

Beschluss vom 5. Dezember 1997
betreffend den Gemeinsamen Tarif Y (GT Y)
(Abonnements-Radio und -Fernsehen)

Besetzung:

Präsidentin:

- Verena Bräm-Burckhardt, Kilchberg

Neutrale Beisitzer:

- Carlo Govoni, Bern
- Martin Baumann, St. Gallen

Vertreter der Urheber bzw. der Rechtsinhaber verwandter Schutzrechte:

- François Magnin, Lausanne

Vertreter der Werknutzer:

- Sigisbert Lutz, Schönbühl

Sekretär:

- Andreas Stebler, Bern

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Die Gültigkeitsdauer des Gemeinsamen Tarifs Y (*GT Y*; Abonnements-Radio und -Fernsehen), den die Schiedskommission mit Beschluss vom 3. November 1995 genehmigt hat, läuft am 31. Dezember 1997 ab. Mit Eingabe vom 29. Mai 1997 haben die beiden am *GT Y* beteiligten Verwertungsgesellschaften SUISA und SWISSPERFORM der Schiedskommission Antrag auf Verlängerung des *GT Y* um ein Jahr, bis zum 31. Dezember 1998 gestellt.

Im Bericht zum Verlängerungsantrag führen die Verwertungsgesellschaften aus, dass die Anwendung des bisherigen Tarifs bei den wenigen Anbietern von Abonnementsprogrammen mit keinen grossen Schwierigkeiten verbunden war. Zusätzlich präzisieren sie, dass es in der Schweiz im Zeitpunkt der Tarifeingabe drei TV-Anbieter (Teleclub AG, Pay TV Lausanne AG, Canal Plus) sowie das Angebot von Music Choice Europe (MCE) mit 44 Radioprogrammen gebe.

Die SUISA hat aus dem *GT Y* nach ihren Angaben Fr. 225'671.- (1995) bzw. Fr. 521'944.- (1996) eingenommen. Die SWISSPERFORM gibt an, Fr. 5'786.60 (1995) bzw. Fr. 2'763.55 (1996) eingenommen zu haben. Die Verdoppelung ihrer Einnahmen führt die SUISA hauptsächlich auf andere Zahlungsmodalitäten zurück, da seit 1995 anstelle der Kabelnetzverbände der Veranstalter von Teleclub selbst abrechne.

2. Die Verwertungsgesellschaften machen geltend, dass der Antrag auf einjährige Verlängerung auch angesichts der beim Bundesgericht hängigen Verwaltungsgerichtsbeschwerde betreffend den Beschluss zum *GT S* gestellt worden sei. Da sowohl der *GT Y* wie auch der *GT S* aufgrund der ähnlichen Nutzungsart - beide würden sich auf das Senden von urheberrechtlich geschützter Musik durch andere Veranstalter als die SRG sowie die Zweitnutzungsrechte gemäss Art. 35 URG beziehen – zusammenhängen würden, liege es nahe, die beiden Tarife bezüglich der Vergütungssätze und der Gültigkeitsdauer gleich zu behandeln.

Deshalb hätten die Verwertungsgesellschaften bereits im Genehmigungsverfahren 1995 eine gleich lange Gültigkeitsdauer beantragt.

3. Gemäss Angaben von SUIISA und SWISSPERFORM wurden im Rahmen der Verhandlungen die folgenden Tarifpartner kontaktiert:
- Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN), Bern;
 - Schweizerischer Gemeindeverband, Schönbühl;
 - Schweizerischer Städteverband, Bern;
 - Verband für Kabelkommunikation (Swisscable), Bern;
 - Music Choice Europe (MCE), Winterthur;
 - Teleclub AG, Zürich.

Ergänzend führen sie aus, dass mit MCE insbesondere über die Basis für die Berechnung der Entschädigung, den Abzug für die Kosten der Werbung neuer Abonnenten (sog. ‘Sales deduction’) sowie hinsichtlich der verwandten Schutzrechte über die rechtliche Qualifikation der Verbreitung digitaler Musikprogramme gesprochen worden sei.

Zu den zwei ersten Punkten verweisen die Verwertungsgesellschaften grundsätzlich auf den Entscheid der Schiedskommission vom 3. November 1995, wobei sie betonen, dass diese beiden Fragen eindeutig und rechtskräftig entschieden worden seien. SWISSPERFORM bekräftigt zudem ihre Auffassung, die von MCE angebotenen Mehrkanaldienste seien nicht als Sendungen zu qualifizieren. Aus präjudiziellen Gründen werde daher vor der Klärung der Rechtslage gegenüber MCE auf die Geltendmachung einer Vergütung für die verwandten Schutzrechte gestützt auf den *GT Y* verzichtet. Im übrigen ist SWISSPERFORM der Ansicht, dass diese zivilrechtliche Frage den Tarif für das Abonnementsradio und die darin vorgesehenen Vergütungssätze für die verwandten Schutzrechte nicht berührt.

Die Verwertungsgesellschaften bestätigen, dass mit MCE im Rahmen der Verhandlungen letztlich keine Einigung über den Tarif erzielt werden konnte. Sie gehen indessen davon aus, dass der *GT Y* in der von der Schiedskommission am 3. November 1995 genehmigten Fassung weiterhin angemessen ist.

