



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
Cumissiun federala da cumpromiss per la gestiun da dretgs d'autur
e da dretgs cunfinants CFDC

Beschluss vom 9. November 2009 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform)

Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und
Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Die Schiedskommission hat den *Tarif A Fernsehen* der Swissperform [Verwendung von Darbietungen und Aufnahmen durch die SRG SSR idée suisse (SRG SSR) zu Sendezwecken im Fernsehen] am 16. September 2008 mit einer Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2009 genehmigt. Die Gültigkeitsdauer dieses Tarifs läuft somit Ende 2009 ab.

Die Gesellschaft für Leistungsschutzrechte Swissperform hat mit Eingabe vom 6. Juli 2009 der Schiedskommission den Antrag gestellt, einen neuen *Tarif A Fernsehen* [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen] zu genehmigen, der den bisherigen Tarif ab dem 1. Januar 2010 ersetzen soll. Der neue Tarif soll gemäss dessen Ziff. 31 eine voraussichtliche Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2012 aufweisen.

In ihrer Eingabe verweist die Swissperform darauf, dass gemäss bisherigem Tarif zwischen den Tarifparteien eine unpräjudizielle Pauschalentschädigung von Fr. 1,2 Mio. pro Jahr vereinbart wurde. Dabei sei allerdings offen geblieben, welche Nutzungshandlungen mit dieser Entschädigung abgegolten werden. Swissperform habe vergeblich versucht, die der Tarifgestaltung zugrunde liegenden zivilrechtlichen Fragen in einem Feststellungsprozess gegen die SRG vor den Zivilgerichten zu klären. Das Bundesgericht sei letztlich auf dieses Begehren mit dem Hinweis nicht eingetreten, dass es für die Swissperform zumutbar sei, diese Rechtsfragen vorfrageweise im Tarifgenehmigungsverfahren klären zu lassen (vgl. den Entscheid des Bundesgerichts vom 8.11.2002, E. 1.2, Verfahren 4C 290/2001). Aus diesem Grund sei für Swissperform die rechtliche Basis für die Verteilung der Einnahmen an die Berechtigten unsicher und die Rechteinhaber möchten diese Fragen nun geklärt wissen.

2. Da über diese offenen Rechtsfragen bezüglich des *Tarifs A Fernsehen* bereits seit Jahren diskutiert werde, verweist Swissperform darauf, dass die Tarifverhandlungen an insgesamt drei Sitzungen zügig durchgeführt werden konnten. Letztlich hätten sich die Parteien darauf geeinigt, die Streitpunkte auf diejenigen des geschützten Repertoires und der Entschädigungshöhe zu beschränken und die ebenfalls umstrittenen Fragen des Meldewesens und der Berechnung der massgeblichen Tarifbasis sowie die Ausle-

gungsfragen im Zusammenhang mit dem Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Art. 22c URG) einstweilen unpräjudiziell beiseite zu lassen. Im Weiteren sei die Tarifstruktur mit dem Tarif A Radio der Swissperform koordiniert worden. Damit entspreche der vorliegende Tarif in seinem Aufbau weitgehend dem Radiotarif.

Zum Umfang der durch den Tarif abgegoltenen Rechte (vgl. Ziff. 2 des Tarifs) präzisiert die Swissperform, dass sich die Parteien zwar einig seien, welche Rechte abzugelten sind, jedoch nicht darüber, welche Sachverhalte des Fernsehens durch diese Rechte erfasst und damit als relevante Nutzungen abzugelten sind. Die Ziff. 13 bis 15 würden das vom Tarif erfasste geschützte Repertoire definieren, wobei hinsichtlich der Ziff. 14 wegen der unsicheren Rechtslage für die Definition des im Handel erhältlichen Tonbildträgers ein Eventualantrag gestellt werde. Swissperform geht davon aus, dass sich innerhalb der dreijährigen Tarifdauer die offenen Rechtsfragen auch im Falle eines Rechtsmittelverfahrens lösen lassen.

3. Gemäss Swissperform ist zwischen den Parteien umstritten, wann und wie ein Tonträger geschützt ist, wenn nur ein Teil der auf ihm festgehaltenen Künstlerinnen und/oder Künstler die personalen Anknüpfungskriterien des Konventionsrechts bzw. von Art. 35 Abs. 4 URG erfüllen. Im Weiteren vertrete die SRG auch eine andere Auffassung über den Begriff des im Handel erhältlichen Tonbildträgers als Swissperform. Die SRG sei der Auffassung, dass lediglich dann ein im Handel erhältlicher Tonbildträger vorliege, wenn eine im Laden erworbene DVD zur Sendung verwendet werde. Insbesondere bestreite die SRG bei der Sendung von Filmen das Tatbestandselement des Vorliegens eines im Handel erhältlichen Tonbildträgers nach Art. 35 Abs. 1 URG und auch bei der Übernahme von Radiosendungen in Fernsehprogrammen stelle sich die SRG auf den Standpunkt, dass diese Nutzung bereits über den Tarif A Radio der Swissperform abgegolten werde. Auch vertrete die SRG die Auffassung, dass eine geschützte Tonaufnahme durch ihre Integration in ein audiovisuelles Werk ihren Schutz verliere.

