
–
kammer kein Antrag auf Durchführung einer Sitzung gestellt wurde, erfolgt die Behandlung der Tarifeingabe der Verwertungsgesellschaften gemäss Art. 11 URV auf dem Zirkulationsweg.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung: 1. Der Antrag der fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs, SUISA, Suissimage und Swisssperform auf Verlängerung des bisherigen Gemeinsamen Tarifs 5 um weitere drei Jahre, d.h. vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2014 ist am 12. Mai 2011 und somit innert der in Art. 9 Abs. 2 URV festgelegten siebenmonatigen Frist eingereicht worden.

2. Die Verwertungsgesellschaften haben sowohl verschiedene Nutzerverbände (je einen pro Sprachregion) wie auch einen grösseren Nutzer zu den Verhandlungen eingeladen. Dagegen haben sie den 2007 gegründeten Verband unabhängiger Videotheken nicht als massgebenden Nutzerverband betrachtet, da zu diesem Verband keine ergänzenden Zahlen erhältlich waren und er gestützt auf die letzten bekannten Angaben offenbar lediglich 17 Mitglieder vertritt.

Art. 46 Abs. 2 URG verpflichtet die Verwertungsgesellschaften dazu, mit den massgebenden Nutzerverbänden über die Gestaltung der einzelnen Tarife zu verhandeln. Gemäss Lehre setzt ein massgebender Nutzerverband voraus, dass es sich bei ihm um eine Organisation handelt, in welcher ein erheblicher Teil der Nutzerinnen und Nutzer zusammengeschlossen sind (Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl., N 7 zu Art. 46 Abs. 2 URG; Govoni/Stebler, SIWR II/1, S. 462). Dies entspricht auch der ständigen Praxis der Schiedskommission (Beschluss vom 27.9.1967 betr. den Tarif M, Ziff. 1a, in Entscheide und Gutachten der ESchK 1967-1980, S. 15 f.). Dabei kommen vor allem gesamtschweizerische Verbände in Betracht oder solche, die zumindest für einen Landesteil repräsentativ sind. Als massgebender Nutzerverband gilt demnach ein Verband, der mindestens 20 bis 25 Prozent der vom Tarif betroffenen Nutzer vertritt (BGer vom 24. März 1995 betr. GT 4, E. 1b) oder wenn er in einem Landesteil mindestens einen Drittel der vom Tarif betroffenen Branche vertritt (BGer vom 8. September 2006 betr. GT 2b, E. 2.2 ff., in sic! 4/2007, S. 267 f.). Hinsichtlich des GT 5 hat das Bundesgericht mit Entscheidung vom 2. Oktober 1997 (E. 3 b/aa) befunden, dass die Ver-

6/9 ESchK CAF Beschluss vom 14. November 2011 betreffend den GT 5 CFDC _____

–
tretung von neun Mitgliedern nicht genügt um als repräsentativer Verband zu gelten. Dies muss aber auch bei 17 Mitgliedern gelten, da damit lediglich rund zehn Prozent der in der Deutschschweiz nach dem GT 5 abrechnenden Kunden erfasst werden. Da es sich beim Verband unabhängiger Videotheken somit nicht um einen massgebenden Nutzerverband handelt, mussten die Verwertungsgesellschaften auch nicht mit ihm verhandeln.

3. Die Associazione Ticinese Videoteche hat gemäss Beilage 5 der Tarifeingabe am 29. März 2011 der Verlängerung des GT 5 um drei Jahr bis Ende 2014 ausdrücklich zugestimmt. Zwar wurde mit dieser Zustimmungserklärung auch darauf hingewiesen, dass es wünschenswert wäre, wenn dieser Tarif aufgehoben werden könnte. Der Tarifverlängerung wurde aber trotzdem zugestimmt. Mit Eingabe vom 6. September 2011 wurde erneut auf die schwierige wirtschaftliche Situation der Videotheken hingewiesen und wiederum ohne weitere Begründung der Wunsch nach Abschaffung des Tarifs bzw. einer erheblichen Reduktion der Vergütung geäussert.

