

Tonbildträgern festgehaltenen Darbietungen und Aufnahmen nicht theatralischer Musik zu Sende- zwecken im Fernsehen im Sinne von Art. 24b URG. ■ das Recht, in Fernsehsendungen enthaltene Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik in Verbindung mit ihrer Sendung zugänglich zu machen und die dazu notwendigen Vervielfältigungen vor- zunehmen im Sinne von Art. 22 c Abs. 1 lit. a-c URG. 3 Mit der Bezahlung der tarifmässigen Vergütungen sind die Sendungen der SRG über ihre konzessionierten Fernsehprogramme incl. der auf den entspre- chenden Adressierungsmitteln verbreiteten Radioprogramme sowie die wei- teren in Ziff. 2 genannten Nutzungen abgegolten, soweit diese dem schwei- zerischen Recht unterstehen. 4 Nicht abgegolten ist die Weiterverbreitung von geschützten Aufnahmen in Programmen der SRG durch Dritte, unabhängig davon, ob diese Weiterver- breitung eine Weitersendung oder eine Mitwirkung an einer Erstsendung dar- stellt. 5 SWISSPERFORM bringt lediglich die in Rz 2 dieses Tarifes spezifizierten Rechte der ausübenden Künstlerinnen und Künstler und Produzenten von Ton- und Tonbildträgern in den Tarif ein. SWISSPERFORM ist nicht in der Lage, die SRG von Forderungen der Rechtsinhaber frei zu stellen, die sich auf Persönlichkeitsrechte sowie nicht dem Verwertungsrecht unterliegende Ex- klusivrechte der Rechtsinhaber stützen oder die unter fremden Rechtsord- nungen geltend gemacht werden. Vorbehalten bleibt insbesondere die Gel- tendmachung des nicht dem Verwertungsrecht unterstehenden Rechts, eine auf Tonträger festgelegte Darbietung in den Tonteil eines audiovisuellen Wer- kes aufzunehmen. 6 Mit den in Ziff. 7 ff. festgesetzten Vergütungen sind auch die Nutzungen von Archivwerken von Sendeunternehmen im Sinne von Art. 22a URG sowie von

7/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

verwaisten Werken im Sinne von Art. 22b URG abgegolten, soweit diese Nut- zungen die in Ziff. 2 definierten Voraussetzungen erfüllen.

B. Vergütung a) Berechnung 7 Die Vergütung für die Nutzung der unten in Ziffn. 7.1, 7.2 und 7.4 genannten Aufnahmen wird nutzungsbezogen nach den Vorgaben in Ziff. 9 ff. berechnet. Die Vergütung für die Nutzung der in Ziff. 7.3 genannten Aufnahmen wird nach Ziff. 8 pauschal festgesetzt: 7.1 gesendete geschützte nicht mit Bildaufnahmen synchronisierte Handelston- träger incl. diejenigen, die in über Fernsehkanäle ausgestrahlte Radiopro- gramme enthalten sind. Die entsprechende Vergütung schliesst die entspre- chenden Nutzungen nach Art. 24b und Art. 22c URG ein. 7.2 gesendete geschützte Handelstonträger, die mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen incl. Werbespots synchronisiert wurden. Die entsprechende Vergütung schliesst die

entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b und Art. 22c URG ein. 7.3 gesendete geschützte Handelstonbildträger mit Ausnahme der Musikfilme 7.4 gesendete geschützte Musikfilme. Die entsprechende Vergütung schliesst die entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b und Art. 22c URG ein. 8 Die für Nutzungen gemäss Ziff. 7.3 pauschal festgesetzte Vergütung beträgt Fr. 1'050'000.— pro Nutzungskalenderjahr. Steigen oder sinken die jährlichen Gesamteinnahmen der SRG nach Ziff. 12 gegenüber den Gesamteinnahmen des Kalenderjahres 2013 um mehr als 5%, wird die Entschädigung für das entsprechende Nutzungsjahr einer solchen Steigerung bzw. Senkung im Umfang der tatsächlichen Steigerung oder Senkung angepasst. 9 Die Entschädigungen für die Nutzungen gemäss Ziffn. 7.1, 7.2 und 7.4 werden für jedes Programm und jede Nutzungskategorie getrennt berechnet und betragen ■ 1,6575% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.1 am Programm ■ 3,315% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm

