

ESCHK gt-s-28-02-2005 vom 10. November 2004

Eschk, 2004-11-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/eschk_gt-s-28-02-2005

FR: ESCHK gt-s-28-02-2005 du 10 novembre 2004

IT: ESCHK gt-s-28-02-2005 del 10 novembre 2004

Volltext

EIDG. SCHIEDSKOMMISSION FÜR DIE VERWERTUNG VON URHEBERRECHTEN
UND VERWANDTEN SCHUTZRECHTEN COMMISSION ARBITRALE FEDERALE
POUR LA GESTION DE DROITS D'AUTEUR ET DE DROITS VOISINS
COMMISSIONE ARBITRALE FEDERALE PER LA GESTIONE DEI DIRITTI
D'AUTORE E DEI DIRITTI AFFINI CUMISSIUN DA CUMPROMISS FEDERALA
PER LA GESTIUN DA DRETGS D'AUTUR E DRETGS CUNFINANTS

Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den Gemeinsamen Tarif S (GT S) (Sender)

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____

_____ 2 I. In
tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben: 1. Die Gültigkeitsdauer des Gemeinsamen Tarifs S
(Sender), den die Schiedskommission mit Beschluss vom 9. Dezember 1999 genehmigt und
am 27. Oktober 2003 um ein Jahr verlän- gert hat, läuft am 31. Dezember 2004 ab. Mit
Eingabe vom 24. Juni 2004 beantragen die an diesem Tarif beteiligten
Verwertungsgesellschaften SUI SA und Swissperform die Geneh- migung eines neuen GT S
in der Fassung vom 19. Mai 2004 mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren. Zusätzlich
wird beantragt, dass die Schiedskommission ihre Zuständigkeit für die Beurteilung der
Angemessenheit dieses neuen Tarifs auch hinsichtlich des Mitteilens von
Sendeprogrammen im Internet (sog. Simulcasting und Webcasting) feststellt.

2. Dazu führen die beiden Verwertungsgesellschaften aus, dass die Anwendung des
bisherigen Tarifs mit keinen besonderen Schwierigkeiten verbunden war. Insbesondere
hätten sich die in der Eingabe vom 30. Juni 1999 geschilderten Inkassoschwierigkeiten nach
dem Entscheid des Bundesgerichts vom Februar 1999 über den Anwendungsbereich von
Art. 35 URG nor- malisiert. Das Total der Einnahmen der letzten vier Jahre aus dem GT S
geben SUI SA und Swissperform wie folgt an:

2000 2001 2002 2003 SUI SA Fr. 6'097'009.- Fr. 7'006'030.- Fr. 5'684'099.- 5'392'197.-
Swissperform Fr. 1'123'426.- Fr. 1'733'142.- Fr. 1'885'034.- 1'449'621.-

Die erhebliche Zunahme ihrer Einnahmen in den Jahren 2001 und 2002 führte die
Swissper- form in der Eingabe vom 28. Mai 2003 darauf zurück, dass die SRG damals im
Fernsehbe- reich ebenfalls unter den GT S fiel (vgl. unten Ziff. 3). Die unterschiedliche
Entwicklung der Einnahmen von SUI SA und Swissperform in den letzten Jahren wird im
vorliegenden Ge- such aber auch auf die erwähnten Inkassoschwierigkeiten bei den
verwandten Schutzrechten zurückgeführt.

3. Die beiden am GT S beteiligten Verwertungsgesellschaften haben die Verhandlungen für
einen neuen Tarif mit den folgenden Nutzerorganisationen geführt:

der Schweizer Regionalfernsehen (Telesuisse) – Union nicht-kommerzorientierter Lokalradios (UNIKOM) – Union romande de radios et de télévisions régionales (RRR) – Verband Schweizer Privatradios (VSP).

Dazu geben sie an, dass die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR idée suisse (SRG) nicht mehr als Verhandlungspartner eingeladen worden ist, nachdem die bisherige Ziff. 2 des GT S, welche die subsidiäre Anwendbarkeit dieses Tarifs auf die SRG vorsah, gestrichen wurde.

Zu den Verhandlungen selbst führen die Verwertungsgesellschaften aus, dass erste Gespräche bereits Anfang des Jahres 2003 aufgenommen worden sind. Dabei sei ein von den Verhandlungspartnern verlangter Branchentarif für Sender abgelehnt worden (vgl. dazu den Beschluss vom 27. Oktober 2003 betr. den GT S, Ziff. I/3). Nach Genehmigung der einjährigen Verlängerung seien die Verhandlungen im Herbst 2003 mit einem neuen Tarifentwurf wieder aufgenommen worden. SUISA und Swissperform gehen davon aus, dass nach weiteren sieben Verhandlungsrunden mit der zur Genehmigung eingereichten Fassung vom 19. Mai 2004 letztlich ein Kompromiss gefunden werden konnte, dem sämtliche Nutzerorganisationen zugestimmt haben.

