



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Beschluss vom 21. Oktober 2011
betreffend den Gemeinsamen Tarif 3c (GT 3c) [2008-2010]

Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ('Public Viewing')

ESchK
CAF
CFDC

Beschluss vom 21. Oktober 2011 betreffend den *GT 3c*

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Mit Beschluss vom 8. April 2008 hat die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) einen neuen *Gemeinsamen Tarif 3c* (Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ['Public Viewing']) der Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs, SUISA, Suissimage und Swissperform mit einer Gültigkeitsdauer vom 15. Mai 2008 bis zum 31. Dezember 2010 genehmigt. Dieser Beschluss wurde vom Europäischen Fussballverband UEFA und der SRG SSR idée suisse (SRG SSR) beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Die entsprechende Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde von diesem – nachdem sich auch noch das Bundesgericht (vgl. Entscheid vom 18. März 2009) zur Parteistellung von UEFA und SRG SSR äussern musste - mit Beschluss vom 21. Februar 2011 teilweise gutgeheissen, der Beschluss vom 8. April 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die ESchK zurückgewiesen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine zunächst gewährte aufschiebende Wirkung am 29. Mai 2008 durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben und der *GT 3c* rückwirkend auf den 15. Mai 2008 in Kraft trat und bis zum Ablauf seiner Gültigkeitsdauer Ende 2010 von den Verwertungsgesellschaften offenbar auch angewendet wurde.

2. Der *GT 3c* bezieht sich auf die zeitgleiche und unveränderte Wahrnehmbarmachung von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen und Projektionsflächen von mehr als drei Metern Diagonale ausserhalb des privaten Kreises (vgl. Ziff. 2.1 *GT 3c*).

Mit ihrem Beschluss vom 8. April 2008 hat die Schiedskommission vorfrageweise entschieden, dass die vom Tarif erfassten Nutzungen - soweit es um das zeitgleiche und unveränderte Wahrnehmbarmachen gesendeter oder weitergesendeter Werke und Leistungen geht - gemäss Art. 22 Abs. 1 bzw. Art. 38 URG der Pflicht zur Kollektivverwertung unterliegen und hat in der Folge den *GT 3c* genehmigt.

3. Hinsichtlich der von der ESchK mit diesem Beschluss vorfrageweise zu klärenden Rechtsfrage, ob diese Nutzung der kollektiven Verwertung unterliegt, hält das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid vom 21. Februar 2011 fest, dass ein gegenüber Art. 22 URG vorbehaltenes Vorführrecht der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen bezüglich Sendungen auf Grossbildschirmen zu verneinen ist und bestä-

tigte damit die Qualifikation von Public Viewings als Nutzungsform nach Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG, welche der kollektiven Verwertung unterliegt.

Damit hat das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich den Entscheid der Schiedskommission (vgl. Ziff. 5.7 Urteil BVG) vom 8. April 2008 bestätigt. Allerdings ist die ESchK in ihrem Beschluss davon ausgegangen, dass in diesem Verfahren weder der UEFA noch der SRG SSR gestützt auf Art. 46 Abs. 2 URG Parteieigenschaft zukommt. Da sämtliche am Tarif beteiligten massgeblichen Nutzerverbände mit dem Tarif einverstanden waren, ist die ESchK gestützt auf ihre langjährige Praxis von der Angemessenheit des vorgelegten Tarifs ausgegangen und hat auf eine Angemessenheitsprüfung verzichtet (vgl. Ziff. II/6b des Beschlusses der ESchK).

4. Nachdem das Bundesgericht mit Entscheid vom 18. März 2009 im vorliegenden Fall feststellte, dass die Beschwerdeführerinnen UEFA und SRG SSR sich wegen der Einführung des *GT 3c* kurz vor der EURO 2008 von allen anderen Rechtsinhabern, auf die der *GT 3c* allenfalls künftig anwendbar sein wird, durch ihre herausragenden und schützenswerten Interessen unterscheiden (vgl. BGE 135 II 178 E. 2.3.1) und die beiden Beschwerdeführerinnen unter dieser Voraussetzung zum Verfahren zuliess, vertrat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid vom 21. Februar 2011 (Ziff. 6.2., S. 17f.) die Auffassung, dass die Vermutung der Angemessenheit bei einem Einigungstarif nicht bedeuten könne, dass gewichtige Anzeichen gegen eine solche Entsprechung ausser Acht gelassen werden dürfen. So sei insbesondere die Zustimmung der Nutzerverbände nicht als Anlass für eine formelle Kognitionsbeschränkung, sondern bloss als Indiz für die wahrscheinliche Zustimmung aller massgeblichen Berechtigten unter Konkurrenzverhältnissen anzusehen. Gewichtige Indizien, die gegen eine solche Annahme sprächen, dürften darum nicht ausgeklammert werden. Da vorliegend solche Interessen gewichtiger Berechtigter gegen die Annahme einer unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertragsituation sprechen würden, habe die Vorinstanz nicht stillschweigend von der Angemessenheit des *GT 3c* ausgehen dürfen. Die Angemessenheit des Tarifs wäre vielmehr – so das Bundesverwaltungsgericht - trotz der Zustimmung der zu den Verhandlungen zugelassenen Nutzerverbände materiell zu prüfen gewesen.