Beantragt wird in Ziff. 7 des Tarifs ein einheitlicher Vergütungssatz von 3,315 Prozent der massgeblichen Einnahmen pro rata temporis der gesendeten geschützten Aufnahmen. Da die SRG die von der Swissperform geltend gemachten Rechtsgrundlagen für den Fernsehentarif bestritten habe, sei indessen eine detaillierte Verhandlung der Tarifsätze unterblieben. Der gewählte Ansatz entspreche aber demjenigen im Radiotarif und setze sich wie folgt zusammen: 3 Prozent für das Senderecht und ein Zuschlag

von 10 Prozent für die Vervielfältigung der Träger sowie ein weiterer Zuschlag von 0,5 Prozent für die Möglichkeit der Verwendung geschützter Aufnahmen in Podcasts. Dies entspreche auch der von der Schiedskommission mit Beschluss vom 30. Juni 2008 im Zusatztarif zum Tarif A Radio als angemessen festgesetzten Vergütungsregelung im Radiobereich. Die Swissperform hält denn auch im vorliegenden Tarif eine Ausschöpfung des Regelhöchstsatzes für gerechtfertigt. Dies müsse insbesondere für Tonbildträger zutreffen, da diese Träger mit interpretierten Leistungen in Ton und Bild zu den dichtesten Werken überhaupt gehören würden. Das gleiche müsse aber auch für integrierte Tonträger und für übernommene Radioprogramme gelten. Swissperform verweist aber auch darauf, dass sowohl bezüglich der Sendung eines mit der Einwilligung des Berechtigten integrierten Phonogramms als auch eines im Handel erhältlichen Tonbildträgers der Gegenrechtsvorbehalt von Art. 35 Abs. 4 URG gelte und gegenwärtig nur mit einigen europäischen Staaten Gegenrecht bestehe, was somit nur ein Bruchteil des von der SRG verwendeten Repertoires ausmache. Swissperform müsse somit froh sein, wenn mit dem beantragten Tarif die gegenwärtige Vergütungshöhe von 1,2 Mio. Franken gehalten werden könne. Sollte aber die neue Regelung tatsächlich zu einer sprunghaften Erhöhung gegenüber der heutigen Pauschalvergütung führen, erklärt sich Swissperform bereit, entsprechende Vorkehren in den Tarif einzubauen, welche die Erhöhung auf höchstens 10 Prozent pro Jahr beschränken.

4. Am 9. Juli 2009 wurde die SRG gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV eingeladen, bis zum 17. August 2009 zur Tarifeingabe der Swissperform Stellung zu nehmen. Dies unter Hinweis darauf, dass im Säumnisfall Zustimmung zum Genehmigungsantrag angenommen werde.

Mit ihrer Stellungnahme vom 17. August 2009 stellte die SRG das Rechtsbegehren, die Swissperform sei anzuweisen, die Tarifvorlage in den Ziff. 7 und 14 zu ändern sowie die Ziff. 15 zu streichen. Eventualiter sei die Tarifvorlage von der ESchK in dieser Weise abzuändern. Subeventualiter sei die Tarifvorlage nicht zu genehmigen. Hinsichtlich der Ziff. 14 unterbreitet die SRG einen konkreten Änderungsvorschlag. Ausserdem hält sie den Vergütungsansatz von 3,315 Prozent für die Tonträgerverwendung für unangemessen hoch. Sie hält hier einen Ansatz von 1,6575 Prozent für angemessen und beantragt daher für die Ziff. 7 eine entsprechende Korrektur.

5. Gestützt auf Art. 15 Abs. 2^{bis} des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) wurde im Anschluss an die Vernehmlassung die Tarifvorlage dem Preisüberwacher zur Abgabe einer Empfehlung unterbreitet.

In seiner Antwort vom 3. September 2009 stellte der Preisüberwacher fest, dass die Unstimmigkeit der Tarifparteien bezüglich der angemessenen Höhe des Satzes für die Verwendung von Tonträgern nicht auf Unklarheiten oder auf unterschiedlichen Einschätzungen hinsichtlich der Tarifikalkulation basiert. Da sich die SRG mit der beantragten Abstufung des Vergütungssatzes für Tonbildaufnahmen bzw. Tonaufnahmen auf die bisherige Rechtsprechung der Schiedskommission berufe, sei ihm eine Angemessenheitsprüfung anhand der vorliegenden Anträge nicht möglich. Es obliege somit der ESchK, eine entsprechende Würdigung dieser Argumente vorzunehmen. Dies gelte auch für die restlichen Punkte, bei denen zwischen den Verhandlungspartnern DisSENS bestehe. Aus diesem Grunde verzichtet der Preisüberwacher auf die Abgabe einer formellen Empfehlung zum beantragten *Tarif A Fernsehen*.