4. Die wesentlichen von den Verwertungsgesellschaften erläuterten Änderungen im neuen GT S sind: – Die Umschreibung des Kundenkreises und des tariflich geregelten Nutzungsumfangs sowie der Einbezug von sendeähnlichen Mitteilungstatbeständen (Ziff. 2 und 4); – Verschiedene Ergänzungen in der Berechnungsbasis bei der Aufzählung der Einnahmequellen (Ziff. 9.1); – Die Regelung für den Fall, dass ein Sender mehrere Programme ausstrahlt (Ziff. 12 und 12.1); – Neue, nutzungsabhängigere Ansätze für Radiosendungen (Ziff. 13.1.a und 13.2.a sowie die Übergangsregelung in Ziff. 13.4); – Die Regelung für die Berechnung der Entschädigung bei Programmübernahmen (Ziff. 13.1.c und 13.2.c); – Die Anpassung der Ansätze für Musik bzw. verwandte Schutzrechte in Fernsehprogrammen (Ziff. 14 und 16); – Die Regelung der Mindestentschädigung (Ziff. 17)

Bestimmungen betr. Ablieferung der Verzeichnisse und Ausstrahlung von Werbefilmen im Fernsehen (Ziff. 26 bis 36). SUISA und Swissperform gehen gestützt auf Art. 60 URG von der Angemessenheit des neuen Tarifs aus. Zudem geben sie an, dass sie sich mit allen Nutzerverbänden auf den neuen Tarif einigen konnten, was ebenfalls ein Indiz für dessen Angemessenheit sei. Sie sind ausserdem der Auffassung, dass die in Ziff. 17 geregelte Mindestentschädigung in Einzelfällen zur Anwendung gelangen dürfte, vor allem wenn zeitlich beschränkte Nutzungen stattfinden oder die Einnahmen bzw. die Kosten nur schwerlich zu ermitteln sind. Die tief angesetzten Mindestentschädigungen erlaube es in diesen Fällen, den Kunden auf einfache Art und Weise und ohne grossen bürokratischen Aufwand eine Lizenz zu erteilen. Sie vermuten auch, dass die vorgesehenen Mindestvergütungen nicht vorwiegend bei den 'klassischen' Radios zur Anwendung gelangen, sondern eher bei den so genannten Webradios. Aber hier könne ebenfalls nicht von einer Regel ausgegangen werden, gebe es doch auch Webradios mit redaktionellem Teil, welche nicht unter die Mindestvergütung fallen.

5. Mit Präsidialverfügung vom 30. Juni 2004 wurde der Tarif gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV den Verhandlungspartnern zur Stellungnahme zugestellt. Den Vernehmlassungsadressaten wurde eine Frist bis zum 16. August 2004 angesetzt, um sich zum Antrag zu äussern; dies unter Hinweis darauf, dass im Säumnisfall Zustimmung dazu angenommen wird. Gleichzeitig wurde gemäss Art. 57 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 URV die Spruchkammer zur Behandlung des Gesuchs der beiden Verwertungsgesellschaften eingesetzt.

In der Folge sprach sich mit Schreiben vom 16. August 2004 die Union romande de radios et de télévisions régionales (RRR) gegen jegliche Erhöhung der Vergütungen aus. Dies wird damit begründet, dass die vorgenommene Erhöhung weder durch die Konjunktur noch durch erhöhte Lebenshaltungskosten zu rechtfertigen sei. Der Einnahmerückgang während der Jahre 2000 bis 2003 der Verwertungsgesellschaften aus dem GT S würde nur die konjunkturelle Situation widerspiegeln. Die Ansätze des GT S zu erhöhen, um die schlechte Konjunktur auszugleichen, schwäche lediglich die Stellung der Privatradios, die bereits jetzt erheblich unter der gegenwärtigen Situation litten. Die weiteren Verhandlungspartner (Telesuisse UNIKOM und VSP) enthielten sich einer Stellungnahme.

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____

5

6. Gestützt auf Art. 15 Abs. 2bis des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) wurde die Tarifvorlage anschliessend dem Preisüberwacher zur Stellungnahme unterbreitet.