Auch aus der Bindungswirkung der genehmigten Tarife für die Gerichte folgert das Bundesverwaltungsgericht, dass es bei der materiellen Prüfung eines Tarifs nicht genügen könne, seine Anwendbarkeit im Regelfall festzustellen und Ausnahmen, in welchen keine vergütungspflichtigen Nutzungen bestehen, die aber dennoch unter den Tarifwortlaut fallen, späteren Auseinandersetzungen im Einzelfall zu überlassen (Ziff. 6.2). Bejahe nämlich ein Gericht das Bestehen einer Rechtsgrundlage, so könne es die Angemessenheit des Tarifs nicht mehr in Frage stellen (vgl. dazu auch BGE 133 III 477). Als Folge dieser Bindungswirkung dürfe die Vorinstanz bei ihrer Angemessenheitsprüfung die dem Tarif zugrundeliegenden, tatsächlichen Annahmen nicht von der inhaltlichen Überprüfung ausnehmen. Im Widerspruch dazu habe die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zwar erwogen, dass weder die Unterscheidung zwischen kleinen und grossen Bildschirmen in Abhängigkeit von der Bildschirmdiagonale noch die Unterscheidung von Hintergrund- und Vordergrundunterhaltung beim Wahrnehmbarmachen von Sendungen ein taugliches Kriterium im audiovisuellen Bereich darstelle, den Tarif aber dennoch mit der darin enthaltenen Grenze von drei Metern Bildschirmdiagonale genehmigt. Der Tarif sei auch genehmigt worden, ohne dass er einen klaren Vorbehalt enthalte bzw. ein Verfahren vorsehe, wie wahrnehmbar gemachte Sendungen, die ausschliesslich unter Art. 37 URG fallen, nur mit Bezug auf verwandte Schutzrechte und einem entsprechenden Abzug für fehlende Darbietungs- und Produzentenvergütungen abgerechnet werden könnten.

Das Bundesverwaltungsgericht geht denn auch davon aus, dass die beiden Beschwerdeführerinnen UEFA und SRG SSR sinngemäss die Unangemessenheit des *GT 3c* rügten (vgl. Ziff. 6) und wirft der ESchK vor, sie habe es unterlassen, sich mit der Notwendigkeit eines zusätzlichen Tarifs für eine in technisch vergleichbarer Weise bereits in mehreren genehmigten Tarifen enthaltenen Nutzungsform auseinanderzusetzen. So sei insbesondere der kostensparende Effekt für die Beteiligten bei Abrechnung und Inkasso auch mit Bezug auf ähnliche Nutzungsweisen im Zuständigkeitsbereich derselben Verwertungsgesellschaft, also insbesondere zwischen dem *GT 3a* und dem *GT 3c* zu prüfen. Es sei auch nicht einzusehen, weshalb – nachdem die Beschränkung des *GT 3a* auf Veranstaltungen mit Bildschirmdiagonalen von drei Metern sowie die Abgrenzung von Vordergrund- und Hintergrundunterhaltung nach überzeugender Ansicht der Vorinstanz untaugliche Kriterien im Audiovisionsbereich darstellen – noch ein zusätzlicher Tarif erlassen werden müsse. Die einzelnen Grün-

de hierfür seien noch zu überprüfen. Insbesondere folge aus der Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften nicht, dass formale Fragen wie die Aufspaltung der Wahrnehmung eines Rechts in mehrere Tarife von der Angemessenheitsprüfung ausgenommen und der Autonomie der Verwertungsgesellschaften überlassen seien. Zur Gestaltung eines Tarifs im Sinne von Art. 46 Abs. 2 URG zähle vielmehr auch die Verteilung der vertretenen Rechte auf einen oder mehrere Tariferlasse.

Auch zur Höhe der Vergütungen habe sich die Vorinstanz nicht geäußert. Immerhin falle diesbezüglich auf, dass die Vergütungen im *GT 3c* erheblich über die Ansätze des *GT 3a* hinausgehen, wofür das von der Vorinstanz verworfene Kriterium der Hintergrundunterhaltung nicht ausreiche. Die Vorinstanz wurde aufgefordert, den Gründen für die zwischen diesen Vergütungen bestehenden Abweichungen nachzuforschen und allenfalls den Verwertungsgesellschaften Gelegenheit zur Verbesserung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 URV zu gewähren.

5. Im Anschluss an den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts gelangten sowohl die Verwertungsgesellschaften wie auch der Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) und Gastrosuisse als Nutzerverbände mit Schreiben an die Schiedskommission. Die Verwertungsgesellschaften und die beiden Nutzerverbände verlangten, dass der *GT 3c* ohne Änderungen von der Schiedskommission auf dem Zirkulationsweg bestätigt wird.

Mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2011 wurde die Spruchkammer zur Neubeurteilung des *GT 3c* eingesetzt und den Tarifparteien wie auch der UEFA und der SRG SSR Frist zur freiwilligen Vernehmlassung angesetzt. Gleichzeitig wurde den Verwertungsgesellschaften eine Frist angesetzt, um den *GT 3c* im Sinne der Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Angemessenheitskontrolle zu überprüfen.