8/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

■ 3,315% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.4 am Programm. 10 Eine Abrechnung je Programm nach Ziff. 9 erfolgt, wenn die folgenden Voraussetzungen nachgewiesen sind: ■ es handelt sich um ein konzessioniertes Programm ■ das Programm verfügt nach der Bestätigung des Leiters der Konzernkontrolle über ein getrenntes Rechnungswesen, das die Kosten des Programms nach anerkannten Standards erfasst und ausweist. 11 Als Einnahmen eines Programms im Sinne von Ziff. 9 gelten die jährlichen Gesamteinnahmen der SRG im Fernsehen verteilt auf die Programme im Verhältnis der vom Leiter der Konzernkontrolle bestätigten jährlichen auf das Programm entfallenden Teilkosten. 12 Als Gesamteinnahmen der SRG im Fernsehen im Sinne von Ziff. 11 gelten die jährlichen Einnahmen aus der Tätigkeit der SRG als Sendeunternehmen im Fernsehen, so insbesondere ■ der Anteil der SRG aus den Fernsehempfangsgebühren ■ Erträge aus Leistungsschutzrechten und Urheberrechten an Sendungen und darin enthaltenen Werken ■ Einnahmen aus der Sendung von Mitteilungen und Anzeigen im Fernsehen ■ Einnahmen aus Zuschauerbeteiligungen, Wettbewerben und Aktionen ■ Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Fernsehen, abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch abzüglich 20% der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen. Zu den entsprechenden Einnahmen zählen auch Einnahmen von verbundenen Firmen und Drittfirmen, insbesondere von Produktionsfirmen oder Werbeakquisitionsfirmen, soweit sie auf Grund der

Sende-/Mitteilungstätigkeit der SRG eingenommen werden. Nicht in die Berechnung einbezogen werden nicht mit der Sendetätigkeit zusammenhängende Erträge wie z.B. Erträge auf Finanzanlagen. 13 Einem Programm direkt für eine bestimmte Sendung zugewendete Einnahmen können diesem vorab direkt als Einnahme zugerechnet werden, sofern sie in der Jahresrechnung als direkte Einnahmen dieses Programms ausgewiesen werden.

9/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

14 Bei der Berechnung der Gesamteinnahmen wird in der Regel auf die vom Leiter der Konzernkontrolle der SRG bestätigten Werte abgestellt. Von dieser Regel kann abgewichen werden, wenn wesentliche Einnahmen im Sinne dieses Tarifs direkt bei Tochtergesellschaften oder bei Dritten anfallen. 15 Als geschützte Handelstonträger im Sinne von Ziff. 7.1 und 7.2 gelten Aufnahmen, welche die folgenden Voraussetzungen erfüllen: ■ Sie sind auf einem im Handel erhältlichen Tonträger herausgegeben oder im Sinne von Art. 15 Abs. 4 WPPT zugänglich gemacht worden ■ Bei der aufgenommenen Werkdarbietung wirkt mindestens ein ausübender Künstler oder eine ausübende Künstlerin mit, der oder die aufgrund von Art. 35 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 URG oder aufgrund internationaler Abkommen oder Gegenrecht Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat. Soweit auch die Rechte nach Art. 24b und 22c genutzt werden, gelten die Aufnahmen unabhängig von Gegenrecht und internationalen Abkommen als geschützt. 16 Als geschützte Musikfilme im Sinne von Ziff. 7.4 gelten von Dritten hergestellte Musikvideos, Videoclips und Musikfilme, welche für das Publikum auf Datenträgern oder Online-Angeboten im Handel erhältlich sind, sofern auf der Aufnahme die Darbietung mindestens eines ausübenden Künstlers oder einer ausübenden Künstlerin festgehalten ist, der oder die aufgrund von Art. 35 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 URG oder aufgrund internationaler Abkommen oder Gegenrecht Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat. 17 Ist ein geschützter Handelstonträger gemäss Ziff. 15 in einen nach Ziff. 16 geschützten Musikfilm integriert, so wird lediglich die Vergütung für den geschützten Musikfilm berechnet. 18 Als „Anteil der geschützten Aufnahmen“ im Sinne von Ziff. 9 gilt die jährliche Gesamtzeit der Ausstrahlung geschützter Ton- und Tonbildaufnahmen am gesendeten Programm unabhängig davon, ob die ausgestrahlte Sendung vom Programm selbst produziert worden ist oder ob sie von einem anderen Programm oder von einem Dritten produziert und durch das abrechnungspflichtige Programm lediglich übernommen worden ist. b) Steuern 19 Die Vergütungen verstehen sich ohne eine allfällige Mehrwertsteuer.

SWISSPERFORM Société suisse pour les droits voisins

Tarif A télévision

Utilisation de phonogrammes et de vidéogrammes disponibles sur le marché par la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) à des fins de diffusion à la télévision

Approuvé par la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins le 4 novembre 2013 et publié dans la Feuille officielle suisse du commerce N°



SWISSPERFORM Kasernenstrasse 23 Case postale 8021 Zurich Tél. 044/269 70 50 Fax 044/269 70 60

16/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

A. Objet du tarif 1 Le présent tarif s'adresse à la SSR concernant ses activités d'organisme de diffusion dans le domaine de la télévision. 2 Le tarif se rapporte aux droits suivants : ■ utilisation de phonogrammes et de vidéogrammes disponibles sur le marché et protégés par les droits voisins à des fins de diffusion à la télévision au sens de l'art. 35, al. 1 LDA ; ■ reproduction d'exécutions et d'enregistrements d'œuvres musicales non théâtrales, fixés sur des phonogrammes et vidéogrammes disponibles sur le marché, à des fins de diffusion à la télévision au sens de l'art. 24b LDA ; ■ droit de mettre à disposition des exécutions et enregistrements d'œuvres musicales non théâtrales contenus dans des émissions de télévision en relation avec leur diffusion et de réaliser les reproductions requises à cet effet au sens de l'art. 22c, al. 1, let. a-c LDA. 3 En acquittant les redevances conformément au tarif, la SSR indemnise ses diffusions par le biais des programmes de télévision pour lesquels elle est au bénéfice d'une concession, y compris des programmes radio diffusés sur les moyens d'adressage en question, de même que les autres utilisations énumérées au ch. 2, dans la mesure où elles sont soumises au droit suisse. 4 La retransmission d'enregistrements protégés dans des programmes de la SSR par des tiers n'est pas indemnisée, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'une retransmission ou d'une participation à une diffusion primaire. 5 L'apport de SWISSPERFORM au tarif se limite