Mit Antwort vom 21. September 2004 erachtet der Preisüberwacher die beantragten Tarifansätze nicht als missbräuchlich. Dies begründet er mit dem Umstand, dass sich die Verwertungsgesellschaften mit den massgebenden Nutzerorganisationen mit Ausnahme von RRR auf einen neuen Tarif haben einigen können und in der Annahme, dass die Zustimmung der Betroffenen ein wichtiges Indiz dafür bildet, dass der Tarif nicht auf einer missbräuchlichen Ausnutzung der Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften beruht. Zudem begrüsst er die feinere und damit auch nutzungsabhängigere Abstufung in den Ziff. 13.1.a und 13.2.a und weist darauf hin, dass die in diesen Ziffern enthaltene Tarifierhöhung gemäss der Übergangsregelung von Ziff. 13.4 auf mehrere Jahre verteilt und damit ihre volle Wirkung erst 2009 entfalten wird.

7. Da die RRR mit dem vorgelegten Tarif offenbar nicht einverstanden ist, wurde die heutige Sitzung einberufen (Art. 12 f. URV). Anlässlich dieser Sitzung bestätigen die Verwertungsgesellschaften die in der schriftlichen Eingabe vom 24. Juni 2004 gestellten Anträge. Zusätzlich verlangen sie, dass der Antrag von RRR auf Beibehaltung der bisherigen Tarifansätze abzuweisen und dieser Vereinigung ein Teil der Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen sei. RRR hält daran fest, dass eine Tarifierhöhung im gegenwärtigen wirtschaftlichen Umfeld für die Regionalsender nicht tragbar ist. Eine Erhöhung der Vergütungen für Urheber- und Leistungsschutzrechte bei abnehmenden Einnahmen der Sender wird abgelehnt.

8. Der mit Eingabe der beiden Verwertungsgesellschaften SUISA und Swissperform vom 24. Juni 2004 zur Genehmigung vorgelegte GT S (Sender) hat in der Fassung vom 19. Mai 2004 in den drei Amtssprachen den folgenden Wortlaut:

Schiedskommission zieht in Erwägung: 1. Der Antrag der beiden Verwertungsgesellschaften SUIISA und Swissperform auf Genehmigung eines neuen Gemeinsamen Tarifs S in der Fassung vom 19. Mai 2004, der ab dem 1. Januar 2005 den bisherigen Tarif ablösen soll, wurde bei der Schiedskommission am 24. Juni 2004 und somit innert der gemäss Art. 9 Abs. 2 URV erstreckten Frist eingereicht. Ebenso hat die Union romande de radios et de télévisions régionales (RRR) ihre Vernehmlassung fristgerecht zugestellt. Aus den Gesuchsunterlagen geht zudem hervor, dass die Verhandlungspflicht gemäss Art. 46 Abs. 2 URG von den beiden Gesuchstellerinnen wahrgenommen worden ist.

2. 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 nach Art. 60 URG richtet.

Gemäss ihrer langjährigen Rechtsprechung muss sich die Schiedskommission nicht zur Angemessenheit eines Tarifs äussern, wenn die vom Tarif unmittelbar betroffenen massgebenden Nutzerverbände mit der getroffenen Regelung einverstanden sind, wird doch die Zustimmung zu einem Tarif grundsätzlich als Indiz für dessen Genehmigungsfähigkeit aufgefasst. Den Akten ist zu entnehmen, dass Telesuisse, die Union nicht-kommerzorientierter Lokalradios (UNIKOM) sowie der Verband Schweizer Privatradios (VSP) im Rahmen der Verhandlungen dem GT S in der vorgelegten Fassung als Kompromissvorschlag zugestimmt haben. Dagegen hat RRR mit Schreiben vom 16. Juni 2004 an die SUIISA mitgeteilt, dass der Tarif nicht gänzlich zufrieden stellend sei, dessen Weiterleitung an die Schiedskommission aber akzeptiert werde. Dabei behielt sich RRR vor, der Schiedskommission ergänzende Kommentare zum Tarif aus der Sichtweise der Nutzer mitzuteilen. In ihrer Vernehmlassung vom 16. August 2004 beantragt RRR allerdings gegenüber der Schiedskommission, die geltende Regelung sei nicht zu ändern.

muss die Schiedskommission den vorgelegten Tarif im Hinblick auf die Einwände von RRR prüfen. Zusätzlich muss sie sich auf Antrag der Verwertungsgesellschaften zu ihrer Zuständigkeit hinsichtlich des Einbezugs von 'sendeähnlichen' Mitteilungstatbeständen im Internet (Simulcasting und Webcasting) sowie zur neu aufgenommenen Regelung betreffend Mindestentschädigungen äussern.