4. Mit Präsidialverfügung vom 9. Juni 1997 wurde die Spruchkammer zur Beurteilung des *GT Y* eingesetzt und der Antrag der Verwertungsgesellschaften gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV den in Ziff. 3 erwähnten Verbänden und Organisationen zur Stellungnahme zugestellt. Den Vernehmlassungsadressaten wurde eine schliesslich bis zum 31. Juli 1997 erstreckte Frist zur Stellungnahme angesetzt; dies unter Hinweis darauf, dass im Säumnisfall Zustimmung zum Genehmigungsantrag angenommen werde.
5. Noch vor Ablauf der Vernehmlassungsfrist hat das Bundesgericht mit Entscheid vom 20. Juni 1997 die Verwaltungsgerichtsbeschwerde bezüglich des *GT S* teilweise gutgeheissen, den angefochtenen Entscheid aufgehoben und zur Neuurteilung an die Schiedskommission zurückgewiesen. Dabei wurde von der ESchK verlangt, dass sie im Hinblick auf den Umfang von Art. 35 Abs. 1 URG die offen gelassenen rechtlichen und tatsächlichen Fragen abklärt und auch der Frage der Leistungsschutzrechte bei den Archivierungskopien noch nachgehen müsse. Ausserdem hat das Bundesgericht die innerstaatliche Gültigkeit der von der Schweiz anlässlich des Beitritts zum Rom-Abkommen angebrachten Vorbehalte bestätigt. Daher sei zusätzlich zu prüfen, ob unter diesen Voraussetzungen das von der Schiedskommission angenommene Verhältnis der geschützten zu den ungeschützten Tonträgern weiterhin Bestand habe.
6. In den Verhandlungen mit den Verwertungsgesellschaften hat sich der Verband für Kabelkommunikation (Swisscable) auch namens des Schweizerischen Städteverbandes und des Schweizerischen Gemeindeverbandes angesichts des noch vor Bundesgericht hängigen Verfahrens betreffend den *GT S* mit der Verlängerung einverstanden erklärt. Die Teleclub AG hat der Verlängerung des *GT Y* um ein Jahr ebenfalls ausdrücklich zugestimmt und

diese Zustimmung auch nach dem Bundesgerichtsurteil zum *GT S* gegenüber der Schiedskommission bestätigt. Auch der DUN hatte zunächst gegen eine Verlängerung, 'soweit der Tarif *Y* Fragen regelt, deren Beurteilung durch das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem gegen den Tarif *S* eingeleiteten Verfahren anstehen', nichts einzuwenden. Allerdings unterstützte er grundsätzlich die von MCE vorgebrachten Anliegen. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts zum *GT S* verlangte der DUN - auch in Vertretung von Swisscable, dem Schweizerischen Gemeindeverband sowie dem Schweizerischen Städteverband - mit Schreiben vom 3. Juli 1997, dass dem Verlängerungsgesuch nicht stattgegeben werde und der *GT Y* neu auszuhandeln sei. Dies mit der Begründung, der Entscheid des Bundesgerichts betreffend den *GT S* wirke sich auch auf den *GT Y* aus, da auch in diesem Tarif dieselben Rechtsfragen neu zu beurteilen seien.

7. Mit schriftlicher Stellungnahme vom 30. Juli 1997 verlangte MCE ebenfalls, dass der beantragten Verlängerung des *GT Y* nicht stattgegeben werde und der Tarif neu zu verhandeln sei. Eventualiter wird beantragt, die Verlängerung mit den von MCE vorgeschlagenen Änderungen zu genehmigen. Für diesen Fall wird die Vorlage des Tarifs an den Preisüberwacher verlangt.

Nach Auffassung von MCE verstösst die Weigerung von SWISSPERFORM, ihr gegenüber die Vergütung für die verwandten Schutzrechte nach Art. 35 Abs. 1 URG geltend zu machen, gegen die in Art. 47 Abs. 1 URG verankerte Pflicht der Verwertungsgesellschaften, einen einheitlichen und gemeinsam verwalteten Tarif aufzustellen. Sie behält sich daher vor, gegen diese Weigerung beim Institut für Geistiges Eigentum Aufsichtsbeschwerde zu erheben.

MCE lehnt den Verlängerungsantrag einerseits aufgrund der Auswirkungen des erwähnten Bundesgerichtsentscheides auf den *GT Y* sowie andererseits wegen bevorstehender technischer Neuerungen, die sich auf die Berechnung der Vergütung auswirken könnten, ab. Falls die Verlängerung trotzdem genehmigt werden sollte, beantragt MCE verschiedene Ände-

rungen. So sei grundsätzlich (allenfalls zumindest im Fall des sog. ‚Digital Packaging‘) von den Einnahmen des Programmveranstalters (MCE) als Berechnungsbasis auszugehen. Falls nicht von diesen Einnahmen ausgegangen wird, beantragt MCE eventualiter einen Abzug bis zu 40 Prozent von den Kosten für Abonnentenwerbung.

8. Da die Nutzerorganisationen Gelegenheit hatten, im Rahmen ihrer Vernehmlassungen den Bundesgerichtsentscheid vom 20. Juni 1997 miteinzubeziehen, wurde den Verwertungsgesellschaften zusätzlich die Möglichkeit eingeräumt, ergänzende Anträge zum Verfahren zu stellen beziehungsweise zu den von der Nutzerseite eingereichten Vernehmlassungen Stellung zu nehmen:

In ihrem Schreiben vom 10. September 1997 erklärte die SUIISA, sie sehe im Bundesgerichtsentscheid zum *GT S* keinen Grund, Neuverhandlungen anzusetzen. Sie stellte sich auf den Standpunkt, der *GT Y* sei weiterhin gültig. Im übrigen würde sich – soweit dies aufgrund der fehlenden Erwägungen feststellbar sei – an den urheberrechtlichen Bestimmungen des *GT Y* nichts ändern. Ergänzend wurde zu den Anträgen von MCE ausgeführt, dass eine Lizenzierung beim Anbieter eines Programmpaketes nicht unpraktikabel erscheine, und bereits heute ein solcher Anbieter in der Westschweiz lizenziert werde.

