



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 30. Juni 2008
betreffend den Zusatztarif zum Tarif A Radio der Swissperform**

Für die Vervielfältigung von Handelstonträgern mit Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken sowie das Zugänglichmachen von Sendungen, in welche Darbietungen und Aufnahmen von Werken der nicht theatralischen Musik integriert sind

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Mit Eingabe vom 7. März 2008 unterbreitete die Gesellschaft für Leistungsschutzrechte Swissperform der Schiedskommission in Ergänzung zum bestehenden Tarif A Radio Swissperform einen Zusatztarif für die Vervielfältigung von Handelstonträgern mit Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken sowie das Zugänglichmachen von Sendungen, in welche Darbietungen und Aufnahmen von Werken der nicht theatralischen Musik integriert sind. Dieser Zusatztarif soll (allenfalls rückwirkend) auf den 1. Juli 2008 in Kraft gesetzt werden und eine Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2009 aufweisen. Danach soll dieser Tarif in den Tarif A Radio der Swissperform integriert werden. Swissperform gibt zusätzlich an, sich in den Verhandlungen mit der SRG SSR idée suisse (SRG) auf eine weitere Verlängerung des Tarifs A Radio bis zum 31. Dezember 2009 geeinigt zu haben.

2. In ihrem mit dem Tarif eingereichten Bericht erläutert die Swissperform, dass der Verband der Tonträgerproduzenten der Schweiz (IFPI Schweiz) und die Schweizerische Interpretengesellschaft (SIG), welche für ihre Mitglieder einzelne nicht der Verwertungsgesetzgebung unterstellte ausschliessliche Rechte wahrnehmen, mit der SRG am 10./12. Januar 2000 einen Vertrag abgeschlossen haben, der insbesondere die Vervielfältigung von Handelstonträgern zu Sendezwecken regelt. Allerdings sei dieser Vertrag Ende 2006 ausgelaufen und werde seither neu verhandelt. Die SRG werde für alle unter diesen Vertrag fallenden Nutzungsrechte zur Zahlung einer Entschädigung von 1 Mio. Franken verpflichtet, wobei dieser Betrag im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung reduziert worden sei und für das Jahr 2006 noch Fr. 900'000.00 bezahlt worden seien. Swissperform weist ausserdem darauf hin, dass dieser Vertrag nur die Rechte der Mitglieder von IFPI und SIG abdeckt und nimmt an, dass dadurch lediglich 90 Prozent des Weltrepertoires der Tonträgerproduzenten (vertreten durch IFPI) und 40 Prozent der in den SRG-Programmen genutzten Darbietungen (SIG) abgedeckt werden. Nicht einbezogen seien insbesondere das Repertoire der unabhängigen schweizerischen und ausländischen Produzenten sowie die Rechte der nicht durch Gegenseitigkeitsverträge an die SIG gebundenen amerikanischen, kanadischen und englischen Künstler. Daher sei anzunehmen, dass die SRG zurzeit mindestens einen Teil des Repertoires ohne entsprechende Einwilligung der Rechtsinhaber und -inhaberinnen vervielfältige.

3. Am 1. Juli 2008 treten die vom Parlament am 5. Oktober 2007 beschlossenen Änderungen des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz / URG; SR 231.1) in Kraft. Dabei wurde das URG unter anderen mit neuen Bestimmungen betreffend das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Art. 22c URG) sowie das Vervielfältigen von Handelstonträgern zu Sendezwecken (Art. 24b URG) ergänzt, welche zwingend die kollektive Verwertung über eine Verwertungsgesellschaft vorsehen.

Die Swissperform hat in der Folge mit der SRG die Verhandlungen zur Aufstellung eines Tarifs hinsichtlich dieser beiden neuen unter kollektiver Verwertung stehenden Nutzungsformen aufgenommen und den vorgelegten Tarif anlässlich von insgesamt vier Verhandlungsrunden beraten. Ein Konsens hat laut Swissperform allerdings nur erreicht werden können über die Verlängerung des bisherigen Tarifs A Radio der Swissperform sowie den Umstand, dass die neuen Entschädigungen gemäss Art. 22c URG und gemäss Art. 24b URG in Form eines Zusatztarifes geregelt werden können. Über die wesentlichen Punkte dieses Zusatztarifes habe man sich indessen nicht einigen können. So sei hinsichtlich des Art. 24b URG insbesondere die zeitliche Dauer der von Swissperform lizenzierbaren Vervielfältigungs- bzw. Speicherrechte, die Abstufung der Entschädigung für die Vervielfältigungsrechte nach der Dauer der Vervielfältigung sowie die Höhe der Entschädigung für die Vervielfältigungsrechte zu Sendezwecken und diesbezüglich insbesondere auch die Frage der Überschreitung des Drei-Prozent-Grundsatzes umstritten geblieben; hinsichtlich der neuen Bestimmung von Art. 22c URG habe ebenfalls keine Einigung über die zeitliche Dauer der nach dieser Bestimmung lizenzierbaren Rechte und die Abstufung der Vergütung entsprechend der Dauer des Angebots auf Zugänglichmachen der Sendung gefunden werden können.

So habe die Swissperform sowohl im Hinblick auf Art. 24b wie auch auf Art. 22c URG die Nutzungsdauer zeitlich limitieren wollen, habe aber im vorgelegten Tarif letztlich davon abgesehen; dies aber in der Auffassung, dass die Frage der zeitlichen Beschränkung von der Schiedskommission von Amtes wegen zu klären ist.

Der vorgelegte Zusatztarif, der für die Tätigkeit der SRG im Radiobereich gelten soll, sieht somit hinsichtlich der Vervielfältigung zu Sendezwecken je nach Zeitdauer und

Nutzungsintensität eine Abstufung in verschiedene Stufen vor (Ziff. 8 Bst. a-c). Je nach Dauer der Speicherung (30 Tage, 6 Monate oder ohne zeitliche Beschränkung) wird ein unterschiedlich hoher Prozentsatz (5, 15 bzw. 25 Prozent) der Jahresvergütung nach Tarif A Radio der Swissperform verlangt. Vervielfältigungen, welche den vorgeschriebenen Archivierungs- und Dokumentationszwecken dienen und nach der vorgeschriebenen Zeit gelöscht werden, sind von einer Vergütung freigestellt (Ziff. 8 Bst. d). Für das Zugänglichmachen von Sendungen sind zwei Vergütungsstufen vorgesehen; nämlich 0,5 Prozent der von einer Senderkette geschuldeten Vergütung, wenn die Sendungen während des Sendetages und während sechs darauf folgenden Tagen zugänglich gemacht werden bzw. eine Verdoppelung der Vergütung, wenn die Sendungen länger als sechs Tage nach der Sendung abrufbar gehalten werden. Swissperform weist darauf hin, dass es sich hierbei um eine Einstiegsregelung handle.

Wie erwähnt, blieb hinsichtlich des Art. 24b URG gemäss den Ausführungen von Swissperform strittig, ob der Begriff 'zu Sendezwecken' bzw. die Löschungspflicht nach 'Erfüllung des Zwecks' eine zeitliche Beschränkung der von der Verwertungsgesellschaft zu erteilenden Nutzungserlaubnis enthalte. Swissperform geht davon aus, dass sie keine Befugnis besitzt, Speicherungen auf Vorrat zu lizenzieren, ohne dass eine konkrete Sendung beabsichtigt ist. Bei dieser restriktiven Auslegung stützt sie sich sowohl auf den Wortlaut von Art. 24b URG wie auch auf die Materialien. Andernfalls würde nach ihrer Auffassung die Erwähnung der Löschungspflicht im Gesetzestext gar keinen Sinn ergeben. Es wird auch betont, dass Art. 11^{bis} RBÜ, auf den sich diese Bestimmung stützt, lediglich eine vorübergehende Speicherung zulasse. Swissperform sei allerdings bereit, auch zeitlich unbefristete Speicherungen im Tarif zu akzeptieren, sofern die entsprechende Rechteeinräumung angemessen abgegolten wird. Unter dem Aspekt des Dreistufentests sei indessen eine der wirtschaftlichen Bedeutung angepasste Entschädigung konventionsrechtlich zwingend. Swissperform sieht denn auch eine enge Verbindung zwischen der Auslegung von Art. 24b URG in zeitlicher Hinsicht und der Frage der Bemessung der Entschädigung.

Hinsichtlich des Art. 22c URG weist Swissperform darauf hin, dass der neue Art. 22a URG (Nutzung von Archivwerken der Sendeunternehmen) weitgehend seine im Parlament heftig umstrittene Bedeutung verlieren würde, wenn man bereits aus Art. 22c URG ein unbeschränktes Recht auf das Abrufbarmachen von in Eigenproduktionen der

SRG enthaltenen Tonträgern herauslesen würde. Mit Hinweis auf im Parlament gefallene Voten wird die Auffassung vertreten, dass es dem Gesetzgeber um das Zugänglichmachen von Sendungen innerhalb des Programmauftrags der SRG ging. In den Erläuterungen zur Konzessionserteilung werde auch darauf hingewiesen, dass die Online-Informationen in zeitlicher und thematischer Hinsicht einen direkten Bezug zu einzelnen Sendungen haben sollen. Daraus schliesst Swissperform, dass die Formulierung 'im Zusammenhang mit der Sendung' eine zeitliche Limitierung enthält. Andernfalls sei der wirtschaftlichen Bedeutung eines dauernden Abrufbarmachens von geschützten Leistungen durch eine erhöhte Vergütung Rechnung zu tragen.