- 5.1. Mit Schreiben vom 16. Juni 2011 stellen sich die Verwertungsgesellschaften nicht dagegen, in diesem besonderen Fall eine materielle Angemessenheitskontrolle vorzunehmen. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass der *GT 3c* zwei die UEFA betreffende Übergangsbestimmungen enthalte und damit dieser Organisation tatsächlich eine Sonderstellung zukomme. Sie betonen indessen, dass sie den Tarif im Lichte der Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts überprüft hätten und wieder-

um zum klaren Ergebnis gekommen seien, dass dieser in seinem Aufbau und in sämtlichen Bestimmungen angemessen sei. Es gebe somit keinen Anlass, den Tarifantrag zu ändern. Insbesondere wünsche keine der Parteien eine Änderung und es sei auch kein Grund ersichtlich, der eine Änderung von Amtes wegen rechtfertige.

Sie machen geltend, der Einbezug in den *GT 3a* sei weder sinnvoll noch möglich, weil die beiden Tarife eine sehr unterschiedliche Struktur aufweisen würden. So beziehe sich der geltende *GT 3a* sowohl auf Radio- als auch auf Fernsehsendungen und darüber hinaus auch auf die Wiedergabe von Ton- und Tonbildträgern, habe also einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich als der vorliegende *GT 3c*. Zudem gehe die Entschädigungshöhe im *GT 3a* von den Kosten aus, wobei zur Abstufung der Entschädigung die Grundfläche des Raumes diene. Dies ergebe im *GT 3c* keinen Sinn, weil dessen Hauptanwendungsbereich bei Veranstaltungen im Freien liege. Die Übernahme der Regelung des *GT 3c* in den *GT 3a* würde einen Fremdkörper darstellen und hätte eine enorme Verkomplizierung des *GT 3a* zur Folge. Die beiden Tarife hätten im Übrigen unterschiedliche Anwendungsbereiche. Das Hauptanwendungsgebiet des *GT 3a* liege bei der Wiedergabe von Tonträgern bzw. dem Empfang von Radiosendungen im Dauerbetrieb. Demgegenüber sei der *GT 3c* für Anlässe mit Veranstaltungscharakter bestimmt, wofür in der Regel keine Dauerbewilligungen erteilt würden.

Ausserdem sei im Rahmen des Genehmigungsverfahrens betreffend den *GT 3a* die Aufteilung in zwei separate Tarife (*GT 3a Radio* und *GT 3a TV*) von der ESchK gutgeheissen, aber letztlich wegen der Unangemessenheit einzelner Entschädigungsansätze zurückgewiesen worden. Es gebe somit gar keinen *GT 3a TV*, in den die Regelung des *GT 3c* allenfalls hätte integriert werden können. Auch hätte ein entsprechender Einbezug nur zu einer weiteren Belastung der so schon schwierigen Verhandlungen im *GT 3a* geführt. Der Weg über einen speziellen Tarif für den Fernsehempfang auf Grossbildschirmen habe sich angesichts des dringenden Regelungsbedarfs, d.h. der bevorstehenden Fussball-Europameisterschafts-Endrunde in der Schweiz, als sinnvolle und angemessene Lösung erwiesen.

Die Entschädigungsansätze würden an die frühere Praxis der SRG SSR anknüpfen, welche sich im Rahmen der zwar praktizierten, aber nicht den gesetzlichen Vorgaben

entsprechenden Rechtevergabe herausgebildet habe. Damit handle es sich um Preise, die aus einem marktmässigen Angebot entstanden seien. Auch habe die praktische Anwendung während der letzten drei Jahre die Angemessenheit der Regelung bestätigt. Zudem verkenne das Bundesverwaltungsgericht, dass die UEFA und die SRG SSR nicht die Entschädigungshöhe beanstandeten, sondern die Erteilung von Bewilligungen für den Fernsehempfang auf Grossbildschirmen an nicht-monetäre Bedingungen geknüpft haben wollten. Die Verwertungsgesellschaften hätten dieses Anliegen geprüft und seien zum Ergebnis gekommen, dass derartige Forderungen zur Unangemessenheit des Tarifs führen müssten, da sie gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Berechtigten und wohl auch gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstossen würden. An dieser Auffassung werde auch im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung festgehalten. Zudem hätten auch die Nutzerverbände nicht-monetäre Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung abgelehnt.

Weiter weisen die Verwertungsgesellschaften darauf hin, dass der Tarif sehr wohl getrennte Entschädigungen für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte vorsehe und das vom Bundesverwaltungsgericht verlangte Verfahren somit bereits enthalte. Würde demnach ein Public Viewing nur verwandte Schutzrechte betreffen, so müssten nur diese Entschädigungen bezahlt werden. Allerdings habe die praktische Anwendung gezeigt, dass es gar keine solchen Fälle gebe. Klarzustellen sei in diesem Zusammenhang, dass die Zahl der in Bezug auf ein bestimmtes Werk an Urheberrechten Berechtigten für die im Rahmen einer Kollektivverwertung zu bezahlende Entschädigung keine Rolle spielen könne. Dies sei einzig für die Verteilung des Erlöses relevant. Dies müsse auch beim Public Viewing gelten. Somit könne eine geringere Zahl von Berechtigten auch nicht zu einer Reduktion der Entschädigung führen. Ein Wegfall von Interpreten- oder Produzentenrechten führe aus dem gleichen Grund auch nicht zu einer Reduktion der Entschädigung für die verwandten Schutzrechte.

