

Beschluss vom 4. Dezember 2001

betreffend den Tarif A Radio (Swissperform)

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

Besetzung:

Präsidentin:

- Danièle Wüthrich-Meyer, Bellmund

Neutrale Beisitzer:

- Martin Baumann, St. Gallen
- Pierre-Christian Weber, Genève

Vertreter der Leistungsschutzberechtigten:

- Rudolf A. Rentsch, Zürich

Nutzervertreterin:

- Claudia Bolla-Vincenz, Bern

Sekretär:

- Andreas Stebler, Bern

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Nachdem die Schiedskommission mit Beschluss vom 19. Dezember 1996 dem von den beiden Verwertungsgesellschaften SUIISA und Swissperform vorgelegten Gemeinsamen Tarif A (GT A) die Genehmigung verweigerte, galt zwischen der Swissperform und der SRG

SSR idée suisse (Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG) eine von der Schiedskommission am 8. Dezember 1995 bzw. am 20. September 1999 genehmigte Übergangsregelung für die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zum Zwecke der Sendung und Weitersendung durch die SRG.

Mit Eingabe vom 4. August 2000 beantragte die Swissperform, die Genehmigung eines neuen *Tarifs A Radio* (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die SRG zu Sendezwecken im Radio) in der Fassung vom 25. Juli 2000 mit einer vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2005. Dieser Tarif regelt die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken im Sinne von Art. 35 Abs. 1 URG in den über die Radiosenderketten ausgestrahlten Programme der SRG und soll die bisherige, längstens bis zum 31. Dezember 2001 geltende Vereinbarung zwischen der Swissperform und der SRG ablösen.

2. Die Swissperform weist in ihrer Eingabe darauf hin, dass die SRG gestützt auf die vereinbarte Übergangsregelung eine steigende jährliche Entschädigung bezahlte, die sich zuletzt (1999 bis 2001) auf vier Millionen Franken belief. Gemäss den Angaben von Swissperform umfasst diese Entschädigung auch die Vergütung für die Nutzung von Tonträgern in den Fernsehprogrammen der SRG. Diese sei aber, aufgrund der damaligen Annahme, dass lediglich die nicht mit einem Bild synchronisierten Tonträger unter die Vergütungspflicht des Art. 35 Abs. 1 URG fallen würden, in der Übergangsregelung bescheiden ausgefallen.
3. Zu den Verhandlungen führt die Swissperform aus, dass bereits kurz nach der Zustellung des Entscheids vom 19. Dezember 1996 der SRG neue Tarifvorschläge für einen streng nutzungsbezogenen Tarif vorgelegt worden seien, welche entsprechend diesem Beschluss für jede Senderkette getrennt errechnete Minutenentschädigungen vorgesehen hätten. Die SRG habe indessen erst nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Februar 1998 in Verhandlungen eingewilligt. Da nach ihrer Auffassung die Klärung wesentlicher Rechtsfragen rund um die Nutzung von Tonträgern im Radio bereits relativ weit

fortgeschritten war, habe die Swissperform vorgeschlagen, die weiteren Tarifentwürfe auf diesen Bereich sowie die so genannt unverbundene Nutzung von Tonträgern im Fernsehen zu beschränken und die übrigen Nutzungen im Fernsehen einem weiteren Tarif vorzubehalten. Die SRG sei in der Folge damit einverstanden gewesen, die beiden Dossiers Radio und Fernsehen getrennt zu behandeln. Unter den Parteien sei ebenfalls vereinbart worden, den Umfang der tatsächlichen Nutzung geschützter Tonträger in den Senderketten der SRG mittels einer gemeinsam durchgeführten Erhebung während einer oder mehrerer Probewochen zu ermitteln. Dieses Vorhaben sei jedoch gescheitert, weil die SRG ohne Angabe von Gründen diese Vereinbarung nicht eingehalten und jegliche Mitarbeit zu tatsächlichen Erhebungen über den Umfang der Nutzung verweigert habe.

Die Swissperform betont, dass hinsichtlich einiger offener Punkte eine Lösung gefunden werden konnte. Dies gelte insbesondere für den im Tarif zu regelnden Rechteumfang, die Definition der tarifrelevanten Einnahmen und deren rechnerische Aufteilung auf die Senderketten sowie die Art und Form der Nutzungsmeldungen und die Folgen fehlender, unvollständiger oder unrichtiger Meldungen. Dagegen sei es trotz Verhandlungen nicht gelungen, in anderen wesentlichen Punkten eine Annäherung zu erzielen. Dies gelte vor allem für die Frage, ob die Tarife für die Radio- und die Fernsehsendungen gleichzeitig der Schiedskommission zu unterbreiten sind. Zudem wolle die SRG bei der Bestimmung des tarifrelevanten Nutzungsumfanges nur die von der entsprechenden Senderkette selbst produzierten Sendungen berücksichtigt wissen, während die Swissperform auf den Anteil der über die betreffende Senderkette effektiv ausgestrahlten Titel abstellen möchte. Die Swissperform weist aber auch auf eine Differenz hin, falls über eine Senderkette gleichzeitig verschiedene Programme ausgestrahlt werden. Im weiteren schlage die SRG einen Stufentarif analog dem GT S vor, während sie einem streng nutzungsbezogenen Tarif den Vorzug gebe. Die SRG habe sich auch generell gegen die Höhe der vorgeschlagenen Entschädigungssätze gewendet und verlangt, die an die Inhaber ausschliesslicher Rechte bezahlten Entschädigungen für das Einspeichern von Tonträgern auf Harddisks von der gemäss *Tarif A* geschuldeten Entschädigung abzuziehen.

-
4. Mit Präsidialverfügung vom 13. September 2000 wurde die SRG zur Vernehmlassung bezüglich der beantragten Genehmigung des *Tarifs A (Radio)* eingeladen.

Mit ihrer Stellungnahme vom 15. Dezember 2000 beantragte die SRG in der Hauptsache, dass der *Tarif A (Radio)* der Swissperform nicht zu genehmigen sei. Sie verlangte, die Swissperform sei zu verpflichten, den Tarif gemäss entsprechenden Anweisungen zu überarbeiten.

Zu den Verhandlungen merkte die SRG an, dass zwar getrennte Verhandlungen der Bereiche Radio und Fernsehen vereinbart worden seien, indessen der Schiedskommission nicht zwei getrennte Tarifvorlagen, sondern zu einem späteren Zeitpunkt ein einheitlicher Tarif vorgelegt werden sollte, der sowohl den Radio- wie auch den Fernsehbereich abdeckt. Bis dahin müssten sich die Tarifpartner mit Übergangsregelungen behelfen. Im übrigen sei die einvernehmliche Regelung im Radiobereich in erster Linie daran gescheitert, weil sich die Parteien nicht über die pekuniären Bestimmungen hätten einigen können. So bestätigte die SRG, dass sie einen dem GT S ähnlichen Stufentarif gefordert habe, während die Swissperform am linearen Prozenttarif zum Maximalsatz von drei Prozent festgehalten habe. Die Swissperform habe sich auch geweigert, der SRG ihre Berechnungen zugänglich zu machen und ihr die Auswertung über den Anteil geschützter Tonträger vorenthalten. Ebenso habe sich die Swissperform der Forderung verschlossen, die von der SRG an weitere Rechtsinhaber geleisteten Zahlungen bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen.

Nach Auffassung der SRG konnte man sich auch hinsichtlich des Rechteumfangs (Ziff. 4 des Tarifs), der SRG-internen Programmübernahme (Ziff. 10), der Behandlung gleichzeitig ausgestrahlter Programme (Ziff. 12) sowie des Umfangs der Meldepflicht (Ziff. 16ff.) nicht einigen. Ebenso bestehe keine vollständige Übereinstimmung hinsichtlich des Katalogs der einzelnen tarifrelevanten Einnahmepositionen (Ziff. 9). Ausserdem sei über die Tarifdauer nicht besonders verhandelt worden.

-
5. Gestützt auf Art. 15 Abs. 2^{bis} des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) wurde der *Tarif A (Radio)* der Swissperform mit Präsidialverfügung vom 20. Dezember 2000 dem Preisüberwacher zur Stellungnahme unterbreitet.

Der Preisüberwacher nahm zur Tarifvorlage mit Schreiben vom 16. Januar 2001 Stellung. Bei seiner Prüfung kam er zum Schluss, dass noch verschiedene tarifrelevante Parameter fehlen würden und es somit schwer falle, die Angemessenheit des beantragten Tarifs zu beurteilen sowie dessen wirtschaftliche Folgen präzise abzuschätzen. Er empfahl daher, den *Tarif A (Radio)* an die Tarifpartner zu neuen Verhandlungen und ergänzenden Abklärungen zurückzuweisen. Allerdings vertrat er auch die Auffassung, dass eine jährliche Entschädigung zwischen 4 und 4,5 Millionen Franken aufgrund der vorliegenden Datenlage und Erkenntnisse wohl nicht als missbräuchlich im Sinne des PüG bezeichnet werden könne.

6. Mit Präsidialverfügung vom 26. Februar 2001 wurde gestützt auf Art. 57 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 URV die zur Behandlung des *Tarifs A (Radio)* zuständige Spruchkammer eingesetzt.

7. Da sich die Swissperform mit der einzigen am Verfahren beteiligten Nutzerin bezüglich des vorgelegten *Tarifs A* nicht einigen konnte, wurde für den 4. Juli 2001 eine Sitzung einberufen, an der die Parteien zusätzlich mündlich Stellung nehmen konnten (Art. 12f. URV).

An dieser Sitzung verlangte die Swissperform die Genehmigung des vorgelegten Tarifs. Allerdings wurde mit einem Eventualantrag zu Ziff. 12 des Tarifs eine von der SRG vorgeschlagene Variante bezüglich der Behandlung zeitgleich ausgestrahlter Teilprogramme über eine Senderkette aufgenommen. Die SRG bestätigte ihren Antrag auf Nichtgenehmigung des vorgelegten *Tarifs A* und verlangte die Verlängerung der bestehenden Übergangsregelung mit einer Jahrespauschale von vier Millionen Franken. Eine solche Weitergeltung der Übergangsregelung wurde von der Swissperform indessen abgelehnt. Für den Fall der Ablehnung der Tarifvorlage kündigte Swissperform die Absicht an, die SRG gestützt auf die Ziff. 2 des GT S diesem Tarif zu unterstellen. Die SRG wies

darauf hin, dass die Anwendung des GT S für sie zu erheblichen Problemen führe und eine solche Unterstellung nicht akzeptabel sei.

8. Nachdem die Schiedskommission bereits mit der Beratung (Ziff. 14 URV) begonnen hatte, verlangte sie im Anschluss an diese Sitzung von den Parteien noch zusätzliche Unterlagen und weitere Angaben und setzte ihnen hierfür mit Verfügung, die sie den Parteien am 12. Juli 2001 in schriftlicher Form zustellte, eine letztlich bis zum 5. Oktober 2001 verlängerte Frist.