Anschliessend begründet Swissperform die Angemessenheit des vorgelegten Tarifs. Dabei geht sie davon aus, dass mit dem beantragten Zuschlag für das Vervielfältigungsrecht von 5 Prozent (vgl. Ziff. 8 Bst. a des Tarifs) auf den Sendeentschädigungen die beschränkte wirtschaftliche Bedeutung der ephemeren Nutzungen berücksichtigt werde und sich dieser Entschädigungsansatz noch innerhalb der Drei-Prozent-Regel des Art. 60 Abs. 2 URG bewegt. Dies erlaube es auch den rund 15 Prozent des Repertoires ausmachenden Künstlern eine Entschädigung für die Rechteeinräumung auszahlend, die nach Art. 35 Abs. 4 URG keinen Anspruch auf eine Sendeentschädigung haben. Nehme man aber an, dass entgegen der Auffassung der Rechteeinhaber und -inhaberinnen auch die in Ziff. 8 Bst. b und c aufgezählten Intensivnutzungen der Zwangswahrnehmung unterstellt seien, so würden sich bei der Beurteilung der Entschädigungen verschiedene Rechtsfragen stellen. Bei langdauernden Speicherungen und den dadurch ermöglichten intensiven Nutzungsformen schliesst Swissperform die Überschreitung des Drei-Prozent-Grundsatzes nicht aus. Beim Zugänglichmachen von gesendeten Aufnahmen würden die vorgeschlagenen Prozentsätze (vgl. Ziff. 9 des Tarifs) auf den Charakter einer Einstiegsregelung Rücksicht nehmen. Da es sich dabei um eine neue Nutzungsform handle, schliesst die Swissperform eine Überschreitung der Drei-Prozent-Regel aus.

4. Am 17. März 2008 wurde gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV die Verhandlungspartnerin SRG eingeladen, zur Tarifeingabe der Swissperform Stellung zu nehmen. Dies unter Hinweis darauf, dass im Säumnisfall Zustimmung zum Genehmigungsantrag angenommen werde. Gemäss Art. 57 Abs. 2 URG i.V. mit Art. 10 Abs. 1 URV wurde gleich-

zeitig die Spruchkammer zur Behandlung des *Zusatztarifs A* der Swissperform eingesetzt.

5. Mit ihrer Stellungnahme vom 30. April 2008 stellt die SRG das Rechtsbegehren, die Gesuchstellerin sei anzuweisen, die Tarifvorlage abzuändern. Insbesondere verlangt sie, dass die Ziffn. 8 Bst. a und Bst. b gestrichen und Bst. c sowie die Ziff. 9 ersetzt werden. Gemäss der von ihr neu vorgeschlagenen Ziff. 8 Bst. c sollte die Vergütung demnach '0,6% der von einer Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Entschädigung auf dem nach Art. 35 Abs. 4 URG nicht geschützten Tonträgeranteil' betragen und die Ziff. 9 wie folgt lauten: 'Die Vergütung für die Nutzung gemäss Ziff. 5 wird als Zusatzvergütung zu den nach den Ziff. 6-12 des Tarifs A Swissperform Radio geschuldeten Vergütungen erhoben. Sie beträgt 0,5%'. Eventualiter sei die Tarifvorlage der Gesuchstellerin im Sinne des Hauptantrags abzuändern. Subeventualiter sei die Tarifvorlage nicht zu genehmigen.

Die SRG lehnt die Auffassung von einem zeitlich limitierten Vervielfältigungsrecht ab und betont, dass das Vervielfältigungsrecht keinen Anspruch beinhalte, über die Dauer der Aufbewahrung des Vervielfältigungsexemplars durch den Nutzer zu bestimmen. Die Zweckbindung gemäss Art. 24b URG limitiere einzig die Verwendungsmöglichkeiten des Vervielfältigungsexemplares, enthalte aber kein temporales Element. Erst wenn das Vervielfältigungsexemplar nicht mehr zu Sendezwecken benötigt werde, müsse es gelöscht werden. Dies lasse auch die Aufbewahrung für eine spätere Wiederausstrahlung zu. Diese Auffassung sei auch in Übereinstimmung mit den internationalen Abkommen in diesem Bereich.

Mit Hinweis auf die Botschaft zum URG (BBl 2006, 3431) betont die SRG, dass die Vervielfältigungsrechte der Interpreten und Hersteller von Tonträgern im gleichen Umfang wie diejenigen der Musikurheber vom Zwang zur kollektiven Wahrnehmung erfasst werden müssen. Im Weiteren geht sie davon aus, dass aufgrund der faktischen Gegebenheiten bei ihr ausschliesslich die Nutzungskategorie der zeitlich unbefristeten Speicherungen zur Anwendung gelangt. Musiktitel ab im Handel erhältlichen Tonträgern würden einmal auf sendereigene Träger überspielt und dort dauerhaft aufbewahrt. Die Bildung der unterschiedlichen Kategorien sei willkürlich, zumal die Swissperform für die jeweiligen Fristen keine plausible Erklärung geben könne. Namentlich werde es

unterlassen, den wirtschaftlichen Wert einer Vervielfältigung an sich wie auch die behauptete unterschiedliche wirtschaftliche Bedeutung der Aufbewahrungsfristen zu substantiieren. Der Herstellung von Aufnahmen zu Sendezwecken auf sendereigenen Trägern komme keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu. Die Speicherung auf einem zusätzlichen Träger habe lediglich technische Vorteile.

Im Übrigen habe der Gesetzgeber den Rechteinhabern keine Besitzstandsgarantie im Umfang der bisherigen Entschädigungen eingeräumt. Eine Integrierung der Entschädigung für das Vervielfältigen in die bestehenden Sendetarife bedeute auch, dass für alle dem Tarif unterstehenden Nutzungen eine einzige Entschädigung bezahlt werden soll, welche sich insgesamt an den Drei-Prozent-Grundsatz von Art. 60 Abs. 2 URG zu halten habe. Da der Sendetarif A der Swissperform diese drei Prozent ausschöpfe, könne deshalb durch den Einschluss des Vervielfältigungsrechts grundsätzlich keine weitere Tarifierhöhung beansprucht werden. Eine allfällige Tarifierhöhung könne sich lediglich aus der für den vorliegenden Fall relevanten Tatsache ergeben, dass im Rahmen der Vervielfältigung von Tonträgern ein Repertoire beansprucht wird, das nach Art. 35 Abs. 4 URG nicht geschützt ist. Gemäss Berechnungen der SRG ergibt sich demnach ein Zuschlag von rund Fr. 250'000.00.

Auch die von der Swissperform im Zusammenhang mit dem Zugänglichmachen geltend gemachte zeitliche Limitierung wird von der SRG als unzutreffend bezeichnet. Mit dem Begriff 'in Verbindung mit ihrer Sendung' werde lediglich verdeutlicht, dass die Beschränkung von Art. 22c URG nur für Sendungen gelten soll, die das Sendeunternehmen bereits in seinen Programmen ausgestrahlt hat. Es wird darauf hingewiesen, dass die SUIISA das Recht zum Zugänglichmachen ohne Einschränkung der Dauer während der Geltungsdauer des Tarifs gewähre. Es müsse auch in diesem Bereich eine einheitliche und in sich konsistente Verwertungsordnung für diese Art der Verwertung gelten. Auch hier bleibe die Gesuchstellerin für die Abstufung der Vergütung eine plausible Erklärung schuldig.

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

In seiner Antwort vom 6. Juni 2008 betont der Preisüberwacher, dass die Fragen, die sich im Zusammenhang mit dem vorliegenden Tarif stellen, urheberrechtlicher und konventionsrechtlicher Natur sind und gemäss bundesgerichtlicher Praxis von der Schiedskommission gleichsam vorfrageweise geklärt werden müssen, da sie die Tarifangemessenheit massgeblich beeinflussen. Er geht indessen davon aus, dass die Materialien, der Wortlaut sowie Sinn und Zweck der neuen Bestimmung von Art. 24b URG und die Regelung bei der Abgeltung der entsprechenden Urheberrechte gemäss Tarif A SUISA dafür sprechen, das Senden und Kopieren von Tonträgern zu Sendezwecken als Einheit zu betrachten und auch tariflich entsprechend zu behandeln. Nach seiner Auffassung muss eine Situation vermieden werden, wo es für einzelne Vervielfältigungshandlungen ausserhalb der kollektiven Verwertung noch einmal einen zusätzlichen Tarif braucht. Nach seinem Dafürhalten gibt es auch keinen Grund für eine zeitliche Limitierung des Kopierrechts und für eine tarifliche Abstufung nach der Aufbewahrungsdauer der Kopie. Solange das Kopieren im technisch begründeten Zusammenhang mit dem Senden stehe, unterliegt das Vervielfältigen seines Erachtens dem kollektiven Wahrnehmungszwang und sollte durch einen einzigen Tarif, den Sendetarif, abgegolten werden. Damit dürfe die Entschädigung für das Senden und das Kopieren zum Zwecke des Sendens die gesetzliche Maximalgrenze von Art. 60 Abs. 2 URG gesamthaft grundsätzlich nicht überschreiten. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass aufgrund des Gegenrechtsvorbehalts von Art. 35 Abs. 4 URG namentlich amerikanische Interpreten keinen Anspruch auf Abgeltung des Senderechts, hingegen Anspruch auf Abgeltung des damit im Zusammenhang stehenden Kopierrechts haben. Basis für die Berechnung des Zuschlags für die Abgeltung des Kopierrechts dieser Interpreten könne das Berechnungsmodell bilden, welches 2003 im Zusammenhang mit der parlamentarischen Initiative Lombardi zwischen den massgebenden Akteuren diskutiert worden sei. Auch was die Entschädigung für die Abgeltung der Rechte gemäss Art. 22c URG betrifft, sieht er keinen Grund und keine rechtliche Grundlage für eine zeitliche Limitierung der Abrufbarkeit und für eine tarifliche Abstufung nach der Dauer der Zugänglichmachung einer Sendung.

7. Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2008 wurden die Parteien zur Sitzung vom 23. Juni 2008 eingeladen. Anlässlich dieser Sitzung erhielten sowohl die Swissperform wie auch die SRG Gelegenheit zur Anhörung.