10 Un décompte par programme selon ch. 9 est effectué lorsque les conditions suivantes sont prouvées : ■ il s'agit d'un programme bénéficiant d'une concession ; ■ conformément à l'attestation du responsable du contrôle du groupe, le programme dispose d'une comptabilité séparée qui saisit et mentionne les coûts du programme d'après des normes reconnues. 11 On entend par recettes d'un programme au sens du ch. 9 les recettes annuelles totales de la SSR dans le domaine de la télévision réparties entre les différents programmes proportionnellement aux coûts partiels annuels dévolus à chaque programme et attestés par le responsable du contrôle du groupe. 12 On entend par recettes totales de la SSR dans le domaine de la télévision au sens du ch. 11 les recettes annuelles provenant de l'activité de la SSR en tant qu'organisme de diffusion à la télévision, et donc plus particulièrement : ■ la part de la SSR provenant des redevances de réception TV ; ■ les revenus provenant des droits voisins et des droits d'auteur sur les émissions et sur les œuvres qu'elles contiennent ; ■ les recettes provenant de la diffusion de communiqués et d'annonces à la télévision ; ■ les recettes provenant de contributions des téléspectateurs, de concours et d'autres actions ; ■ les revenus de la publicité, du sponsoring et du troc publicitaire à la télévision, moins les coûts effectifs prouvés liés à la prospection, mais au maximum moins 20% de l'ensemble des recettes générées au cours d'un exercice comptable. Les recettes correspondantes incluent également les recettes de sociétés liées et de sociétés tiers, en particulier de sociétés de production ou spécialisées dans l'acquisition de publicité, dans la mesure où elles sont perçues au titre de l'activité de diffusion/de communication de la SSR. Les revenus qui ne sont pas en relation avec l'activité de diffusion, ainsi les revenus d'immobilisations financières, ne sont pas inclus dans le calcul. 13 Les recettes attribuées à un programme directement pour une émission déterminée peuvent lui être imputées d'emblée en tant que recettes dans la mesure où elles figurent dans les comptes annuels en tant que recettes directes de ce programme.

lequel le phonogramme intégré est utilisé ; - nom du compositeur ; - nom de l'interprète principal, éventuellement pseudonyme ou nom du groupe ; - code ISRC (pour autant qu'il soit étayé par des documents ou qu'il ait été communiqué à la SSR sous une forme lisible par le fournisseur de l'enregistrement au moment de la livraison, à partir de l'entrée en vigueur du tarif). 28 Pour les déclarations sans code ISRC, il convient de fournir en sus les renseignements ci-après : - label (s'il est connu) - numéro de catalogue (s'il est connu) ; - numéro interne de l'enregistrement dans une banque de données de la SSR ; - date ou année de l'enregistrement (si elles sont connues) ; - indications du catalogue des œuvres (si elles sont connues) ; - titre de l'œuvre musicale (dans la langue originale selon phonogramme, le cas échéant avec des indications quant à la version (« live », « remix », etc.) du titre de l'œuvre) (si ces renseignements sont connus) ; - pour les enregistrements classiques, indiquer en sus sous la forme habituelle le mouvement qui a été diffusé.

22/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

29 Pour les phonogrammes du commerce qui sont intégrés par la SSR dans des introductions d'émissions ou des bandes-annonces audiovisuelles, il convient de livrer une liste des enregistrements sonores originaux utilisés à cet effet en précisant les renseignements susmentionnés. c) Déclaration des films musicaux selon ch. 7.4 30 La SSR déclare chaque mois à SWISSPERFORM, jusqu'à la fin du mois suivant, les enregistrements selon ch. 7.4 qui ont été diffusés. 31 Les déclarations selon ch. 30 englobent les renseignements suivants : - date de la diffusion (JJ.MM.AAAA) ; - début de la diffusion (hh.mm.ss) ; - durée de la diffusion (hh.mm.ss) ; - titre de l'enregistrement ; - nom du compositeur ; - nom de l'interprète principal, éventuellement pseudonyme ou nom du groupe ; - nom du producteur ou label ; - numéro ISAN (pour autant qu'il soit étayé par des documents ou qu'il ait été communiqué à la SSR sous une forme lisible par le fournisseur de l'enregistrement au moment de la livraison, à partir de l'entrée en vigueur du tarif).