Mit Schreiben vom 5. Oktober 2001 gab die Swissperform die verlangten Erläuterungen zur Auswirkung der 3-Prozentregel sowie zum Umfang der Meldepflicht ab und erklärte sich insbesondere bereit, bezüglich der tarifrelevanten Einnahmen das Bartering dem Sponsoring gleichzustellen. Der neue – von der Swissperform zunächst als unpräjudiziell bezeichnete – Tarifentwurf vom 24. Juli 2001 enthielt daher sowohl eine geänderte Ziff. 9 (Bartering) wie auch eine revidierte Ziff. 12 (zeitgleiche Sendung mehrerer Teilprogramme über eine Senderkette) sowie eine Neuregelung der Meldepflicht in den Ziff. 16 bis 20. Dieser Entwurf wurde mit einigen leichten Modifikationen in der Fassung vom 21. September 2001 von der Swissperform mit Schreiben vom gleichen Tag als Diskussionsgrundlage für das weitere Vorgehen im Meldewesen anerkannt.

Die SRG stellte mit ihrer Eingabe vom 5. Oktober 2001 den Antrag, das Genehmigungsverfahren sei infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Gleichzeitig verlangte sie, ihr sei die Frist zur Beantwortung der Fragen gemäss Verfügung vom 4. Juli 2001 sowie die Ladung zur Verhandlung vom 7. November 2001 abzunehmen. Sollte an der Fortsetzung des Genehmigungsverfahrens festgehalten werden, so beantragte die SRG eine neue Fristansetzung zur Beantwortung der Fragen und eine Einladung zur nächsten Verhandlung vor der Schiedskommission. Die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens begründete sie mit ihrer Bereitschaft, sich nun im Sinne einer Übergangsregelung dem GT S zu unterstellen.

9. Mit Präsidialverfügung vom 18. Oktober 2001 wurden die Parteien zur Sitzung vom 7. November 2001 eingeladen. Gleichzeitig wurde der Eventualantrag der SRG auf Ansetzung einer neuen Frist abgelehnt.

Anlässlich der Sitzung vom 7. November 2001 erhielten sowohl die Swissperform wie auch die SRG Gelegenheit, sich zu den gestellten Verfahrensanhträgen zu äussern. Während die Swissperform verlangte, das Verfahren sei fortzusetzen, bestätigte die SRG ihr Begehren auf Einstellung des Verfahrens. In der Folge wies die Kommission ein Wiederherstellungsbegehren der SRG zur Beantwortung der Fragen gemäss Verfügung vom 4. Juli 2001 ab, nahm indessen den nachträglich eingereichten Vertrag zwischen den Verbänden der ausübenden Künstler B. _____ und der C. _____ einerseits sowie der SRG andererseits zu den Akten.

Zu diesem Vertrag wie auch zu den von der Swissperform fristgerecht eingereichten Unterlagen wurde den Parteien nochmals das rechtliche Gehör gewährt. Nach dieser Anhörung und der Fortsetzung der Beratung, gaben die Parteien indessen bekannt, dass sie unter Vorbehalt der zuständigen Gremien einen Einigungsvorschlag ausgearbeitet hätten. Danach sollte die Ziff. 6 des *Tarifs A* durch die Ziff. 12.2 des GT S ersetzt und die Ziff. 10 und die Ziff. 12 wie im Tarifentwurf vom 21. September 2001 geregelt werden. In Ziff. 9 wurden die Einnahmen aus der Sendung von Mitteilungen und Anzeigen gestrichen. Damit war nach Auffassung der Tarifparteien die Frage der Berücksichtigung des B. _____/C. _____-Vertrags in Form einer unpräjudiziellen Regelung nicht mehr von Bedeutung. Man einigte sich zudem auf eine Gültigkeitsdauer bis Ende 2003.

Die Kommission gewährte den Tarifpartnern eine weitere Frist bis zum 20. November 2001 zur Einholung der entsprechenden Zustimmungen. Nach einer bis zum 30. November 2001 erstreckten Frist gaben die Parteien indessen bekannt, dass die Vergleichsbemühungen gescheitert waren. Die SRG betonte, dass sie den Tarifvorschlag vom 7. November 2001 akzeptiert hätte. Nach den gescheiterten Verhandlungen hielt sie an ihren primären Anträgen vom 15. Dezember 2000 fest.

10. Die Schiedskommission setzte ihre Beratungen an der Sitzung vom 4. Dezember 2001 fort. Dabei stützte sie sich auf den vorgelegten *Tarif A (Radio)* der Swissperform (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die SRG zu Sendezwecken im Radio) in der Fassung vom 21. September 2001, der den folgenden Wortlaut hat:



SWISSPERFORM

Schweizerische Gesellschaft für die verwandten Schutzrechte

Tarif A Radio

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

genehmigt von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten am ■ und veröffentlicht im Schweizerischen Handelsamtblatt Nr. ■

Swissperform
Utoquai 43
Postfach 221
8024 Zürich
Tel. 01/261 50 10
Fax 01/260 41 35

Swissperform - unpräjudizierlicher Entwurf Tarif A Radio

A. Gegenstand des Tarifs

- 1 Dieser Tarif richtet sich an die SRG hinsichtlich ihrer Tätigkeiten als Sendeunternehmen im Bereich des Radios.
- 2 Der Tarif bezieht sich auf die Verwendung von durch verwandte Schutzrechte geschützten im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken nach Art. 35 Abs. 1 URG.
- 3 Mit Bezahlung der tarifmässigen Vergütungen sind die Sendungen der SRG über ihre konzessionierten Radiosenderketten abgegolten. Nicht abgegolten ist die Ausstrahlung von geschützten Aufnahmen in Radioprogrammen, welche über die Fernsehkanäle der SRG ausgestrahlt werden.

Nicht abgegolten ist auch die Weiterverbreitung von geschützten Aufnahmen in Programmen der SRG durch Dritte, unabhängig davon, ob diese Weiterverbreitung eine Weitersendung oder eine Mitwirkung an einer Erstsendung darstellt.
- 4 Die Swissperform verfügt nicht über ausschliessliche Rechte der Rechteinhaber nach Art. 33 und 36 URG und nicht über Persönlichkeitsrechte der Berechtigten. Sie stellt aber die SRG von Ansprüchen der Rechteinhaber bezüglich der folgenden Verwendung frei:
 - Speicherungen zu aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen Archivierungs- und Dokumentationszwecken, welche nach der vorgeschriebenen Zeit gelöscht werden.
- 5 Vom Tarif ausgenommen sind die in anderen Tarifen geregelten Nutzungen.

B. Vergütung

a) Berechnung

- 6 Die Vergütung wird für jede Senderkette getrennt erhoben und beträgt 3% der Einnahmen der Senderkette pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit.
- 7 Eine Senderkette im Sinne von Ziff. 6 wird anerkannt, sofern die folgenden Voraus-

Swissperform - unpräjudizierlicher Entwurf Tarif A Radio

setzungen nachgewiesen sind:

- sie verbreiten ein eigenes Radioprogramm unter einem eigenen Signet, für welches in der Öffentlichkeit als selbständiges Programm mit eigenem Programmprofil geworben wird
- sie verfügen über ihnen ausschliesslich zugeordnete Frequenzen bzw. über entsprechende digitale Adressierungsmittel
- sie verfügen gemäss Bestätigung der Kontrollstelle der SRG über eine durchgehende Kostenstellenrechnung, welche es erlaubt, auch die Kosten der nicht oder nicht ausschliesslich einer Senderkette zugeordneten Dienste vollständig auf die einzelnen Senderketten aufzuteilen

Die Swissperform kann eine Anerkennung widerrufen, wenn die Voraussetzungen nach diesem Artikel nicht mehr erfüllt sind. Sie kann überdies von der SRG jederzeit den Nachweis über die Erfüllung der Voraussetzungen verlangen.

- 8 Als Einnahmen der Senderkette im Sinne von Ziff. 6 gelten die jährlichen Gesamteinnahmen der SRG verteilt auf die Senderketten im Verhältnis der von der Kontrollstelle bestätigten jährlichen auf die Senderkette entfallenden Kosten.
- 9 Als Gesamteinnahmen der SRG im Sinne von Ziff. 8 gelten die jährlichen Einnahmen aus der Tätigkeit der SRG als Sendeunternehmen, so insbesondere
- der Nettoertrag der Radio Empfangsgebühren gemäss Art. 17 Abs. 1 RTVG
 - öffentliche Hilfen und Zuschüsse für einzelne Programme
 - Einnahmen aus der Sendung von Mitteilungen und Anzeigen
 - Erträge aus Sponsoring **und Bartering**, abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition von Sponsoren, höchstens jedoch abzüglich 40% der gesamten während eines Rechnungsjahres einbezahlten Leistungen

Nicht in die Berechnung einbezogen werden nicht mit der Sendetätigkeit zusammenhängende Erträge wie z.B. Erträge auf Finanzanlagen.

Einer Senderkette direkt für eine bestimmte Sendung zugewendete Einnahmen können dieser vorab direkt als Einnahme zugerechnet werden, sofern sie in der Jahresrechnung als direkte Einnahmen dieser Senderkette ausgewiesen werden.

Bei der Berechnung der Gesamteinnahmen wird in der Regel auf die von der Kontrollstelle der SRG bestätigten Werte abgestellt. Von dieser Regel kann abgewichen

Swissperform - unpräjudizierlicher Entwurf Tarif A Radio

werden, wenn wesentliche Einnahmen im Sinne dieses Tarifs direkt bei Tochtergesellschaften oder bei Dritten anfallen.

- 10 Als „Anteil der geschützten Aufnahmen“ im Sinne von Ziff. 6 gilt die jährliche Gesamtzeit der Ausstrahlung geschützter Tonaufnahmen unabhängig davon, ob die ausgestrahlte Sendung von der Senderkette selbst produziert worden ist oder ob sie von einer anderen Senderkette oder einem Dritten produziert und durch die abrechnungspflichtige Senderkette lediglich übernommen worden ist.
- 11 Die Sendezeit einer Senderkette im Sinne von Ziff. 6 entspricht der Zeit der während eines Jahres über die der Senderkette zugeordneten Frequenzen bzw. Adressierungsmittel ausgestrahlten Sendungen.
- 12 *Werden zeitgleich über eine Senderkette mehrere Teilprogramme gesendet (insbesondere Regionaljournale) so werden die Sendezeiten aller Teilprogramme zur Sendezeit dieser Senderkette nach Ziff. 11 hinzugezählt. Die Vergütung nach Ziff. 6 bestimmt sich in diesem Fall nach dem Anteil der geschützten Aufnahmen in der so errechneten Sendezeit.*
- b) *Steuern*
- 13 Die Vergütungen verstehen sich ohne eine allfällige Mehrwertsteuer.
- C. **Abrechnung**
- 14 Die SRG teilt der Swissperform jährlich spätestens bis Ende **August** alle Angaben mit, die zur Berechnung der Einnahmen der SRG pro Senderkette gemäss Ziffn. 6-8 für das Vorjahr erforderlich sind.
- 15 Die Swissperform kann zur Prüfung der Angaben Belege verlangen, insbesondere eine Bestätigung der Kontrollstelle der SRG.
- D. **Meldepflicht**
- a) *Meldung der gesendeten Tonträger*
- 16 *Die SRG meldet jährlich von den Sendeprogrammen jeder Senderkette eine nach*

Swissperform - unpräjudizierlicher Entwurf Tarif A Radio

überprüfbaren statistischen Grundsätzen erhobene Stichprobe, welche aus sämtlichen während eines Kalenderjahres gesendeten im Handel erhältlichen Aufnahmen zu ziehen ist. Diese Stichprobe dient zur Bestimmung des Anteils geschützter Aufnahmen an der Gesamtsendezeit einer Senderkette gemäss Ziff. 6 des Tarifs. Der Nutzungsvertrag regelt die Details der Erhebung und der Auswertung der Stichprobe.