Die Swissperform nahm ausdrücklich Stellung zur schriftlichen Eingabe der SRG und äusserte sich hinsichtlich des Art. 24b URG eingehend zur Abstufung der Entschädigungen für die Vervielfältigungsrechte nach der Dauer, zur Höhe der Entschädigungen sowie zur Auslegung von Art. 22c URG und zur Empfehlung des Preisüberwachers. Zusätzlich stellte und begründete Swissperform einen Eventualantrag, der die Nutzung von Vervielfältigungsexemplaren lediglich für die Dauer von 6 Monaten erlaubt und bei Speicherungen längerer Dauer die Einwilligung der Rechtsinhaber und -inhaberinnen voraussetzen würde. Weiter sieht der Eventualantrag vor, dass das Zugänglichmachen am Sendetag und während höchstens 6 dem Sendetag folgenden Tagen gewährt wird. In diesem Sinne seien die Ziff. 8 Bst. c und die Sätze 3-5 in Ziff. 9 der Tarifeingabe zu streichen. Die Swissperform geht davon aus, dass dieser Eventualantrag verhandelt worden ist, da er in wesentlichen Zügen dem ersten der SRG unterbreiteten Tarifentwurf entspreche, der noch davon ausging, dass für eine längere Zeitdauer gespeicherte Vervielfältigungen nicht unter Art. 24b URG fallen und auch das Zugänglichmachen nach Art. 22c URG zeitlich zu begrenzen ist.

Die SRG verlangte die Rückweisung des Eventualantrags der Swissperform, da dieser als neues Rechtsbegehren zu betrachten sei. In materiellrechtlicher Hinsicht verwies sie auf die schriftliche Eingabe sowie die darin gestellten Rechtsbegehren.

8. Gegen die Besetzung der Spruchkammer gab es seitens der Parteien keine Einwände. Dies auch im Wissen, dass eines der Mitglieder der Spruchkammer bereits anwaltlich für eine Partei tätig geworden ist. Die Spruchkammer begann unmittelbar nach der Anhörung der Parteien mit den Beratungen und setzte diese am 30. Juni 2008 fort.
9. Der mit Eingabe vom 7. März 2008 zur Genehmigung vorgelegte *Zusatztarif zum Tarif A Radio Swissperform* (Für die Vervielfältigung von Handelstonträgern mit Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken sowie das Zugänglichmachen von Sendungen, in welche Darbietungen und Aufnahmen von Werken der nicht theatralischen Musik integriert sind) hat in der deutschen und französischen Fassung den folgenden Wortlaut:

SWISSPERFORM

Schweizerische Gesellschaft für die verwandten Schutzrechte

Zusatztarif SWISSPERFORM zum Tarif A Radio

für die Vervielfältigung von Handelstonträgern mit Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken sowie das Zugänglichmachen von Sendungen, in welche Darbietungen und Aufnahmen von Werken der nicht theatralischen Musik integriert sind

- A. Kundenkreis**
- 1 Dieser Tarif richtet sich an die SRG hinsichtlich ihrer Tätigkeit im Bereich des Radios.
- B. Gegenstand des Tarifs**
1. **Vervielfältigungen zu Sendezwecken**
 - 2 Der Tarif bezieht sich auf die Vervielfältigung von auf im Handel erhältlichen Tonträgern festgehaltenen Darbietungen und Aufnahmen nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken im Radio im Sinne von Art. 24b URG.
 - 3 Eine Erlaubnis nach diesem Tarif wird erteilt für Vervielfältigungen im Sinne von Ziff. 2, die von der SRG mit eigenen Aufnahmemitteln auf dem Gebiet der Schweiz hergestellt und/oder aufbewahrt werden.
 2. **Zugänglichmachen von Sendungen**
 - 4 Der Tarif bezieht sich auf das Recht, in Radiosendungen enthaltene Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik in Verbindung mit ihrer Sendung zugänglich zu machen und die dazu notwendigen Vervielfältigungen vorzunehmen.
 - 5 Eine Erlaubnis wird erteilt, soweit die folgenden Bedingungen von Art. 22 c Abs. 1 lit.a-c des revidierten Urheberrechtsgesetzes eingehalten werden:
 - die Sendung wurde überwiegend von der SRG selber oder in ihrem Auftrag hergestellt;
 - die Sendung war einem nichtmusikalischen Thema gewidmet, das gegenüber der Musik im Vordergrund stand und vor der Sendung in der üblichen Art angekündigt wurde; und
 - durch das Zugänglichmachen wird der Absatz von Musik auf Tonträgern oder durch Online-Angebote Dritter nicht beeinträchtigt.

3. **Gemeinsame Bestimmungen**

- 6 SWISSPERFORM verfügt nur über die aus dem schweizerischen Recht entstehenden Rechte. Die SRG nimmt zur Kenntnis, dass die Erlaubnis nach Art. 24b und 22c des revidierten URG nach dem anwendbaren internationalen Recht nur eine strikt territoriale Wirkung für das Gebiet der Schweiz entfalten kann. Jede Freistellung der Inanspruchnahme nach einer ausländischen Gesetzgebung wird ausdrücklich ausgeschlossen.
- 7 Die nach diesem Zusatztarif erteilten Erlaubnisse können widerrufen werden, wenn die SRG trotz schriftlicher Mahnung ihren Pflichten aus diesem Zusatztarif und/oder Pflichten aus dem Tarif A Swissperform Radio nicht nachkommt.

C. **Vergütung**

1. **Vervielfältigung zu Sendezwecken**

- 8 Die Vergütung für die Nutzungen gemäss Ziff. 3 wird als Zusatzvergütung zu den nach den Ziffn 6-12 des Tarifes A Swissperform Radio geschuldeten Jahresvergütungen erhoben. Sie beträgt:
- a) 5% der von einer Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Entschädigung, sofern die Vervielfältigungen in dieser Senderkette nur zur unveränderten und unverbundenen Sendung verwendet werden und spätestens 30 Tage nach der Vervielfältigung wieder gelöscht werden.
 - b) 15% der von einer Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Entschädigung, sofern die Vervielfältigungen von dieser Senderkette während höchstens sechs Monaten beliebig oft für Sendungen verwendet und anschliessend wieder gelöscht werden.
 - c) 25% der von einer Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Entschädigung, sofern die Vervielfältigungen ohne konkreten Nachweis einer geplanten Sendung und ohne zeitliche Begrenzung gespeichert bleiben können. Die Aufnahmen sind jedoch zu löschen, sobald auf Grund einer Gesetzesänderung oder eines höchstrichterlichen Entscheides in Zivilsachen feststeht, dass der konzessionierten Verwertungsgesellschaft keine gesetzliche Vertretungsbefugnis für die Gewährung eines unbefristeten Speicherungsrechts zu Sendezwecken zusteht.
 - d) Vervielfältigungen, die einzig zu aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen Archivierungs- und Dokumentationszwecken dienen und nach der vorgeschriebenen Zeit gelöscht werden, sind vergütungsfrei.

2. Zugänglichmachen von Sendungen

- 9 Die Vergütung für die Nutzungen gemäss Ziff. 5 wird als Zusatzvergütung zu den nach den Ziffn 6-12 des Tarifes A Swissperform Radio geschuldeten Vergütungen erhoben. Sie beträgt 0,5% der von einer Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Entschädigung, sofern die Sendungen dieser Senderkette am Sendetag und während höchstens sechs dem Sendetag folgenden Tagen abrufbar gehalten werden. Sind die Sendungen länger abrufbar, erhöht sich die Entschädigung auf 1%. Diese Entschädigung dient als Einstiegsregelung in eine neue Nutzung. Sie ist ohne Präjudiz für eine Regelung in späteren Tarifen. Das Recht auf Zugänglichmachen erlischt in jedem Fall spätestens mit dem Ablauf eines Tarifs. Es erlischt ferner entschädigungslos, wenn auf Grund einer Gesetzesänderung oder eines höchstrichterlichen Entscheides in Zivilsachen feststeht, dass der konzessionierten Verwertungsgesellschaft keine gesetzliche Vertretungsbefugnis für die Gewährung eines unbefristeten Rechtes auf das Zugänglichmachen zusteht.

3. Erhebung

- 10 Die Vergütung wird zusammen mit den Vergütungen des Tarifes A erhoben. Ziffn. 22 und 23 des Tarifes A Radio gelten sinngemäss.

D. Meldepflichten

- 11 Die SRG verpflichtet sich, in den Meldungen nach Ziff 17 des Tarifes A Radio die für die Anwendung der Ziff. 8 dieses Zusatztarifes notwendigen zusätzlichen Angaben zu machen.
- 12 Die SRG verpflichtet sich, in den Meldungen nach Ziff 17 des Tarifes A Radio die für die Anwendung der Ziff. 9 dieses Zusatztarifes notwendigen zusätzlichen Angaben zu machen. Sie verpflichtet sich überdies, Swissperform regelmässig über die Aktivitäten im Bereich des Zugänglichmachens von Sendungen zu orientieren und Swissperform vor dem Zugänglichmachen einer Sendung zu konsultieren, wenn Zweifel darüber bestehen, ob eine Sendung die Voraussetzungen von Ziff. 5 dieses Tarifes erfüllt.

F. Gültigkeitsdauer

- 13 Dieser Tarif ist auf Nutzungen anwendbar, die sich zwischen dem 1. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2009 verwirklichen. Im Falle der Revision des Tarifs A Radio kann er vorzeitig revidiert werden.
- 14 Für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2008 betragen die Zusatzvergütungen nach Ziffn. 8 und 9 dieses Zusatztarifes die Hälfte der auf das ganze Kalenderjahr 2008 berechneten Vergütungen.
- 15 Nach Auslaufen des Tarifs A Radio wird der vorliegende Zusatztarif in den Tarif A Radio integriert.

SWISSPERFORM

Société suisse pour les droits voisins

Tarif complémentaire SWISSPERFORM au tarif A Radio

Reproduction à des fins de diffusion de phonogrammes commerciaux sur lesquels figurent des interprétations et exécutions et des enregistrements d'œuvres de musique non théâtrale et mise à disposition d'émissions dans lesquelles sont intégrées des interprétations et exécutions et des enregistrements de musique non théâtrale

A. Clients concernés

- 1 Le présent tarif s'adresse à la SSR concernant ses activités dans le domaine radio-phonique.