6. In der gemäss Art. 57 Abs. 2 URG i.V. mit Art. 10 Abs. 1 URV mit Verfügung vom 26. August 2009 eingesetzten Spruchkammer zur Behandlung des vorliegenden Tarifs musste am 3. November 2009 der Vertreter der Nutzer ersetzt werden, da dieses Mitglied seine Befangenheit in dieser Sache wegen Vorbefasstheit nicht ausschliessen konnte.
7. Mit Präsidialverfügung vom 7. September 2009 wurden die Parteien zur Sitzung vom 9. November 2009 eingeladen. Anlässlich dieser Sitzung erhielten sowohl die Swissperform wie auch die SRG Gelegenheit zur Anhörung (Art. 13 URV). Dabei bestätigten und begründeten beide Parteien ihre bereits gestellten Rechtsbegehren.
8. Der mit Eingabe vom 6. Juli 2009 zur Genehmigung vorgelegte *Tarif A Fernsehen* [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen] hat in deutscher, französischer und italienischer Sprache den folgenden Wortlaut:

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Die Swissperform hat ihren Antrag auf Genehmigung des neuen *Tarifs A Fernsehen* [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen], welcher am 1. Januar 2010 in Kraft treten soll, am 6. Juli 2009 und damit innert der mit Präsidialverfügung vom 28. Mai 2009 gestützt auf Art. 9 Abs. 2 URV verlängerten Eingabefrist eingereicht. Aus den entsprechenden Gesuchsunterlagen sowie der durchgeführten Vernehmlassung geht zudem hervor, dass die Verhandlungen im Sinne von Art. 46 Abs. 2 URG ordnungsgemäss mit der SRG SSR durchgeführt worden sind. Allerdings wurde auch bestätigt, dass verschiedene umstrittene Fragen noch ausgeklammert worden sind und namentlich eine eingehende Verhandlung des Tarifansatzes unterblieben ist.
2. a) Mit der Ziff. 13 des Tarifs soll gemäss Swissperform eine wesentliche Differenz geklärt werden. Sie beantragt daher mit dieser Bestimmung, es sei im Rahmen dieses Tarifs eine Vergütung auf allen im Handel erhältlichen Tonträgern zu bezahlen, bei denen mindestens ein ausübender Künstler oder eine ausübende Künstlerin die massgeblichen personalen Anknüpfungskriterien des Art. 35 Abs. 4 URG bzw. die entsprechenden Kriterien der anwendbaren internationalen Abkommen erfüllt. Swissperform ist damit der Auffassung, dass die vollen Vergütungsansprüche auch dann zu bezahlen sind, wenn die personalen Schutzkriterien nur bei einem Teil der Leistungsschutzberechtigten vorliegen. Offenbar ist diese Frage im Rahmen der Verhandlungen zwischen den Tarifparteien noch offen geblieben. Indessen bestätigt die SRG in ihrer Vernehmlassung, dass die Frage, ob für Tonträgerverwendungen nach Art. 35 Abs. 1 URG eine Vergütung geschuldet sei, wenn von mehreren ausländischen ausübenden Künstlern lediglich ein einziger die Schutzvoraussetzungen erfüllt, zwischen den Tarifpartnern nicht mehr strittig sei. Auch die SRG geht damit davon aus, dass eine Vergütung geschuldet ist, wenn nur schon ein einziger ausübender Künstler die Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 4 URG bzw. der internationalen Abkommen erfüllt.

b) Obwohl diese Rechtsfrage ihrem Grundsatz nach somit nicht mehr strittig ist, wird die Schiedskommission gleichwohl aufgerufen, sich dazu zu äussern. Da die Klärung dieser Frage sich auf die Angemessenheit des Tarifs auswirken kann, ist die Schiedskommission somit verpflichtet, sie vorfrageweise zu prüfen (vgl. Entscheid des Bun-

desgerichts vom 10. Mai 1995 betr. GT K, E. 3c). Diese vorfrageweise Überprüfung gilt aber auch für die weiteren Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit dem vorliegenden Tarif zu klären sind.

c) Gemäss Art. 35 Abs. 4 URG haben ausländische ausübende Künstler und Künstlerinnen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz haben, nur einen Anspruch auf Vergütung, wenn der Staat, dem sie angehören, den schweizerischen Staatsangehörigen ein entsprechendes Recht gewährt. Das Bundesgericht hat mit Entscheid vom 20. Juni 1997 (betr. den GT S, E. 5 b.dd., sic! 1/1998 S. 38) festgestellt, dass, soweit die ausübenden Künstler einem Staat angehören, der den schweizerischen Staatsangehörigen kein Gegenrecht gewährt, aufgrund des Rom-Abkommens (Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, SR 0.231.171) unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Künstler eine Vergütung geschuldet ist, wenn wenigstens der Hersteller des Tonträgers einem Vertragsstaat angehört und Schutzzumfang und -dauer dort gleichwertig sind. Der Grundsatz des einheitlichen Schutzes von dem das Bundesgericht in diesem Beschluss ausgeht, muss auch für den Fall von Rechtsgemeinschaften von Künstlern und Tonträgerherstellern gelten, bei denen nur ein Teil der Akteure die personalen Voraussetzungen von Art. 4 WPPT (WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger, SR 0.231.174) bzw. von Art. 35 Abs. 4 URG erfüllt. In Analogie kann hier auch auf Art. 7^{bis} RBÜ (Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, SR 0.231.15) hingewiesen werden, der das gemeinschaftlich geschaffene Werk auch dann schützt, wenn nur ein einziger Urheber einem Verbandsland angehört. Zudem gilt es hier, auch die praktischen Bedürfnisse und die Frage der Rechtssicherheit zu beachten. Eine Regelung, wonach bei der Festlegung der Entschädigung auf jeden einzelnen Mitwirkenden abzustellen ist, wäre in der heutigen Verwertungslandschaft wohl nicht oder zumindest kaum ohne unangemessen hohen Verwaltungsaufwand durchzuführen. Damit entspricht der vom Bundesgericht im vorerwähnten Entscheid aufgestellte Grundsatz der Einheitlichkeit auch einem offensichtlichen praktischen Bedürfnis sowie der Rechtssicherheit.