- 17** *Die SRG meldet der Swissperform die Aufnahmen derjenigen Senderketten, welche die Swissperform individuell an die Berechtigten verteilen will. Die Swissperform wird diese Senderketten jeweils spätestens zwei Monate vor dem Beginn desjenigen Kalenderjahres bezeichnen, für welches die Meldungen verlangt werden.*
- 18** *Die Meldungen nach Ziff. 16 und 17 umfassen mindesten die folgenden Daten, soweit solche Angaben auf dem Tonträger selbst, seiner Hülle oder in der Inlaycard ersichtlich sind:*
- *Titel des Musikwerks, Name des Komponisten*
 - *Name evtl. Künstler- oder Gruppenname der Interpreten,*
 - *Label der benutzten Aufnahmen bzw. Tonträger*

Auf besondere Aufforderung der Swissperform meldet die SRG alle weiteren Daten über einzelne gesendete Aufnahmen, soweit solche auf dem Tonträger, seiner Hülle oder in der Inlaycard ersichtlich sind.

b) Zusätzliche Angaben

- 19** *Die SRG meldet zusätzlich*
- *die Gesamtsendezeit der Programme gegliedert nach Senderkette während der Meldeperiode,*
 - *die Sendezeit jeder gesendeten Tonaufnahme*
 - *die Sendedauer jeder gesendeten Tonaufnahme*
 - *die Gesamtsendezeit gesendeter im Handel erhältlicher Tonaufnahmen gegliedert nach Senderketten während der Meldeperiode.*
- 20** *Der Meldungen erfolgen in elektronischer Form in einem üblichen standardmässig importierbaren Datenformat. Die Meldetermine sowie die weiteren Details regelt der Nutzungsvertrag.*

Swissperform - unpräjudizierlicher Entwurf Tarif A Radio

c) *Verletzung der Abrechnungspflichten*

- 21 Kommt die SRG ihren Abrechnungs- und Meldepflichten trotz schriftlicher Mahnung nicht oder nicht vollständig nach, so ist die Swissperform berechtigt, den Umfang des verwendeten geschützten Repertoires sowie die Berechnungsbasis der Entschädigung aufgrund der verfügbaren Information zu schätzen.

D. **Zahlung**

- 22 Die Vergütungen sind innert 30 Tagen seit Rechnungsstellung zahlbar.
- 23 Die Swissperform kann Akontozahlungen und/oder andere Sicherheiten verlangen. Die Akontozahlungen werden in der Regel aufgrund der Abrechnungen bzw. Zahlungen für das Vorjahr festgelegt.

E. **Geschäftsgeheimnisse**

- 24 Die Swissperform wahrt das Geschäftsgeheimnis. Sie verwendet die erhaltenen Verzeichnisse lediglich zur Berechnung der tarifmässigen Vergütungen, zur Vorbereitung und Begründung von Tarifen und Eingaben an Gerichte und Aufsichtsbehörden, zur Abrechnung ihrer Einnahmen auf die Berechtigten und für nicht kommerziell auswertbare Statistiken.

Jede weitere Verwendung bedarf der Zustimmung der SRG.

F. **Gültigkeitsdauer**

- 25 Dieser Tarif ist vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2005 gültig.
- 26 Bei wesentlichen Änderungen der Verhältnisse kann vorzeitig revidiert werden.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Die Swissperform hat ihren Antrag auf Genehmigung eines neuen *Tarifs A (Radio)* mit einer vorgesehenen Gültigkeitsdauer ab dem 1. Januar 2002 am 4. August 2000 eingereicht. Damit hat sie die in Art. 9 Abs. 2 URV vorgesehene Eingabefrist eingehalten. Ebenso hat die SRG ihre Vernehmlassung innert der bis zum 15. Dezember 2000 verlängerten Frist eingereicht.

Die Schiedskommission hat den Antrag der SRG auf Wiederherstellung der Frist zur Beantwortung der Fragen gemäss Verfügung vom 4. Juli 2001 abgewiesen. Mit ihrer Eingabe vom 5. Oktober 2001 hat die SRG offensichtlich darauf verzichtet, die ihr gesetzte Frist wahrzunehmen, indem sie sich darauf beschränkt hat, am letzten Tag der verlängerten Frist einen Antrag auf Abnahme dieser Frist zu stellen. Der Vertrauensgrundsatz kann indessen nicht so weit gehen, dass unter diesen Voraussetzungen ohne weiteres von einer Neuansetzung einer Frist ausgegangen werden durfte. Zumindest eventualiter hätte die SRG somit fristgerecht auf die von der Schiedskommission gestellten Fragen eingehen müssen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände kann nicht davon ausgegangen werden, dass die SRG unverschuldet davon abgehalten worden ist, innert der gesetzten Frist zu handeln. Es liegt somit kein Fall von Wiederherstellung im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VwVG vor.

Der mit Verfügung vom 4. Juli 2001 einverlangte Vertrag zwischen A. _____/B. _____ einerseits und der SRG andererseits wurde indessen gestützt auf Art. 32 Abs. 2 VwVG zu den Akten genommen. Die Kommission hat am 4. Juli 2001 ihre Beratungen unterbrochen, weil sie noch zusätzliche Informationen wünschte. Dabei erachtete sie die Abgabe dieses Vertrages als notwendig. Dagegen sind die nachträglich abgegebenen Erläuterungen der SRG zur Beantwortung der Fragen der Schiedskommission gemäss Verfügung vom 4. Juli 2001 aus den Akten zu weisen.

Die SRG hat zudem in ihrem Schreiben vom 30. November 2001 nebst einer Erklärung, dass die vorgesehene konsensuale Regelung letztlich nicht zu Stande gekommen ist, zusätzliche materielle Ausführungen vorgebracht. Die Schiedskommission beschliesst, auch diese

weiteren Ausführungen aus den Akten zu weisen, zumal die Swissperform keine Gelegenheit hatte, dazu Stellung zu nehmen.

2. Den Gesuchsunterlagen sowie der Stellungnahme der SRG lässt sich entnehmen, dass die Swissperform die Verhandlungen im Sinne von Art. 46 Abs. 2 URG ordnungsgemäss durchgeführt hat, auch wenn diese letztlich nicht zu einer Einigung unter den Tarifparteien geführt haben. Die Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zum Urheberrechtsgesetz (BBl 1989 III 557) sieht denn auch vor, dass die Verwertungsgesellschaften, falls die Verhandlungen zu keinem Erfolg führen oder sie von den Nutzerverbänden abgelehnt werden, berechtigt sind, der Schiedskommission ihren Tarifvorschlag zur Genehmigung vorzulegen. Auch *Govoni* (SIWR II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Basel 1995, S. 443) ist der Auffassung, dass in den Fällen, in denen die Verwertungsgesellschaften die Verhandlungen mit den Nutzerorganisationen abbrechen, dies nicht bereits bedeuten muss, dass die Pflicht mit der gebotenen Einlässlichkeit zu verhandeln, verletzt worden ist und der Genehmigungsantrag deshalb zurückzuweisen sei. Ein Abbruch der Verhandlungen kann demnach gerechtfertigt sein, wenn die Positionen festgefahren sind und keine Möglichkeit einer Einigung besteht.

Der Umstand, dass die Swissperform den Tarif offenbar ohne das ausdrückliche Einverständnis der SRG eingereicht hat, ist im übrigen unerheblich, da die Tarifeingabe zu den Pflichten einer Verwertungsgesellschaft gehört (Art. 46 Abs. 3 URG). Wesentlich ist, dass die Swissperform mit der SRG als der einzigen massgebenden Nutzerin in diesem Tarif gemäss Art. 46 Abs. 2 URG verhandelt hat.

3. Grundsätzlich ist die Ablösung der bisherigen provisorischen und von den Tarifparteien übereinstimmend als unpräjudiziell bezeichneten mehrjährigen Übergangsregelung durch einen ordentlichen Tarif zu begrüessen. Allerdings gilt es auch zu berücksichtigen, dass die Übergangslösung eine umfassendere Regelung beinhaltet hat als der nun vorgelegte Tarif, deckte sie doch auch die Leistungsschutzrechte im Fernsbereich ab.

Die Swissperform beantragt mit dem vorliegenden Tarif indessen eine eigenständige Beurteilung der Angemessenheit der leistungsschutzrechtlichen Vergütungen im Radiobereich. Dies mit dem Hinweis, dass die Trennung von Radio- und Fernsbereich im Rahmen der Verhandlungen auch von der SRG begrüsst worden sei und es der SRG für die Ablehnung getrennter Tarifeingaben an einem schützenswerten Interesse fehle. Die SRG ist der Auffassung, dass die Kommission zur Angemessenheitsprüfung und damit zur Einschätzung der finanziellen Auswirkungen beide Tarifteile kennen muss. Zwar sei vereinbart worden, getrennt zu verhandeln; dagegen sollten die beiden Tarife für Radio und Fernsehen zusammen der Schiedskommission unterbreitet werden.

Gemäss Art. 47 Abs. 1 URG haben mehrere Verwertungsgesellschaften, die im gleichen Nutzungsbereich tätig sind, für die gleiche Verwendung von Werken und Darbietungen einen gemeinsamen Tarif nach einheitlichen Grundsätzen aufzustellen und eine einzige Gesellschaft als Zahlstelle zu bezeichnen. Mit Beschluss vom 18. Dezember 2000 hat die Schiedskommission den Tarif A der SUISA genehmigt und damit die Trennung des einst vorgesehenen GT A in einen Tarif A der SUISA und indirekt in einen *Tarif A* der Swissperform bestätigt. Dies einerseits weil in Bezug auf die Urheberrechte rascher eine Lösung gefunden werden konnte als bei den verwandten Schutzrechten und sich andererseits in diesem Sonderfall zwei Verwertungsgesellschaften einer einzigen Nutzerin gegenüberstanden und sämtliche Beteiligten mit dieser Aufteilung einverstanden waren (vgl. Ziff. II/2 des Beschlusses vom 18. Dezember 2000).