B. Objet du présent tarif**1. Reproductions à des fins de diffusion**

- 2 Le présent tarif se rapporte aux reproductions à des fins de diffusion à la radio d'interprétations et exécutions et d'enregistrements de musique non théâtrale fixés dans des phonogrammes disponibles sur le marché au sens de l'art. 24b LDA.
- 3 Il est accordé une autorisation en vertu du présent tarif pour les reproductions au sens du ch. 2 qui sont confectionnées et/ou conservées par la SSR par ses propres moyens sur le territoire suisse.

2. Mise à disposition d'émissions

- 4 Le présent tarif se rapporte au droit de mettre à disposition des interprétations et exécutions et des enregistrements d'œuvres de musique non théâtrale contenus dans des émissions de radio, en relation avec leur diffusion, et de procéder aux reproductions nécessaires à cet effet.
- 5 Une autorisation est délivrée pour autant que les conditions suivantes énoncées à l'art. 22 c, al. 1, let. a à c de la loi sur le droit d'auteur révisée sont remplies :
 - l'émission est en majeure partie produite par la SSR elle-même ou à sa demande ;
 - l'émission est consacrée à un thème non musical qui domine l'aspect musical et qui a été annoncé avant l'émission selon la manière habituelle ; et
 - la mise à disposition ne nuit ni à l'offre en ligne par des tiers, ni à la vente d'enregistrements musicaux.

Tarif complémentaire au tarif A – demande d'approbation - corrigé

3. Dispositions communes

- 6 SWISSPERFORM dispose uniquement des droits conférés par le droit national. La SSR prend connaissance que l'autorisation accordée en vertu de l'art. 24b et 22c de la LDA révisée ne peut avoir qu'une portée strictement territoriale pour la Suisse conformément au droit international applicable. Toute garantie tendant à la libérer des prétentions fondées sur des législations étrangères est expressément exclue.
- 7 Les autorisations accordées en vertu du présent tarif peuvent être révoquées, si, en dépit d'un rappel écrit, la SSR ne remplit pas ses obligations résultant du présent tarif et/ou du Tarif A SWISSPERFORM Radio.

C. Redevance**1. Reproductions à des fins de diffusion**

- 8 La redevance pour les utilisations selon ch. 3 est perçue sous forme de redevance supplémentaire aux redevances annuelles dues en vertu des ch. 6 à 12 du Tarif A SWISSPERFORM Radio. Elle s'élève à :
- a) 5% de la redevance due par une chaîne en vertu du Tarif A Radio, dans la mesure où les reproductions sont utilisées par cette chaîne uniquement à des fins de diffusion sans être modifiées ou intégrées et qu'elles sont effacées au plus tard 30 jours après la reproduction.
 - b) 15% de la redevance due par une chaîne en vertu du Tarif A Radio, dans la mesure où les reproductions de cette chaîne sont utilisées aussi souvent que souhaité mais pendant six mois au maximum et qu'elles sont effacées à l'expiration de ce délai.
 - c) 25% de la redevance due par une chaîne en vertu du Tarif A Radio, dans la mesure où les reproductions peuvent être mémorisées sans justificatif concret d'une diffusion planifiée et sans limitation temporelle. Les enregistrements doivent toutefois être effacés aussitôt qu'une modification de la législation ou qu'une décision de dernière instance rendue par un juge civil établit que la société de gestion agréée ne dispose pas du pouvoir légal de représentation pour octroyer un droit illimité de sauvegarde de la reproduction à des fins de diffusion.
 - d) Les reproductions à des fins d'archivage et de documentation telles que prescrites par les règles de surveillance qui sont destinées à être effacées à l'expiration du délai prévu sont exemptes de redevance.

2. Mise à disposition d'émissions

- 9 La redevance pour les utilisations selon ch. 5 est perçue sous forme de redevance supplémentaire aux redevances dues en vertu des ch. 6 à 12 du Tarif A SWISSPERFORM Radio. Elle s'élève à 0,5% de la redevance due par une chaîne selon le Tarif A Radio, dans la mesure où les émissions de cette chaîne demeurent accessibles le jour de la diffusion et pendant six jours au maximum suivant la diffusion. Lorsque les émissions sont accessibles pendant une durée supérieure, la redevance est augmentée à 1%. Cette redevance correspond à la réglementation initiale d'une utilisation nouvelle. Elle n'a aucune valeur de précédent pour la réglementation de tarifs futurs. Le droit de mise à disposition s'éteint en tous les cas au plus tard à l'échéance d'un tarif. Il s'éteint en outre sans dédommagement lorsqu'une modification de la législation ou une décision de dernière instance rendue par un juge civil établit que la société de gestion agréée ne dispose pas du pouvoir légal de représentation pour octroyer un droit illimité de mise à disposition.

3. Recouvrement

- 10 La redevance est perçue en même temps que les redevances découlant du Tarif A. Les ch. 22 et 23 du tarif A Radio s'appliquent par analogie.

D. Obligations de déclarer

- 11 La SSR s'engage, dans ses déclarations selon ch. 17 du Tarif A Radio, à communiquer toutes les indications supplémentaires nécessaires pour l'application du ch. 8 du présent tarif.
- 12 La SSR s'engage, dans ses déclarations selon ch. 17 du Tarif A Radio, à communiquer toutes les indications supplémentaires nécessaires pour l'application du ch. 9 du présent tarif. Elle s'engage en outre à informer régulièrement SWISSPERFORM sur ses activités dans le domaine de la mise à disposition d'émissions et, lorsqu'il existe des doutes quant à la conformité d'une émission par rapport aux conditions énoncées au ch. 5 du présent tarif, à consulter SWISSPERFORM avant de la mettre à disposition.

F. Durée de validité

- 13 Le présent tarif s'applique à toutes les utilisations qui ont lieu entre le 1er juillet 2008 et le 31 décembre 2009. En cas de révision du Tarif A Radio, il peut être révisé avant son échéance.
- 14 Pendant la période du 1er juillet 2008 au 31 décembre 2008, les redevances supplémentaires selon ch. 8 et 9 du présent tarif sont réduites de moitié par rapport aux redevances supplémentaires calculées pour toute l'année civile 2008.
- 15 Après l'échéance du Tarif Radio A, le présent tarif sera intégré au Tarif A Radio.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Die Swissperform hat ihren Antrag auf Genehmigung eines *Zusatztarifs zum Tarif A Radio Swissperform* mit einem vorgesehenen Inkrafttreten am 1. Juli 2008 am 7. März 2008 und somit innert der gemäss Art. 9 Abs. 2 URV erstreckten Eingabefrist eingereicht. Zudem geht die Swissperform davon aus, dass der Zusatztarif allenfalls rückwirkend auf den 1. Juli 2008 in Kraft zu setzen ist. Ebenso ist die Stellungnahme der SRG innerhalb der bis zum 30. April 2008 verlängerten Frist eingegangen (Art. 10 Abs. 2 URV i.V.m. Art. 22 Abs. 2 VwVG).
2. Nach der Inkraftsetzung des totalrevidierten Urheberrechtsgesetzes am 1. Juli 1993 hat die Schiedskommission für die neu geregelten verwandten Schutzrechte gestützt auf Art. 83 URG Zusatztarife zu bereits bestehenden Tarifen zugelassen (vgl. unter vielen den Beschluss vom 30. März 1994 betr. den Zusatztarif 2), damit die ab Inkrafttreten des Gesetzes geschuldeten Vergütungen möglichst rasch tariflich umgesetzt werden konnten. Da es im vorliegenden Genehmigungsverfahren um einen Zusatztarif für ab dem 1. Juli 2008 neu der kollektiven Verwertung unterstellte Rechte geht, ist die Schiedskommission bereit, diesen Zusatztarif in Analogie zur damaligen Situation zur Prüfung entgegenzunehmen. Dies allerdings unter der Voraussetzung, dass der Zusatztarif – sofern er genehmigt werden kann – nach dessen Ablauf am 31. Dezember 2009 mit dem bestehenden Tarif A Radio der Swissperform vereinigt wird.
3. Die Schiedskommission prüft zunächst von Amtes wegen, ob es hinsichtlich des Nutzervertreeters in der Spruchkammer gestützt auf Art. 10 VwVG einen Ausstandsgrund gibt, da dieser gemäss eigenen Angaben in der Vergangenheit für die SRG anwaltlich tätig war und er sich auch wissenschaftlich mit den in diesem Verfahren zu behandelnden Rechtsfragen auseinandergesetzt hat. Die Schiedskommission kommt indessen gestützt auf Art. 57 Abs. 3 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 VwVG zum Schluss, dass die wissenschaftlichen Äusserungen in diesem Zusammenhang unerheblich sind und die anwaltliche Tätigkeit ein anderes Verfahren betraf. Zudem begründet die Nähe eines sachkundigen Mitglieds zu einem Nutzer für sich allein noch kein Ausstandsgrund (vgl. dazu auch *E. Brem / V. Salvadé / G. Wild* in Stämpfli Handkommentar zum Urheberrechtsgesetz, Bern 2006, N 3 zu Art. 57 Abs. 3 URG). Nachdem die Parteien zu dieser Frage angehört wurden und auch diese keine Ablehnung geltend machten, wird die

Spruchkammer in der Zusammensetzung gemäss der Verfügung vom 17. März 2008 bestätigt. Die Schiedskommission teilt indessen die Auffassung, dass die Vertreter und Vertreterinnen der Nutzerverbände und der Verwertungsgesellschaften in ihrer Funktion als Spruchkammer-Mitglieder eine minimale Distanz zu diesen Organisationen wahren müssen (vgl. dazu auch den Beschluss der ESchK vom 22. August 2000, in sic! 2000, S. 784, bzw. den Entscheid des BGer vom 19. Juni 2007, E. 3.4.2, in sic! 2007, S. 724).