Die Verwertungsgesellschaften gehen in der Folge davon aus, dass es sich beim eingereichten Tarif um einen Einigungstarif handelt und die Angemessenheit auch dadurch gegeben sei, dass die unveränderten Tarifansätze an die früheren Marktpreise anknüpfen.

- 5.2. Der ebenfalls an der Vernehmlassung teilnehmende Verband Gastrosuisse hält den am 8. April 2008 genehmigten Tarif für angemessen und weist darauf hin, dass es nicht sachdienlich gewesen wäre, hätte man die Verhandlungen des *GT 3a* zusätzlich mit einer Implementierung einer *GT 3c*-Regelung erschwert, zumal sich der *GT 3c* in struktureller und nutzungsbedingter Hinsicht wesentlich vom *GT 3a* unterscheidet. So beispielsweise hinsichtlich der Nutzungsdauer (kurz- bzw. langfristige Nutzung). Obwohl Gastrosuisse generell eine auf der Nutzungsfläche basierende Tariferhebung befürwortet, sei es beim 'Public Viewing' sachgerecht, die Vergütung aufgrund der Bildschirmdiagonale zu bemessen. Damit könne hier die Höhe der Vergütung einfach, schnell und klar festgelegt werden. Aber auch aus zeitlichen Gründen sei damals eine Integration in den *GT 3a* nicht erstrebenswert gewesen.

Der *GT 3c* habe sich in der Praxis bestens bewährt; so sei bezüglich der von der FIFA organisierten Fussball-Weltmeisterschaft 2010 in Sachen 'Public Viewing' alles vollkommen reibungslos gelaufen. Die FIFA habe denn auch den *GT 3c* für das 'Public Viewing' akzeptiert und auf ihrer Homepage auf die entsprechende Regelung hingewiesen.

- 5.3. Die UEFA und die SRG SSR gehen in ihrer gemeinsamen Eingabe vom 22. Juli 2011 davon aus, dass die Verwertungsgesellschaften mit ihrer neuesten Stellungnahme die Argumentation von UEFA und SRG SSR in den beiden Verfahren betr. *GT 3c* sinngemäss übernommen hätten, würden sie doch nun selbst einen Unterschied einerseits zwischen Veranstaltungscharakter und akzessorischer Nutzung sowie andererseits zwischen Dauernutzung im Rahmen des laufenden Fernsehprogrammes und einem einmaligen Anlass geltend machen.

In ihrem Hauptstandpunkt gehen UEFA und SRG SSR weiterhin davon aus, dass der Tatbestand des selektiven Wahrnehmbarmachens bestimmter Sendefolgen für einen einmaligen Anlass und derjenige der Nutzung mit Veranstaltungscharakter - im Gegensatz zur akzessorischen Nutzung - nicht unter den Verwertungszwang von Art. 22 Abs. 1 URG fallen.

Sie äussern sich daher nur in ihrem Eventualstandpunkt zur Angemessenheit des *GT 3c* und machen geltend, dass dieser Tarif nur dann als angemessen gelten könne,

wenn er nicht nur die finanziellen Bedingungen der Nutzungen regle, sondern auch nicht-monetäre Voraussetzungen enthalte. Sie gehen davon aus, dass bei Ausschliesslichkeitsrechten auch nicht-monetäre Bedingungen in den Tarif aufgenommen werden können, was die ESchK in ihrem Beschluss vom 16. Dezember 2010 auch bestätigt habe. Sinngemäss halte auch das Bundesgericht solche Nebenleistungen in einem Tarif für zulässig und durchführbar (vgl. BGE 133 III 568 E. 5.6). Dagegen könnten auch nicht wettbewerbsrechtliche Gründe oder die Gleichbehandlungspflicht ins Feld geführt werden. Es wird denn auch davon ausgegangen, dass ausschliesslich Berechtigte ihre Sponsoren selbst bei obligatorisch kollektiver Verwertung schützen können müssten.

6. Da die Parteien Gelegenheit hatten, sich schriftlich zu den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zu äussern, wird das Genehmigungsverfahren betr. *GT 3c* auf dem Zirkularweg fortgesetzt.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Mit Urteil vom 21. Februar 2011 (E. 5.6) hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass sich das öffentliche Zeigen von Sendungen neben dem öffentlichen Auf- und Vorführen von Werken und neben der Sendeverbreitung zwar an ein eigenes, zusätzliches Publikum richte und damit eine eigene Nutzungsform darstelle. Diese falle jedoch unabhängig von ihrer Bedeutung für den entsprechenden Anlass und von der Publikums- und Bildschirmgrösse unter Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG, da sie in jedem Fall getrennt von einem allfälligen Studiopublikum sowie von den Fernsehabonnentinnen und –abonnenten erfolge, ohne dass es für die Qualifikation dieses Publikums oder für dessen Getrenntsein darauf ankäme, welchen Einfluss der Werkgenuss auf die Entscheidung des Publikums nimmt, das ‘Public Viewing’ zu besuchen. Auch habe der Gesetzgeber das Wahrnehmbarmachen von Sendungen nicht etwa versehentlich, pauschal oder in Abhängigkeit von anderen Nutzungsformen der kollektiven Verwertung unterstellt, sondern dafür mit Art. 22 URG eine eigene Bestimmung geschaffen. Das Bundesverwaltungsgericht verneint daher letztlich ein gegenüber Art. 22 URG vorbehaltenes Vorführrecht der Rechteinhaberinnen und –inhaber bezüglich Sendungen auf Grossbildschirmen und weist die Beschwerde in diesem Punkt ab.