d) Déclaration des utilisations au sens de l'art. 22c LDA 32 La SSR déclare une fois par an, jusqu'au 28 février de l'année suivante, les émissions qui ont été mises à disposition l'année précédente au sens de l'art. 22c LDA. Les déclarations en question incluent le nom de l'émission et le début habituel de la diffusion. e) Format de la déclaration 33 Les déclarations se font sous forme électronique d'après les spécifications techniques suivantes : d'un point de vue technique, il convient de choisir pour format des tableaux Excel. Il est prévu une ligne par diffusion. Les colonnes doivent être séparées uniformément à l'aide d'un signe standard (p. ex. virgule, point-virgule, tabulateur) qui n'apparaît pas dans les données elles-mêmes. Les caractéristiques des diffusions énumérées aux ch. 24 s, 27 s et 31

doivent figurer dans des colonnes distinctes. En principe, les déclarations

23/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

doivent se faire dans un format homogène (nombre et ordre des colonnes, signe choisi pour la séparation, extension de fichier, jeu de caractères, format de la date, format des heures et des durées de diffusion, formatage du texte). En cas de nécessité, la SSR et SWISSPERFORM conviennent du formulaire à utiliser dans le cadre de ces directives. f) Contrôle des déclarations par SWISSPERFORM 34 SWISSPERFORM contrôle les déclarations reçues. Sauf contestation ou de- mande complémentaire concrète dans les 30 jours suivant la remise, les dé- clarations sont considérées comme correctes et complètes. SWISSPERFORM peut renvoyer à l'expéditeur les déclarations incomplètes pour qu'elles soient remaniées. Si elle suspecte des lacunes dans les déclarations, SWISSPERFORM peut par ailleurs exiger de la SSR qu'elle conserve ou qu'elle fournisse pour certaines heures de diffusion, à des fins de contrôle, une copie des dif- fusions réalisées durant cette période ainsi que de plus amples informations sur ces diffusions. g) Violation de l'obligation de déclarer 35 Si, en dépit d'un rappel écrit et de l'octroi d'un délai supplémentaire d'au moins 60 jours, la SSR ne remplit pas ou pas entièrement son obligation de déclarer, SWISSPERFORM peut, pour le programme en question et pour la période de déclaration lacunaire, charger un expert indépendant et neutre de déterminer, aux frais de la SSR, le volume du répertoire protégé utilisé. S'il y a violation à plusieurs reprises de l'obligation mensuelle de déclarer, SWISSPERFORM peut charger un expert indépendant et neutre de surveiller le programme en question en ce qui concerne la diffusion d'enregistrements protégés pour la suite de la durée de validité du tarif, et ce aux frais de la SSR. 36 Si les mesures selon ch. 35 n'aboutissent pas à un résultat probant, SWISSPERFORM peut, pour le programme en question et pour la période de déclaration lacunaire, charger un expert indépendant et neutre d'évaluer le répertoire protégé aux frais de la SSR. 37 Le paiement de la redevance d'après l'estimation ainsi que le dédommagement des frais selon ch. 35 et 36 ne libèrent pas la SSR de l'obligation de mettre à la disposition de SWISSPERFORM ou de l'expert mandaté conformé- ment aux ch. 35 et 36 tous les documents internes relatifs aux diffusions du programme durant la période en question, requis pour l'estimation.

24/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

h) Paiement 38 Les redevances sont payables dans les 30 jours suivant la facturation. 39 SWISSPERFORM peut exiger des acomptes ou d'autres sûretés. En règle générale, les acomptes sont fixés sur la base des décomptes ou paiements de l'année précédente. D. Secret des affaires 40 SWISSPERFORM sauvegarde le secret des affaires. Elle n'utilise les relevés obtenus que pour calculer les redevances suivant le tarif, pour préparer et justifier ses tarifs et ses requêtes vis-à-vis des tribunaux et des autorités de surveillance, pour établir le décompte de ses recettes en faveur des ayants droit et à des fins statistiques exploitables dans un but non commercial. Toute autre utilisation requiert le consentement de la SSR. E. Durée de validité 41 Le présent tarif est valable du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2017. Il se prolonge automatiquement jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau tarif qui suivra et qui doit être soumis au plus tard le 30 mai 2017. 42 Il peut être révisé avant son échéance en cas de modification profonde des circonstances.

25/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung: 1. Mit Beschluss vom 18. September 2012 hat die Schiedskommission eine Tarifvereinbarung zwischen der Swissperform und der SRG SSR genehmigt. Diese sieht vor, dass die Swissperform gegen Akontozahlungen in der Höhe des genehmigten Tarifs Nutzungserlaubnisse erteilt. Mit Eingabe vom 20. Juni 2013 wird verlangt, diese Regelung für das Jahr 2013 fortzusetzen. Dabei einigten sich die Parteien auf eine Pauschalentschädigung von Fr. 1'200'000.00, wobei dieser Betrag für alle Nutzungen der SRG SSR in Fernsehprogrammen nach Art. 22c, Art. 24b sowie Art. 35 URG gelten soll. Gemäss der Vereinbarung verzichtet die Swissperform für das Jahr 2013 auf Nutzungsmeldungen seitens der SRG SSR.