4. Ausserdem lehnt die Schiedskommission einen Antrag der SRG ab, ihr sei zum am 23. Juni 2008 gestellten Eventualantrag der Swissperform eine zusätzliche Frist zur Stellungnahme einzuräumen. Die Swissperform hat in ihrer Tarifeingabe auf die Frage der Einräumung eines zeitlich befristeten Vervielfältigungsrechts bzw. eines zeitlich befristeten Zugänglichmachens hingewiesen und es insbesondere der Schiedskommission überlassen, eine entsprechende Befristung einzuführen. Mit ihrem Eventualantrag nimmt die Swissperform nun die Frage der zeitlichen Befristung erneut auf. Zudem musste die SRG wissen, dass die Schiedskommission diese Frage von Amtes wegen klären wird. Für sie ergibt sich daher durch den Eventualantrag keine neue Situation, welche eine zusätzliche Fristansetzung rechtfertigen würde. Der Antrag der SRG auf eine erneute Fristansetzung zur Stellungnahme zum Eventualantrag der Swissperform wird daher abgewiesen.
5. Ausgangspunkt für das folgende Tarifprüfungsverfahren sind zwei am 5. Oktober 2007 vom Gesetzgeber neu in das Urheberrechtsgesetz aufgenommene Bestimmungen, welche mit dem teilrevidierten URG auf den 1. Juli 2008 in Kraft gesetzt werden (AS 2008, 2423 2425; BBI 2006, 3389 ff.). Dabei handelt es sich um das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke durch Sendeunternehmen (Art. 22c URG) sowie die Vervielfältigungen zu Sendezwecken (Art. 24b URG). Aufgabe der Schiedskommission ist somit zu prüfen, ob die Rechtsinhaber und -inhaberinnen gestützt auf diese neu verwertungsgesellschaftenpflichtig erklärten Rechte, Anspruch auf eine angemessene Entschädigung haben bzw. der Zusatztarif den gesetzlichen Angemessenheitskriterien entspricht. Gemäss Art. 59 Abs. 1 URG genehmigt die Schiedskommission einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist, wobei sich die Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet: Demnach ist bei der Festlegung der Entschädigung der aus der

Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand (Abs. 1 Bst. a), die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Abs. 1 Bst. b) sowie das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Abs. 1 Bst. c) zu berücksichtigen. Die Entschädigung ist so festzulegen, dass sie in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder des Nutzungsaufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte beträgt, wobei die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten sollen (Abs. 2).

Die Schiedskommission stellt fest, dass sich sowohl der Bundesrat (BBI 2005, 3443) wie auch das Parlament (AmtlBull SR 2006, S. 1208 f.) intensiv mit der Frage der Übereinstimmung dieser neuen Bestimmungen mit den einschlägigen internationalen Übereinkommen auf diesem Gebiet [Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst in der revidierten Pariser Fassung von 1971 (RBÜ, SR 0.231.15), Abkommen vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom-Abkommen, SR 0.231.171), WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996 (WPPT, AS 2008, 2515, der für die Schweiz ebenfalls am 1. Juli 2008 in Kraft treten wird)] auseinandergesetzt hat. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass Ausnahmen und Schranken von exklusiven Rechten gemäss Art. 16 Abs. 2 WPPT nur unter Beachtung des so genannten Dreistufentests möglich sind. Dies bedeutet, dass Schrankenbestimmungen nur zulässig sind, wenn sie auf bestimmte Sonderfälle beschränkt sind, die weder die normale Verwertung der Darbietung oder des Tonträgers beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der ausübenden Künstler oder Tonträgerhersteller unzumutbar verletzen. Die Schiedskommission geht davon aus, dass der Gesetzgeber dieses Prinzip beim Erlass der Art. 22c und 24b URG berücksichtigt hat. Es ist somit nicht ihre Aufgabe, im Rahmen der Angemessenheitsprüfung die vom Gesetzgeber erlassenen Bestimmungen diesbezüglich zu überprüfen. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass der Dreistufentest geritzt werden könnte, falls den Berechtigten keine oder keine angemessene Vergütung zugestanden wird. Bei der Angemessenheitsprüfung ist dies von der Schiedskommission besonders zu berücksichtigen.

6. a) Mit dem revidierten Urheberrechtsgesetz wurde für die Urheber (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. c) wie auch für die Leistungsschutzberechtigten (vgl. Art. 33 Abs. 2 Bst. a, Art. 36 Bst. b, Art. 37 Bst. e) das Recht des Zugänglichmachens eingeführt (vgl. Botschaft, BBl 2006, 3420). Damit sollte klargestellt werden, dass den Berechtigten in Bezug auf das Zugänglichmachen von Werken, Darbietungen und Sendungen über Internet ein ausschliessliches Recht gewährt wird.

Dieser Anspruch wird allerdings mit dem vom Parlament neu eingefügten Art. 22c URG insofern eingeschränkt, als das Recht, in Radio- und Fernsehsendungen enthaltene nichttheatralische Werke der Musik in Verbindung mit dieser Sendung zugänglich zu machen, nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden kann. Voraussetzung ist allerdings, dass die Sendung überwiegend vom Sendeunternehmen selber oder in seinem Auftrag hergestellt wurde (Art. 22c Abs. 1 Bst. a), die Sendung einem nichtmusikalischen Thema gewidmet war, das gegenüber der Musik im Vordergrund stand, und die Sendung vorher in der üblichen Art angekündigt wurde (Bst. b). Auch darf dadurch der Absatz von Musik auf Tonträgern oder durch Online-Angebote Dritter nicht beeinträchtigt werden (Bst. c). Unter diesen Voraussetzungen kann ebenfalls das Recht auf Vervielfältigung zum Zwecke des Zugänglichmachens nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (Abs. 2).

Eine ähnlich lautende Bestimmung war im Gegensatz zur Botschaft von 2006 bereits im Vorentwurf des Bundesrates (vgl. Erläuternder Bericht vom 15. September 2004 zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Erläuterungen zu Art. 22a, S. 14) enthalten und wurde dort wie folgt begründet: *'Mit dieser Bestimmung wird die Geltendmachung des Rechts des Zugänglichmachens nichttheatralischer Werke der Musik in Bezug auf die interaktive Nutzung von Radio- und Fernsehprogrammen der Verwertungsgesellschaftspflicht und damit der Bundesaufsicht unterstellt. Wenn also ein Sendeunternehmen die Programme, die es gesendet hat, interaktiv zugänglich machen will, soll es die Möglichkeit haben, die entsprechenden Rechte über die Verwertungsgesellschaften abgelden zu können, wie das im Bereich der nichttheatralischen Musik auch für die Senderechte der Fall ist. Auf diese Weise soll den Sendeunternehmen vor allem eine marktkonforme Verwertung ihrer Eigenproduktion ermöglicht werden.'*

Im Nationalrat (vgl. Votum NR Müller, AmtlBull NR 2007, S. 1208) wurde ausgeführt, dass es hier nur um die so genannte 'Hintergrundmusik' in Sendungen geht, bei denen Musik nicht im Zentrum steht. Es gehöre heute denn auch schlicht zu unseren Lebensgewohnheiten, dass Hörer oder Fernsehzuschauer das Bedürfnis haben, solche Sendungen zeitverschoben im Internet zu sehen. Dabei ging man auch davon aus, dass die neue Bestimmung mit dem internationalen Recht verträglich ist. Der Ständerat konnte sich dieser Lösung anschliessen (AmtlBull SR 2007, S. 819).

- b) Im Sinne einer Einstiegsregelung verlangt die Swissperform (vgl. Ziff. 9 des Tarifs) mit dem vorgelegten Zusatztarif eine Zusatzvergütung von 0,5 Prozent der von einer Senderkette geschuldeten Vergütung nach Tarif A Radio, wenn die Sendung während des Sendetages und während sechs darauf folgenden Tagen zugänglich gemacht wird. Diese Vergütung soll verdoppelt werden, wenn die Sendung mehr als 6 Tage nach der Sendung abrufbar gehalten wird. Mit dem Eventualantrag macht die Swissperform geltend, dass das Zugänglichmachen einer Sendung sechs Tage nach dem Sendetag nur noch mit Einwilligung der Rechtsinhaber bzw. -inhaberinnen möglich ist. Swissperform betont, dass der SRG mit dieser Regelung ein möglichst unkomplizierter Einstieg in diese Nutzungsform ermöglicht werden soll. Da der Nutzungsumfang aber noch nicht feststehe und die Senderketten ein zu aufwändiges Erlaubnis- und Meldeverfahren als der Entwicklung hinderlich betrachten würden, sehe der Tarif eine unpräjudizielle pauschale Festsetzung der Vergütung in einem leicht zu errechnenden Prozentsatz der nach Tarif A geschuldeten Vergütung vor.
7. a) Wesentliche Voraussetzung für die Durchführung der Angemessenheitsprüfung ist, dass sie sich auf zuverlässige und gesicherte Daten abstützt, und die Schiedskommission überprüfen kann, wie sich die Vergütung zum Ertrag bzw. den Kosten der Nutzung verhält. Die Gesuchstellerin macht indessen selbst geltend, dass der Umfang der Nutzung im Bereich des Zugänglichmachens von Sendungen gegenwärtig noch nicht klar ist, da sich die entsprechende Nutzung noch im Aufbau befinde.

Es fehlt hier somit an den für die Angemessenheitsprüfung erforderlichen Daten. Das Bundesgericht hat aber auch wiederholt festgehalten, dass den Nutzerverbänden eine erhebliche Mitwirkungspflicht bei der Eruiierung solcher Daten zukommt (vgl. u.a. den Entscheid vom 1. März 1999 betr. Tarif D, E. 2b und 4b/dd, in sic! 3/1999, S. 264 ff.).

Falls die Nutzerorganisationen somit darauf verzichten, gemäss Art. 51 URG zumutbare Daten beizubringen, kann die Schiedskommission auf die Angaben der Verwertungsgesellschaften abstellen. Sowohl der Swissperform wie auch der SRG ist indessen zu Gute zu halten, dass es sich bei Art. 22c URG um eine neue Nutzungsform handelt, für welche die erforderlichen Daten noch erhoben werden müssen und sich der Umfang der Nutzung daher nur schwerlich abschätzen lässt.