Damit ist von der Schiedskommission auf das erneut von UEFA und SRG SSR vorgebrachte Anliegen, das so genannte 'Public Viewing' von der kollektiven Verwertung auszunehmen, nicht einzutreten und diesbezüglich nicht mehr auf den Beschluss vom 8. April 2008 – soweit er vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden ist – zurückzukommen.

2. Dagegen ist im Rahmen der Rückweisung im Sinne der Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts die Angemessenheit des *GT 3c* zu klären.

Grundsätzlich prüft die Schiedskommission einen Tarif auf seine Angemessenheit gemäss den Kriterien von Art. 59f. URG und aufgrund der Stellungnahmen der Tarifparteien. Sind die Parteien mit dem Tarif einverstanden, kann die Angemessenheit vermutet werden und sie ist nicht verpflichtet, von Amtes wegen eine weitere Überprüfung vorzunehmen. Sie kann sich daher durchaus der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts anschliessen, dass die Zustimmung der Nutzerverbände in einem Tarif nicht Anlass für eine formelle Kognitionsbeschränkung bildet, sondern lediglich als Indiz für die wahrscheinliche Zustimmung aller massgeblichen Berechtigten unter Konkurrenzverhältnissen anzusehen ist. Da sie aber in ihrem Entscheid vom 8. April 2008 sowohl der UEFA wie auch der SRG SSR die Parteieigenschaft aberkannte, hat sie die Einwände dieser beiden Organisationen, die möglicherweise die Angemessenheit des *GT 3c* in Frage stellen, unberücksichtigt gelassen. In seinem Rückweisungsentscheid hat das Bundesverwaltungsgericht dazu festgehalten, dass sich UEFA und SRG SSR von allen anderen Rechtsinhabern, auf die der *GT 3c* allenfalls künftig anwendbar sein werde, durch ihre herausragenden und schützenswerten Interessen unterscheiden. Da solche Interessen gewichtiger Berechtigter gegen die Annahme einer unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertragssituation sprächen, dürfe nicht stillschweigend von der Angemessenheit des *GT 3c* ausgegangen werden, sondern sei diese materiell zu prüfen. Damit ist namentlich auf die von der UEFA und der SRG SSR vorgebrachten Gründe der Unangemessenheit einzugehen. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass im Wesentlichen nebst der Integration des *GT 3c* in den *GT 3a* auch die Vergütungshöhe sowie deren Einschränkungen, falls nur unter Art. 37 URG fallende Darbietungen betroffen sind, zu klären sind. In ihrem Eventualstandpunkt bringen UEFA

und SRG SSR lediglich vor, dass bei Ausschliesslichkeitsrechten die Aufnahme auch nicht-monetärer Bedingungen in den Tarif geklärt werden muss.

- 2.1. Die Schiedskommission hat daher zu prüfen, ob zur Regelung der entsprechenden Nutzung ein neuer *GT 3c* erforderlich ist, oder ob diese nicht in einen bestehenden Tarif wie insbesondere den *GT 3a* übernommen werden kann.

Der damalige (und auch heute noch geltende) *GT 3a* bezieht sich im Wesentlichen auf die Verwendung von Ton- und Tonbild-Trägern sowie auf den Empfang von Sendungen zur Hintergrund-Unterhaltung in Verkaufsgeschäften, Restaurants, Aufenthaltsräumen, Arbeitsräumen sowie auf weitere frei zugängliche Räumlichkeiten. Hintergrund-Unterhaltung bedeutet hier, dass die Verwendung der Repertoires der Verwertungsgesellschaften begleitende, ergänzende, nebensächliche Funktion hat. Vom Tarif ausgeschlossen sind damit ausdrücklich alle Veranstaltungen, zu denen man sich begibt, um Werke, Darbietungen oder Leistungen zu geniessen, oder zu deren Durchführung die Verwendung von Werken, Darbietungen oder Leistungen erforderlich oder wesentlich ist.

Die Verwertungsgesellschaften sind seit etlichen Jahren bestrebt, diesen Tarif zu revidieren und sahen dabei insbesondere auch eine Aufteilung in einen *GT 3a* betreffend Radio und Tonträger für den Empfang von Radiosendungen ausserhalb des privaten Bereichs und Aufführungen mit Tonträgern zur allgemeinen Hintergrund-Unterhaltung einerseits beziehungsweise in einen *GT 3a* TV für den Empfang von Fernsehsendungen ausserhalb des privaten Bereichs sowie gewisse Vorführungen von Tonbildträgern andererseits vor. Diese Neuregelung ist unter den Tarifparteien heftig umstritten und die verlangte Aufteilung wurde von der Schiedskommission zwar grundsätzlich gutgeheissen, aber die fraglichen Tarife letztlich aus anderen Gründen mit den jeweiligen Beschlüssen vom 26. März 2010 nicht genehmigt.