Nachdem die Schiedskommission gemäss ständiger Rechtsprechung die Zustimmung der unmittelbar Betroffenen zu einem Tarif als Indiz für dessen Angemessenheit und Genehmigungsfähigkeit auffasst und sie eine entsprechende Vereinbarung bereits 2012 ge-

nehmigt hat, wird auf eine eingehende Prüfung dieser Übergangsregelung verzichtet. Sie stellt fest, dass sich das Einverständnis der Parteien sowohl auf die rückwirkende Entschädigungsregelung wie auch auf den Verzicht von Nutzungsmeldungen für das Jahr 2013 bezieht. Die zwischen den Tarifparteien Swissperform und SRG SSR abgeschlossene Tarifvereinbarung vom 3./18. Juni 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen für die Nutzungsperiode vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2013 kann daher genehmigt werden.

2. Für einen ab dem 1. Januar 2014 geltenden Tarif in diesem Nutzungsbereich hat die Swissperform ihren Antrag auf Genehmigung eines neuen Tarifs A Fernsehen (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sende Zwecken im Fernsehen) am 18. Juni 2013 und damit innert der gestützt auf Art. 9 Abs. 2 URV bis zu diesem Zeitpunkt verlängerten Eingabefrist eingereicht. Es ist davon auszugehen, dass diese Tarifeingabe gemäss Art. 46 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 URV genügend verhandelt worden ist, zumal die Verhandlungsführung nicht beanstandet wird, obwohl letztlich ein strittiger Tarif eingegeben wurde.

3. 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

26/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet. Im Folgenden sind daher die im Rahmen der Verhandlungen offen gebliebenen Fragen zu klären (vgl. dazu Ziff. I/3 vorne):

3.1. Zulässigkeit von Vorbehalten von nicht dem schweizerischen Verwertungsrecht unterstehenden Rechten im Tarif

a) Die Swissperform macht schützenswerte Interessen an dem in Ziff. 5 des Tarifs A Fernsehen festgelegten Vorbehalt geltend. Insbesondere bestehe ein wesentliches Interesse, die Beschränktheit der Rechtseinräumung auf das Territorium der Schweiz auch im Tarif zu publizieren. Sie weist aber auch darauf hin, dass zwischen den Parteien umstritten ist, ob die Integration einer auf einem Tonträger festgelegten Darbietung in einen Tonbildträger als erneute Aufnahme bzw. Festlegung oder als blosser Vervielfältigung zu werten ist (vgl. dazu hinten Ziff. II/3.3d). Im Übrigen habe sich die Swissperform sowohl im Rahmen der Mitgliedschaftsverträge als auch im Rahmen von Gegenseitigkeitsverträgen Rechte abtreten

3.2. Zur Frage des Schutzes von Handelstonträgern, welche von der SRG SSR als Tonteil von eigenen oder in ihrem Auftrag produzierten Tonbildträgern verwendet werden

a) Die Ziff. 7.2 des Tarifs A Fernsehen sieht eine Vergütungspflicht für gesendete Handelstonträger vor, die mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen inklusive Werbespots synchronisiert wurden. Diese Vergütung schliesst die entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b (Vervielfältigungen zu Sendezwecken) und nach Art. 22c URG (Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke) ein.

b) Die Swissperform geht davon aus, dass die SRG SSR im Rahmen der Produktion des Tonbildträgers einen Handelstonträger vervielfältigt und anschliessend den so hergestellten Tonbildträger zum Zweck der Sendung sowie zum Zweck des Zugänglichmachens vervielfältigt und macht geltend, dass die SRG SSR für die Integration des Tonträgers in einen Tonbildträger die ausdrückliche Bewilligung der ausübenden

28/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

Künstler und Künstlerinnen benötigt, da es sich bei der entsprechenden Nutzung um die Aufnahme einer festgelegten Darbietung auf Tonbildträger im Sinne von Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG handle und dies somit - im Unterschied zum Vervielfältigungsrecht nach Art. 24b URG - nicht dem Wahrnehmungszwang unterliege. Insbesondere würde ein diesbezüglicher Verwertungszwang auch Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 Rom-Abkommen (RA) widersprechen. Im Übrigen bedürfe die SRG SSR für das Zugänglichmachen der mithilfe von Handelstonträgern produzierten Tonbildträger nach Art. 22c URG einer Bewilligung von Swissperform. Die Vervielfältigungen nach Art. 22c und 24b URG seien über den Tarif abzugelten.