Damit genügt es, wenn bei der aufgenommenen Werkdarbietung mindestens ein ausübender Künstler oder eine ausübende Künstlerin die Schutzvoraussetzungen des URG oder der internationalen Abkommen erfüllen, um Anspruch auf eine angemessene Vergütung zu haben. Diese in Ziff. 13 erwähnte Voraussetzung für eine geschützte

Tonaufnahme ist somit nicht zu beanstanden. Damit gibt es keine nur teilweise geschützten Tonträger.

3. a) Gemäss Ziff. 13 des Tarifs ist eine weitere Voraussetzung, damit eine Werkdarbietung als geschützte Tonaufnahme gilt, dass sie auf einem im Handel erhältlichen Tonträger herausgegeben oder im Sinne von Art. 15 Abs. 4 WPPT verfügbar gemacht worden ist. Ebenso geht die eventualiter beantragte Regelung in Ziff. 14 davon aus, dass als geschützte Tonbildaufnahmen solche von Dritten hergestellte Aufnahmen von audiovisuellen Werken zu gelten haben, welche auch für das Publikum auf Datenträgern im Handel erhältlich sind.

b) Dabei ist unter den Tarifparteien namentlich umstritten geblieben, was unter einem im Handel erhältlichen Tonbildträger zu verstehen ist. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu klären, ob dies nur der Fall ist, wenn ein im Laden erworbener Träger zur Sendung verwendet wird, nicht aber beispielsweise wenn der Träger auf ein anderes Datenformat kopiert wird, da es sich hier um eine blosser Vervielfältigung handeln soll.

Die Swissperform beantragt in Ziff. 14 des vorgelegten Tarifs daher zwei unterschiedliche Umschreibungen der vergütungspflichtigen Tonbildträger. Gemäss ihrem Hauptstandpunkt soll die SRG für alle von Dritten erworbenen Tonbildträger bezahlen, sofern diese für die Sendung im freien Fernsehen freigegeben worden sind. Gemäss dem Eventualantrag besteht eine Vergütungspflicht, wenn die Aufnahme im Zeitpunkt der Sendung für das breite Publikum unmittelbar, z.B. in Form einer DVD, erhältlich ist. Swissperform möchte somit in diesem Fall darauf abstellen, ob die Aufnahme, d.h. eine von der ersten Festlegung abgeleitete Kopie der Aufnahme, im Handel erhältlich ist. Sie sieht eine Aufnahme auch dann als im Handel erhältlich an, wenn sie beliebigen Angehörigen einer Branche (z.B. den Sendeunternehmen) angeboten wird.

Die SRG vertritt den Standpunkt, dass sie im TV-Bereich eine Vergütungspflicht nur trifft, wenn sie Ton- bzw. Tonbildträger in einer Form erwirbt, wie sie das Publikum auch kaufen kann, und die Sendung auf der Basis dieses Trägers erfolgt. Dazu würden z.B. Schallplatten, CD's, DVD's, aber auch Träger gehören, die über das Internet zum Download angeboten werden. In diesen Fällen sei beim Erwerb noch keine Vergütung für die gemäss Art. 35 Abs. 1 URG weitergehenden Nutzungen bezahlt worden. Erfolge indessen die Sendung nicht auf der Basis eines solchen Trägers, bestehe auch kein

Vergütungsanspruch. Insbesondere lehnt sie eine Vergütungspflicht ab, wenn die audiovisuelle Aufnahme für eine vertraglich vereinbarte Nutzung vermietet oder ausgeliehen wird. Für die SRG ist somit massgebend, ob der für die Sendung verwendete physische Träger im Handel erhältlich ist, und sie sieht einen Tonbildträger nur dann als im Handel erhältlich an, wenn er in der vom Sendeunternehmen verwendeten Form auch dem breiten Publikum angeboten wird.

c) Es geht somit darum, wie der Begriff *'im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung'* in Art. 35 Abs. 1 URG auszulegen ist. Dazu ist anzufügen, dass sich sowohl die Materialien zur Gesetzgebung wie auch die Lehre und Rechtsprechung hierzu kaum geäussert haben (vgl. dazu die Beratungen in den vorbereitenden Kommissionen zur Totalrevision URG, insbesondere der Kommission des NR anlässlich der Sitzungen vom 26./27. Juni 1991, Protokoll S. 59; *Denis Barrelet/Willi Egloff*, Das neue Urheberrecht, dritte Aufl., 2008, N 4 ff. zu Art. 35 URG; *Peter Mosimann*, SIWR II/I, S. 376; *Manfred Rehbinder/ Adriano Viganò*, Kommentar Urheberrecht, N 2 zu Art. 35; *Rolf auf der Maur* in Stämpfli Handkommentar, N 3 f. zu Art 35 URG; *François Dessemontet*, Le droit d'auteur, Rn. 573; *Michel Viana*, Die Rechte der Tonträgerhersteller im schweizerischen, amerikanischen und internationalen Urheberrecht, S. 72 ff.).