Auch die SWISSPERFORM wies in ihrer Stellungnahme vom 10. September 1997 darauf hin, dass aufgrund des erst im Dispositiv bekannten Bundesgerichtsentscheides, sich die Auswirkungen dieses Urteils auf anderer Tarife kaum abschätzen lasse. Aus terminlichen Gründen sei eine Neuverhandlung des Tarifs unter Berücksichtigung dieses Urteils bis zum Auslaufen des geltenden Tarifs ohnehin nicht mehr möglich. Die Verlängerung um ein Jahr sei eine geeignete Lösung, um den Parteien Gelegenheit zu geben, ein mit den andern Tarifen koordinierte zukunftssträchtige Lösung zu finden. Weiter wurde ausgeführt, dass MCE offensichtlich versuche, in der Schweiz einen präjudiziellen Entscheid über die Berechnungsbasis von Sendetarifen herbeizuführen, welchen sie im Ausland verwenden könne. Es frage sich, ob angesichts des geringen finanziellen Interesses MCE nicht zugemutet werden

könne, ein Jahr zuzuwarten. Dabei gelte es auch zu beachten, dass der einzige bedeutende Nutzer, die Teleclub AG, der Verlängerung zugestimmt habe. Zudem sei es nicht Sache der ESchK, sich zur zivilrechtlichen Qualifikation der Tätigkeit von MCE und der Verpflichtung der SWISSPERFORM zur Anwendung des *GT Y* auf diese Tätigkeit zu äussern. Abschliessend wird die Absicht bekräftigt, auf den 1. Januar 1999 eine für alle Sendetarife einheitliche und rechtlich abgesicherte Tarifgrundlage zu verwirklichen.

9. Da offensichtlich nicht alle massgebenden Nutzerverbände beziehungsweise Nutzer dem *GT Y* im Rahmen der Verhandlungen zugestimmt haben, wurde mit Präsidialverfügung vom 12. September 1997 die heutige Sitzung einberufen. Gleichzeitig wurden die Akten gestützt auf Art. 15 Abs. 2^{bis} des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) dem Preisüberwacher zur Stellungnahme unterbreitet und auch den Nutzerorganisationen noch die Möglichkeit geboten, sich ergänzend zu den Eingaben der Verwertungsgesellschaften zu äussern.

MCE hält in ihrer zusätzlichen Eingabe vom 30. September 1997 vollumfänglich an ihren Anträgen fest. Zur Stellungnahme der SUIISA weist sie darauf hin, dass der SUIISA offensichtlich die 'Lizenzierung beim Anbieter eines Programmpaketes' nicht unpraktikabel erscheine. Sie nimmt aber auch nochmals zur Frage Stellung, ob MCE ein Sender oder eine Nutzerin von Exklusivrechten sei, und lehnt letzteres ab. Sie wehrt sich auch gegen den Vorwurf, die Kosten des Verfahrens würden in keinem Verhältnis zum Nutzen stehen, da die von der ESchK zu beurteilende Fragen grundsätzlicher Natur seien und unabhängig der Kosten einer Klärung bedürften. Nachdem die SUIISA die Bruttoeinnahmen von MCE als Berechnungsbasis nicht ausschliesse und dies sogar bereits in anderen Fällen praktiziere, sollte es nach Auffassung von MCE möglich sein, eine Einigung zu erzielen.

10. Auch der Preisüberwacher weist auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Juni 1997 betreffend den *GT S* hin. Er geht davon aus, dass der *GT Y* die gleichen Mängel aufweise wie der *GT S*. So sei auch hier die Tragweite von Art. 35 Abs. 1 URG offen gelassen und

der Gegenrechtsvorbehalt gemäss Art. 35 Abs. 4 URG nicht richtig eingeschätzt worden. Beide Punkte könnten aber die Höhe der Entschädigung beeinflussen. Es seien daher noch zusätzliche Rechts- und Sachverhaltsabklärungen nötig, welche sich wohl kaum innert nützlicher Frist, d.h. bis Ende Jahr, nachholen liessen. Unter diesen Umständen bleibe wohl nichts anderes übrig, als für 1998 eine provisorische Übergangsregelung zu treffen. Je nach Ergebnis dieser zusätzlichen Abklärungen wären Ausgleichszahlungen zu leisten. Im übrigen könne das Jahr 1998 dazu genutzt werden, die Frage der Bemessungsgrundlage des Tarifs und der Abzüge sowie die Auswirkungen der neuesten technischen Entwicklungen vertieft zu prüfen. Er empfiehlt daher, den *GT Y* provisorisch bis Ende 1998 zu verlängern.

11. Im Rahmen der mündlichen Anhörung bestätigen die Verwertungsgesellschaften die von ihnen gestellten Anträge. Eventualiter verlangt die SUIISA gestützt auf die zwischenzeitlich vorliegenden schriftlichen Erwägungen des Bundesgerichts zum *GT S*, allenfalls nur die Urheberrechtsbestimmungen des *GT Y* für ein Jahr zu verlängern.

Die SWISSPERFORM betont nochmals, dass die Frage, ob MCE ein Sendeunternehmen sei, zivilrechtlich geklärt werden müsse. Sie könne dies nicht für die jeweiligen Rechtsinhaber beurteilen. In Deutschland sei ein entsprechender Vorschlag der Einigungsstelle vom 13. Februar 1997 jedenfalls nicht akzeptiert worden, und diese Frage sei gegenwärtig bei den Zivilgerichten hängig. Zudem ist SWISSPERFORM der Auffassung, dass ein derart wichtiger Entscheid nicht in einem Verlängerungsverfahren - wenn auch bloss vorfrageweise - beschlossen werden sollte.