- b) Aus dem Wortlaut der Bestimmung ('in Verbindung mit ihrer Sendung') ergibt sich nach Auffassung der Schiedskommission kein offensichtliches zeitliches Kriterium. Eine solche zeitliche Beschränkung lässt sich auch nicht den Beratungen von Stände- und Nationalrat (vgl. AmtlBull, vorne Ziff. II/6a) entnehmen. Nach *D. Barrelet/ W. Egloff* (Das neue Urheberrecht, 3. Auflage, Bern 2008, N 4 zu Art. 22c URG) könnte dieser Ausdruck zwar allenfalls als zeitliches Kriterium verstanden werden. Mit Hinweis auf die parlamentarische Debatte und insbesondere auf das vorerwähnte Votum von NR Müller gelangen aber auch sie zur Auffassung, dass die Bestimmung von Art. 22c URG nicht zeitlich, sondern funktional im Sinne zu verstehen ist, dass sie sich nicht nur auf das Simulcasting bezieht, sondern auf alle Fälle des gleichzeitigen und nachträglichen Zugänglichmachens von Sendungen im Internet. Sie gehen aber auch davon aus, dass der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der verschiedenen Formen der Zugänglichmachung durch eine unterschiedliche Höhe der Entschädigung Rechnung getragen werden kann.

Während die Swissperform für eine kurze Dauer des Zugänglichmachens (6 Tage) eine Zusatzvergütung von 0,5 Prozent beantragt, kann sich die SRG gemäss ihrem Rechtsbegehren ebenfalls mit diesem Zuschlag einverstanden erklären, allerdings geht sie dabei von einer zeitlich unbeschränkten Nutzung aus.

Die Schiedskommission stellt fest, dass beide Tarifparteien zumindest in der Anfangsphase der Nutzung mit einer Zusatzvergütung von 0,5 Prozent einverstanden sind. Weiter hält sie fest, dass ihr die erforderlichen Angaben zur Prüfung der Angemessenheit fehlen. So kann sie insbesondere nicht beurteilen, wie sich der Nutzungsertrag bzw. -aufwand mit der Dauer der Nutzung verändert. Die Konzession der SRG vom 28. November 2007 sieht in Art. 10 vor, dass Sendungen während fünf Tagen nach der Ausstrahlung im Internet kostenlos zugänglich gemacht werden können. Anschliessend

kann die SRG für nicht kommerzielle Nutzungen kostendeckende Beiträge und für kommerzielle Nutzungen Marktpreise verlangen. Somit wäre es durchaus denkbar, gestützt auf Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG bei der Bemessung der Vergütung auf den Ertrag aus dem Zugänglichmachen abzustellen statt sich auf den Sendetarif abzustützen.

Das Recht des Zugänglichmachens bzw. die entsprechende Einschränkung in Art. 22c URG ist ausserdem klar vom Recht zur Nutzung von Archivwerken durch das Sendunternehmen (Art. 22a URG) abzugrenzen. Es handelt sich beim Zugänglichmachen um eine eigenständige Nutzung, die nur in einem mittelbaren Zusammenhang mit dem Senden steht. Damit ist es auch unerheblich, dass der Sendetarif A Radio der Swissperform die Grenze von drei Prozent für die verwandten Schutzrechte bereits ausschöpft (Art. 60 Abs. 2 URG).

Da zumindest ein Teilkonsens der beiden Parteien vorliegt und die Schiedskommission eine tariflose Periode ab dem Inkrafttreten des teilrevidierten URG vermeiden möchte, ist sie mit einer Zusatzentschädigung von 0,5 Prozent nach den Ziff. 6 bis 12 des Tarifs A Radio der Swissperform einverstanden. Dabei berücksichtigt sie insbesondere, dass es sich hierbei um eine bis zum 31. Dezember 2009 befristete Übergangsregelung handelt, die lediglich unter den in Art. 22c Abs. 1 Bst. a bis c erwähnten Voraussetzungen zum Tragen kommt.

Wie erwähnt, fehlen der Schiedskommission die erforderlichen Angaben darüber, wie sich der wirtschaftliche Wert der verschiedenen Formen des Zugänglichmachens im Laufe der Zeit entwickelt. So ist ihr insbesondere unklar, ob bei einer längeren Dauer des Zugänglichmachens auch tatsächlich ein wirtschaftlicher Zusatznutzen vorliegt. Weil somit der Zusatznutzen bei einer längeren Nutzung unklar ist, beschliesst die Schiedskommission im Sinne einer Übergangsregelung die nach Art. 22c URG geschuldete Vergütung vorerst auf eine Nutzungsdauer von dreissig Tagen zu befristen. Für das Zugänglichmachen über diese Frist hinaus ist ihr bei Vorliegen der erforderlichen Abklärungen ein ergänzter Tarif vorzulegen. Dabei möchte die Schiedskommission vor allem wissen, welche Sendungen unter diese Schrankenbestimmung fallen und wie hoch der Anteil musikalischer Werke in diesen Sendungen ist. Weiter sollten auch Angaben darüber vorliegen, ob mit dem Zugänglichmachen zusätzliche Einnahmen generiert werden und wie lange die entsprechenden Sendungen in der Regel ab-

rufbar sind. Die Schiedskommission schliesst nicht aus, dass ein künftiger Tarif eine Staffelung der Vergütungshöhe je nach Nutzungsdauer vorsieht. Wie eine solche Staffelung aussehen soll, ist aber mangels der erforderlichen Angaben zurzeit noch völlig offen. Die Schiedskommission ist deshalb gegenwärtig nicht in der Lage einen Tarif zu genehmigen, der über die Dauer von dreissig Tagen hinausgeht. Sie beschliesst, eine geänderte Ziff. 9 zu genehmigen, wonach die Vergütung für die Nutzungen gemäss Ziff. 5 als Zusatzvergütung zu den nach den Ziff. 6 bis 12 des Tarifs A Swissperform Radio geschuldeten Vergütung erhoben wird. Die so erhobene Vergütung beträgt 0,5 Prozent der von einer Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Entschädigung und gilt für Sendungen, die am Sendetag und bis zu dreissig Tage nach dem Senden zugänglich sind. Diese Regelung wird nach Erhebung der erforderlichen Angaben neu zu überprüfen sein. In diesem Sinne kommt ihr unpräjudizieller Charakter zu.

8. a) Gemäss dem neuen Art. 24b URG kann das Vervielfältigungsrecht an nichttheatralischen Werken der Musik bei der Verwendung von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern zum Zweck der Sendung gegenüber den Sendeunternehmen, die dem Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen unterstehen, nur über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden (Abs. 1). Solche Vervielfältigungen dürfen weder veräussert noch sonstwie verbreitet werden und müssen vom Sendeunternehmen mit eigenen Mitteln hergestellt worden sein. Diese Vervielfältigungen sind zu löschen, sobald sie ihren Zweck erfüllt haben (Abs. 2).
- b) Gestützt auf diese Bestimmung verlangt die Swissperform mit ihrem *Zusatztarif zum Tarif A Radio* eine Vergütung, die sich nach der von der jeweiligen Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Jahresvergütung richtet und je nach Zeitpunkt der Löschung der Vervielfältigung einen unterschiedlich hohen Prozentsatz vorsieht (vgl. vorne Ziff. I/3). Gemäss dem Eventualantrag soll die Erlaubnis zur Vervielfältigung und zur Nutzung von unter dem Tarif hergestellten Vervielfältigungsexemplaren für die Dauer von sechs Monaten erteilt werden. Bei Speicherungen für eine längere Dauer ist die Einwilligung der zuständigen Rechtsinhaber bzw. -inhaberinnen einzuholen. In diesem Fall wäre die Ziff. 8 Bst. c zu streichen. Die SRG lehnt die zeitliche Limitierung sowie die Vergütungssätze als willkürlich ab. Ausserdem macht sie geltend, dass für alle dem Tarif unterstehenden Nutzungen eine einzige Entschädigung bezahlt werden soll, welche sich insgesamt an den Drei-Prozent-Grundsatz zu halten hat. Eine entsprechende Abwei-

chung kann sie allenfalls akzeptieren, soweit im Rahmen der Vervielfältigung von Tonträgern ein Repertoire beansprucht wird, das nach Art. 35 Abs. 4 URG nicht geschützt ist. Gemäss ihrem Berechnungsmodell ergibt sich damit eine Erhöhung von 4,6 Prozent, wobei dieser Zuschlag für jedes einzelne Programm zu berechnen ist. Einig sind sich offenbar beide Parteien darin, dass der Gesetzgeber mit der Schrankenbestimmung nach Art. 24b URG für das Vervielfältigen zu Sendezwecken ausdrücklich keine Gratislizenz vorgesehen hat (vgl. hierzu auch die Stellungnahme der SRG, S. 9).

- c) Mit Art. 24b URG wird gemäss der Botschaft des Bundesrates (BBl 2006, 3431) das Vervielfältigungsrecht in Bezug auf das Aufnehmen von nichttheatralischen Werken der Musik zu Sendezwecken eingeschränkt. Dies ist laut den Erläuterungen in der Botschaft nötig geworden, nachdem sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. Entscheid vom 2. Februar 1999, in sic! 3/1999, S. 259) die gesetzliche Lizenz von Art. 35 Abs. 1 URG nicht auf die mit der Verwendung von Tonträgern zu Sendezwecken verbundenen Vervielfältigungshandlungen erstreckt und somit die mit Art. 35 URG angestrebte Regelung in der Praxis nicht spielte, weil die Sendeunternehmen das Vervielfältigungsrecht der Interpretinnen und Interpreten und Tonträgerherstellerinnen und -hersteller separat und ausserhalb der Bundesaufsicht und der damit verbundenen Angemessenheitskontrolle der Tarife abgelteten müssen. Neu wird somit das Vervielfältigungsrecht der Musikurheberinnen und -urheber, der Interpretinnen und Interpreten und der Produzentinnen und Produzenten in Bezug auf die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern zu Sendezwecken dem Zwang zur kollektiven Verwertung unterstellt. Die Botschaft geht davon aus, dass sich die mit dieser Regelung verbundene Einschränkung des Vervielfältigungsrechts auf Art. 11^{bis} Abs. 3 RBÜ sowie auf Art. 15 Abs. 1 Bst. c des Rom-Abkommens abstützen kann. Zusätzlich wird präzisiert, dass diese Bestimmung nur auf Ton- und Tonbildträger Anwendung findet, die im Handel erhältlich sind, wobei 'im Handel erhältlich' im digitalen Umfeld so zu verstehen sei, dass auch der elektronische Geschäftsverkehr mit Musikwerken erfasst wird. Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Entschädigung für das Vervielfältigen von Ton- und Tonbildträgern zu Sendezwecken bisher von den ausübenden Künstlerinnen und Künstlern und den Produzentinnen und Produzenten im Rahmen der Privatautonomie mit den Sendeunternehmen ausgehandelt werden konnten. Mit der Unterstellung unter die kollektive Verwertung werde diese Vergütung in die bestehenden Sendetarife integriert wer-

den müssen und somit der Angemessenheitskontrolle durch die Schiedskommission unterstellt.