Vorliegend kommt indessen der Art. 47 Abs. 1 URG gar nicht zur Anwendung, da es sich beim vorgelegten Tarif um einen ausschliesslichen Tarif der Swissperform handelt bzw. die Trennung in einen SUISA-Tarif und in einen Swissperform-Tarif nicht umstritten ist. Das URG enthält indessen keine Bestimmung, die festlegt, inwieweit das Repertoire einer Verwertungsgesellschaft tarifmässig unterteilt werden darf und es gibt dazu auch keine einheitliche Praxis der Schiedskommission, was etwa durch die unterschiedlichen Tarife je nach Nutzungsart im Bereich der Urheberrechte bestätigt wird. Zwar wäre es sicherlich von Vorteil, falls die Schiedskommission bei der Beurteilung des *Tarifs A* die

Gesamtauswirkungen kennen würde. Allerdings liegt es in der Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften, Zeitpunkt und Umfang einer Tarifvorlage zu bestimmen, solange dies nicht zu einem unsinnigen oder widersprüchlichen Ergebnis führt. Eine Aufteilung ist vorliegend ohne weiteres möglich, da die Einnahmen bzw. die Kosten für den Radiobereich und den Fernsehbereich separat ermittelt werden und eine einzige Nutzerin einer Verwertungsgesellschaft gegenübersteht. Die Angemessenheitsprüfung des vorgelegten *Tarifs A Radio* gemäss Art. 59f. URG ist denn auch ohne weiteres möglich. Dafür spricht auch, dass sich die Tarifparteien mindestens darauf geeinigt haben, separat zu verhandeln. Auch aus der – nach Auffassung der Parteien unpräjudiziellen – Übergangsregelung vom 11. Juni 1999 lässt sich keinerlei Verpflichtung entnehmen, die beiden Tarife für Radio und Fernsehen gleichzeitig der Schiedskommission vorzulegen. Vielmehr äussert die Swissperform ihre Absicht, getrennte Tarife für Radio und Fernsehen (vgl. Ziff. 4) vorzuschlagen. Eine solche Trennung erscheint denn auch sinnvoll, da im Radiobereich in der Zwischenzeit wesentliche Rechtsfragen geklärt werden konnten, während im Fernsehbereich strittige Punkte gegenwärtig noch durch die Zivilgerichte zu beurteilen sind. Die Schiedskommission ist daher grundsätzlich mit der tariflichen Aufspaltung in einen Radio- und einen Fernseheteil einverstanden und erklärt sich bereit, auf die vorgelegte Tarifvorlage einzutreten.

4. Mit ihrer Eingabe vom 5. Oktober 2001 beantragte die SRG die Unterstellung unter den GT S und verlangte damit das bisherige Genehmigungsverfahren als gegenstandslos abzuschreiben (vgl. vorne Ziff. I/8).

Die Ziff. 2 des GT S bestimmt, dass die SRG für alle ihre Programme von diesem Tarif ausgenommen ist, solange dafür besondere Tarife bestehen. Theoretisch könnte die SRG somit mangels eines eigenen Tarifs dem GT S unterstellt werden. Im Rahmen der Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften ist es aber an der Swissperform zu bestimmen, ob sie einen solch besonderen Tarif aufstellen will oder nicht. Falls die Swissperform daher einen entsprechenden Tarif zur Genehmigung vorlegt, kann sich die SRG dem nicht durch Unterstellung unter den GT S entziehen. Die Schiedskommission kann

somit das Verfahren nicht einfach abschreiben, sondern muss den *Tarif A* der Swissperform auf seine Angemessenheit hin prüfen. Sollte diese Prüfung ergeben, dass der Tarif nicht genehmigt werden kann, ist allenfalls im Rahmen einer Übergangsregelung abzuklären, ob der GT S zur Anwendung gelangt. Im übrigen ist zu berücksichtigen, dass die SRG bis zu diesem Zeitpunkt eine Unterstellung unter den GT S ausdrücklich abgelehnt hat. Zwar forderte sie in ihrer Eingabe einerseits Gleichbehandlung mit den kommerziellen Sendeunternehmen in der Schweiz gemäss GT S, verlangte andererseits aber auch, dass den besonderen Umständen, wodurch sich die SRG von den kommerziellen Programmveranstaltern unterscheidet, Rechnung getragen wird. So etwa bei der SRG-internen Programmübernahme, der Behandlung der Regionaljournale oder bei den konkret anzuwendenden Entschädigungssätzen.

5. Gemäss Swissperform wurde mit der SRG vereinbart, den Umfang der tatsächlichen Nutzung geschützter Tonträger durch die SRG während einer oder mehrerer Probewochen zu ermitteln. Die SRG habe sich aber schliesslich geweigert, an dieser Erhebung teilzunehmen, worauf die Swissperform von sich aus im August 1998 mittels einer Mustersendewoche eine Erhebung durchgeführt hat.

Die SRG beanstandet in ihrer Eingabe, dass ihr das Ergebnis dieser Musterwoche erst mit der Tarifeingabe an die Schiedskommission mitgeteilt worden ist. Nach Kenntnis der entsprechenden Zahlen, geht sie davon aus, dass der durchschnittliche Anteil ungeschützter Tonträger gemäss den Erhebungslisten der Swissperform mit knapp 27 Prozent höher ist als bis anhin angenommen wurde. Nach Auffassung der SRG wäre es ausserdem hilfreich, falls die Schiedskommission 'Spielregeln' aufstellen könnte, für den Fall, dass ein Tonträger nicht eindeutig zugeordnet werden kann.

Das Bundesgericht hat mit dem Entscheid vom 20. Juni 1997 betreffend den GT S aus rechtlicher Sicht endgültig geklärt, welche Tonträger in der Schweiz gemäss Art. 35 Abs. 4 URG in Verbindung mit dem Rom-Abkommen geschützt sind und deren Verwendung damit auch vergütungspflichtig ist. Gemäss Ziff. 6 handelt sich beim vorgelegten *Tarif A (Radio)*

um einen Prozenttarif, der gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG von einem pro rata-Anteil des geschützten Repertoires an der Sendezeit ausgeht. Beim vorgeschlagenen nutzungsbezogenen Tarif ist es daher an den Parteien, im Rahmen der Tarifierstellung den effektiven Anteil der geschützten Tonträger je Senderkette festzulegen. Der Tarif enthält aus diesem Grunde denn auch eine detaillierte Regelung der Meldepflicht der gesendeten Tonträger (vgl. Ziff. 16ff.), die es erlauben soll, den effektiven Anteil genutzter geschützter Tonträger abzuklären.

Im übrigen ist nicht ersichtlich, was die SRG mit den gegenüber der Schiedskommission verlangten zusätzlichen 'Spielregeln' in diesem Bereich anstrebt. Es ist an den Tarifparteien, ein Verfahren zu entwickeln, wie im bestrittenen Einzelfall vorzugehen ist, um zu bestimmen, ob ein Tonträger geschützt ist oder nicht. Diese Aufgabe kann nicht von der Schiedskommission übernommen werden, zumal ihr dazu auch das nötige Instrumentarium fehlt.

Gemäss Art. 51 Abs. 1 URG ist es im übrigen Aufgabe der Nutzer der Verwertungsgesellschaften sämtliche Auskünfte zu erteilen, welche diese für die Gestaltung und die Anwendung eines Tarifs benötigen. Diese Pflicht wird nur eingeschränkt, falls ihnen eine solche Mitwirkung unzumutbar ist. Gegenüber der Schiedskommission wurde nicht begründet, inwiefern die Durchführung einer gemeinsamen Erhebungswoche für die SRG unzumutbar sein sollte (vgl. dazu auch den Entscheid betr. den GT A vom 19. Dezember 1996, Ziff. II/6, S. 54).

6. Die Schiedskommission hat somit den vorgelegten *Tarif A (Radio)* beziehungsweise einzelne umstrittene Bestimmungen auf die Angemessenheit gemäss Art. 59f. URG zu prüfen:

a) Stufentarif analog GT S oder linearer Prozenttarif gemäss Ziff. 6 des Tarifs
Gemäss Ziff. 6 des vorgelegten Tarifs beantragt die Swissperform einen nutzungsbezogenen (pro rata des Anteils des geschützten Repertoires an der Sendezeit) linearen Prozenttarif mit einem Satz von 3 Prozent, wobei die Vergütung für jede Senderkette getrennt erhoben wird.

Die SRG schlägt dagegen einen Stufentarif analog dem GT S vor, lehnt aber dessen konkrete Prozentsätze als zu hoch ab. Im wesentlichen wird geltend gemacht, dass die Ziff. 6 des *Tarifs A* die SRG im Vergleich zu den kommerziellen Privatsendern, welche unter den GT S fallen, schlechter stelle.

Der Preisüberwacher erachtet den vorgelegten Tarif mit einem fixen Prozentsatz als logische Umsetzung des Anliegens nach einem konsequent nutzungsabhängigen Tarif. Ein Stufentarif analog zum GT S drängt sich nach seiner Auffassung nicht auf.

Grundsätzlich sind die Verwertungsgesellschaften verpflichtet, gemäss Art. 45 Abs. 2 URG die Verwertung nach dem Gebot der Gleichbehandlung zu besorgen (vgl. dazu auch *Barrelet/Egloff*, Das neue Urheberrecht, Bern 2000, N 5f. zu Art. 45 Abs. 2 URG). Die Schiedskommission hat im Beschluss vom 19. Dezember 1996 betr. den GT A (Ziff. II/10, S. 60) indessen bereits auf gewisse Grenzen der Gleichbehandlung hingewiesen: *'Wenn nun aber verschiedene Tarife aufgestellt werden, muss daraus geschlossen werden, dass aufgrund unterschiedlicher Voraussetzungen ein gemeinsamer Tarif nicht möglich ist. Falls allerdings völlig identische Voraussetzungen vorliegen, ist tatsächlich nicht einsehbar, wieso eine unterschiedliche Behandlung der Nutzer vorzunehmen ist'*. Im übrigen hat die Kommission in diesem Entscheid die Swissperform – entgegen der Vermutung der SRG – nicht angewiesen, der SRG einen Stufentarif gemäss GT S zu gewähren, sondern lediglich die Annäherung an die effektive Nutzung als wünschenswert bezeichnet (vgl. Ziff. II/7, S. 55f.). Gerade wegen der unterschiedlichen Nutzerkategorien wurden nämlich bei den Sendetarifen separate Tarife für die Privatsender und für die SRG aufgestellt. Die SRG wünschte gemäss ihrer Vernehmlassung vom 15. Dezember 2000 denn auch nicht eine Übernahme des GT S, sondern lediglich die Anwendung eines Stufentarifs analog der Ziff. 12.2 dieses Tarifs, ohne die entsprechenden Abstufungen zu anerkennen bzw. sich konkret zu diesen Abstufungen zu äussern. Ebenso wurde im *Tarif A* auf ausdrücklichen Wunsch der SRG auf eine im GT S enthaltene Strafbestimmung verzichtet, da die SRG geltend machte, dass sie ihren rechtskräftig festgestellten Pflichten stets nachgekommen sei. Somit geht die SRG selbst davon aus, dass sachliche Gründe vorliegen, die eine unterschiedliche

Behandlung gegenüber dem GT S rechtfertigen. Die seit Jahren bestehende differenzierte Behandlung der SRG einerseits und der Privatsender andererseits lässt denn auch die Vermutung zu, dass in der Tat solche Unterschiede bestehen. Andernfalls hätte an Stelle einer mehrjährigen provisorischen Übergangsregelung auch unmittelbar eine Unterstellung unter den GT S erfolgen können. Zudem muss ein Tarif immer auch als Gesamtpaket gesehen werden und es kann nicht angehen, lediglich einzelne vorteilhafte Punkte für sich zu beanspruchen ohne auch allfällige Nachteile zu übernehmen.