Der DUN sowie weitere Nutzerorganisationen verlangen, zunächst die Auswirkungen des Bundesgerichtsentscheids vom 20. Juni 1997 zum *GT S* zu klären. Der *GT Y* entspreche nicht in allen Teilen diesem Entscheid, und es sei störend, einen widersprechenden Tarif zu verlängern. Grundsätzlich wird somit an der Ablehnung der Verlängerung festgehalten. Eventualiter wird dennoch der Antrag gestellt, den *GT Y* zu verlängern. In diesem Fall seien indessen die Verhandlungen für einen neuen Tarif bereits anfangs 1998 aufzunehmen

und dabei auch die Einführung neuer Technologien sowie der Bundesgerichtsentscheid zum *GT S* zu berücksichtigen.

MCE bestätigt das Hauptbegehren, den Tarif nicht zu verlängern. Allenfalls ist sie mit einer provisorischen Verlängerung einverstanden, falls die Verwertungsgesellschaften bereit sind, so rasch wie möglich Verhandlungen über einen neuen Tarif aufzunehmen. Dabei sei auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass im digitalen Bereich ein enormes Entwicklungspotential stecke. In Kürze sei MCE theoretisch in grossen Teilen der Schweiz empfangbar; die verschiedenen grundsätzlichen Fragen könnten daher nicht aufgeschoben werden. Inskünftig müsse auch intensiver als bis anhin verhandelt werden. Bei einer allfälligen Verlängerung des *GT Y* wird beantragt, die vorgeschlagenen Änderungen zu berücksichtigen. Falls der Tarif unverändert genehmigt werde, müssten die Verwertungsgesellschaften verpflichtet werden, im Januar des kommenden Jahres die Verhandlungen aufzunehmen. Eine solche Verlängerung dürfe zudem kein Präjudiz für die Anträge von MCE sein.

Auch die Teleclub AG gibt zu bedenken, dass erhebliche Veränderungen im digitalen Bereich bevorstünden. Sie schliesst sich der Aufforderung an, die Verhandlungen für einen neuen Tarif möglichst rasch zu beginnen. Die Verwertungsgesellschaften seien an ihre Verhandlungspflicht zu erinnern.

12. Auf die weiteren von den Parteien sowohl in ihren schriftlichen Eingaben wie auch anlässlich der mündlichen Anhörung geäusserten Auffassungen wird bei den einzelnen von der Schiedskommission zu beurteilenden Punkten einzugehen sein.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

A. Formelles

1. Die Verwertungsgesellschaften SUIISA und SWISSPERFORM haben ihren gemeinsamen Antrag auf Verlängerung der Gültigkeitsdauer des *GT Y* am 29. Mai 1997 eingereicht und damit die Eingabefrist gemäss Art. 9 Abs. 2 URV gewahrt. Ebenso wurden die weiteren sowohl den Verwertungsgesellschaften wie auch den Nutzerorganisationen angesetzten Fristen für die Abgabe ihrer jeweiligen Stellungnahmen eingehalten.
2. Die beteiligten Nutzerorganisationen haben teilweise die Verhandlungsführung der Verwertungsgesellschaften beanstandet. So rügte insbesondere MCE, dass die Verwertungsgesellschaften wenig Neigung gezeigt hätten, den vorgebrachten Argumenten Rechnung zu tragen und die Rahmenbedingungen eines Abonnementsradios gebührend zu berücksichtigen.

Den eingereichten Unterlagen lässt sich entnehmen, dass die Tarifpartner von der SUIISA mit Schreiben vom 13. Februar 1997 auf den vor Bundesgericht hängigen Entscheid zum *GT S* hingewiesen und ihnen gleichzeitig die Aufnahme von Verhandlungen betreffend den *GT Y* angeboten worden ist. Mit Ausnahme von MCE erklärten sich die Tarifpartner in der Folge denn auch grundsätzlich mit einer einjährigen Verlängerung einverstanden. Allerdings brachte auch der DUN im Zusammenhang mit den Vorbringen von MCE gewisse Vorbehalte an. In der Folge wurde eine Verhandlungsrunde durchgeführt, welche allerdings ergebnislos verlief.

Art. 46 Abs. 2 URG verpflichtet die Verwertungsgesellschaften dazu, mit den massgebenden Nutzerorganisationen über die Gestaltung eines Tarifs zu verhandeln. Die Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zum URG (BBl. 1989 III 557) stellt dazu fest, dass, falls die Verhandlungen zu keinem Erfolg führen oder sie von den Nutzerverbänden abgelehnt werden, die Verwertungsgesellschaften berechtigt sind, ohne weiteres ihren Tarif zur

Genehmigung vorzulegen. Auch *Govoni* (SIWR II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Basel 1995, S. 443) ist der Auffassung, dass in Fällen, in denen die Verwertungsgesellschaften die Verhandlungen mit den Nutzerorganisationen abbrechen, dies nicht unbedingt bedeuten müsse, dass die Pflicht mit der gebotenen Einlässlichkeit zu verhandeln, verletzt worden ist und der Genehmigungsantrag deshalb zurückzuweisen ist. Ein Abbruch der Verhandlungen kann demnach gerechtfertigt sein, wenn die Positionen festgefahren sind und keine Möglichkeit einer Einigung besteht.

Im vorliegenden Verfahren gilt es insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich um einen Antrag auf unveränderte Verlängerung der Gültigkeitsdauer eines bereits einmal genehmigten Tarifs und nicht um eine neue Vorlage handelt. Zwar sind von Nutzerseite - nebst den bereits im früheren Verfahren vorgebrachten Argumenten - auch neuere technische Entwicklungen, die zu einer veränderten Situation geführt hätten, erwähnt worden. Es hat sich aber gezeigt, dass deren tatsächliche Auswirkungen auf den *GT Y* noch nicht genügend abgeklärt sind (s. hinten Ziff. II/B/2b). Dazu kommt, dass im Zeitpunkt der Verhandlungen das Verfahren betreffend den *GT S* vor Bundesgericht noch hängig war, und dessen allfällige Auswirkungen auf den *GT Y* noch nicht feststanden. Obwohl beim *GT Y* bei den umstrittenen Punkten somit keine Einigung mit MCE gefunden werden konnte, kann den Verwertungsgesellschaften nicht vorgeworfen werden, sie seien ihrer Verhandlungspflicht nach Art. 46 Abs. 2 URG nicht nachgekommen.

3. Gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid vom 20. Juni 1997 zum *GT S* wird die ESchK die Fragen rund um die ephemeren Aufnahmen (Art. 35 Abs. 1 URG) sowie - im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Art. 35 Abs. 4 URG zum Rom-Abkommen - die Auswirkungen dieses Entscheids auf den Anteil der in der Schweiz geschützten Tonträger zu klären haben. Diese Fragen sind aber von der Kommission in Zusammenhang mit dem *GT S* zu behandeln und können nicht in diesem Verfahren vorgezogen werden. Dies gilt insbesondere auch angesichts des Umstandes, dass diesbezüglich zusätzliche Abklärungen erforderlich sind und das Verfahren zum *GT S* bereits weiter fortgeschritten ist. Die Verwer-

tungsgesellschaften begründeten ihren Antrag auf Verlängerung denn auch mit der unsicheren Lage aufgrund des *GT S* und hielten auch nach Vorliegen der schriftlichen Begründung des Bundesgerichts an diesem Antrag fest. Auch der Preisüberwacher geht in seiner Stellungnahme davon aus, dass unter diesen Umständen der *GT Y* als Übergangslösung provisorisch bis Ende 1998 verlängert werden kann.

Es ist sodann festzustellen, dass die offenen Fragen im Zusammenhang mit dem *GT S* nur die verwandten Schutzrechte und nicht die Urheberrechte betreffen. Es gilt somit zu beachten, dass dem vorliegenden Tarif in Bezug auf die Urheberrechte eine wesentlich grössere Bedeutung zukommt als für die verwandten Schutzrechte und ein bedeutender Nutzer der Verlängerung ausdrücklich zugestimmt hat. Der Umstand, dass sich die Betroffenen anlässlich der mündlichen Anhörung zur Frage der Auswirkungen des Bundesgerichtsentscheids zum *GT S* auf den *GT Y* nicht eingehend geäussert und ebensowenig die erforderlichen Grundlagen für eine andere Beurteilung geliefert haben, lässt vermuten, dass die im *GT S* zu beurteilenden Punkte im Zusammenhang mit dem *GT Y* nicht derart zentral sind. Die Verlängerung der Gültigkeitsdauer des *GT Y* um ein Jahr scheint somit unter diesem Gesichtspunkt nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass aus zeitlichen Gründen – der *GT Y* läuft am 31. Dezember 1997 ab – Neuverhandlungen kaum innert nützlicher Frist abgeschlossen werden können.

Die Schiedskommission beschliesst daher, auf den Verlängerungsantrag der Verwertungsgesellschaften einzutreten und lehnt eine Rückweisung zwecks Neuverhandlungen ab.

B. Materielles

1. 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. Die Angemessenheit eines Tarifs wird nach den Kriterien des Art. 60 URG beurteilt.

Die Schiedskommission genehmigte den *GT Y* in der nun zur Verlängerung vorgelegten Fassung am 3. November 1995. Damals hat sie um die Genehmigungsfähigkeit zu erreichen, gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG etliche Änderungen an der Vorlage der Verwertungsgesellschaften vorgenommen. Mit der erfolgten Genehmigung wurde die grundsätzliche Angemessenheit des *GT Y* in jenem Zeitpunkt bestätigt.

2. Diese Angemessenheit wird im vorliegenden Verfahren von einem Nutzer erneut in Frage gestellt. Insofern sich MCE allerdings darauf beschränkt, die schon im letzten Tarifgenehmigungsverfahren vorgebrachten Argumente zu wiederholen, ohne dass sich die diesbezüglichen Voraussetzungen bedeutend geändert haben, verzichtet die Schiedskommission darauf, im Rahmen dieses Verfahrens darauf einzutreten. Sie beschränkt ihre Prüfung daher auf die von MCE neu vorgebrachten Punkte:
 - a) Sollte die Schiedskommission den Verlängerungsantrag nicht vollständig ablehnen, beantragt MCE, die Vergütung bei digitalen Abonnementsradios, die keine Werbung senden, in der Regel in Prozenten der Einnahmen des Programmveranstalters bzw. in Prozenten des Betriebsaufwandes zu berechnen. Der entsprechende frühere Entscheid der ESchK sei in Wiedererwägung zu ziehen. Dies sei sowohl aufgrund der Tatsache, dass die englische Verwertungsgesellschaft (Performing Right Society Limited) zwischenzeitlich die Berechnung der Entschädigung auf der Grundlage der Bruttoeinnahmen von MCE anerkannt habe sowie aufgrund anderer seit der letzten Beschlussfassung eingetretener Entwicklungen gerechtfertigt.

Grundsätzlich ist nach dem vom Gesetzgeber in Art. 60 Abs. 1 Bst. a festgelegten Tantiemensystem bei der Berechnung der Entschädigung von dem aus der Nutzung erzielten Ertrag auszugehen; hilfsweise kann auch auf den Nutzungsaufwand abgestellt werden. Gemäss Botschaft des Bundesrates zum URG (BBl. 1989 III 565) ist letzteres insbesondere zulässig, wenn mit der Nutzung gar keine Einnahmen erzielt werden oder wenn diese in keinem Zusammenhang mit der Nutzung stehen. Die Schiedskommission ist in ihrem Entscheid vom 3. November 1995 (Ziff. 9, S. 43 ff.) zur Ermittlung der Berech-

nungsgrundlage vom Bruttoprinzip ausgegangen und hat festgestellt, dass als Berechnungsgrundlage für die Entschädigung grundsätzlich der vom Abonnetten bezahlte Betrag (unter Abzug der Decoderkosten) zu gelten habe.