3. Hinsichtlich der Einwände von RRR gegen den zur Genehmigung vorgelegten GT S ist zunächst festzuhalten, dass diese sehr pauschal und wenig substantiiert sind. RRR scheint vor allem zu kritisieren, dass der neue Tarif zu höheren Vergütungen führt. Dabei zielt der Verband offenbar auf sämtliche im GT S enthaltenen neuen Vergütungen ab; jedenfalls gibt er keine näheren Präzisierungen, was ihn besonders stört. Aber auch die in Ziff. 9.1 des Tarifs vorgenommene Ergänzung der tarifrelevanten Einnahmen hat offensichtlich hinsichtlich der so genannten Gegengeschäfte zu Unklarheiten geführt.

Obwohl dies somit nicht konkret geltend gemacht wird, ist – gestützt auf den Umstand, dass RRR die Beibehaltung des bisherigen Tarifs verlangt – davon auszugehen, dass sich der Einwand vor allem gegen die Neuregelung in Ziff. 13 und damit auf die Prozentsätze für Radioprogramme sowohl bei der Verwendung von Urheberrechten an Musik (Ziff. 13.1)

sowie von verwandten Schutzrechten (Ziff. 13.2) bezieht. Jedenfalls sind die Ansätze für Fernsehprogramme (Ziff. 14 und 15) bis auf zwei Ausnahmen (Erhöhung von 1,2 auf 1,32 Prozent bei Programmen, in denen fast ausschliesslich Spiel- und Fernsehfilme gezeigt werden sowie der Streichung der separaten Entschädigung für Standbilder) unverändert geblieben. Soweit der Einwand auch die in Ziff. 17 des Tarifs geregelte Mindestentschädigung betreffen könnte, siehe unter Ziff. II/5 hinten.

Die Schiedskommission zweifelt nicht daran, dass das wirtschaftliche Umfeld für die Sender in letzter Zeit schwieriger geworden ist. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Ziff. 13 des Tarifs Prozentsätze enthält, die grundsätzlich an die Nettowerbeeinnahmen anknüpfen. Damit werden diese Vergütungen in Relation zu den Einnahmen eines Senders gebracht; was letztlich bedeutet, dass die wirtschaftliche Situation der Sender bei der zahlen-

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____
_____ 38 mässigen Festlegung der Vergütungen mitberücksichtigt wird. So nimmt bei weniger Einnahmen automatisch die Höhe der zu bezahlenden Vergütung gemäss GT S ab. Damit ist der GT S unmittelbar an die wirtschaftliche Entwicklung gebunden. Die von RRR vorgebrachten ökonomischen Argumente sprechen somit nicht zwingend gegen die vorgenommene Neuregelung.

Zudem sieht der neue Tarif eine Änderung bei den Prozentsätzen (Abstufung in 10-Prozentschritten) ohnehin nur bei Sendern mit Nettowerbeeinnahmen von über 2,5 Mio. Franken jährlich vor (vgl. Ziff. 13.1.a und 13.2.a). Bei Sendern mit weniger Einnahmen bleiben die Sätze unverändert und entsprechen somit weiterhin dem bisherigen Tarif. Die Schiedskommission hat bereits in einem früheren Genehmigungsverfahren (vgl. Beschluss vom 9. Dezember 1999 betr. den GT S, Ziff. II/3c) feinere Abstufungen, die zu einem nutzungsabhängigeren Tarif führen, grundsätzlich begrüsst. Die neu vorgenommenen Abstufungen können daher nicht als unangemessen bezeichnet werden. Dies vor allem auch, weil sie sich im bisherigen Rahmen bewegen, d.h. für Urheberrechte zwischen 1 und 9 Prozent und für verwandte Schutzrechte zwischen 0,3 und 2,7 Prozent betragen. Es findet somit keine generelle Tarifierhöhung statt und es kann weiterhin von der Angemessenheit des GT S gemäss Art. 60 URG ausgegangen werden. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Sender, die sich gerade an einem 'Springpunkt' befinden, durch die verfeinerte Abstufung anders eingestuft werden und daraus tatsächlich individuell eine höhere Entschädigung resultiert. Dies wird aber einerseits dadurch abgefedert, dass die neue und feinere Abstufung nur für Sender mit Nettowerbeeinnahmen von mehr als 2,5 Mio. Franken gilt. Andererseits werden mit der in Ziff. 13.4 getroffenen detaillierten Übergangsregelung für diese Sender sprunghafte Erhöhungen vermieden, was ebenfalls der Praxis der Schiedskommission entspricht. Ausserdem erhalten finanzschwache Sender mit lediglich lokaler Verbreitung gemäss Ziff. 13.3 eine zusätzliche Ermässigung von 10 Prozent.