Abgesehen davon, dass dieses Schreiben der Schiedskommission erst rund zwei Monate nach Ablauf der bis zum 11. Juli 2011 erstreckten Vernehmlassungsfrist zugegangen ist, muss der ATV vorgeworfen werden, dass sie ihr Anliegen nicht im Rahmen der Verhandlungen mit den Verwertungsgesellschaften vorgebracht hat. Es ist nicht Sinn eines zweigeteilten Genehmigungsverfahrens, dass sich die Tarifpartner im Rahmen der Verhandlungsphase nicht bzw. ungenügend äussern und ihre Anliegen erst vor der Schiedskommission – und dies erst noch mit erheblicher Verspätung – einbringen. Im Übrigen hat die ATV ihr Begehren unzureichend begründet; jedenfalls ist daraus nicht ersichtlich, weshalb die Verlängerung des GT 5 gemäss Art. 60 URG unangemessen sein soll. Die Schiedskommission hat auch schon wiederholt festgestellt, dass die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse allein nicht genügt, um einen bestehenden Tarif zu revidieren. Wie oben ausgeführt, ist aber auf die verspätet eingereichte Eingabe ohnehin nicht einzutreten und somit ist von einem einverständlichen Tarif auszugehen.

4. Die Schiedskommission genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG), wobei sich die Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet.

7/9 ESchK CAF Beschluss vom 14. November 2011 betreffend den GT 5 CFDC _____

—

Nach ständiger Rechtsprechung der Schiedskommission wird die Zustimmung der unmittelbar Betroffenen als Indiz für die Angemessenheit und damit die Genehmigungsfähigkeit eines Tarifes aufgefasst. Im Falle der Zustimmung der hauptsächlichen Nutzerverbände verzichtet sie demnach auf eine eingehende Prüfung gemäss Art. 59 f. URG. Die Schiedskommission stützt ihre diesbezügliche Praxis auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 7. März 1986, in dem festgestellt wurde, dass im Falle der Zustimmung der Nutzerseite zu einem Tarif davon ausgegangen werden kann, dass dieser Tarif annähernd einem unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertrag entspricht (Entscheide und Gutachten der ESchK, Bd. III, 1981-1990, S. 190). Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Entscheid vom 21. Februar 2011 betr. den GT 3c (E. 6.2., S. 17f.) befunden, dass eine solche Vermutung nicht bedeuten kann, dass gewichtige Anzeichen, die gegen eine solche Annahme sprechen, ausser Acht gelassen werden dürfen. Die Zustimmung der Nutzerverbände sei gemäss dem Entscheid des Bundesgerichts nicht als Anlass für eine formelle Kognitionsbeschränkung, sondern bloss als Indiz für die wahrscheinliche Zustimmung aller massgeblichen Berechtigten unter Konkurrenzverhältnissen anzusehen. Gewichtige Indizien, die gegen diese Annahme sprechen, dürften darum nicht ausgeklammert werden. Allerdings kann dies nach Auffassung der ESchK nicht bedeuten, dass sie nach Gründen suchen muss, weshalb der Tarif allenfalls nicht angemessen sein könnte, wenn keinerlei Indizien für eine Unangemessenheit nach Art. 59 f. URG vorliegen.

Nach Auffassung der Schiedskommission ist die Bemerkung der ATV kein genügend gewichtiges Indiz für die Unangemessenheit des Tarifs. Jedenfalls kann daraus kein Anhaltspunkt entnommen werden, der dagegen sprechen würde, dass der Tarif nicht annähernd einem unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertrag entspricht. Dies muss insbesondere bei der Verlängerung eines bestehenden, langjährigen Tarifs gelten. Daher und unter Berücksichtigung des Einverständnisses der beteiligten Nutzerorganisationen zur beantragten Genehmigung des GT 5 geht die Schiedskommission von einem Einigungstarif und damit davon aus, dass der Tarif in seinem Aufbau und in seinen einzelnen Bestimmungen angemessen ist. Es ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass in diesem Fall gemäss Art. 11 URV keine Sitzung zur Behandlung der Vorlage einberufen werden muss, sondern die Genehmigung auf dem Zirkulationsweg erfolgen kann. Dies weist auch darauf hin, dass der Zustimmung der massge-

8/9 ESchK CAF Beschluss vom 14. November 2011 betreffend den GT 5 CFDC _____