c) Die SRG SSR verlangt die Streichung der Tarifziffer 7.2, da sie die Auffassung vertritt, dass mit der Integration eines Tonträgers in einen Tonbildträger der Tonträger seine rechtliche Existenz verliert und sein Schutz in demjenigen des Tonbildträgers aufgeht. Eine Vergütungspflicht nach Art. 35 URG bestehe nur, falls es sich um einen Handelstonbildträger handle. Da aber die Eigenproduktionen der SRG SSR in der Regel im Zeitpunkt der Sendung nicht im Handel erhältlich seien, bleibe kein Raum für einen Vergütungstatbestand, wie ihn die Swissperform im ersten Satz der Ziff. 7.2 normiert habe. Im Übrigen berühre die Integration einer auf einem Tonträger festgelegten Darbietung in einen Tonbildträger ausschliesslich das Vervielfältigungs-, nicht aber das Aufnahmerecht. Während sich nämlich das Aufnahmerecht auf die noch nicht festgelegte Darbietung beziehe, sei das Übertragen einer Aufnahme auf einen anderen Träger nach Art. 33 Abs. 2

nicht vereinbar, knüpfen diese beiden Instanzen doch offensichtlich beim Tonbildträger an (vgl. E. 7.2, Urteil des BVGer vom 20. Januar 2012 sowie E. 4, Urteil des BGer vom 20. August 2012). Da der gesendete Tonbildträger regelmässig vor der Sendung nicht im Handel erhältlich sein dürfte, kommt somit nicht der Vergütungsanspruch gemäss Art. 35 Abs. 1 URG zum tragen, sondern die Regelung von Art. 33 Abs. 2 URG.

Gemäss Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG hat der ausübende Künstler oder die ausübende Künstlerin das ausschliessliche Recht, seine bzw. ihre Darbietung oder deren Festlegung auf Ton- oder Tonbild- oder andere Datenträger aufzunehmen und solche Aufnahmen zu vervielfältigen. Dass damit nicht nur das Vervielfältigungsrecht, sondern

31/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

auch das Aufnahmerecht gemeint ist, ergibt sich insbesondere auch aus der französischsprachigen Fassung dieser Bestimmung: 'L'artiste interprète a le droit exclusif de confectionner des phonogrammes ou des vidéogrammes de sa prestation ou de la fixation sur un autre support de données et de reproduire de tels enregistrements'. Auch die Lehre geht davon aus, dass der Schutz von Bst. c sowohl bei einer Live-Darbietung greift wie auch bei der Sendung einer bereits früher aufgenommenen Darbietung. Dies ergebe sich bereits aus dem Einleitungssatz von Art. 33 Abs. 2 URG, wonach von dieser Bestimmung auch die 'Festlegung' (Aufnahme) einer Darbietung erfasst werde (Rolf auf der Maur, in Müller/Oertli, Stämpflis Handkommentar zum Urheberrecht, zweite Auflage, N. 22 zu Art. 33 URG; ebenso die Botschaft zum URG vom 19. Juni 1989, BBl 1989 III 549).

Die ausübenden Künstler haben somit das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob und gegebenenfalls zu welchen Bedingungen ihre auf einem Tonträger festgelegten Darbietungen in einen Tonbildträger integriert werden dürfen. Damit ist die Schiedskommission auch nicht zuständig, in diesem Bereich eine Angemessenheitskontrolle vorzunehmen. Der erste Satz der Ziff. 7.2 ist somit zu streichen.

Aus den gleichen Gründen ist auch der Hinweis auf Art. 24b URG zu streichen. Da es sich nicht um einen im Handel erhältlichen Tonbildträger handelt, der zum Zwecke der Sendung vervielfältigt wird, gelangt diese Bestimmung nicht zur Anwendung. Eine Entschädigung für das Vervielfältigen der im Tonbildträger integrierten Darbietung kann der ausübende Künstler oder die ausübende Künstlerin ebenfalls im Rahmen von Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG geltend machen.

Dagegen ist das Recht zum Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke gemäss Art. 22c URG tariflich zu regeln, da dieses Recht nur über eine zugelassene

Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann. Auch das Zugänglichmachen bezieht sich wiederum auf den Tonbildträger und die in diesem Träger integrierte Darbietung. Allerdings ist hier für die Geltendmachung des Vergütungsanspruchs durch die Swissperform nicht Voraussetzung, dass es sich um einen im Handel erhältlichen Tonbildträger handelt. Somit fällt das Zugänglichmachen unter die kollektive Verwertung und es braucht hierfür eine Regelung im Tarif A Fernsehen. Die Schiedskommission schlägt daher vor, die gestrichene Ziff. 7.2 durch folgende Bestimmung zu ersetzen: 'Das Zugänglichmachen gesendeter Tonbildträger gemäss

32/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

Art. 22c URG, die vom Sender oder in seinem Auftrag durch Synchronisierung eines geschützten Handelstonträgers produziert wurden.'

Gestützt auf die obigen Erwägungen und der entsprechenden Anpassung der Ziff. 7.2 des Tarif bleibt festzuhalten, dass der Vorbehalt im letzten Satz der Ziff. 5 Tarif A Fernsehen nicht zu streichen ist und im Tarif belassen werden kann (vgl. dazu vorne Ziff. II/3.1.b).

3.3. Zur Frage, ob die Vervielfältigung und das Zugänglichmachen von Musikfilmen bei gegebenen Voraussetzungen unter Art. 24b und Art. 22c URG zu subsumieren sind und die entsprechenden Rechte demnach im beantragten Tarif zu regeln sind

a) Die Ziff. 7.4 des Tarifs A Fernsehen regelt die Vergütung für gesendete geschützte Musikfilme, wobei der Prozentsatz in Ziff. 9 Lemma 3 festgelegt wird. Die entsprechende Vergütung schliesst die Nutzungen nach Art. 22c und Art. 24b URG ein.