Auch der Preisüberwacher hat in seiner Stellungnahme die feinere und damit nutzungsabhängigere Abstufung in den Ziff. 13.1.a und 13.2.a begrüsst und darauf hingewiesen, dass
ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____
_____ 39 die in diesen Ziffern enthaltene Tarifierhöhung gemäss der Übergangsregelung von Ziff. 13.4 ihre volle Wirkung erst 2009 entfalten wird.

Im Übrigen hat RRR nicht darlegen können, dass sie Sender vertritt, welche tatsächlich (und nicht nur virtuell) unmittelbar von der Neuregelung im GT S betroffen sind. Gegen die fei- nere Abstufung in den Ziff. 13.1.a und 13.2.a ist daher nichts einzuwenden.

Gemäss Ziff. 9.1 des Tarifs gehören sämtliche geldwerten Leistungen zu den Einnahmen eines Senders. Diese Regelung entspricht dem vom Bundesgericht bestätigten Bruttoprinzip (zuletzt im Entscheid betr. GT K vom 29. Januar 2003, E. 2.2 und 2.3). Auch Gegengeschäf- te mit kulturellem Hintergrund können somit unter die relevanten Einnahmen fallen, aller- dings nur soweit diese auch eine geldwerte Leistung beinhalten. Im Übrigen dürfte es sich bei der Bewertung allfälliger Gegengeschäfte um eine Frage der Tarifierung handeln, die von der Schiedskommission nicht weiter zu prüfen ist.

Somit genügen die von RRR angegebenen Gründe nicht, um dem vorgelegten Tarif die Genehmigung zu verweigern.

4. Gemäss Bundesgericht (vgl. Entscheid betr. Tarif K vom 10. Mai 1995, E. 3.b/bb) muss die Schiedskommission aus Gründen der Rechtsklarheit im Sinne einer Vorfrage abklären, wel- che Teile eines vorgelegten Tarifs der Bundesaufsicht unterliegen und auf welche Teile sich folglich der Genehmigungsentscheid der Kommission bezieht.

Der vorgelegte GT S bezieht sich gemäss dessen Ziff. 4 neu auch auf das zeitgleiche und unveränderte Einspeisen und Mitteilen von Werken und Leistungen im Internet und in ande- ren IP-basierten Netzen durch den Sender parallel zum Senden (sog. Simulcasting) sowie das entsprechende direkte Einspeisen und Mitteilen ohne parallele Sendung (sog. Web- casting).

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____

40 Die

Schiedskommission hat zu prüfen, ob dieser Sachverhalt der Bundesaufsicht gemäss Art. 40 Abs. 1 URG und damit ihrer Kognition untersteht. Gemäss dieser Bestimmung sind insbesondere die Verwertung der ausschliesslichen Rechte zur Aufführung und Sendung nichttheatralischer Werke der Musik (Art. 40 Abs. 1 Bst. a URG) sowie hinsichtlich der verwandten Schutzrechte der Vergütungsanspruch nach Art. 35 URG (Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG) der Bundesaufsicht unterstellt.

Die Lehre hat sich zwar mit der Frage auseinander gesetzt, ob die Übertragung von Radio- und Fernsehsendungen über Internet hinsichtlich der Urheberrechte unter das Senderecht (Art. 10 Abs. 2 Bst. d URG) oder unter das Recht der Wahrnehmbarmachung (Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG) fällt, aber diesbezüglich keine eindeutigen Antworten gegeben. So gehen Barrelet/Egloff (Das neue Urheberrecht, N 26a zu Art. 10 URG) davon aus, dass die verwendete Streaming-Technik zumindest im Radiobereich eine Übermittlung in Echtzeit erlaubt. Da aber die Wahrnehmung durch Empfängerinnen und Empfänger einen aktiven Abruf erfordere, liegt nach ihrer Auffassung kein eigentlicher Sendevorgang vor. Funktional müsse eher von einer Wahrnehmbarmachung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG gesprochen werden. Sie gehen denn auch davon aus, dass das individuelle Abrufen eines Musikwerkes unter das Aufführungsrecht fällt (vgl. N 22 und N 26 zu Art. 10 URG). Auch L. Bühler (Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet, Univ.-Verl., 1999) hat in seiner Dissertation geprüft, ob die Übermittlung von Werken basierend auf der Streaming-Technik unter das Senderecht fällt (vgl. S. 200 f.). Auch für ihn ist zumindest fraglich, ob der bei einer Sendung vorausgesetzte öffentliche Empfang gegeben ist, da die Weiterleitung des Inhalts durch einen nutzerseitigen Abruf aktiviert wird und danach an die individu-