Ausserdem steht der Gleichbehandlungsgrundsatz hier auch in einem gewissen Widerspruch zu Art. 60 URG, der einen möglichst nutzungsabhängigen Tarif verlangt. Genau dies will die Swissperform mit dem neuen Tarif erreichen. Will man dies mit dem Hinweis auf die Gleichbehandlung verhindern, dürfte es schwierig sein, dieser Angemessenheitsvoraussetzung gerecht zu werden bzw. überhaupt je eine Tarifänderung herbeizuführen. Im Genehmigungsverfahren betreffend den GT S (vgl. Beschluss vom 19. Dezember 1997, Ziff. II/5) wurde nämlich ein von der Swissperform beantragter Minutentarif nicht grundsätzlich abgelehnt. Im Rahmen dieses Verfahrens konnte aber nicht darauf eingetreten werden, da die Parteien darüber nicht verhandelt hatten und auch der Preisüberwacher keine Stellungnahme zu diesem Vorschlag abgeben konnte. Das Bundesgericht hat im Entscheid vom 2. Februar 1999 zum GT S ebenfalls nicht zum vorneherein ausgeschlossen, dass das im GT S enthaltene Entschädigungssystem durch einen Minutentarif ersetzt werden kann (vgl. E. 4c). Die Frage eines stärker nutzungsabhängigen Tarifs wird sich somit allenfalls auch im Rahmen des GT S stellen. Die Schiedskommission ist deshalb mit der Systemänderung gegenüber dem GT S einverstanden und lehnt die Übernahme eines Stufentarifs analog dem GT S ab. Der in Ziff. 6 des Tarifs vorgesehene fixe Prozentsatz pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit wird genehmigt.

b) Ausschöpfung des 3-Prozent-Rahmens

Die SRG beanstandet im weiteren die Höhe des vorgeschlagenen Entschädigungssatzes bzw. die volle Ausschöpfung des 3-Prozent-Rahmens und erblickt darin ebenfalls eine

Ungleichbehandlung, da im GT S bloss ein Maximalsatz von 2,7 Prozent gelte. Der Preisüberwacher konnte sich in seiner Stellungnahme diesen Überlegungen anschliessen.

Gemäss Art. 60 Abs. 2 URG beträgt die Entschädigung für die verwandten Schutzrechte in der Regel höchstens drei Prozent des Nutzungsertrags oder hilfsweise des Nutzungsaufwands. Sie ist indessen so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten.

Der GT S sieht bei einem Anteil von 10 Prozent geschützter Tonträger an der Sendezeit ein Prozentsatz von 0,3 Prozent für die verwandten Schutzrechte vor (vgl. Ziff. 12.2 GT S). Bei einem Anteil von 30, 50, 70 oder 90 Prozent beträgt der Satz jeweils 0,9, 1,5, 2,1 bzw. 2,7 Prozent. Bei diesen Eckwerten wird somit der Höchstsatz von 3 Prozent jeweils voll ausgeschöpft. Dagegen gibt es Zwischenbereiche (z.B. ab 90 Prozent) in denen der anzuwendende Prozentsatz lediglich 2,7 Prozent beträgt (bei 49 Prozent gar nur 0,9 Prozent) und damit nicht voll ausgeschöpft wird sowie Bereiche (unter 10 Prozent), in denen der Regelhöchstwert gar überschritten wird.

Werden gemäss *Tarif A (Radio)* 90 Prozent geschützte Tonträger verwendet, so gelangt ein Satz von 2,7 Prozent zur Anwendung, was mit dem GT S übereinstimmt. Allerdings werden im *Tarif A*, da es sich hierbei um einen Lineartarif handelt, die eben erwähnten Unebenheiten des GT S vermieden.

Es ist indessen zu berücksichtigen, dass es sich bei der 3-Prozent-Limite gemäss Art. 60 Abs. 2 URG grundsätzlich um einen Höchstwert handelt. Es muss daher geprüft werden, ob die volle Ausschöpfung gerechtfertigt ist, oder ob nicht im Rahmen einer Übergangslösung eine stufenweise Annäherung an diesen Wert vorzuziehen wäre. Dazu wollte die Schiedskommission mit Verfügung vom 4. Juli 2001 von den Parteien in Erfahrung bringen, wie sich die konkrete Anwendung der 3-Prozent-Regel bei den bestehenden Senderketten der SRG auswirkt. Wie bereits vorne ausgeführt (Ziff. II/1), hat die SRG auf eine

entsprechende Mitwirkung verzichtet und die ihr von der Kommission gestellten Fragen nicht innert der gesetzten Frist beantwortet.

Seit dem Bundesgerichtsentscheid vom 20. Juni 1997 ist geklärt, welche Tonträger in der Schweiz gemäss Art. 35 Abs. 4 URG in Verbindung mit dem Rom-Abkommen geschützt sind. Darüber sind sich auch die Parteien einig, obwohl sie noch einen gewissen Präzisierungsbedarf feststellen. Beim vorgeschlagenen nutzungsbezogenen Tarif ist es denn auch an den Parteien, den effektiven Anteil der geschützten Tonträger je Senderkette festzulegen (vgl. vorne Ziff. II/5).

Es ist somit offensichtlich – darüber sind sich die Parteien ebenfalls einig – dass die Höhe der Vergütung bei einem nutzungsabhängigen Tarif von der effektiven Repertoirenutzung abhängt. Indessen weist selbst die SRG darauf hin, dass die Erhebung einer Stichprobe für die Angemessenheitskontrolle nicht erforderlich ist (vgl. Schreiben der SRG vom 31. Juli 2001 an Swissperform). Die Schiedskommission kann somit über den Tarif entscheiden ohne genau wissen zu müssen, wie sich bei den Senderketten der SRG die konkrete Anwendung der 3-Prozent-Regel auswirkt. Zudem hat es sich die SRG selbst zuzuschreiben, wenn heute die von der Kommission verlangten Angaben nicht vorliegen, hat sie doch auf eine Mitwirkung zur Klärung dieser Frage verzichtet. Immerhin lassen die vorliegenden Tabellen (vgl. Gesuchsbeilage 32) darauf schliessen, dass bei den meisten Senderketten höhere Entschädigungen als nach GT S (z.B. beträgt bei DRS 1 der Satz 1,2% statt 0,9%) zu bezahlen sind.

Da der *Tarif A (Radio)* eine äusserst intensive Nutzung von Tonträgern regelt, gelangt die Schiedskommission zur Auffassung, dass der in Art. 60 Abs. 2 URG geregelte Höchstsatz von 3 Prozent grundsätzlich ausgeschöpft werden darf. Da als Basis nur von den geschützten Tonträgern ausgegangen wird, verringert sich dieser Prozentsatz mit der Anwendung der pro rata temporis-Regel (Art. 60 Abs. 1 Bst. c) im übrigen automatisch. Je nach Anteil der verwendeten geschützten Leistungen kommt ein tieferer Satz zur Anwendung. Dabei ist

auch zu berücksichtigen, dass der Maximalsatz von 3 Prozent in aussergewöhnlichen Fällen gemäss Art. 60 Abs. 2 URG sogar überschritten werden darf.

Die Schiedskommission hat es jedoch vielfach abgelehnt, ohne besondere Gründe bei einem neuen Tarif von Anfang an den möglichen Höchstsatz voll auszunutzen. Diese Frage muss somit nach der Festlegung der für die Berechnung relevanten Einnahmen noch näher geprüft werden.

c) Zu den tarifrelevanten Einnahmen

Gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG ist bei der Festlegung der Entschädigung der aus der Nutzung des Tonträgers erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand zu berücksichtigen. Der *Tarif A* geht richtigerweise von den erzielten Einnahmen aus und verteilt diese Einnahmen auf die einzelnen Senderketten (Ziff. 8 des Tarifs; vgl. dazu auch den Beschluss der Kommission vom 19. Dezember 1996 betr. den Tarif A, Ziff. II/3, S. 44 ff.).

Die SRG geht für das Jahr 1999 von tarifrelevanten Einnahmen von 421'612'612.00 Franken aus; die Swissperform beziffert die Einnahmen der SRG in ihrer Eingabe für dasselbe Jahr auf 432'795'000.00 Franken und geht gemäss der Beilage 32 ihrer Eingabe von tarifrelevanten Einnahmen von gesamthaft 420'900'000.00 Franken aus. Es ist nicht auszuschliessen, dass es sich beim verbleibenden Differenzbetrag um nicht mit der Sendetätigkeit zusammenhängende Erträge (z.B. Erträge aus Finanzanlagen) handelt, die gemäss Ziff. 9 Abs. 2 des Tarifs nicht zu den relevanten Einnahmen gehören. Bei den für die Berechnung der Vergütung massgebenden Gesamteinnahmen besteht jedenfalls keine erhebliche Differenz.

Grundsätzlich unbestritten geblieben ist auch, dass zu den relevanten Einnahmen die Empfangsgebühren, die öffentlichen Zuschüsse sowie die Sponsorenbeiträge gehören (vgl. Ziff. 9 des Tarifs). Bestritten waren dagegen anfänglich die Behandlung des Bartering (Tauschgeschäft mit dem eine Firma z.B. einen Tonträger unentgeltlich für die Sendung zur

Verfügung stellt und dafür eine Gegenleistung erhält) sowie die Einnahmen aus der Sendung von Mitteilungen und Anzeigen. Die letzteren Einnahmen wurden von der SRG als unbedeutend bezeichnet. Die Swissperform war deshalb auch damit einverstanden, bei der Berücksichtigung dieser Einnahmen auf die Angaben der SRG abzustellen.

Einig war man sich auch, dass die Einnahmen aus dem Bartering zu den relevanten Einnahmen zu zählen sind. Allerdings können diese Einnahmen laut SRG rechnerisch nicht besonders ausgewiesen werden, da sie offenbar mit dem Sponsoring verbunden sind. Die Schiedskommission stellt aber auch fest, dass der Tarif hinsichtlich des Sponsoring einen Abzug für die effektiven Aquisitionskosten zulässt, während beim Bartering vom Nettowert der Leistungen ausgegangen wird, wobei die Gründe für eine solche Unterscheidung fehlten.