Insbesondere lässt der Wortlaut der Bestimmung keine klaren Schlussfolgerungen zu, da der deutsche Text von 'Träger' spricht, während im französischen Text die Begriffe 'phonogrammes' bzw. 'vidéogrammes' verwendet werden. Während der Ausdruck 'Träger' eher auf einen physischen Träger schliessen lässt, könnten die im französischen Text verwendeten Begriffe auf eine unkörperliche Aufnahme schliessen lassen. Dass wohl eher die Aufnahme als solche und nicht der physische Träger gemeint sein muss, lässt sich etwa den internationalen Abkommen entnehmen, welche beide im französischen Text den Ausdruck 'phonogrammes' verwenden (vgl. Art. 12 Rom-Abkommen bzw. Art. 15 WPPT, bzw. die entsprechenden Definitionen in Art. 3 Bst. b RA sowie Art. 2 Bst. c WPPT). Es ist somit davon auszugehen, dass in Art. 35 Abs. 1 URG der Ausdruck Tonbildträger in der Weise verwendet wird, dass damit die Aufnahme eines audiovisuellen Werkes gemeint ist, unabhängig von der Art des Trägers auf dem diese Aufnahme festgehalten ist.

Zur Frage, wann ein Tonbildträger im Handel erhältlich ist, geht die Schiedskommission davon aus, dass dies der Fall ist, wenn beispielsweise ein Film im Zeitpunkt der Ausstrahlung dem Publikum öffentlich (z.B. als DVD) oder über Downloadshops angeboten wird (vgl. hierzu auch *Barrelet/Egloff* N 7 zu Art. 35 Abs. 1 URG). Es geht hier somit um die auf dem Markt angebotenen Träger. Zudem geht die Schiedskommission davon aus, dass im Handel erhältlich nicht gleichbedeutend ist wie im Handel erworben. Es muss daher genügen, wenn ein Werk im Zeitpunkt der Sendung im Handel erhältlich ist, ohne dass im konkreten Fall das für die Sendung benutzte Werkexemplar auch tatsächlich im Handel erworben worden ist. Allerdings reicht als Kreis, in dem der Träger erhältlich ist, eine bestimmte Branche (wie z.B. Sendeunternehmen) nicht aus. Es muss ein für jedermann frei zugänglicher Handel sein. Die III. Expertenkommission ging in ihrem Entwurf vom 18. Dezember 1987 (Art. 49) noch von der Formulierung 'rechtmässig hergestellte und in Verkehr gebrachte Ton- oder Tonbildträger' aus. Damit sollten sämtliche im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträger erfasst werden, die mit der Zustimmung der Interpreten hergestellt und verbreitet worden sind (vgl. Erläuterungen der III. EK zu dieser Bestimmung). Laut Kommissionsprotokollen der parlamentarischen Beratungen der Kommission des NR vom 26./27. Juni 1991 (Protokoll S. 59) wurde allerdings befürchtet, dass diese Formulierung auch Kinofilme während der exklusiven Auswertungszeit einschliesse. Deshalb wurde die nun im Gesetz stehende Formulierung gewählt, allerdings ohne dass sich das Parlament noch explizit dazu geäussert hätte. Mit der neuen Formulierung wollte man aber lediglich ausschliessen, dass Kinounternehmen entsprechende Vergütungen an die Verwertungsgesellschaften zahlen müssen. Dagegen schlägt sich die Auffassung der SRG, der Gesetzgeber habe mit dieser Änderung jede Art des vertraglichen Erwerbs der Aufnahmen zu den in Art. 35 Abs. 1 URG erwähnten Zwecken vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausnehmen wollen, in den Gesetzesmaterialien nicht nieder. Auch ist zu beachten, dass die Rechtsauffassung der SRG, bei der Fernsehauswertung müsse das gleiche wie bei der Kinoauswertung gelten, zur Folge hätte, dass Art. 35 Abs. 1 URG seines wesentlichen Inhalts verlustig ginge, da damit ein wesentlicher Teil der Nutzung von Tonbildträgern zu Sendezwecken nicht mehr der Vergütungspflicht unterliegen würde. Gestützt auf dieses von der SRG beantragte erweiterte Kinoprivileg würden somit zumindest im audiovisuellen Bereich die ausübenden Künstler gestützt auf Art. 35 Abs. 1 URG wohl kaum noch zusätzliche Entschädigungen erhalten. Dies würde aber der Absicht des Gesetzgebers widersprechen, die ausübenden Künstler und Künstlerinnen im audiovisuellen Bereich besser zu stellen.

d) Auch das Argument der SRG, dass damit die ausübenden Künstler besser gestellt werden als die Musikurheber vermag nicht zu überzeugen. Im Falle des im Handel erhältlichen Tonbildträgers geht nämlich der kollektiv wahrzunehmende Vergütungsanspruch gemäss Art. 35 Abs. 1 URG einer allfälligen vertraglichen Vereinbarung vor und betrifft auch nicht allfällige weitere Senderechte für die Ausstrahlung von Filmen und anderen audiovisuellen Werken, für die das Sendeunternehmen die ausschliesslichen Senderechte der ausübenden und darstellenden Künstler gestützt auf Art. 33 Abs. 2 Bst. b URG erwerben muss. Es trifft somit nicht zu, dass der Künstler mit der Vergütung nach Art. 35 Abs. 1 URG besser gestellt wird als der Komponist. Zudem ist die Auffassung der Swissperform unwidersprochen geblieben, dass die schweizerischen Produzenten audiovisueller Werke heute ihre Senderechte weitgehend kollektiv mit den Urhebern über die Suissimage wahrnehmen. Dadurch erhalten auch Musikurheber, Regisseure und Drehbuchautoren ihren Anteil an den Senderechten von der zuständigen Verwertungsgesellschaft.