Auch wenn die Schiedskommission die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts teilt, dass es grundsätzlich möglich wäre, den *GT 3c* in den *GT 3a* zu integrieren, zumal es sich um nahezu die gleichen Nutzerkreise handelt, hat sie im Frühjahr 2008 auf eine solche Massnahme verzichtet. Damals war das Schicksal des künftigen *GT 3a* völlig unbekannt und wegen der bevorstehenden Fussball-Europameisterschafts-

Endrunde in der Schweiz musste der *GT 3c* möglichst rasch in Kraft gesetzt werden. Dies wäre aber mit einer Integration in den *GT 3a* nicht möglich gewesen. Zudem wären die Verhandlungen zu einem neuen *GT 3a* durch zusätzliche Fragen und der ungeklärten Teilnahme weiterer Parteien belastet worden. Es ist denn auch nicht ungewöhnlich, dass aus praktischen Überlegungen anfänglich zwei Tarife aufgestellt werden, die dann in einer weiteren Phase zusammengeführt werden (vgl. etwa die Tarife *GT 7a* und *GT 7b*, welche letztlich zum *GT 7* zusammengeführt wurden). Eine Integration des *GT 3c* in den *GT 3a* wäre aber auch deshalb schwierig, weil letzterer im Gegensatz zum *GT 3c* einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich aufweist und sich dessen Vergütungen zudem auf die Kosten als Bemessungsgrundlage stützen. Ausserdem sind beim *GT 3c* nur einzelne Veranstaltungen während einer relativ kurzen Zeitspanne betroffen, während der *GT 3a* regelmässig bei der Verwendung von Ton- und Tonbildträgern sowie dem Empfang von Radio- und Fernsehsendungen ausserhalb des privaten Bereichs zum Tragen kommt. Selbst bei einer Integration des *GT 3c* in den *GT 3a* hätten sich somit keine wesentlichen Erleichterungen bei der Abrechnung und beim Inkasso der Vergütungen ergeben.

Ausserdem hat sich das Kriterium der Bilddiagonale zur Abgrenzung zwischen dem *GT 3a* und dem *GT 3c* aus historischen Gründen ergeben, da der *GT 3a* seit jeher nur Bildschirme bis 3 Metern Diagonale erfasst. Dieses Kriterium wurde im Übrigen auch von der UEFA übernommen (vgl. hierzu Ziff. 1 der Allgemeinen Bedingungen der UEFA für die öffentliche Vorführung von Spielen der UEFA Fussball-Europameisterschafts-Endrunde 2008, welche von der UEFA in ihrer Stellungnahme vom 22. Juli 2011 erneut beigelegt wurde). Ob diese Grenze heute aus technischer Sicht noch sinnvoll ist, wäre noch zu klären. Dies allein rechtfertigt aber keine Zusammenlegung des Tarifs und muss im Rahmen einer schrittweise vorzunehmenden Neuordnung akzeptiert werden.

- 2.2. Wie weiter oben festgehalten, sind die beiden Nutzungsarten gemäss *GT 3a* und *GT 3c* nicht völlig identisch. Bei der Festlegung der Bemessungsgrundlage geht der *GT 3a* von den Kosten gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG aus, während sich im *GT 3c* die Vergütungen nach den bisher auf vertraglicher Basis bezahlten Entschädigungen ausrichtet. Damit haben sich die Verwertungsgesellschaften und die Nutzerorganisationen darauf geeinigt, als Richtschnur die bis anhin unter Vertragsverhältnissen an

die SRG SSR bezahlten Vergütungen zu Grunde zu legen. So haben denn auch die UEFA und die SRG SSR in diesem Verfahren keine Einwände gegen die Vergütungshöhe geäussert. Die Schiedskommission darf dies somit als Indiz für die Angemessenheit der Höhe der Vergütungen zur Kenntnis nehmen. Diesbezüglich konnte zudem der GT 3a nicht als Richtschnur in Betracht gezogen werden, da dieser Tarif damals neu ausgehandelt wurde und eine Erhöhung der Vergütungen im GT 3a zum damaligen Zeitpunkt nicht ausgeschlossen werden konnte.

- 2.3. Die UEFA und die SRG SSR sind allerdings in ihrem Eventualstandpunkt der Auffassung, dass ein Tarif nicht nur finanzielle Bedingungen der Nutzungen enthalten kann, sondern, dass bei Ausschliesslichkeitsrechten auch nicht-monetäre Voraussetzungen in einen Tarif aufgenommen werden können.

Die Schiedskommission hat in ihrem Beschluss vom 16. Dezember 2010 betreffend den neuen GT 3c mit einer Gültigkeitsdauer ab 2011 nicht ausgeschlossen, dass bei ausschliesslichen Rechten, welche der kollektiven Verwertung unterliegen, auch andere als finanzielle Leistungen in einem Tarif geregelt werden können. Solche nicht-monetären Bedingungen müssten allerdings – wie auch die anderen Tarifbestandteile – zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden ausgehandelt werden. Im Rahmen ihrer Stellungnahme unterbreiten aber weder die UEFA noch die SRG SSR konkrete Vorschläge, was diese Bedingungen beinhalten sollen. Dies wohl auch, weil es gar nicht praktikabel wäre, solche Bedingungen für die Vergangenheit (2008-2010) festzulegen. Einzelne Kriterien können allenfalls den vorerwähnten Allgemeinen Bedingungen der UEFA für das Public Viewing anlässlich der Fussball-Europameisterschaft 2008 entnommen werden (vgl. Ziff. 2.1 dieser Regelung). Allerdings macht auch diese Vereinbarung die Erteilung einer Lizenz von der Bezahlung einer Gebühr abhängig, falls das Public Viewing einen kommerziellen Hintergrund hat. Weiter wird der Veranstalter verpflichtet, das Spiel live und in voller Länge vorzuführen (Ziff. 4). Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Genehmigungen Dritter (wie insbesondere der Verwertungsgesellschaften für die öffentliche Nutzung von Musik und/oder Bildmaterial) einzuholen sind (Ziff. 5 Bst. b). Zudem wird dem Veranstalter u.a. untersagt, sich als Sponsor oder Partner der UEFA EURO 2008 auszugeben oder der Öffentlichkeit zu suggerieren, dass eine ähnliche Verbindung bestehe (Ziff. 7). Es bestehen auch Vorschriften, wonach im Umkreis von drei Metern