Nachdem sich die Swissperform mit ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 5. Oktober 2001 bereit erklärt hat, das Bartering dem Sponsoring gleichzustellen und damit auch klar gestellt wurde, dass beim Bartering ebenfalls ein bis zu 40prozentiger Abzug möglich ist, konnte diese Bestimmung genehmigt werden. Mit der Gleichbehandlung von Sponsoring und Bartering ist es auch unerheblich, dass das Bartering in der Buchhaltung der SRG zusammen mit dem Sponsoring ausgewiesen wird.

d) Zur Berücksichtigung aller über eine Senderkette ausgestrahlten Sendungen (Ziff. 10 des Tarifs)

Der Tarif geht gemäss Ziff. 10 davon aus, dass die pro rata temporis-Regel für alle über eine Senderkette ausgestrahlten Sendungen gilt, unabhängig davon, ob die Sendung von der ausstrahlenden Kette, einer anderen Senderkette oder einem Dritten produziert worden ist. Die Swissperform stellt damit auf den Anteil der über die betreffende Senderkette effektiv ausgestrahlten Tonträger ab. Die SRG möchte zur Bestimmung des tarifrelevanten Nutzungsumfangs bei zeitgleicher und unveränderter Ausstrahlung mit Hinweis auf Art. 35 Abs. 1 URG sowie Art. 12 des Rom-Abkommens nur die von der ausstrahlenden Senderkette selbst produzierten Sendungen berücksichtigen, nicht dagegen Sendungen, welche von einer anderen Senderkette oder von Dritten produziert worden sind und über die abrechnungspflichtige Kette ausgestrahlt werden. Sie schliesst die Berücksichtigung von

Sendungen aus, welche von einer anderen Senderkette oder einem Dritten produziert worden sind.

Den beiden Auffassungen liegt eine wesentliche Differenz hinsichtlich der Frage nach der vergütungspflichtigen Verwendung gemäss Art. 35 URG zu Grunde. Gemäss SRG ist dies die unmittelbare Verwendung des Handelstonträgers und nicht die Ausstrahlung der Sendung. Eine andere Regelung würde - so die SRG - zu einer unzulässigen Doppelbelastung führen. Bei der Annahme einer Weitersendung müssten zudem die Grundsätze des GT I in Analogie zur Anwendung gelangen. Die Swissperform dagegen vertritt die Auffassung, dass auf den Anteil der über die betreffende Senderkette effektiv ausgestrahlten Titel abzustellen ist, da die vergütungspflichtige Handlung das Senden und nicht die Produktion von Sendungen sei. Andernfalls würde dies zu einer Abrechnung nach Kosten führen, was beliebig manipulierbar wäre.

Gemäss Art. 35 Abs. 1 URG haben die ausübenden Künstlerinnen und Künstler einen Anspruch auf Vergütung, falls ihre im Handel erhältlichen Tonträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung verwendet werden. Der Art. 35 Abs. 1 URG geht somit weiter als die *'unmittelbare Verwendung'* nach Art. 12 des Rom-Abkommens (vgl. dazu *Barrelet/Egloff*, N. 8f. zu Art. 35 Abs. 1 URG). *'Zum Zwecke der Sendung'* deckt daher nicht nur die unmittelbare Verwendung ab, sondern gilt auch, falls mit Hilfe von Handelstonträgern produzierte Sendungen über eine andere als die herstellende Senderkette ausgestrahlt werden. Der Art. 12 des Rom-Abkommens gesteht im übrigen den Berechtigten ebenfalls eine angemessene Vergütung zu, falls ein veröffentlichter Tonträger oder ein Vervielfältigungsstück dieses Tonträgers für die Sendung benutzt wird. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Sendeunternehmen den Tonträger direkt zu Sendezwecken ausstrahlt oder zunächst auf eigene Festlegungen überträgt und diese dann zur Ausstrahlung benutzt (vgl. *Nordemann/Vinck/Hertin*, Rz 5 zu Art. 12 RA). Ohne diese Einschränkung auf die unmittelbare Verwendung ist es für die leistungsschutzrechtliche Entschädigung somit unerheblich, ob es sich dabei um eine von derselben Senderkette produzierte Sendung handelt oder nicht. Gemäss Art. 35 Abs. 1 URG

ist das Senden eines geschützten Tonträgers über eine Senderkette, unabhängig davon, ob die Sendung von der ausstrahlenden Senderkette produziert worden ist oder nicht, die relevante, eine Entschädigung auslösende Handlung und nicht die Produktion dieser Sendung. Dies hat zur Folge, dass selbst bei einer zeitgleich und unverändert auf verschiedenen Senderketten ausgestrahlten Sendung die Ausstrahlung bei jeder Senderketten anzurechnen ist. Eine Doppelbelastung liegt schon deswegen nicht vor, weil eine mehrfache Ausstrahlung auch eine intensivere Nutzung bedeutet.

Die Auffassung der SRG bezüglich Art. 35 Abs. 1 URG ist somit abzulehnen. Würde die Vergütung nämlich an der Produktion anknüpfen, so würde dies auch der von der Schiedskommission vertretenen und vom Bundesgericht bestätigten Auffassung widersprechen, dass der relevante Nutzungsertrag der SRG in Relation zum Ertrag bzw. den Kosten der einzelnen Ketten zu setzen ist (vgl. den Entscheid der Kommission vom 19. Dezember 1996, Ziff. II/6, S. 54f. bzw. den Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Februar 1998, E. 5 b/bb). Die SRG ist im übrigen selbst der Auffassung, dass es sich bei der zeitgleichen und unveränderten Ausstrahlung einer Sendung auf mehreren Ketten der SRG nicht um eine Weitersendung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 URG handelt.

e) Zeitgleich über eine Senderkette gesendete Teilprogramme (Ziff. 12 des Tarifs)

Die Ziff. 12 des Tarifs regelt den Fall, dass zeitgleich über eine Senderkette mehrere Teilprogramme gesendet werden. So werden beispielsweise nebst einem ganztägigen Programm von DRS 1 über die sechs verschiedenen Regionalprogramme je acht Mal täglich zeitgleich so genannte Regionaljournale auf den jeweiligen Frequenzen von DRS 1 ausgestrahlt. Dabei sind sich die Parteien grundsätzlich einig, dass DRS 1 und diese Regionaljournale als eine einzige Senderkette zu betrachten sind.

Der anfängliche Tarifvorschlag zu Ziff. 12 des Tarifs der Swissperform sah vor, auf den durchschnittlichen Anteil geschützter Tonträger in den gleichzeitig gesendeten Programmen abzustellen, d.h. die Sendezeit getrennter Programme sollte nicht zusammengezählt, sondern wie eine einzige Sendung einmal zur Sendezeit von DRS 1 hinzugerechnet werden. Dies in

der Auffassung, dass ein Zuhörer nur ein Regionaljournal hören kann. Dagegen sollten die Einnahmen aus DRS 1 und diejenigen der sechs Regionaljournale zusammengezählt werden.

Die SRG machte geltend, dass dies zur Folge hat, dass die teuren Regionaljournale zusammen mit dem relativ hohen geschützten Tonträgeranteil von DRS 1 zur höchsten Kettenentschädigung aller Programme führt. Sie war daher mit dieser durchschnittlichen Anrechnung der Sendezeit unter Berücksichtigung der vollen Einnahmen nicht einverstanden und machte in ihrer Vernehmlassung verschiedene Variantenvorschläge, die davon ausgingen, dass für den Fall der gleichzeitigen Ausstrahlung verschiedener Programme nicht nur die Kosten bzw. Einnahmen, sondern auch die Sendezeiten zusammengezählt werden (Variante A: Abrechnung der vollen Kosten und Sendeleistungen getrennt zu Bruttowerten; Variante B: Die vollen Kosten der Regionaljournale und Sendeleistungen werden zu DRS 1 hinzugerechnet) bzw. sowohl bei den Kosten wie auch den Sendeleistungen auf Durchschnittswerte abgestellt wird bei einer Begrenzung der Sendezeit auf 24 Stunden (Variante C).

Der Preisüberwacher bevorzugte die Variante A der SRG, wobei allenfalls auch die geringfügig teurere Variante B in Frage käme. Dagegen weisen nach seiner Auffassung sowohl die Variante C wie auch der Vorschlag der Swissperform erhebliche Schwächen auf.

Die Swissperform erklärte sich anlässlich der ersten Sitzung bereit, die von der SRG vorgeschlagene Variante B zu übernehmen und bezeichnete den zunächst als Eventualantrag eingereichten Vorschlag später ausdrücklich als Hauptantrag. Gemäss einem von der Swissperform eingereichten Memo vom 24. Juli 2001 (Seite 2 oben) konnten sich die Parteien bezüglich dieser Variante, welche in die neu formulierte Ziff. 12 des Tarifs übernommen wurde, einigen. Zumindest wurde diese Lösung auch von der SRG nicht mehr bestritten. Die Schiedskommission kann daher gestützt auf diese Einigung auf eine vertiefte Angemessenheitsprüfung verzichten und die Ziff. 12 in der neu formulierten Fassung genehmigen.

f) Zur Höhe der Vergütung

Die SRG macht auch geltend, dass der Tarif unter Einbezug der Zahlungen an B. _____/C. _____ (vgl. hinten Ziff. II/6 Bst. g) um 15,5 Prozent teurer sei als der Tarif A der SUIA. Ebenso erachtet die SRG eine Preiserhöhung von 30 Prozent gegenüber der Übergangsregelung als unzulässig. Die Swissperform geht gestützt auf ihre Tarifeingabe von einer Erhöhung des Entschädigungssatzes von rund einem Prozent (1996 ausgerichtete Entschädigung ohne Fernsehanteil gemäss der Übergangsregelung) auf durchschnittlich 1,17 Prozent aus.

Eine Erhöhung der Entschädigung im Radiobereich von rund 30 Prozent erachtet der Preisüberwacher - auch im Hinblick auf die im Tarif A der SUIA festgelegten Entschädigungen - als zu hoch. Bei einer Korrektur des Prozentsatzes auf 2,7 Prozent und einer allfälligen Reduktion des Anteils geschützter Titel geht er indessen von einer jährlichen Entschädigung zwischen 4 und 4,5 Millionen Franken aus, was nach seiner Auffassung im Sinne des Preisüberwachungsgesetzes (PüG) nicht als missbräuchlich bezeichnet werden kann.

Die bisherige Übergangsregelung sah ab 1999 eine jährliche Pauschalentschädigung für die Leistungsschutzrechte von 4 Millionen Franken vor, wobei diese Entschädigung gemäss den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Swissperform auch einen Anteil von 200'000.00 Franken für den Fernsehbereich enthielt. Somit entfielen 3,8 Millionen Franken auf den Radiobereich. Unter Berücksichtigung der geänderten Ziff. 12 des Tarifs und der Annahme, dass bei einigen Senderketten der ungeschützte Anteil bei den verwendeten Tonträgern etwas höher ist als zunächst angenommen, ergibt sich gemäss den Berechnungen der Swissperform ein geschätzter jährlicher Tarifertrag von 4'290'298.00 Franken, was gegenüber der Übergangsregelung eine prozentuale Erhöhung von 12,9 Prozent bedeutet. Damit bewegt sich die Vergütung unterhalb der Grössenordnung von 4,3 bis 4,5 Millionen Franken, die vom Preisüberwacher nicht als missbräuchlich gemäss PüG betrachtet wird.