Damit genehmigt die Schiedskommission die Variante A der von Swissperform vorgeschlagenen Ziff. 14.

4. a) Die Ziff. 15 Abs. 2 des Tarifs regelt den Fall, dass ein geschützter Tonträger als Tonspur in einen audiovisuellen Träger integriert und so gesendet wird.

b) Die SRG vertritt die Auffassung, dass derart integrierte Tonaufnahmen keinen selbständigen Tonträgerschutz geniessen. Dabei stützt sie sich sowohl auf das Rom-Abkommen wie auch das WPPT, welche nur Tonträger nicht aber Tonbildträger schützen. Sende somit die SRG audiovisuelle Werke (wie Spielfilme, Fernsehfilme usw.), so verwendet sie gemäss ihrer Auffassung keine Tonträger und somit ist auch eine Vergütungspflicht ausgeschlossen. Nicht bestritten wird indessen, dass allenfalls durch die Ausstrahlung audiovisueller Werke eine Vergütungspflicht für die Verwendung von Tonbildträgern gemäss Art. 35 URG ausgelöst werden kann, soweit die entsprechenden Tonbildaufnahmen im Handel erhältlich sind und die Sendung des audiovisuellen Werkes auf der Basis eines solchen Trägers erfolgt (vgl. dazu vorne Ziff. 3).

Swissperform betont, dass sie nicht behaupte, gemäss dem einschlägigen Konventionsrecht bestehe die Vergütungspflicht für die Benutzung eines im Handel erschiene-

nen Tonträgers fort, wenn dieser als Tonspur in einen Tonträger integriert worden ist. Dagegen stützt sie ihren Anspruch im Wesentlichen auf das schweizerische Recht.

c) Sowohl das Rom-Abkommen (Art. 3 Bst. b RA) wie auch das WPPT (Art. 2 Bst. b) schützen grundsätzlich nur Tonträger. Art. 19 des Rom-Abkommens sieht denn auch vor, dass ein ausübender Künstler die in Art. 7 des Abkommens garantierten Rechte verliert, wenn mit seiner Zustimmung ein Phonogramm in einen Tonbildträger integriert wird. Eine solche Integration darf denn auch nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung erfolgen. Art. 2 Bst. b WPPT definiert den 'Tonträger' als Festlegung der Töne einer Darbietung oder anderer Töne oder einer Darstellung von Tönen ausser in Form einer Festlegung, die Bestandteil eines Filmwerks oder eines anderen audiovisuellen Werks ist. In der zugehörigen vereinbarten Erklärung wird festgehalten, dass diese Tonträgerdefinition nicht darauf schliessen lässt, dass Rechte an einem Tonträger durch ihre Einfügung in ein Filmwerk oder in ein anderes audiovisuelles Werk in irgendeiner Weise beeinträchtigt werden. Die Auslegung dieser Vereinbarung ist offenbar nicht eindeutig, lässt aber vermuten, dass damit klargestellt werden sollte, dass die an einem Tonträger bestehenden Rechte nicht durch die Integration in einen Film beeinträchtigt werden.

Im Gegensatz zu den genannten internationalen Abkommen, welche den Tonträgerschutz regeln, wollte der schweizerische Gesetzgeber mit der in Art. 35 Abs. 1 URG vorgenommenen Regelung die im audiovisuellen Sektor tätigen ausübenden Künstler denjenigen im Tonsektor gleichstellen. Da das schweizerische Recht die audiovisuellen Aufnahmen nicht vom Schutz ausschliesst, bleibt somit der Vergütungsanspruch auch erhalten, wenn die Sendung der Tonaufnahme ab einem audiovisuellen Träger erfolgt. Der nationale Gesetzgeber gewährt hier einen höheren Schutzstandard als in den erwähnten Konventionen. Allerdings ist hier der Gegenrechtsvorbehalt von Art. 35 Abs. 4 URG zu beachten. Grundsätzlich ist aber die Vergütungspflicht für integrierte Phonogramme zu bejahen. Daran ändert auch der mit der Revision des URG im Jahre 2008 neu aufgenommene Art. 24b URG nichts. Diese Bestimmung regelt für Sendeunternehmen die Vergütungspflicht in kollektiver Weise, wenn die Sender im Handel erhältliche Ton- und Tonbildträger verwenden und stellt damit klar, dass die Vervielfältigung dieser Träger zu Sendezwecken keine Nutzungshandlung i.S. von Art. 35 URG ist und separat entschädigt werden muss. Damit ändert sich nichts an der Vergütungspflicht für das Senden bei der Integration eines Tonträgers in einen audiovisuellen Träger.

Zudem wird in Ziff. 15 Abs. 2 des Tarifs festgehalten, dass bei einer Tonbildaufnahme, bei der ausschliesslich die Tonspur geschützt ist, nur die Sendedauer der Tonaufnahme als entschädigungspflichtige Sendezeit berechnet wird. Die Ziff. 15 des Tarifs ist somit nicht zu streichen.