zum Bildschirm bzw. auf dem Bildschirm innerhalb von zehn Minuten vor, während und bis fünf Minuten nach dem Spiel nur kommerzielle Partner der UEFA oder der offizielle Broadcaster präsentiert werden dürfen (Ziff. 7). Werden im Zusammenhang mit der Public Viewing-Veranstaltung Essen, Getränke oder sonstige Waren oder Dienstleistungen verkauft, darf nicht der Eindruck erweckt werden, dass zwischen Drittparteien und der UEFA EURO 2008 ein Sponsoringverhältnis oder eine andere offizielle Verbindung besteht (Ziff. 8). Das offizielle Logo bzw. die offiziellen Marken der UEFA EURO 2008 dürfen zudem nicht in missbräuchlicher Weise verwendet werden (Ziff. 9).

Der Schiedskommission ist unklar, wie solche Bedingungen nachträglich in einen Tarif aufgenommen werden könnten. Sie ist daher der Auffassung, dass die in der Vergangenheit unter den *GT 3c* fallenden Nutzungen nur über eine finanzielle Entschädigung abgegolten werden können. Jedenfalls kann sie nicht von Amtes wegen solche nicht-monetären Voraussetzungen festlegen. Zudem ist fraglich, ob diese nicht monetären Bedingungen gemäss den Allgemeinen Bedingungen der UEFA genehmigungsfähig sind, da einem Tarif auch Allgemeinverbindlichkeit zukommt und die auf Fussballspiele zugeschnittenen Kriterien nicht einfach auf andere Formen des Public Viewings übertragbar sind. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass es nicht Zweck eines Tarifs sein kann, die Verwendung von Markenrechten zu regeln bzw. zu verbieten. Diese Rechte können durch den Berechtigten ohne Weiteres auch ausserhalb eines Urheberrechtstarifs wahrgenommen werden.

Für einen künftigen Tarif bleibt es somit den Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbänden überlassen, ob und wie sie solche Bedingungen aufnehmen wollen. Die Schiedskommission verkennt aber nicht, dass durch die Aufnahme derartiger Voraussetzungen die Tarifverhandlungen wesentlich erschwert werden; dies namentlich wenn zahlreiche Nutzerverbände an einem Tarif beteiligt sind. Sie hat denn auch Verständnis für das Argument der Verwertungsgesellschaften, dass derartige Forderungen allenfalls gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Berechtigten verstossen und damit zur Unangemessenheit des Tarifs führen können. Es ist denn auch massgeblicher Zweck der kollektiven Verwertung, dass jeder Nutzer von urheberrechtlich geschützten Werken und geschützten Darbietungen, der die tariflichen Bedingungen erfüllt, auch nutzen darf und ein entsprechendes Verbotsrecht aus-

schliesslich den Verwertungsgesellschaften zusteht (vgl. hierzu den Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Juli 2007, E. 5.1, in sic! 1/2008, S. 34). Die Schiedskommission müsste denn auch prüfen, ob mit derartigen Auflagen eine Nutzung nicht verhindert oder erheblich erschwert wird und damit die kollektive Verwertung unterlaufen wird. Die massgebenden Nutzerverbände des *GT 3c* verlangen denn auch die Aufnahme solch einschränkender Bedingungen in den vorliegenden Tarif abzulehnen. Diese Frage ist aber aus den oben genannten Gründen allenfalls erst mit der Vorlage eines neu vorgelegten Tarifs für eine künftige Tarifperiode zu klären.

- 2.4. Das Bundesverwaltungsgericht hat ferner erwogen, der Tarif sei genehmigt worden, ohne dass er einen klaren Vorbehalt enthalte bzw. ein Verfahren vorsehe, wie wahrnehmbar gemachte Sendungen, die ausschliesslich unter Art. 37 URG fallen, nur mit Bezug auf verwandte Schutzrechte sowie einem entsprechenden Abzug für fehlende Darbietungs- und Produzentenvergütungen abgerechnet werden können.

Die Schiedskommission hat diesen Umstand in der Tat nicht explizit in ihrem Entscheid vom 8. April 2008 berücksichtigt. Der Tarif selbst trennt indessen klar zwischen der Vergütung für die Nutzung von Urheberrechten und derjenigen für die Nutzung von verwandten Schutzrechten (vgl. Ziff. 6.1 bzw. Ziff. 6.2 des Tarifs). Somit erlaubt dieser Tarif dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein Nutzer ‚nur‘ verwandte Schutzrechte nutzt. Damit ist diesbezüglich dem Anliegen des Bundesverwaltungsgerichts Rechnung getragen. Die Verwertungsgesellschaften haben in ihrer Eingabe denn auch klargestellt, dass, falls ein ‚Public Viewing‘ nur verwandte Schutzrechte betrifft, nur diese Entschädigungen bezahlt werden müssen. Sie betonen aber auch, dass die praktische Anwendung gezeigt habe, dass es keine solchen Fälle gebe.

