. I/2). Gestützt auf die parlamentarischen Beratungen, bei denen man sich offenbar bewusst war, dass unter der kollektiven Verwertung geringere Einnahmen zu erwarten sind und dem Umstand, dass in diesem Verfahren wesentliche Angaben zur Bemessung der Vergütung fehlen, hält sie diesen Betrag im Rahmen dieser vorläufigen Übergangsregelung für angemessen. Im Übrigen ist sich die Schiedskommission bewusst, dass sich die vorliegende Angemessenheitsprüfung auf die beschränkten, durch die Parteien vorgelegten Angaben stützen muss, was indessen bei Einführung eines neuen Tarifs nicht ungewöhnlich ist. Es wird deshalb an den Tarifparteien sein, im Hinblick auf einen zu revidierenden GT S die entsprechenden Zahlen zu erheben und vorzulegen. Die Übergangsphase soll den Parteien die Möglichkeit geben, die für die Tarifgestaltung unerlässlichen Zahlen nachzuliefern. Im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht gemäss Art. 51 URG sind insbesondere auch die Sendeunternehmen aufgefordert, den Verwertungsgesellschaften die für die Gestaltung des Tarifs erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

6. Die Schiedskommission beschliesst somit, die Ziff. 13 des Zusatztarifs so zu ändern, dass die Zusatzvergütung für die Vervielfältigung zu Sendezwecken zwanzig Prozent der von einem Sender nach GT S geschuldeten Entschädigung beträgt. Konkret bedeutet dies, dass die Gesamtentschädigung (inkl. der Sendevergütung nach GT S) z.B.

nach den Ziff. 13.2.a bzw. 13.2.b des GT S je nach Sender und Anteil der geschützten Handelstonträgern an der Sendezeit zwischen 0,36 und 3,24 Prozent liegt.

In der Annahme, dass mit dieser Regelung die Drei-Prozent-Grenze nach Art. 60 Abs. 2 URG somit nur im Grenzbereich überschritten wird, verzichtet die Schiedskommission im Rahmen dieser Übergangsregelung auf die Prüfung, ob allenfalls ausnahmsweise diese Limite überschritten werden kann und legt die maximale Vergütungshöhe für Überspielungen zu Sendezwecken so fest, dass ein Sender zusammen mit der bisherigen Vergütung nach GT S in keinem Fall mehr als drei Prozent bezahlen muss. Dagegen dürfte die Mindestentschädigung gemäss Ziff. 17 GT S die Drei-Prozent-Grenze regelmässig ausschöpfen. Die Schiedskommission sieht daher keinen Anlass, hier eine zusätzliche Vergütung für das Vervielfältigungsrecht zu genehmigen. Aus diesem Grund wird der Hinweis auf Ziff. 17 GT S in Ziff. 12 des Zusatztarifs gestrichen.

Die Schiedskommission behält sich vor, im Rahmen der Überprüfung eines neuen Gesamttarifes das Verhältnis zwischen den Urheberrechten und den verwandten Schutzrechten insbesondere im Hinblick auf die Übereinstimmung mit den internationalen Abkommen einer eingehenden Prüfung zu unterziehen, damit hier kein Ungleichgewicht zwischen den einzelnen Berechtigtengruppen entsteht.

7. Da die weiteren Bestimmungen des vorgelegten Zusatztarifes zu keinen Bemerkungen Anlass geben, und nachdem die beteiligten Parteien gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG und Art. 15 URV zu den Änderungen in Ziff. 12 und Ziff. 13, welche ihnen in schriftlicher Form unterbreitet wurden, angehört worden sind, kann der Tarif mit diesen Änderungen genehmigt werden. Die Inkraftsetzung des geänderten Zusatztarifs erfolgt somit auf den 1. Juli 2008. Damit fällt sie mit der Inkraftsetzung des teilrevidierten Urheberrechtsgesetzes zusammen. Ausführungen zur ebenfalls beantragten Rückwirkung des Tarifs auf den 1. Juli 2008 erübrigen sich damit.

8. Die Schiedskommission geht abschliessend davon aus, dass sie mit den obigen Erwägungen ihre Abweichungen zu den Empfehlungen des Preisüberwachers genügend begründet hat.

9. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV (in der Fassung vom 1. Juli 2008) und sind gemäss Art. 16b Abs. 1 URV von der Swissperform zu tragen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der *Zusatztarif Swissperform zum Gemeinsamen Tarif S* wird in der Fassung vom 26. Februar 2008 mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2009 mit den folgenden Änderungen genehmigt:

   1.1. *Ziff. 12*
   Streichung des Hinweises auf Ziff. 17 GT S.

   1.2. *Ziff. 13*
   Abs. 1 Bst. a) gestrichen
   Abs. 1 Bst. b) gestrichen
   Abs. 1 Bst. c) Sie beträgt für Vervielfältigungen, die zur unveränderten und unverbundenen Sendung verwendet werden wie auch für Vervielfältigungen, die in ein anderes Datenformat übertragen werden und/oder die unter Beachtung von Ziff. 9 mit Bildern verbunden werden und/oder die in ein EDV-gestütztes Programmerstellungssystem eingespeichert werden 20% bis zu einem maximalen Gesamtvergütungssatz von 3% (zusammen mit der Vergütung nach GT S).

   Abs. 2 gestrichen

   Abs. 3 unverändert

[…]