5. a) Die Ziff 16 des Tarifs erklärt jede Ausstrahlung von geschützten Tonträgern über ein konzessioniertes Fernsehprogramm der SRG für vergütungspflichtig, unabhängig davon, ob die Sendung selbst produziert worden ist oder ob sie von einem anderen Programm oder einem Dritten übernommen wurde. Dies gilt z.B. für den Wetterkanal, in dem zu den Wetterbildern gleichzeitig ein Radioprogramm mitgesendet wird. Damit werden auch die in Fernsehprogrammen übernommenen Radioprogramme einer Vergütungspflicht unterstellt.

b) Die SRG geht davon aus, dass durch die Integration des Tonteils in das Sendesignal eine Veränderung vorgenommen werden muss und es sich deshalb nicht mehr um eine Radiosendung handelt. In der Folge vertritt sie die Auffassung, dass im Fall eines audiovisuellen Werkes der Tonträgerschutz mit der Integration einer Tonaufnahme in eine Sendung entfällt, da es sich hier um die Sendung eines audiovisuellen Werkes handle. Nur für den Fall, dass diese Sendung nicht als audiovisuelles Werk zu qualifizieren sei, bleibe die Tonaufnahme ein Tonträger, für dessen Verwendung zum Zweck der Sendung eine Vergütung geschuldet ist.

c) Es geht hier im Wesentlichen um von einer anderen Senderkette produzierte Radioprogramme, die gleichzeitig im Fernsehen ausgestrahlt werden, wobei nur im Einzelfall entschieden werden kann, ob ein audiovisuelles Werk entsteht oder nicht. Falls ein audiovisuelles Werk entsteht, gelten die gleichen Ausführungen wie zum integrierten Tonträger (vgl. vorne Ziff. 4). Sind diese Sendungen nicht als audiovisuelle Werke zu qualifizieren, wird auch von der SRG nicht bestritten, dass für die Verwendung der Tonträger zum Zwecke der Sendung eine Vergütung geschuldet ist (vgl. Rz. 12 der Vernehmlassung der SRG). Nach Auffassung der Schiedskommission ist sowohl im ersten wie auch im zweiten Fall eine Vergütung geschuldet. Hier bleibt somit der Hinweis, dass gemäss dem mit Beschluss vom 6. Oktober 2009 genehmigten Tarif A Radio der Swissperform die Ausstrahlung von geschützten Aufnahmen in Radioprogrammen, welche über Fernsehkanäle der SRG ausgestrahlt werden, nicht über diesen Tarif abgegolten werden (vgl. Ziff. A/4 Tarif A Radio). Somit ist es konsequent, eine Entschädi-

gung über den *Tarif A Fernsehen* für diese unverändert übernommenen Radioprogramme in Fernsehprogrammen zu leisten.

6. a) Der beantragte Tarif sieht gemäss Ziff. 7 einen einheitlichen Vergütungssatz von 3,315 Prozent der massgeblichen Einnahmen pro rata temporis der gesendeten geschützten Aufnahmen vor. Dies entspricht gemäss Swissperform einem Tarif von 3 Prozent für das Senderecht sowie einem Zuschlag von 10 Prozent für die Vervielfältigung der Träger und einem weiteren Zuschlag von 0,5 Prozent für die Möglichkeit der Verwendung geschützter Aufnahmen in so genannten Podcasts. Beim Nachweis einer allfälligen sprunghaften Erhöhung gegenüber der heutigen Pauschalvergütung ist Swissperform bereit, Vorkehrungen in den Tarif einzubauen, welche die Erhöhung auf höchstens 10 Prozent pro Jahr beschränken. Für die SRG ist der Satz von 3,315 Prozent für die Tonträgerverwendung unangemessen hoch und sie verweist dabei auf einen Beschluss der ESchK von 1996 (Entscheid betr. GT A vom 19.12.1996, E. 4-6). Sie beantragt deshalb für die Verwendung von geschützten Tonbildaufnahmen den Satz von 3,315 Prozent zu belassen, ihn aber für die Verwendung geschützter Tonaufnahmen um die Hälfte auf 1,6575 Prozent zu senken.

b) Gemäss Art. 60 Abs. 2 URG beträgt die Entschädigung für die verwandten Schutzrechte höchstens 3 Prozent des Nutzungsertrags bzw. des Nutzungsaufwands. Der Tarif geht somit sowohl bei der Verwendung von Tonträgern wie auch von Tonbildträgern für das Senden von der Ausschöpfung des Regelhöchstsatzes aus und erhebt für das Vervielfältigen und die Möglichkeit der Verwendung in Podcasts entsprechende Zuschläge.

c) Als Grundlage zur Berechnung der geschuldeten Vergütung bezeichnet der Tarif die entsprechenden Einnahmen der SRG. Allerdings liegen der Schiedskommission keine Angaben über die mit der Sendung verbundenen Einnahmen vor, da sich weder die SRG noch die Swissperform dazu geäussert haben. Es ist daher nicht abschätzbar, inwiefern mit dem gewählten Prozentsatz die bisher vertraglich vereinbarte Entschädigung über- oder unterschritten wird. Während die Swissperform der Auffassung ist, dass sie froh sein müsse, wenn sie mit dem beantragten Tarif die gegenwärtige Vergütungshöhe halten kann, geht die SRG insbesondere im Fall der Berücksichtigung der integrierten Tonträger von einer Verdreifachung der Tarifeinnahmen durch die Swissperform aus.