Die Praxis der Schiedskommission, die Vergütung für die Nutzung von Urheberrechten sowie von verwandten Schutzrechten in einem Prozentsatz des Bruttoerlöses auszudrücken, zu dem grundsätzlich alle Einnahmen wie beispielsweise Beiträge, Subventionen, andere Zuschüsse und Zuwendungen sowie Konzessions- und Abonnementsgebühren gehören, wurde vom Bundesgericht wiederholt bestätigt (s. Entscheid vom 24. März 1995 betr. Leerkassettenabgabe; E. 7b).

Da MCE aus ihrer Tätigkeit offensichtlich Einnahmen aus der Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten erzielt, hält die Schiedskommission daher im Rahmen dieses Verlängerungsantrages an ihrem Entscheid vom 3. November 1995 fest, dass in der Regel für die Berechnung der Entschädigung von den Einnahmen wie insbesondere den von den Teilnehmern bezahlten Beiträgen (Abonnementsgebühren) auszugehen ist und hierfür weder an die Einnahmen von MCE als Programmveranstalter noch an dessen Betriebsaufwand anzuknüpfen ist.

- b) Eventualiter ersucht MCE, ihre Einnahmen als Berechnungsgrundlage zu betrachten, falls für die Verbreitung ihres Mehrkanalprogrammes nicht mehr ein eigener Decoder verwendet wird, sondern zusammen mit Fernhabonnementsprogrammen ein gemeinsamer Decoder (sog. 'Digital Packaging'). Dies wird damit begründet, dass es beim 'Digital Packaging' nicht mehr möglich sei, mittels objektiver Kriterien zu bestimmen, welcher Teil der Abonnementseinnahmen auf welches Programm entfällt, da der Abonent inskünftig eine einzige Gebühr für eine Vielzahl von Fernseh- und Musikkkanäle bezahle. Die Berechnung der Vergütung könne somit nicht mehr auf der Basis der vom Abonnetten bezahlten Gebühr erfolgen, sondern nur noch gestützt auf den Ertrag, den die beteiligten Sendeunternehmen aus der Verbreitung der paketierte Programme erzie-

len würden. Es wird geltend gemacht, dass in Deutschland ein entsprechender Vertrag bereits mit dem Sender DF 1 bestehe, welcher auch die Ausstrahlung des MCE-Programms in die Schweiz über Satellit umfasse. Diese technische Neuerung würde dazu führen, dass im *GT Y* die Möglichkeit vorzusehen sei, die Entschädigung der Rechteinhaber auf der Basis des Bruttoertrags von MCE zu berechnen.

Abklärungen der Schiedskommission anlässlich der mündlichen Anhörung haben gezeigt, dass dieses 'Digital Packaging' in der Schweiz noch nicht eingeführt ist und auch ein allfälliger Einführungszeitpunkt noch nicht feststeht. Eine erhebliche Auswirkung dieser neuen Technologie auf den Tarif ist daher zumindest im Rahmen der einjährigen Verlängerung nicht zu erwarten. Für die Dauer der Verlängerung drängt sich somit eine diesbezügliche Tarifänderung nicht auf. Zudem stellt die Schiedskommission fest, dass es nicht unmöglich ist, den geltenden Tarif zumindest provisorisch auf das 'Digital Packaging' anzuwenden und die entsprechenden Einnahmen einem bestimmten Veranstalter zuzuordnen. Sie teilt indessen die Auffassung, dass die Auswirkungen neuer technischer Verbreitungsmöglichkeiten auf einen bestehenden Tarif zu klären sind, und im Hinblick darauf, möglichst bald mit den Verhandlungen begonnen werden sollte. Davon vor allem die Nutzerseite über das erforderliche Wissen über die zu erwartenden neuen Technologien verfügen dürfte, wird ihr im Rahmen der Verhandlungen eine entsprechende Mitwirkungspflicht zukommen.

- c) Im weiteren wiederholt MCE den bereits im letzten Genehmigungsverfahren vorgebrachten Antrag, den Abonnementsradios ohne Werbeeinnahmen zuzugestehen, die effektiven, mit dem Einholen neuer Abonnenten verbundenen Kosten bis zu einer Höhe von 40 Prozent abziehen zu können (sog. 'Sales deduction').

Zur Begründung führt MCE an, dass die konventionellen (sich über Werbeeinnahmen finanzierenden) Privatradios von den effektiven Kosten für das Einholen von Werbeaufträgen bis zu 40 Prozent der von den Auftraggebern bezahlten Beträgen abziehen kön-

nen. Es wird diesbezügliche Gleichbehandlung verlangt, in dem ebenfalls für die Werbung von Abonnementsteilnehmern höchstens 40 Prozent vom Bruttoertrag abgezogen werden dürfen.

Ergänzend weist MCE darauf hin, dass der bereits erwähnte Einigungsvorschlag der deutschen Schiedsstelle aus Gründen der Gleichstellung mit den Privatsendern einen Abzug für Marketingkosten von 15 Prozent als angemessen erachtet habe und auch die belgische wie die holländische Verwertungsgesellschaften einen derartigen Abzug für Teilnehmerwerbung gewähren würden.

In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Schiedskommission bereits in ihrem Beschluss vom 3. November 1995 ein entsprechendes Begehren abgewiesen hat. Ergänzend bleibt festzustellen, dass sowohl der *GT Y* (Ziff. 12) wie auch der *GT S* (Ziff. 11) einen Abzug der Kosten für das Einholen von Werbeaufträgen zulassen. Somit wird diesbezüglich zwischen den konventionellen Privatradios (*GT S*) und den Abonnementsradios (*GT Y*) kein Unterschied gemacht. Unterschieden wird allerdings zwischen Sendern, die Einnahmen aus der Werbung haben und solchen, die über keine derartigen Einnahmequellen verfügen. Dabei ist es der Zweck der tariflichen Regelung diejenigen Sender, die ohne Werberegie arbeiten mit denjenigen gleichzustellen, die eine Werberegie beauftragen. Aus diesem Grunde dürfen die ohne Werberegie arbeitenden Sender einen Abzug für ihre Werbekosten vornehmen.