elle Zieladresse des Rezipienten erfolgt. Weil eine vom Abruf unabhängige, verteilte Weiterleitung der Signale nicht stattfindet, lässt sich nach seiner Auffassung das Senderecht nicht direkt heranziehen. Eine analoge Anwendung oder erweiternde Auslegung des Senderechts scheint ihm allerdings tragfähig, da sich der Empfänger funktionsgleich zum traditionellen Rundfunk 'zuschalten' könne. Dass der Empfang nicht bloss das Einschalten des Empfangsgerätes und Einstellen des Sendekanals erfordert, sondern durch die Wahl einer Internet-Adresse, d.h. durch Abruf bewerkstelligt wird, darf nach seiner Auffassung nicht zu

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____

41 einer unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung führen. Bühler ist allerdings der Meinung, dass die Frage der Subsumierung für das Urheberrecht offen bleiben kann, da sich die Übermittlung von Ton- und Bildmaterialien basierend auf der Streaming-Technik zwanglos als Wahrnehmbarmachung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG qualifizieren lasse. Dessemontet (*Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, Rz. 238) subsumiert den fraglichen Sachverhalt ebenfalls eher unter das Wahrnehmbarmachen, wobei er das Aufführungsrecht weit interpretiert und diesem Begriff auch das Recht zum Wahrnehmbarmachen zuordnet (vgl. Rz. 633).

Durch die oben zitierte Lehre ist nicht abschliessend geklärt, ob das so genannte Streaming nun unter Art. 10 Abs. 2 Bst. c (Aufführen) oder Bst. d URG (Senden) fällt. Im Gegensatz zu Art. 11bis RBUE ist der Sendebegriff im schweizerischen Recht allerdings nicht an die Voraussetzung einer drahtlosen Erstaussstrahlung gebunden, hält doch Art. 10 Abs. 2 Bst. d URG ausdrücklich fest, dass eine Sendung auch über Leitung erfolgen kann. Zur Anknüpfung an das Senderecht bzw. zur Abgrenzung gegenüber anderen Tatbeständen der Mitteilung an die Öffentlichkeit könnte daher auch auf die dauernde Sendetätigkeit von einem festen Standort aus sowie die Adressierung an einen nicht zum Voraus bestimmten, grösseren Hörerkreis zwecks Übermittlung eines Programms, d.h. einer gestalteten Abfolge von Inhalten, welche regelmässig geschützte Werke und Leistungen enthalten, abgestellt werden. Diese Kriterien würden zumindest für das Simulcasting eher für eine Subsumierung unter das Senderecht sprechen. Hinsichtlich der nichttheatralischen Werke der Musik fallen indes sowohl das Aufführungsrecht als auch das Senderecht unter die Bundesaufsicht gemäss Art. 40 Abs. 1 Bst. a URG. Folgt man der weiten Interpretation des Aufführungsrechts, ist die Schiedskommission daher unabhängig von der rechtlichen Qualifikation zur Prüfung der fraglichen Tarifbestimmung zuständig. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die verwandten Schutzrechte, da hier die Verwendung im Handel erhältlicher Ton- oder Tonbildträger sowohl zum Zwecke der Sendung wie auch der Aufführung unter Art. 35 Abs. 1 URG fällt und damit der entsprechende Vergütungsanspruch gemäss Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG ebenfalls der Bundesaufsicht unterliegt. Zumindest Barrelet/Egloff (vgl. N 8 zu Art. 35) gehen davon aus, dass Art. 35 Abs. 1 URG sämtliche in Art. 10 Abs. 2 Bst. c bis f genannten Nutzungsarten (und somit auch das Wahrnehmbarmachen) enthalten und entsprechend weit aus-

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____

42 zulegen ist. Aber auch bei Auslegung von Art. 35 URG im Lichte von Art. 12 Rom-Abkommen ist offensichtlich, dass dem ausübenden Künstler bei der Verwendung eines im Handel erhältlichen Tonträgers nicht nur ein Vergütungsanspruch für den Sendetatbestand, sondern

für jede Form der unmittelbaren öffentlichen Wiedergabe und somit auch für die Mitteilung über Draht gewährt wird. Aufführen ist somit auch hier entsprechend Art. 12 Rom-Abkommen mit der öffentlichen Wiedergabe gleichzusetzen.