Die Swissperform weist darauf hin, dass der Einbezug der Art. 22c und 24b URG davon abhängt, ob nach dem Wortlaut dieser Bestimmungen ein Musikfilm ein Werk der nichttheatralischen Musik ist oder nicht. Sollte dies von der Schiedskommission bejaht werden, sind die entsprechenden Rechte im Tarif zu regeln. Andernfalls seien die Rechte unmittelbar bei den Rechtsinhabern einzuholen. Angesichts der bestehenden Unsicherheit beantragt Swissperform die Behandlung der Musikfilme als nicht-theatralische Werke der Musik und damit deren tarifliche Erfassung. Dies stelle sicher, dass der Tarif eine Bemessungsregel für die Rechte nach Art. 22c und 24b URG enthalte, falls die Schiedskommission oder eine Rechtsmittelinstanz oder allenfalls der Zivilrichter Musikfilme tatsächlich als Werke der nichttheatralischen Musik behandelt haben wolle.

Die SRG SSR geht davon aus, dass Musikfilmen in der Regel Werkcharakter nach Art. 2 Abs. 2 Bst. g URG zukommt. Sollte im Einzelfall einem Musikfilm keine Werkqualität

diese Einnahmen zu den für die Vergütungsberechnung tarifrelevanten Einnahmen der SRG SSR hinzu zu rechnen.

Für die SRG SSR sind im Tarif A Fernsehen nur diejenigen Erträge zu berücksichtigen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Nutzung von Ton(bild)trägern zum Zwecke der Sendung anfallen. Dagegen stünden die Einnahmen der SRG SSR aus dem Programmverkauf sowie den Vergütungen aus den Weitersendetarifen, bzw. aus den Tarifen für den öffentlichen Empfang sowie aus den Kopiertarifen gerade nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Sendetätigkeit. Im Übrigen würden nicht nur die Sendeunternehmen an den Erlösen aus den Gemeinsamen Tarifen 1, 2a, 2b sowie 3a und 3b partizipieren, sondern auch die ausübenden Künstler und die Produzenten. Der Einbezug des SRG-Anteils aus diesen Nicht-Sende-Tarifen in die Berechnungsgrundlage für den Tarif A Fernsehen hätte zur Folge, dass Künstler und Produzenten doppelt an den Verwertungserlösen aus den Nicht-Sendetarifen beteiligt würden.

Gemäss Preisüberwacher ist zu klären, ob die Einnahmen aus dem Programmverkauf zu der mit dem Tarif A Fernsehen erfassten Tätigkeit bzw. Werknutzung gehört. Dabei kommt er zum Ergebnis, dass diese Einnahmen grundsätzlich unabhängig vom eigentlichen Sendevorgang generiert werden. Sie sollten deshalb gemäss seiner Auffassung bei den mit der Sendetätigkeit zusammenhängenden Erträgen höchstens berücksichtigt werden, wenn das Programm vorgängig von der SRG SSR ausgestrahlt worden ist. Andererseits stellt er aber auch fest, dass in verschiedenen Tarifen die jeweils abzugeltende Urheberrechtsentschädigung in die Berechnungsbasis eingerechnet und damit zum massgebenden Bruttoertrag gezählt wird. Dabei gelte es aber zu berücksichtigen, dass es sich bei diesen Beispielen um Urheberrechtsgebühren handle, welche durch die entsprechende Tätigkeit selber anfallen. Er kommt zum Schluss, dass sich eine Ausweitung der massgebenden Einnahmen zumindest vor dem Hintergrund der bisherigen Praxis nicht aufdrängt.

b) Ziff. 12 Lemma 2 des Tarifs A Fernsehen stützt sich auf Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG, wonach bei der Festlegung der Entschädigung in erster Linie der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag zu berücksichtigen ist.

37/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

Bemessungsansatz ist der Ertrag aus der vorgenommenen Nutzung und zwar stets der Bruttoertrag (vgl. M. Rehbinder/A. Viganò, Urheberrecht, 3. Aufl. N. 2 zu Art. 60 URG). So hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Preis für das Eintrittsbillet inklusive des Kostenanteils für den Vorverkauf für die Darbietung eines Werkes bezahlt wird, weshalb ein unmittelbarer Zusammenhang zur Werkverwendung besteht, da vom massgebenden Bruttoertrag für die Bemessung der urheberrechtlich geschuldeten Entschädigung auszugehen sei (BGer im Entscheid vom 29.01.2003 betr. den GT K, E. 2.3.2 und 2.3.3 [in sic! 5/2003 S. 423 f.]). Grundsätzlich gehören zu den Bruttoeinnahmen alle Beiträge, Zuschüsse und Zuwendungen, soweit diese im Hinblick auf die mit der Veranstaltung verbundenen Werknutzung eingenommen werden (vgl. Beschluss der ESchK vom 13.11.2006 betr. GT S, Ziff. 6). Zum Bruttoertrag gehören insbesondere auch die überwälzten Urheber- und Leistungsschutzentschädigungen (Dieter Meier, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, N. 124).