Den Verwertungsgesellschaften ist ebenfalls zuzustimmen, dass es bei der Verwendung eines bestimmten Werks bzw. einer Darbietung für die im Rahmen einer Kollektivverwertung zu bezahlenden Entschädigungen nicht auf die Zahl der an einem Werk bzw. an einer Darbietung Berechtigten ankommen kann. Bei der Nutzung von verwandten Schutzrechten spielt es somit keine Rolle, ob sich unter den Anspruchsberechtigten Interpreten, Produzenten oder Sendeanstalten befinden oder ob eine oder mehrere dieser Berechtigtenkategorien fehlen. Dieser Umstand ist allerdings bei der Verteilung der Einnahmen zu berücksichtigen. So sieht beispielsweise Art. 35 Abs. 2

URG vor, dass der Hersteller oder die Herstellerin eines benutzten Tonträgers an der Vergütung für die ausübenden Künstler und Künstlerinnen angemessen zu beteiligen ist. Dies bedeutet aber keineswegs, dass beim Fehlen eines Herstellers oder falls diesem nur eine untergeordnete Rolle zukommt, deswegen die Vergütung geschmälert werden kann, da eine geringere Zahl von Berechtigten nicht zu einer Reduktion der Entschädigung führt. Dies muss auch im Rahmen des 'Public Viewing' gelten.

3. Damit wird der GT 3c in der Fassung vom 24. Oktober 2007 und mit einer Gültigkeitsdauer vom 15. Mai 2008 bis zum 31. Dezember 2010 genehmigt.

Die entsprechenden Vergütungen für die vergangene Tarifperiode wurden von den Verwertungsgesellschaften seit dem 15. Mai 2008 eingenommen (vgl. Ziff. I/1). Es besteht somit kein Erfordernis, den Tarif rückwirkend anzuwenden oder entgangene Entschädigungen allenfalls im Rahmen einer künftigen Vergütung zu berücksichtigen.

4. Die Gebühren und Auslagen bezüglich der Angemessenheitsprüfung richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV und sind gemäss Art. 16b URV unter solidarischer Haftung von den am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaften zu tragen. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht den Beschluss vom 8. April 2008 aufgehoben und zur Überprüfung der Angemessenheit an die ESchK zurückgewiesen hat, gibt es keinen Anlass von dieser Regelung abzuweichen. Allerdings haben die Verwertungsgesellschaften die mit diesem Beschluss erhobenen Verfahrenskosten bereits bezahlt. Es sind somit nur noch die zusätzlichen Auslagen in Rechnung zu stellen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der *Gemeinsame Tarif 3c* (Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ['Public Viewing']) wird in der Fassung vom 24. Oktober 2007 mit einer Gültigkeitsdauer vom 15. Mai 2008 bis zum 31. Dezember 2010 genehmigt.
2. Den am Tarif beteiligten Verwertungsgesellschaften Swissperform, ProLitteris, Société suisse des auteurs, SUISA und Suissimage wird der Ersatz der Auslagen von Fr. 3'489.60 auferlegt. Sie haften dafür solidarisch.

3. Schriftliche Mitteilung an:
- die Mitglieder der Spruchkammer
 - Swisssperform, Zürich (Einschreiben)
 - ProLitteris, Zürich (Einschreiben)
 - SSA, Lausanne (Einschreiben)
 - SUIZA, Zürich (Einschreiben)
 - Suissimage, Bern (Einschreiben)
 - Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN), v.d. Herrn Dr. P. Mosimann, Basel (Einschreiben)
 - Economiesuisse – Verband der Schweizer Unternehmen, Zürich (Einschreiben)
 - Gastrosuisse, Zürich (Einschreiben)
 - Coiffure Suisse, Bern (Einschreiben)
 - Curaviva Schweiz, Bern (Einschreiben)
 - Gesellschaft der schweizerischen Kunsteisbahnen, Steinmaur (Einschreiben)
 - H+, Die Spitäler der Schweiz, Bern (Einschreiben)
 - Schweizer Cafetier-Verband, Zürich (Einschreiben)
 - Schweizer Casinoverband, Bern (Einschreiben)
 - Schweizer Detaillistenverband (SDV), Luzern (Einschreiben)
 - Schweizerischer Fitness- und Gesundheitscenter-Verband, Thalwil (Einschreiben)
 - Schweizerischer Versicherungsverband, Zürich (Einschreiben)
 - Swiss Fashion Stores, Gümligen (Einschreiben)
 - Verband Schweizerischer Konzertlokale, Cabarets, Dancings und Diskotheken (ASCO Schweiz), Zürich (Einschreiben)
 - Europäischer Fussballverband UEFA und SRG SSR, beide v.d. Herrn Rechtsanwalt P.A. Rosselet, Zürich (Einschreiben)
 - den Preisüberwacher (zur Kenntnis)
4. Gegen diesen Beschluss kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht (Postfach, 3000 Bern 14) Beschwerde geführt werden*.

Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten

Die Präsidentin:

Der Kommissionssekretär:

L. Hunziker Schnider

A. Stebler

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