Davon sind die Kosten für die Werbung von Abonnenten zu unterscheiden. Grundsätzlich ist diesbezüglich am Bruttoprinzip und damit am Entscheid der ESchK, für die Teilnehmeraquisition keinen Abzug zuzulassen, festzuhalten. Tatsächlich lassen sich die beiden Sachverhalte (Werbeaquisition bzw. Teilnehmeraquisition) nicht vergleichen. Durch eine unterschiedliche Behandlung liegt denn auch kein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot vor. Zudem ist festzustellen, dass auch Sender, die sich über Werbeeinnahmen finanzieren, Hörerwerbung betreiben müssen und diesbezügliche Kos-

ten daher ebenfalls anfallen. Liesse man somit bei MCE einen Abzug für Hörerwerbung zu, müsste dies aus Gleichbehandlungsgründen auch bei diesen Sendern zu einem entsprechenden Abzug führen. Damit würde aber das Bruttoprinzip durchbrochen, müsste doch letztlich auch in anderen Tarifen den Nutzern regelmässig ein Abzug für die Werbung ihrer Besucher oder Kunden zugestanden werden.

Im übrigen blieb unbestritten, dass der erwähnte Einigungsvorschlag der deutschen Schiedsstelle offenbar nie in Kraft getreten ist und die entsprechenden Rechtsfragen nun von den zuständigen Zivilgerichten geklärt werden. Dass zwei ausländische Verwertungsgesellschaften - anscheinend ohne ausdrückliche Verpflichtung - einen derartigen Abzug zulassen, ist im Rahmen dieses Entscheides unwesentlich und muss daher unberücksichtigt bleiben.

4. a) Nach Auffassung von MCE stellt die Weigerung von SWISSPERFORM, ihr gegenüber die Vergütungsansprüche nach Art. 35 Abs. 1 URG wahrzunehmen, einen Verstoss dar gegen die in Art. 47 Abs. 1 URG verankerte Pflicht der Verwertungsgesellschaften, einen einheitlichen und gemeinsamen Tarif aufzustellen und danach zu handeln. Diese Weigerung von SWISSPERFORM sei insbesondere willkürlich und rechtswidrig, weil MCE von der SUISA als Sendeunternehmen betrachtet werde und die ESchK auch in ihrem Beschluss vom 3. November 1995 davon ausgegangen sei, MCE sei ein Sendeunternehmen. Mit Verweis auf den deutschen Einigungsvorschlag wird darauf hingewiesen, dass die Rechtslage in Deutschland eindeutig für eine derartige Qualifikation spreche und auch die Verhandlungen, die MCE mit anderen europäischen Verwertungsgesellschaften führe, würden darauf beruhen, dass MCE ein Sendeunternehmen analog dem konventionellen Radio sei. Unter diesen Umständen sei es nicht zu vertreten, auf Jahre hinaus mit Nachforderungen der SWISSPERFORM rechnen zu müssen. MCE behält sich in diesem Punkt denn auch eine Aufsichtsbeschwerde beim Institut für Geistiges Eigentum vor.

b) Es stellt sich somit die Frage, ob die Tätigkeit von MCE bezüglich der verwandten Schutzrechte unter Art. 35 Abs. 1 URG fällt und damit die entsprechenden Ansprüche nur von der zugelassenen Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden können (Art. 35 Abs. 3 URG) oder ob dadurch das ausschliessliche Verbreitungsrecht des Künstlers oder Tonträgerherstellers (Art. 33 bzw. Art. 36 URG) betroffen ist. Mit Beschluss vom 3. November 1995 (E. II/6b) hat die ESchK klargestellt, dass in einem Tarif nicht nur umstrittene Tarifbestimmungen, welche in die Zuständigkeit des Zivilrichters fallen, sondern auch solche mit rein deklaratorischem Inhalt zu vermeiden sind. Aus diesem Grunde wurde die Ziff. 3 Abs. 2 des damals vorgelegten Tarifs gestrichen, welche bestimmte, dass der Tarif weder die ausschliesslichen Rechte der ausübenden Künstler nach Art. 33 URG noch diejenigen der Hersteller von Ton- bzw. von Tonbildträgern nach Art. 36 URG - soweit diese nicht in den Anwendungsbereich des Art. 35 URG fallen - noch diejenigen der Sendeunternehmen nach Art. 37 URG betrifft. Aber auch die Ziff. 4 (Punkt 4) der Tarifvorlage, welche davon ausging, dass sich der Tarif hinsichtlich der verwandten Schutzrechte auf alle Nutzungen bezieht, welche unter den Begriff der 'Verwendung eines im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgers zum Zwecke der Sendung' nach Art. 35 URG fallen, wurde gestrichen.

Der zur Verlängerung beantragte Tarif bestimmt somit bloss, dass er sich auf die Verwendung von durch verwandte Schutzrechte geschützte im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger, die Darbietungen des Repertoires der SWISSPERFORM enthalten, bezieht (Ziff. 3) und dass zu diesen Verwendungsarten insbesondere die Sendung und das Verbreiten in Kabelnetzen (Ziff. 4) gehört.