d) Mangels der erforderlichen Angaben kann die Schiedskommission die verlangte Entschädigungen nur beschränkt mit dem bisherigen Tarif sowie mit anderen ähnlichen Tarifen vergleichen. Im Verfahren betreffend den GT A im Jahre 1996 haben die Verwertungsgesellschaften in ihrem Tarifantrag hinsichtlich der Fernsehprogramme für die Verwendung geschützter Tonträger einen Satz von 1,5 Prozent und für die Verwendung geschützter Tonbildträger einen Satz von 3 Prozent beantragt. Dieser Regelung lässt sich lediglich entnehmen, dass die Verwertungsgesellschaften damals mit einem nach Ton- bzw. Tonbildträgern differenzierenden Vergütungssatz einverstanden waren. Allerdings haben sich die gleichen Tarifparteien im Tarif A Radio der Swissperform, den die Schiedskommission mit Beschluss vom 6. Oktober 2009 genehmigt hat, hinsichtlich der Tonträger auf eine Vergütung von 3,315 Prozent der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit geeinigt (vgl. Ziff. 7 des Tarifs). Bei dem von der Schiedskommission am 30. Juni 2008 genehmigten Tarif handelt es sich um einen Zusatztarif zum Tarif A Radio der Swissperform, der lediglich die Vergütung für die Vervielfältigung zu Sendezwecken sowie das Zugänglichmachen von Sendungen regelt. Dieser Tarif kann hier somit nicht zu Vergleichszwecken herangezogen werden.

Zu berücksichtigen ist indessen, dass die Swissperform gestützt auf eine einvernehmliche Vereinbarung zwischen den Parteien aus dem bisherigen *Tarif A Fernsehen* jährlich pauschal 1,2 Mio. Franken eingenommen hat. Gemäss langjähriger und konstanter Praxis der Schiedskommission sind allzu sprunghafte Tariferhöhungen grundsätzlich zu vermeiden. Dies muss insbesondere bei einem Tarif gelten, dessen Berechnungsgrundlagen ungenügend abgeklärt worden sind und bei dem die Auswirkungen des Wechsels von einer Pauschalentschädigung zu einem Prozentsatz der Einnahmen selbst nach Auffassung der Parteien völlig unabsehbar sind. Eine Verdreifachung der bisherigen Entschädigung würde nach Auffassung der Schiedskommission jedenfalls einer sprunghaften Erhöhung gleichkommen und kann nicht in Kauf genommen werden.

Zudem stellt sich gestützt auf den Beschluss vom 19. Dezember 1996 die Frage, ob es gerechtfertigt ist, im Fernsehen für die Verwendung von Tonträgern den gleichen Satz anzuwenden wie bei den Tonbildträgern, da bei den letzteren in der Regel eine grössere Anzahl von ausübenden Künstlern und weiteren Berechtigten mitwirken.

Angesichts dieser Ausgangslage beschliesst die Schiedskommission daher, den Vergütungssatz für Tonträger auf 1,6575 Prozent festzulegen. Zudem darf sich die Entschädigung während der Geltungsdauer des Tarifs lediglich um maximal 10 Prozent gegenüber dem geltenden Tarif (Fr. 1,2 Mio. pro Jahr) erhöhen. Im *Tarif A Fernsehen* sind die Tarifparteien jahrelang von einer Pauschale ausgegangen und haben es unterlassen, im Hinblick auf einen neuen Prozenttarif, die Auswirkungen dieser Regelung konkret darzulegen. Bei der von der Schiedskommission vorgenommenen Einschränkung handelt es sich allerdings um eine Lösung, die auf Grund der konkreten Umstände für diesen Tarif angebracht ist, aber sich nicht ohne weiteres auf andere Tarifverfahren übertragen lässt. Zudem schliesst die Schiedskommission nicht aus, dass nach Ablauf der Geltungsdauer dieses Tarifs und beim Vorliegen entsprechender Erfahrungswerte, der Tarifansatz für geschützte Tonaufnahmen entsprechend angepasst werden kann.

e) Es wird somit beschlossen, den Satz für Tonträger zu halbieren und die Erhöhung der Vergütung insgesamt auf 10 Prozent für die gesamte Tarifdauer zu beschränken. Damit ist der vorgelegte *Tarif A Fernsehen* mit diesen Änderungen zu genehmigen.

7. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV (in der Fassung vom 1. Juli 2008) und sind gemäss Art. 16b URV von der Swissperform zu tragen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der mit Eingabe vom 6. Juli 2009 beantragte *Tarif A Fernsehen* der Swissperform [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen] wird mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2012 mit den folgenden Änderungen genehmigt:
 - 1.1. *Ziff. 7*
Die Vergütung für geschützte Tonaufnahmen wird auf 1,6575 Prozent reduziert;
 - 1.2. Während der Geltungsdauer des Tarifs darf sich die Entschädigung um maximal 10 Prozent gegenüber dem geltenden Tarif (Fr. 1'200'000.00 pro Jahr) erhöhen;
 - 1.3. *Ziff. 14*
Es wird die von Swissperform eventualiter beantragte Variante A genehmigt.

[...]