Der von der Schiedskommission am 18. Dezember 2000 genehmigte Tarif A der SUIISA geht für den Radiobereich von einer urheberrechtlichen Vergütung von 17,1 Millionen Franken aus. Gemäss Art. 60 Abs. 2 URG soll das Verhältnis zwischen der für die Urheberrechte geschuldeten Entschädigung und der Entschädigung für die Leistungsschutzrechte zehn zu drei betragen. Auf den *Tarif A* der Swissperform umgerechnet, ergäbe dies eine Entschädigung für die verwandten Schutzrechte von 5,1 Millionen Franken. Somit kann die im *Tarif A* der Swissperform vorgesehene Entschädigung auch im Vergleich mit der Vergütung für die Urheberrechte gemäss dem Tarif A der SUIISA als angemessen bezeichnet werden.

Die Schiedskommission lehnt gemäss ihrer Praxis jedoch allzu sprunghafte Erhöhungen von Entschädigungen ab. Beim *Tarif A (Radio)* für die verwandten Schutzrechte handelt es sich indessen um einen neuen Tarif, so dass es an einer effektiven Vergleichsmöglichkeit mit einem früheren Tarif fehlt. Ein solcher Vergleich kann somit lediglich im Verhältnis zur Übergangsregelung vorgenommen werden, die allerdings von beiden Tarifparteien übereinstimmend als unpräjudiziell bezeichnet worden ist. Zudem hat die Schiedskommission bereits mit Beschluss vom 19. Dezember 1996 betreffend den GT A (vgl. Ziff. II/8, S. 58) festgestellt, dass *'die Entschädigungen für die verwandten Schutzrechte unabhängig von den bisherigen Vergütungen allein aufgrund von Art. 60 URG festzulegen sind'*.

Die Schiedskommission erachtet die vorgeschlagene Vergütungshöhe – auch mangels einer geeigneten Vergleichsmöglichkeit – nicht als sprunghaft. Sie möchte aber die zulässige Obergrenze gemäss Art. 60 Abs. 2 URG gemäss ihrer ständigen Praxis nicht von Anfang an voll ausschöpfen und befürwortet daher eine entsprechende Rabattregelung ähnlich dem GT S. Somit beschliesst sie, in der Ziff. 6 einen über drei Jahre abgestuften Rabatt einzuführen, so dass im ersten Jahr der Gültigkeitsdauer ein Rabatt von 8 Prozent einzuräumen ist, im zweiten Jahr ein Rabatt von 6 Prozent und im dritten Jahr ein Rabatt von 4 Prozent.

g) Berücksichtigung der Zahlungen an die Inhaber ausschliesslicher Rechte

Die SRG möchte die an die Verbände der ausübenden Künstler C. _____ und der B. _____ für ausschliessliche Rechte aussertariflich bezahlte Entschädigung von jährlich 1 Million Franken von der gemäss *Tarif A (Radio)* geschuldeten Entschädigung abziehen bzw. zumindest im Rahmen der Angemessenheitsprüfung berücksichtigt wissen. Zur Begründung verweist sie auf den Bundesgerichtsentscheid vom 20. Juni 1997 betreffend den GT S, der festhalte, dass bei der Festlegung der Entschädigung allfällige weitere Leistungen des Pflichtigen zu berücksichtigen sind, insbesondere solche, welche die Tarifunterworfenen allenfalls für ephemere Aufnahmen zusätzlich zu erbringen hätten.

Die Swissperform sieht keinen Grund, die an B. _____/C. _____ bezahlten Beträge zu berücksichtigen. Sie weist auf den Vertrag vom 10. Januar 2000 zwischen B. _____/C. _____ einerseits und der SRG andererseits hin, wonach die Entschädigung von 1 Million Franken im wesentlichen für das Überspielen der Tonträger auf Harddisks sowie für die Gewährung von Liefervorteilen für CD's bezahlt werde. Sie erwähnt auch das in diesem Vertrag enthaltene Verrechnungsverbot mit Forderungen der Swissperform und die eminente wirtschaftliche Bedeutung dieser Harddiskkopien.

Der Preisüberwacher vertritt unter Hinweis auf den Bundesgerichtsentscheid vom 20. Juni 1997 die Auffassung, dass die Zahlungen an B. _____/C. _____ im Rahmen der Vergütungen des *Tarifs A* der Swissperform zu berücksichtigen sind.

Mit dem Entscheid vom 20. Juni 1997 (E. 3b/bb) betreffend den GT S hat das Bundesgericht befunden, dass zur Beurteilung der Angemessenheit geklärt werden muss, ob gewisse Schutzrechte (Vervielfältigungsrechte nach Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG und Art. 36 URG) bei ephemeren Aufnahmen zusätzlich geltend gemacht werden können oder in Art. 35 URG aufgehen und die Auffassung vertreten, dass bei der Festlegung der Entschädigung allfällige weitere Leistungen des Pflichtigen für ephemere Aufnahmen zu berücksichtigen sind.

Diese Frage wurde indessen erst durch den zweiten Entscheid des Bundesgerichts vom 2. Februar 1999 definitiv bereinigt. Demnach handelt es sich beim Vergütungsanspruch nach

Art. 35 Abs. 1 URG nicht um eine Schutz Ausnahme, sondern vielmehr um einen zusätzlichen Anspruch zu Gunsten der ausübenden Künstler und Hersteller, falls ihre Ton- oder Tonbildträger zu Sendezwecken genutzt werden. Das Bundesgericht hat die Auffassung vertreten, dass das Vervielfältigungsrecht auch hinsichtlich der verwandten Schutzrechte nicht im Senderecht aufgeht und somit nicht durch den Vergütungsanspruch nach Art. 35 Abs. 1 URG abgegolten ist. Die Tatsache, dass den Sendeunternehmen die Benützung von im Handel erhältlichen Ton- oder Tonbildträgern zum Zwecke der Sendung zum vornherein gestattet ist und sie lediglich eine Vergütung zu entrichten haben, erlaubt ihnen demnach nicht, die Ton- oder Tonbildträger ohne Erlaubnis zu vervielfältigen, selbst wenn dies nur im Rahmen von ephemeren Aufnahmen geschieht (E. 3a und b sowie 4a). Das Bundesgericht stellt denn auch klar, dass der Art. 35 URG das Vervielfältigungsrecht der Künstler und Tonträgerhersteller nicht tangiert und die entsprechenden Rechte von den Sendeunternehmen zu erwerben sind, soweit sie davon Gebrauch machen wollen. Die Auslegung der Schiedskommission, wonach rein technisch nötige Vervielfältigungen zulässig sein sollen, wurde vom Bundesgericht abgelehnt. Danach drängt Art. 35 Abs. 1 URG das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht der Künstler und Hersteller auch nicht in beschränktem Umfange zurück. Das Bundesgericht hat auch präzisiert, dass durch den Umstand, dass entsprechende Leistungen bei der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sind, nicht geschlossen werden könne, diese seien selber in den Tarif aufzunehmen. Bei dieser Frage sei es nur darum gegangen den Geltungsbereich des Tarifs zu klären (E. 4c). Damit muss die Schiedskommission in diesem Verfahren nicht auf die vom Bundesgericht geklärte Rechtsfrage des Verhältnisses von Art. 35 URG zu Art. 33 bzw. Art. 36 URG zurückkommen. Unter diesen Voraussetzungen ist auch nicht auf den von der SRG erwähnten, aber offenbar noch nicht rechtskräftigen Entscheid vom 19. Juni 2001 des Appellationshofes des Kantons Bern einzugehen.

Zur Klärung der Frage, ob der zwischen B. _____/C. _____ und der SRG abgeschlossene Vertrag allenfalls Nutzungen enthält, die unter dem vom Bundesgericht erwähnten Gesichtspunkt im Rahmen der Angemessenheitsprüfung einzubeziehen sind, hat die Schiedskommission diesen Vertrag nachträglich zu den Akten genommen.

Eine Überprüfung dieses Vertrages zwischen B. _____/C. _____ und der SRG macht deutlich, dass die SRG die Ausschliesslichkeitsrechte der B. _____/C. _____-Mitglieder im Bereich der sekundären Nutzung von im Handel erhältlichen Tonträgern selbst in Kenntnis des Bundesgerichtsentscheids vom 2. Februar 1999 in Zweifel zieht (vgl. Präambel). Zudem stellt der Vertrag eindeutig klar, dass damit die Rechte zur Überspielung von im Handel erhältlichen Tonträgern geregelt werden, soweit diese Rechte nicht unter Art. 35 URG fallen (vgl. Ziff. 1.1 Abs. 1 des Vertrags). Es wurde denn auch ausdrücklich festgehalten, dass der Vertrag die Leistungsschutzrechte gemäss Art. 33 und Art. 36 URG an den durch die Mitglieder von B. _____/C. _____ produzierten Tonträgern und den darauf festgehaltenen Darbietungen (vgl. Ziff. 1.1 Abs. 2) betrifft. Damit ist offensichtlich, dass die an B. _____/C. _____ zu bezahlende Vergütung nicht ephemere Aufnahmen betrifft, sondern es um exklusive Überspielrechte beziehungsweise um zusätzliche Sonderleistungen geht, die separat vergütet werden und nicht in den Geltungsbereich des *Tarifs A* der Swissperform fallen. Dies ist auch folgerichtig, da die Ansprüche aus Art. 35 URG gemäss dessen Absatz 3 verwertungsgesellschaftenpflichtig sind und auch nicht von B. _____ oder C. _____ wahrgenommen werden könnten. Zudem enthält der Vertrag auch eine Klausel, welche die B. _____-Mitglieder verpflichtet, der SRG Tonträger zum Eigengebrauch zu angemessenen Engrospreisen anzubieten (vgl. Ziff. 1.3.1). Eine Verrechnung der gestützt auf diesen Tarif bezahlten Entschädigung oder Teilen davon mit Forderungen der Swissperform wurde ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. Ziff. 2 des Vertrags).

Die Schiedskommission hält fest, dass der Vertrag zwischen B. _____/C. _____ und SRG in Kenntnis der beiden oben erwähnten Bundesgerichtsentscheide abgeschlossen worden ist und die Swissperform – da nicht Vertragspartei – nicht von diesem Vertrag betroffen sein kann. Sie beschliesst, die gestützt auf Art. 33 Abs. 2 Bst. c und Art. 36 URG vertraglich geleisteten Zahlungen der SRG an B. _____/C. _____ aufgrund der obigen Erwägungen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nicht zu berücksichtigen. Dabei ist auch zu beachten, dass die Swissperform nach ihren Aussagen die rein ephemeren Kopien

sowie die aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen Dokumentationskopien (vgl. Ziff. 4 des Tarifs) der SRG entschädigungslos anbietet.

h) Freistellung (Ziff. 4 des Tarifs)

Mit der Ziff. 4 des Tarifs weist die Swissperform folgerichtig darauf hin, dass sie nicht über die ausschliesslichen Rechte der Rechtsinhaber nach Art. 33 und 36 URG sowie über die Persönlichkeitsrechte der Berechtigten verfügt. Wie soeben erwähnt, stellt sie die SRG aber gleichwohl frei vor Ansprüchen der Rechtsinhaber für Speicherungen zu aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen Archivierungs- und Dokumentationszwecken, welche nach der vorgeschriebenen Zeit gelöscht werden.