Praxisgemäss muss der Ertrag in unmittelbarem Zusammenhang mit der vom Tarif erfassten Tätigkeit und der damit verbundenen Werknutzung stehen (Beschluss vom 13.11.2006 betr. GT 2a, S. 19). Wie der Preisüberwacher festhält, stellt sich hier die Frage, ob zwischen den Einnahmen aus dem Verkauf sowie der Lizenzierung von Rechten an Sendungen ein unmittelbarer kausaler Zusammenhang mit der urheberrechtlichen Nutzungshandlung gemäss Tarif A Fernsehen besteht.

Obwohl die Einnahmen aus Urheber- und Leistungsschutzrechten bis anhin in den Sendetarifen (wie GT S, Tarif A der SUISA, Tarif A Radio der Swissperform) von den an diesen Tarifen beteiligten Verhandlungspartnern nicht unmittelbar zu den tarifrelevanten Erträgen gezählt wurden, gelangt die Schiedskommission gestützt auf die oben zitierte Rechtsprechung zur Auffassung, dass dieser unmittelbare Zusammenhang gegeben ist und das Bruttonprinzip auch die Einnahmen eines Senders aus der Verwertung von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten umfasst, welche dieser beispielsweise aus Programmverkäufen oder aus anderen Tarifen einnimmt. Daran ändert sich nichts, wenn in anderen Tarifen der Einigungsgedanke in den Vordergrund gerückt worden ist und einvernehmlich andere Regelungen getroffen worden sind. Damit bleibt die Ziff. 12 Lemma 2 unverändert im Tarif.

38/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

3.6. Zur Frage der Höhe des Abzugs für die Akquisitionskosten der Werbung und das Sponsoring

a) Zu den tarifrelevanten Gesamteinnahmen der SRG SSR gehören laut der Ziff. 12 Lemma 5 des Tarifs auch die Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Fernsehen, wobei die nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch 20 Prozent der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen, abgezogen werden können.

Damit hat Swissperform den maximal abziehbaren Kostenanteil von bisher 40 auf 20 Prozent gesenkt. Dies mit der Begründung, dass der Abzug der Kosten für Werbe- und Sponsorenakquisitionen gegen das Bruttoprinzip verstosse. Es sei nicht einzu- sehen, warum eine bestimmte Kategorie von Einnahmen besonders zu privilegieren wäre. Auch bevorzuge der Abzug von bestimmten Kostenkategorien die kommerziel- len Sender gegenüber den nicht oder nicht in erster Linie kommerziellen Angeboten. Mittelfristig werde die vollständige Streichung des Werbe- und Sponsorenakquisiti- onsabzuges beabsichtigt. Mit dem vorliegenden Tarif werde als Übergangslösung die Herabsetzung auf 20 Prozent beantragt. Damit soll eine sprunghafte Tarifierhöhung vermieden und ein sanfter Übergang zum Bruttoprinzip ermöglicht werden. Eventua- liter verzichtet die Swissperform auf einen maximalen Prozentabzug, definiert aber die abzugsfähigen Kosten enger als bis anhin.

Die SRG SSR verweist darauf, dass die Vergütungen gemäss Bruttoprinzip nach dem Basiswert des Nutzungsertrags vor Abzug der Aufwendungen zu berechnen seien. Damit dem Bruttoprinzip keine überschliessende Wirkung zukomme, seien nur Ein- nahmen zu berücksichtigen, die mit der abzugeltenden Nutzung in direktem Zusam- menhang stehen. Umgekehrt seien diejenigen Ausgaben abzuziehen, die ihrerseits nicht in direktem Zusammenhang mit der Werknutzung stehen.

Der Preisüberwacher geht davon aus, dass das Abstützen auf die Nettowerbeeinnah- men dem Bruttoprinzip nicht widerspricht und er erachtet die zusätzlich angeführte Problematik der Abgrenzung der effektiven Kosten für das Einholen dieser Aufträge als lösbares Tarifanwendungsproblem. Auf eine Kürzung des Abzugs für Werbe- und Sponsoringakquisitionen oder letztlich gar die vollständige Streichung dieses Abzugs sei daher zu verzichten. So könnten einerseits die effektiven Kosten für das Einholen

39/44 ESchK CAF Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform) CFDC _____

3. Der Verwertungsgesellschaft Swissperform werden die Verfahrenskosten bestehend aus:
a) einer Spruch- und Schreibgebühr von Fr. 2'500.00 b) sowie dem Ersatz der Auslagen von Fr. 6'180.00 total Fr. 8'680.00 auferlegt.

4. Gegen diesen Beschluss kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht (Postfach, 9023 St. Gallen) Beschwerde geführt werden¹. Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen².

5. Schriftliche Mitteilung an: ■ die Mitglieder der Spruchkammer ■ Swissperform, Zürich (Einschreiben) ■ SRG SSR, Bern (Einschreiben) ■ den Preisüberwacher (zur Kenntnis)

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

L. Hunziker Schnider A. Stebler

¹ Art. 74 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 33 Bst. f und Art. 37 VGG sowie Art. 50 Abs. 1 VwVG. ² Art. 52 Abs. 1 VwVG.

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