Die Schiedskommission gelangt auf Grund der obigen Erwägungen zur Auffassung, dass sie gemäss Art. 40 Abs. 1 URG zur Prüfung der fraglichen Verwendungen zuständig ist. Dies auch unabhängig von der Frage, ob die entsprechenden Sachverhalte nun unter Art. 10 Abs. 2 Bst. c oder Bst. d fallen. Die Frage der rechtlichen Qualifikation des Streamings muss so- mit nicht abschliessend geklärt werden und es ist auch hinsichtlich des Mitteilens von Sen- deprogrammen (sog. Simulcasting und Webcasting) im Internet von der Angemessenheit des GT S auszugehen, zumal die Verhandlungspartner offensichtlich mit der getroffenen Lösung einverstanden sind.

Die Verwertungsgesellschaften schliessen allerdings in Bezug auf die verwandten Schutzrechte neue rechtliche Probleme im grenzüberschreitenden Verkehr bezüglich des anwendbaren Rechts nicht aus. Der Tarif hält indessen ausdrücklich fest, dass hinsichtlich der Mitteilung von Leistungen in Kabelnetzen und/oder im Internet nur Mitteilungen in diesem Tarif geregelt sind, die dem schweizerischen bzw. dem liechtensteinischen Recht unterstehen (vgl. Ziff. 4). Swissperform schliesst damit eine Gewährleistung für zusätzliche Vergütungsansprüche bei grenzüberschreitenden Nutzungen aus. Mit dieser Einschränkung kann der Tarif auch unter diesem Gesichtspunkt genehmigt werden.

5. In Ziff. 17 enthält der vorgelegte GT S eine Regelung betreffend Mindestentschädigungen. Die Schiedskommission hat mit Beschluss vom 21. November 1995 (vgl. Ziff. II/11) die damaligen Mindestentschädigungen aus dem GT S gestrichen. Entsprechende Streichungen wurden auch in weiteren Tarifen (vgl. u.a. GT Y vom 3.11.1995, GT K vom 8.12.1995, GT 3b vom 21.11.1996 oder GT 5 vom 21.10.1996) vorgenommen. Dabei wurde diese Art der

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____

43

Entschädigung als fragwürdig bezeichnet, weil auf Grund der mangelnden Transparenz ihre Angemessenheit gemäss Art. 60 URG kaum überprüfbar sei. Die Schiedskommission schloss nicht aus, dass Mindestentschädigungen zu einer Überschreitung der gesetzlich vorgegebenen Limiten der Entschädigungen für Urheberrechte beziehungsweise für nachbarrechtlich geschützte Leistungen führen und lehnte sie ab, falls sie nicht nur ausnahmsweise sondern regelmässig und im Hinblick auf einzelne bestimmte Nutzer zur Anwendung gelangen sollten. Als ungerechtfertigt wurden somit diejenigen Mindestvergütungen angesehen, die sich nicht auf marginale Nutzungstatbestände bezogen, sondern auf die durchschnittliche Nutzung Anwendung fanden. Ein hoher Verwaltungsaufwand der Verwertungsgesellschaften wurde – wie noch unter altem Recht – nicht mehr als Rechtfertigungsgrund für eine Überschreitung der gesetzlich vorgesehenen Höchstbelastung anerkannt. Die Schiedskommission hat aber jeweils nicht ausgeschlossen, dass sich die Einführung oder Beibehaltung einer Mindestvergütung in bestimmten Fällen – insbesondere gestützt auf den Vorbehalt von Art. 60 Abs. 2 zweiter Satz URG – rechtfertigen lässt. Mindestvergütungen sind somit nach Ansicht der Schiedskommission nicht generell unzulässig, sondern können in Randbereichen erlaubt sein; sie dürfen allerdings nicht zur Regel werden. In späteren Beschlüssen wurden Mindestvergütungen vor allem akzeptiert, falls nicht immer die gleiche Nutzerkategorie davon betroffen war (vgl. Entscheid vom 8.12.1995 betr. GT K) oder die Mindestver-

gütung nicht bestritten wurde (vgl. Beschluss vom 4.12.1998 betr. den GT Hb).

Der Einwand von RRR bezieht sich nicht explizit auf die in Ziff. 17 des GT S geregelten Mindestentschädigung. Somit kann in diesem Punkt von einer Einigung unter den Tarifparteien ausgegangen werden, was gemäss Praxis der Schiedskommission die Angemessenheit dieser Bestimmung vermuten lässt. Auf Grund der in einem früheren Verfahren vorgenommenen Streichung der Mindestvergütung in diesem Tarif ist die neu aufgenommene Regelung indessen gleichwohl zu prüfen.

Ziff. 17 des GT S sieht monatliche Mindestentschädigungen in unterschiedlicher Höhe für Radio-Sender, Webradios sowie Fernseh-Sender vor. Bei kürzeren Sendetätigkeiten ist gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung eine tägliche Abrechnung möglich.