In diesem Zusammenhang hält die Schiedskommission insbesondere fest, dass auch über ein Netzwerk bezogene Musiktitel als Tonträger gelten, die im Handel erhältlich sind und dass insbesondere auch beim Herunterladen dieser Tonträger auf den eigenen Server eines Senders eine Vervielfältigung stattfindet (vgl. dazu auch *Barrelet/Egloff*, a.a.O., N 12 zu Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG, aber auch Art. 2 Bst. b WPPT).

Die Botschaft geht offensichtlich nicht davon aus, dass mit dem Art. 24b URG eine Gratislizenz eingeführt werden sollte, wird doch erwähnt, dass diesbezüglich ein allenfalls gemäss den internationalen Abkommen bestehender Spielraum nicht ausgeschöpft werden soll (BBI 2006, 3432). Nicht mehr in der Botschaft findet sich dagegen die noch in den Erläuterungen zum Vorentwurf des Bundesrates von 2004 enthaltene Aussage, dass mit der Einbindung des Vervielfältigungsrechts der Interpreten und der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern in die auf den Vergütungsanspruch von Art. 35 URG bezogenen Tarife die Drei-Prozent-Grenze gemäss Art. 60 Abs. 2 URG nicht von neuem ausgeschöpft bzw. verdoppelt werden kann (s. Erläuternder Bericht, a.a.O., S.17 f.).

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurden die Ausführungen in der Botschaft weitestgehend bestätigt. So wurde insbesondere in der Sitzung des Ständerates vom 19. Dezember 2006 (vgl. AmtlBull SR 2006, S. 1208 f.) darauf hingewiesen, dass es bei dieser Bestimmung um die Vervielfältigung geht, die aus rein technischen Gründen erforderlich ist, damit ein Sendeunternehmen die Sendung vernünftig ausstrahlen kann und diese Vervielfältigung nur für diesen einzigen Zweck der Sendung verwendet werden darf. Gleichzeitig wurde bestätigt, dass gemäss der neuen Regelung die Entschädigungen in die bestehenden Sendetarife integriert werden müssen und somit der Angemessenheitsprüfung durch die Schiedskommission unterstellt sind (vgl. hierzu das Votum von SR Stadler). SR Lombardi ergänzte, dass der Kompromiss darin besteht, dass ein Vervielfältigungsrecht anerkannt wird, dieses aber nur über Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden kann und in die bestehenden Sendetarife integriert werden muss.

Den Protokollen der vorberatenden Kommissionen (Kommission für Rechtsfragen des Ständerates bzw. des Nationalrates) lässt sich ebenfalls entnehmen, dass durch die Unterstellung unter die Angemessenheitskontrolle und damit unter die gesetzlichen Schranken gemäss Art. 60 Abs. 2 URG die Vergütungshöhe voraussichtlich nicht mehr gleich hoch sein wird, wie wenn die entsprechende Entschädigung durch den Rechtsinhaber oder die Rechtsinhaberin frei ausgehandelt werden kann. Bewusst war man sich offenbar auch des Umstandes, dass Art. 24b URG keine zeitliche Limitierung vorsieht, dies etwa im Gegensatz zu einigen Regelungen im Ausland, die solche zeitliche Begrenzungen kennen (vgl. z.B. § 55 des deutschen Urheberrechtsgesetzes). Diesbezüglich wurde offenbar sogar in Kauf genommen, dass die Schutz Ausnahme allenfalls internationales Recht 'lädieren' könnte, indem sie nichts in Bezug auf die zeitliche Geltungsdauer enthält. Eine Einschränkung ergibt sich somit nur dadurch, dass die Vervielfältigung für den einzigen Zweck der Sendung verwendet werden darf. Dabei war man sich im Klaren, dass diese Regelung, die sowohl die Urheberrechte wie auch die verwandten Schutzrechte betrifft, sich in der Praxis wohl nur hinsichtlich der verwandten Schutzrechte auswirken dürfte, da die Verwertung des Vervielfältigungsrechts im Zusammenhang mit dem Senden bei den Urheberrechten offenbar zu keinen Problemen geführt hat.

- d) Das Zürcher Obergericht ist mit Urteil vom 14. November 2002 (vgl. 'Marta's Song', in sic! 4/2003, S. 320) unter altem Recht zur Auffassung gelangt, dass die Verwendung eines Tonträgers zum Zweck der Sendung auch die ephemere Vervielfältigung einschliesst, da die Speicherung auf einem zusätzlichen Träger lediglich technische Vorteile hat, und diese nicht in einer Leistung der Leistungsschutzberechtigten begründet sind. Dies im Gegensatz zum Bundesgericht, das mit seinem Entscheid vom 2. Februar 1999 (in sic! 3/1999, S. 259) befunden hat, dass Art. 35 Abs. 1 URG den Sendeunternehmen zwar die Benützung von im Handel erhältlichen Ton- oder Tonbildträgern gegen Entschädigung zum Zweck der Sendung gestatte, dies aber nicht auch die Erlaubnis beinhalte, die Ton- und Tonbildträger zu vervielfältigen, selbst wenn dies nur im Rahmen von ephemeren Aufnahmen geschehe.

Barrelet/Egloff (a.a.O., N 3 zu Art. 24b URG) betonen, dass die neue Regelung nicht nur auf ephemere Aufnahmen beschränkt ist, sondern alle Vervielfältigungen zum Zweck der Sendung erfasst werden. Sie gehen davon aus, dass der unterschiedlichen

wirtschaftlichen Bedeutung der verschiedenen Formen der Vervielfältigung bei der Festsetzung der Entschädigung Rechnung getragen werden kann. Auch betonen sie, dass diese Bestimmung keinen Gegenrechtsvorbehalt im Sinne von Art. 35 Abs. 4 URG enthält, weshalb der Kreis der Berechtigten an Überspielrechten wesentlich grösser sei als derjenige der Berechtigten am Vergütungsanspruch nach Art. 35 URG (N 6 zu Art. 24b Abs. 1 URG). Zur Speicherdauer halten sie fest, dass die Vervielfältigungsexemplare so lange beim Sendunternehmen gespeichert werden dürfen, als sie für den Zweck der Sendung benötigt werden. Es bestehe somit auch hier nicht eine zeitliche, sondern lediglich eine funktionale Grenze: solange das Vervielfältigungsexemplar für zukünftige Sendungen benötigt wird, muss es nicht gelöscht werden (N 11 zu Art. 24b Abs. 1 URG).

9. a) Mit der gesetzlichen Regelung in Art. 24b URG ist nach deren Wortlaut und Entstehungsgeschichte klargestellt, dass die Vervielfältigung zu Sendezwecken von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern zwingend der kollektiven Verwertung unterliegt und die Berechtigten zusätzlich zum Vergütungsanspruch nach Art. 35 Abs. 1 URG einen Anspruch auf Entschädigung haben, da vom Gesetzgeber offensichtlich keine Gratlizenz vorgesehen worden ist. In diesem Fall hätte er es nämlich bei einer gesetzlichen Lizenz belassen können (vgl. hierzu die Parlamentarische Initiative von SR Lombardi, 02.421 s) und hätte das Vervielfältigungsrecht nicht der zwingenden kollektiven Verwertung unterstellen müssen. Dies bedeutet, dass für sämtliche Vervielfältigungen zu Sendezwecken eine Vergütung geschuldet ist und nicht nur für diejenigen Tonträger, denen nach Art. 35 Abs. 4 URG keine entsprechende Vergütung für das Senden zusteht. Die Schiedskommission geht auch davon aus, dass der Gesetzgeber gerade im Hinblick auf den so genannten 'Dreistufentest' im Zusammenhang mit den internationalen Abkommen in diesem Bereich keine entschädigungslose Vervielfältigung zu Sendezwecken wollte.

Gemäss den Protokollen (vgl. vorne Ziff. II/8c) der Kommissionen für Rechtsfragen der parlamentarischen Räte ist ebenso klar, dass der Art. 24b URG bewusst keine zeitliche Begrenzung enthält. Den Begriffen 'Vervielfältigungen zu Sendezwecken' bzw. 'zum Zweck der Sendung' kann nur insoweit eine zeitliche Komponente entnommen werden, als diese Vervielfältigungen gemäss Abs. 2 zu löschen sind, wenn sie ihren Zweck erfüllt haben. Damit ist aber auch gesagt, dass sie nicht gelöscht werden müssen, solan-

ge ein Sender die Absicht hat, diese Tonträger zu einem späteren Zeitpunkt für seine Sendungen zu benutzen. Allerdings schliesst auch die Schiedskommission nicht von vornherein aus, dass – wie dies *Barrelet/Egloff* (vgl. vorne Ziff. II/8d) vorsehen – der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der verschiedenen Formen der Vervielfältigung bei der Festsetzung der Entschädigung Rechnung getragen werden kann und der Tarif trotz der fehlenden zeitlichen Limitierung im Gesetz, je nach Dauer der Nutzung eine unterschiedliche Staffelung der Vergütungshöhe vorsehen kann. Eine zeitlich absolute Beschränkung der Nutzung von Vervielfältigungen zu Sendezwecken wie dies der Eventualantrag der Swissperform vorsieht, wird von der Schiedskommission indessen abgelehnt.