Für die SRG stellt sich in diesem Zusammenhang die Fragen nach der rechtlichen Grundlage für diese Bestimmung. Es ist in der Tat unklar, wie die Swissperform die SRG für Ansprüche freistellen will, über die sie nicht verfügt. Es ist aber auch festzuhalten, dass es sich dabei um eine Bestimmung zu Gunsten der SRG handelt, indem allfällige Ansprüche der Rechtsinhaber durch die Swissperform zu regeln sind. Im Laufe des Verfahrens hat sich denn auch gezeigt, dass diese Bestimmung nicht mehr umstritten ist. Die Schiedskommission muss sich daher nicht mehr dazu äussern, und die entsprechende Regelung kann im Tarif belassen werden.

i) Abrechnungs- und Meldepflicht (Ziff. 16ff. des Tarifs)

Die SRG verneinte die Notwendigkeit einer umfassenden Meldepflicht wie sie in der Tarifvorlage vom 25. Juli 2000 enthalten war und forderte auch hier Gleichbehandlung wie im GT S. Sie wies insbesondere darauf hin, dass die Swissperform - im Gegensatz zur SUIISA - nicht ins Ausland verteile und die SRG für eine allfällige Unterstützung auch keinen Rabatt erhalte.

Die Swissperform präziserte, dass sprachregionale Sender gemäss Ziff. 24 Abs. 2 des GT S ebenfalls vollständige Angaben über alle gesendete Musik übergeben müssen und die Regelung in Ziff. 16ff. des *Tarifs A (Radio)* somit in etwa der im GT S getroffenen Regelung

entspreche. Zudem gehe aus dem Jahresbericht 1999 der Swissperform hervor, dass sie mehr an ausländische Schwestergesellschaften verteile als an die C._____ oder andere inländische Berechtigte. Dieser Umstand müsse auch der SRG, welche sowohl auf Vorstands- wie auch auf Geschäftsleitungsebene Zugang zu allen Zahlen habe, bekannt sein. Gleichwohl legte die Swissperform mit dem Tarif vom 21. September 2001 eine geänderte Fassung der Meldepflicht (Bst. D) vor. Sie führt dazu aus, dass sie die sprachregionalen Hauptprogramme der SRG vollständig auswerten und verteilen möchte. Eine vollständige Verteilung setze aber auch eine vollständige Meldung voraus. Aus Kostengründen würden aber einzelne Nebenprogramme der SRG nicht vollständig verteilt werden können. Hier würden stichprobenweise Erhebungen analog dem GT S genügen. Damit wird die Meldepflicht nach Auffassung der Swissperform auf ein absolutes Minimum beschränkt und sie anerkennt auch, dass sie nicht mehr Daten erheben darf, als sie für die Tarifberechnung und die Verteilung an die Berechtigten tatsächlich benötigt und auch verwenden will. Die SRG äusserte gegen die Neufassung der Meldepflicht, welche als Teilvergleich bezeichnet wurde, keine grundsätzlichen Einwände mehr (vgl. Schreiben der SRG vom 31. Juli 2001 an den Vertreter der Swissperform).

Soweit es sich bei den SRG-Programmen um sprachregionale Sendungen handelt, stimmt die Meldepflicht des vorgelegten *Tarifs A (Radio)* mit dem GT S überein, verlangt doch dieser Tarif für sprachregionale und internationale Sender ebenfalls vollständige Angaben über alle gesendete Musik (vgl. GT S Ziff. 24 Abs. 2). Abweichungen sind dadurch bedingt, dass es sich beim *Tarif A (Radio)* um einen vermehrt nutzungsbezogenen Tarif handelt und die SRG die einzige Tarifpartnerin ist. Das Bundesgericht hat im übrigen die entsprechende Regelung im GT S mit Beschluss vom 20. Juni 1997 (E. 6b) ausdrücklich gutgeheissen und darauf hingewiesen, dass die Angaben über Label und Katalognummern sowie andere Identifikationscodes im Hinblick auf Art. 35 Abs. 4 URG und Art. 12 des Rom-Abkommens erforderlich sind. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb deren Mitteilung unzumutbar wäre. Dies dürfte namentlich auch für den vorgelegten *Tarif A (Radio)* zutreffen.

Zu ergänzen bleibt, dass die Privatsender für ihre Meldetätigkeit gemäss GT S auch keinen zusätzlichen Rabatt erhalten. Der von der SRG erwähnte Rabatt in Ziff. 12.2 des GT S bezieht sich nicht auf die Meldetätigkeit, sondern unmittelbar auf die Vergütung und wurde den Sendeunternehmen als Übergangslösung zugebilligt. Soweit die SRG somit ihrer gesetzlichen Meldepflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 URG nachkommt, muss ihr von einer Verwertungsgesellschaft auch nicht ein besonderer Rabatt eingeräumt werden.

Allerdings schliesst die Schiedskommission nicht aus, dass die Erwähnung eines noch abzuschliessenden Nutzungsvertrages im Tarif (vgl. Ziff. 16 letzter Satz und Ziff. 20 zweiter Satz) zu Problemen führen könnte. Sie beschliesst daher die entsprechenden Hinweise zu streichen. Ansonsten wird die Regelung der Meldepflicht so genehmigt, wie sie in der Tarifvorlage vom 21. September 2001 vorgelegt wurde.

7. Die Swissperform weist darauf hin, dass die SRG bei Annahme des vorgeschlagenen Tarifs für die Tonträgernutzung im Radiobereich teilweise tiefere Entschädigungen bezahlen muss als vergleichbare Sender im Ausland. Sie unterscheidet dabei zwischen Ländern mit prozentualer Abgeltung der Leistungsschutzrechte (wie Italien, Frankreich, Ungarn, Deutschland) und Ländern, bei welchen ein fixer Betrag pro Sendeminute zu bezahlen ist (wie Dänemark, Norwegen, Schweden, Finnland).

Die SRG beanstandet, dass die Swissperform kein Land aufführt, in dem die Rundfunkveranstalter tiefere Preise als in der Schweiz bezahlen (wie Irland, Estland, Moldavien, Rumänien, Slovenien und Tschechien) und weist auf die zurückhaltende Praxis der Schiedskommission bei Vergleichen mit dem Ausland hin.

In der Tat hat die Schiedskommission lediglich 1993 anlässlich der erstmaligen Festlegung der Leerkassettenentschädigung mangels eigener Erfahrungswerte dem Vergleich mit dem Ausland eine wesentliche Bedeutung zugemessen und das Bundesgericht hat diesen Vergleich - angesichts des weiten Beurteilungsspielraums der Kommission - nicht im vornherein als bundesrechtswidrig bezeichnet (BGE vom 24. März 1995 betr. die

Leerkassettenvergütung, E. 11e, S. 54). Im Rahmen dieses Verfahrens dürfte ein Auslandvergleich denn auch kaum sinnvoll sein, da die rechtlichen Voraussetzungen (vgl. Art. 35 URG) nur schwerlich vergleichbar sind. Zudem haben die Tarifparteien auch nicht das Zahlenmaterial vorgelegt, welches einen entsprechenden objektiven Vergleich zulassen würde.

8. Die Swissperform schlägt eine Tarifdauer von vier Jahren vor. Die SRG rügt, dass über die Tarifdauer nicht ausdrücklich verhandelt worden ist. Die Schiedskommission hält eine Tarifdauer von vier Jahren bei einem neuen Tarif für angemessen, da es ja auch eine bestimmte Zeitspanne braucht, um die erforderlichen Erfahrungen zu sammeln und auszuwerten. Zudem ist davon auszugehen, dass der SRG die beabsichtigte Tarifdauer zumindest aus den verschiedenen vorgelegten Tarifentwürfen bekannt sein musste. Es wäre denn auch an ihr gelegen, im Rahmen der Verhandlungen dazu Stellung zu nehmen. Der Swissperform kann deshalb nicht vorgeworfen werden, sie hätte nicht über die Tarifdauer verhandelt.
9. Gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 15 URV wurde den beiden Tarifparteien noch Gelegenheit geboten, zu den von der Schiedskommission vorgenommenen Änderungen in den Ziff. 6, 16 und 20 des Tarifs Stellung zu nehmen. Die Swissperform bestätigte, dass sie mit diesen Änderungen einverstanden ist. Die SRG wies mit Schreiben vom 14. Dezember 2001 darauf hin, dass die in der Ziff. 6 vorgesehenen Rabatte nicht ausreichen, um die Gleichstellung der SRG mit den kommerziellen Privatradios gemäss GT S zu gewährleisten und verlangte entsprechend höhere Rabatte. Zusätzlich beantragte sie eine Synchronisation der Tarifdauer mit derjenigen des GT S. Gestützt auf ihre vorgängigen Erwägungen beschloss die Schiedskommission auf dem Zirkulationsweg an ihrem Beschluss vom 4. Dezember 2001 festzuhalten und eröffnete den Parteien am 21. Dezember 2001 diesen Entscheid.

Aufgrund der Genehmigung des *Tarifs A (Radio)* der Swissperform sind die Folgen einer Unterstellung der SRG unter den GT S nicht weiter zu prüfen (vgl. vorne Ziff. II/4).

10. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 21a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV und sind gemäss Art. 21b URV von der Swissperform zu tragen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der *Tarif A (Radio)* der Swissperform [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Radio] wird in der Fassung vom 21. September 2001 mit den folgenden Änderungen genehmigt:
 - a) Die Ziff. 6 des Tarifs ist in der Weise zu ergänzen, dass im ersten Jahr der Gültigkeitsdauer (2002) eine Ermässigung von 8 Prozent, im zweiten Jahr (2003) von 6 Prozent und im dritten Jahr (2004) von 4 Prozent gewährt wird.
 - b) In den Ziff. 16 und 20 ist jeweils der letzte Satz (Hinweis auf Nutzungsvertrag) zu streichen.
2. Der Swissperform werden die Verfahrenskosten bestehend aus:

a)	einer Spruch- und Schreibgebühr von	Fr. 2'400.00
b)	sowie dem Ersatz der Auslagen von	Fr. 7'526.15

total Fr. 9'926.15 auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Mitglieder der Spruchkammer
 - Swissperform, v. d. Herrn Dr. E. Brem, Zürich
 - SRG SSR idée suisse, Bern
 - 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

* 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.

und verwandten Schutzrechten

Die Präsidentin:

Der Sekretär:

D. Wüthrich-Meyer

A. Stebler