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____

44

Gestützt auf die Aussagen der Verwertungsgesellschaften geht die Schiedskommission davon aus, dass die im GT S neu eingefügte Mindestvergütung nur bei marginalen Nutzungen zur Anwendung gelangt und damit insbesondere nicht ganz bestimmte Nutzerkategorien erfasst werden. Die Entschädigungen sind denn auch so tief angesetzt, dass die Höchstsätze in diesen Fällen kaum überschritten werden, zumal auch eine tägliche Abrechnung möglich ist. Die Aufnahme von Mindestvergütungen in Teilbereichen kann denn auch sinnvoll sein, z. B. bei einer speziellen Sendewoche während eines bestimmten Anlasses oder auch für das Radioprojekt einer Schule, da in diesen Fällen die Abrechnung in Prozenten der Einnahmen gemäss Ziff. 8 des Tarifs wohl zu erheblichen Schwierigkeiten führen dürfte. Die vorgeschlagene Lösung hat deshalb sowohl für die Verwertungsgesellschaften wie auch für die Nutzer Vorteile, da über Minimalbeträge nicht genau abgerechnet werden muss. Kleinere Sender oder Webradios sind denn auch oftmals gar nicht in der Lage, ihre Einnahmen zu beziffern bzw. können keine genauen Angaben über ihre Finanzierung machen. Die vorgesehenen Mindestentschädigungen sind für marginale Nutzungen denn auch nicht als unangemessen anzusehen, da ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass bei einer Nutzung im Randbereich der Umfang der genutzten Werke und Leistungen erheblich sein kann. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Mindestentschädigungen relativ tief angesetzt worden sind.

Auf Grund der obigen Erwägungen und des Umstandes, dass auch der Preisüberwacher – der sich in der Vergangenheit mehrmals gegen Mindestentschädigungen in Tarifen ausgesprochen hat – auf die Abgabe einer diesbezüglichen Empfehlung verzichtet hat, wird die entsprechende Bestimmung im Tarif belassen.

Der GT S ist somit in der vorgelegten Fassung vom 19. Mai 2004 zu genehmigen.

6. Gemäss Art. 21b URV sind die Verfahrenskosten grundsätzlich von den Verwertungsgesellschaften zu tragen. Die Schiedskommission kann allerdings in begründeten Fällen einem am Verfahren teilnehmenden Nutzerverband einen Teil der Kosten auferlegen.

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____

45 Die

Schiedskommission prüft in der Folge, ob das Verhalten und insbesondere die beiden Schreiben vom 16. Juni und vom 16. August 2004 von RRR Anlass geben, diesem Verband einen Teil der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Dabei gelangt die Schiedskommission zur

Auffassung, dass diese Schreiben widersprüchlich und unklar formuliert sind. Zumal liess der zuerst erfolgte Vorbehalt, dass gegenüber der Schiedskommission im Rahmen der Vernehmlassung noch weitere Kommentare zum ausgehandelten Tarif vorgebracht werden, nicht auf eine eindeutige Ablehnung dieses Tarifs schliessen. Von einer Tarifpartei darf indessen erwartet werden, dass sie nach den erfolgten Verhandlungen einen Tarif entweder klar ablehnt oder akzeptiert.

Gestützt auf die mit dem Schreiben vom 16. Juni 2004 entstandene unklare Situation wäre es für die Verwertungsgesellschaften aber auch zumutbar gewesen, bei RRR nachzufragen, ob nun Einverständnis zum Tarif vorliegt oder nicht. Das entsprechende Schreiben durfte somit nicht ohne weitere Abklärungen als Zustimmung aufgefasst werden. Die heutige Sitzung wurde indessen nicht allein wegen der fraglichen Stellungnahme von RRR einberufen, sondern auch wegen des Antrags der Verwertungsgesellschaften, es sei die Zuständigkeit der Schiedskommission hinsichtlich Webcasting und Simulcasting abzuklären. Ausserdem wurde anlässlich dieser Sitzung auch die von den Verwertungsgesellschaften erneut in den GT S aufgenommene Mindestentschädigung überprüft.

Unter diesen Voraussetzungen wird darauf verzichtet, RRR einen Teil der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 21a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV und sind somit gemäss Art. 21b URV unter solidarischer Haftung von der SUIISA und der Swissperform zu tragen.

ESchK CAF Beschluss vom 10. November 2004 betreffend den GT S CCF _____
46 III.

Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission: 1. Der Gemeinsame Tarif S (Sender) wird in der Fassung vom 19. Mai 2004 und mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2009 genehmigt.

[...]

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.