Fällt somit die Tätigkeit von MCE unter Art. 35 Abs. 1 URG ist offensichtlich, dass eine tariflich festgelegte Entschädigung für die Nutzung verwandter Schutzrechte zu leisten ist und die Weigerung der SWISSPERFORM, diese Vergütung entgegenzunehmen, als Pflichtverletzung nach Art. 54 URG aufgefasst werden könnte, was allenfalls durch die zuständige Aufsichtsbehörde zu prüfen wäre. Greift dagegen MCE mit ihrer Tätigkeit in

ein ausschliessliches Recht gemäss Art. 33 oder Art. 36 URG ein, so ist nicht die SWISSPERFORM, sondern der jeweilige Rechtsinhaber zur Geltendmachung seiner Rechte zuständig. In diesem Fall käme der *GT Y* nicht zur Anwendung.

Es geht hierbei somit um die zivilrechtliche Frage, ob ein Tarif überhaupt auf einen bestimmten Sachverhalt anwendbar ist. Die Schiedskommission müsste sich dazu – wenn auch nur vorfrageweise – nur äussern, falls dadurch die Angemessenheit des Tarifs berührt wäre (vgl. hiezu den Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Mai 1995 betr. den *GT K*). Da die Angemessenheit des Tarifs vorliegend aber nicht in Frage gestellt ist, kann die Abklärung der rechtlichen Qualifikation der Tätigkeit von MCE durch die Schiedskommission offen gelassen werden.

Gemäss Art. 47 Abs. 1 URG haben diejenigen Verwertungsgesellschaften, die im gleichen Nutzungsbereich tätig sind, für die gleiche Verwendung von Werken oder von Darbietungen nach einheitlichen Grundsätzen einen gemeinsamen Tarif aufzustellen und eine einzige Gesellschaft als gemeinsame Zahlstelle zu bezeichnen. Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass die Werknutzer für bestimmte Verwendungshandlungen die Vergütungen mit verschiedenen Gläubigern aushandeln müssen (vgl. Botschaft zum URG, BBl. 1989 III 558). Den Nutzern soll ein einheitlicher und überblickbarer Gesamttarif angeboten werden. Die Pflicht zur Aufstellung gemeinsamer Tarife entspricht daher ihrem Bedürfnis nach einer möglichst gebündelten Rechtswahrnehmung (*Govoni*, a.a.O., S. 420).

Die beiden im gleichen Nutzungsbereich tätigen Verwertungsgesellschaften haben bezüglich der Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Abonnementsradios einen gemeinsamen Tarif aufgestellt. Falls sich nun eine Verwertungsgesellschaft auf den Standpunkt stellt, dass eine bestimmte Nutzung gar nicht unter die kollektive Verwertungspflicht fällt, kann der Art. 47 Abs. 1 URG nicht verhindern, dass die jeweiligen Rechtsinhaber diese Ansprüche individuell wahrnehmen. Sollte die Tätigkeit

von MCE indessen unter die Tarifpflicht fallen, so ist der *GT Y* entsprechend anwendbar. Ein Verstoss gegen die Pflicht zur Aufstellung eines gemeinsamen Tarifs liegt somit nicht vor.

5. Anlässlich der mündlichen Anhörung ist verschiedentlich zum Ausdruck gekommen, dass es beim *GT Y* auch um neuen Technologien geht, welche von den Verwertungsgesellschaften eine gewisse Flexibilität bei der Gestaltung des Tarifs voraussetzen. Es ist daher davon auszugehen, dass, falls sich diese neuen Technologien durchsetzen und sie auch neue wirtschaftliche Verwertungsformen zur Folge haben sollten, in einem nächsten Genehmigungsverfahren zu prüfen sein wird, ob der *GT Y* diesbezüglich weiterhin angemessen ist.

Letztlich sind sowohl die beiden beteiligten Verwertungsgesellschaften wie der DUN und die von ihm vertretenen Organisationen und die Teleclub AG mit der Verlängerung einverstanden. Mit dem Vorbehalt, dass von den Verwertungsgesellschaften für die kommenden Verhandlungen mehr Flexibilität erwartet werde, kann sich auch MCE mit der Verlängerung um ein Jahr einverstanden erklären.

Unter diesen Voraussetzungen beschliesst die Schiedskommission, den *GT Y* um ein Jahr, bis zum 31. Dezember 1998, zu verlängern.

C. Kosten

Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 21a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d sowie Art. 21b URV. Die Verfahrenskosten sind somit von den antragstellenden Verwertungsgesellschaften zu tragen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Die Gültigkeitsdauer des mit Beschluss vom 3. November 1995 genehmigten *Gemeinsamen Tarifs Y* (Abonnements-Radio und -Fernsehen) wird bis zum 31. Dezember 1998 verlängert.
2. Den am Tarif beteiligten Verwertungsgesellschaften SUISA und SWISSPERFORM werden die Verfahrenskosten bestehend aus:
 - a) einer Spruch- und Schreibgebühr von Fr. 2'000.00
 - b) sowie dem Ersatz der Auslagen von Fr. 1'982.90total Fr. 3'982.90 auferlegt. Sie haften dafür solidarisch.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Mitglieder der Spruchkammer
 - die SUISA, Zürich
 - Herrn Dr. E. Brem, Zürich, zH. SWISSPERFORM
 - Frau Dr. C. Bolla, Bern, zH. Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN), Schweizerischer Gemeindeverband, Schweizerischer Städteverband und Verband für Kabelkommunikation (Swisscable)
 - Herrn Fürsprecher F. Probst, Winterthur, zH. Music Choice Europe (MCE)
 - Teleclub AG, Zürich
 - den Preisüberwacher
4. Gegen diesen Beschluss kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden.*

Eidg. Schiedskommission für die
Verwertung von Urheberrechten
und verwandten Schutzrechten

Die Präsidentin:

Der Sekretär:

* Art. 74 Abs. 2 URG; Art. 97 Abs. 1 OG i.V.m. Art. 5 VwVG sowie Art. 98 Bst. e und Art. 106 Abs. 1 OG.

V. Bräm-Burckhardt A. Stebler