Für die Schiedskommission ist es durchaus vorstellbar, dass eine längere Dauer bei der Speicherung der Vervielfältigungsexemplare sich auf den Nutzungsertrag oder den Nutzungsaufwand auswirken kann. Ein gewisser Mehrwert könnte auch dadurch entstehen, dass die längerfristigen Speicherungen es den Sendern erlauben, entsprechende Datenbanken bzw. Ordnungssysteme einzurichten, welche die Tätigkeit eines Senders erleichtern. Obwohl die wesentliche Arbeit der Digitalisierung bzw. die erforderliche Erfassungsarbeit durch die SRG vorgenommen wird, schliesst die Schiedskommission auch aus diesem Grund eine Staffelung der Vergütung nach der Nutzungsdauer nicht grundsätzlich aus. Für eine Erhöhung der Vergütung je nach Speicherdauer spricht zumindest der Umstand, dass die bisherigen Lizenzverträge den längeren Speicherungen offenbar einen gewissen wirtschaftlichen Mehrwert zusprechen. Allerdings haben es die Parteien unterlassen, diesen zusätzlichen Nutzen irgendwie zu substantieren. Insbesondere ist es der Swissperform nicht gelungen zu belegen, inwiefern bei einer Überspielung, die über einen längeren Zeitraum auf dem Server des Senders abgelegt wird, ein effektiver wirtschaftlicher Mehrwert besteht. Die Swissperform legt auch keine genügenden Angaben vor, um die wirtschaftliche Relevanz von Überspielungen in Zusammenhang mit dem Zeitraum der Speicherung zu überprüfen.

- b) Zwar findet sich der Hinweis (vgl. vorne Ziff. II/8c), dass für die Einbindung des Vervielfältigungsrechts der Interpreten sowie der Hersteller und Herstellerinnen von Ton- und Tonbildträgern in die auf den Vergütungsanspruch von Art. 35 URG bezogenen Tarife die Drei-Prozent-Grenze gemäss Art. 60 Abs. 2 URG nicht von neuem ausgeschöpft

bzw. verdoppelt werden kann, nicht mehr in der Botschaft des Bundesrates und auch der parlamentarischen Beratung lässt sich eine solche Einschränkung nicht unmittelbar entnehmen. Verschiedentlich wurde aber im Laufe dieser Beratungen darauf hingewiesen, dass es sich beim Vervielfältigen nach Art. 24b URG lediglich um einen technischen Vorgang handelt und die entsprechende Entschädigung in die bestehenden Sendetarife integriert werden muss (Votum SR Stadler, AmtlBull SR 2006, S. 1208 f.). Die Schiedskommission ist deshalb der Auffassung, dass die Entschädigungen nach Art. 35 Abs. 1 URG und nach Art. 24b URG für die verwandten Schutzrechte gemäss Art. 60 Abs. 2 URG grundsätzlich drei Prozent des Nutzungsertrags bzw. des -aufwands nicht übersteigen sollen. Allerdings schöpft der bestehende Tarif A Radio der Swissperform die Drei-Prozent-Regel zumindest für die unter Art. 35 geschützten Tonträger bereits voll aus. Der Art. 60 Abs. 2 URG sieht indessen Ausnahmen vor, bei denen die drei Prozent auch überschritten werden können, falls die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung kein angemessenes Entgelt erhalten. *Barrelet/Egloff* (a.a.O., N 19 zu Art. 60 Abs. 2 URG) gehen davon aus, dass hier eine Sicherheitsklausel eingebaut worden ist, welche dann wirksam werden soll, wenn die genannten Maximalsätze nicht zu zufriedenstellenden Entschädigungen für die Berechtigten führen. In Stämpfli's Handkommentar zum Urheberrecht (a.a.O., N 17 zu Art. 60 URG mit Bezug auf den BGE betr. Leerkassetten vom 24. März 1994, E. 11) wird darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht ein Überschreiten der Regelhöchstsätze auch dann als möglich ansieht, wenn die schweizerischen Vergütungen durch diese Höchstgrenzen wesentlich tiefer ausfallen würden als vergleichbare Entschädigungen im Ausland. Dies insbesondere auch angesichts der Problematik der gesetzlichen Höchstsätze im Bereich der konventionsrechtlich garantierten Exklusivrechte (vgl. dazu auch N 14 zu Art. 60 URG).

Die Schiedskommission geht davon aus, dass hier eine solche Ausnahmesituation vorliegt, die ein Überschreiten des Höchstsatzes zulässt. Zum einen ist der Umfang der unter Art. 24b URG geschützten Tonträger grösser als unter Art. 35 URG. Andererseits macht Swissperform unwidersprochen geltend, dass die schweizerischen Sendevergütungen für die Leistungsschutzrechte - im Gegensatz zu den Urheberrechten - am unteren Rand der europäischen Skala liegen. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die Verweigerung einer zusätzlichen Vergütung für die Leistungsschutzberechtigten gegen Art. 16 Abs. 1 WPPT verstösst. Wesentlich ist für die Schiedskom-

mission indessen, dass der Gesetzgeber beim Erlass von Art. 24b URG davon ausgegangen ist, dass die Berechtigten Anspruch auf eine angemessene Vergütung für die neu unter kollektive Verwertung gestellte Nutzung haben. Diese Nutzungsmöglichkeit wurde bis anhin auf vertraglicher Basis offenbar mit Fr. 900'000.00 bzw. mit einer Mio. Franken entschädigt. Aus diesen Gründen lässt sich hier ausnahmsweise eine Überschreitung des Höchstsatzes von drei Prozent gemäss Art. 60 Abs. 2 URG rechtfertigen. Die Schiedskommission behält sich indessen vor, diesen Punkt im Genehmigungsverfahren eines künftigen Gesamttarifes nochmals zu prüfen.

- c) Der Schiedskommission liegen keine genügenden Angaben vor, um die wirtschaftliche Relevanz von Überspielungen zu Sendezwecken in Zusammenhang mit dem Zeitraum der Speicherung zu überprüfen (vgl. vorne Ziff. II/9a). Um eine allfällige tariflose Zeit bzw. eine rückwirkende Tarifierung zu vermeiden, beschliesst sie daher auch hier unter Verzicht auf eine Staffelung nach der Speicherdauer, eine bis Ende 2009 geltende Übergangsregelung zu genehmigen. Dabei ist davon auszugehen, dass der Sendetarif A Radio der Swissperform gemäss ihrem Jahresbericht 2007 gegenwärtig rund 5,5 Mio. Franken an Brutto-Einnahmen einbringt. Als für die Zukunft unpräjudizielle Lösung kann die Schiedskommission für die Vervielfältigung zu Sendezwecken einen Zuschlag auf diesen Betrag von 10 Prozent als angemessen akzeptieren, was zu einer Gesamtvergütung von 550'000.00 Franken führen dürfte und damit etwas mehr als der Hälfte der mit dem bisherigen Lizenzvertrag erzielten Einnahmen entspricht. Gestützt auf die parlamentarischen Beratungen, bei denen man sich offenbar bewusst war, dass unter der kollektiven Verwertung geringere Einnahmen zu erwarten sind und den Umstand, dass in diesem Verfahren wesentliche Angaben zur Bemessung der Vergütung fehlen, hält sie diesen Betrag im Rahmen dieser vorläufigen Übergangsregelung für angemessen. Im Übrigen ist sich die Schiedskommission bewusst, dass sich die vorliegende Angemessenheitsprüfung auf die beschränkten, durch die Parteien vorgelegten Angaben stützen muss, was indessen bei Einführung eines neuen Tarifs nicht ungewöhnlich ist. Es wird deshalb an den Tarifparteien sein, im Hinblick auf einen zu revidierenden Tarif A Radio die entsprechenden Zahlen zu erheben und vorzulegen. Die Übergangsphase soll den Parteien die Möglichkeit geben, die für die Tarifgestaltung unerlässlichen Zahlen nachzuliefern. Im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht gemäss Art. 51 URG ist insbesondere auch die SRG aufgefordert, den Verwertungsgesellschaften die für die Gestaltung des Tarifs erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Die Schiedskommission beschliesst somit hinsichtlich der Vervielfältigung zu Sendezwecken die Ziff. 8 des Zusatztarifs so zu ändern, dass die Vergütung zehn Prozent der von einer Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Entschädigung beträgt. Auf eine zeitliche Staffelung ist zu verzichten.

10. Da die weiteren Bestimmungen des vorgelegten Zusatztarifes zu keinen Bemerkungen Anlass geben und nachdem die beteiligten Parteien gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG und Art. 15 URV zu den beabsichtigten Änderungen in Ziff 8 und 9, welche ihnen in schriftlicher Form unterbreitet wurden, angehört worden sind, kann der Tarif mit diesen Änderungen genehmigt werden. Die Inkraftsetzung des geänderten Zusatztarifs erfolgt auf den 1. Juli 2008. Damit fällt sie mit der Inkraftsetzung des teilrevidierten Urheberrechtsgesetzes zusammen. Ausführungen zur ebenfalls beantragten Rückwirkung des Tarifs auf den 1. Juli 2008 erübrigen sich damit.
11. Die Schiedskommission geht abschliessend davon aus, dass sie mit den obigen Erwägungen ihre Abweichungen zu den Empfehlungen des Preisüberwachers genügend begründet und insbesondere auch die Abweichung vom Regelhöchstsatz gemäss Art. 60 Abs. 2 URG rechtsgenügend dargetan hat.
12. 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 Abs. 1 URV von der Swissperform zu tragen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der mit Eingabe vom 7. März 2008 beantragte *Zusatztarif Swissperform zum Tarif A Radio* (Für die Vervielfältigung von Handelstonträgern mit Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken sowie das Zugänglichmachen von Sendungen, in welche Darbietungen und Aufnahmen von Werken der nicht theatralischen Musik integriert sind) wird mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2009 mit den folgenden Änderungen genehmigt:

1.1. *Ziff. 8*

Die Vergütung für die Nutzungen gemäss Ziff. 3 wird als Zusatzvergütung zu den nach den Ziff. 6-12 des Tarifes A Swissperform Radio geschuldeten Jahresvergütungen erhoben. Sie beträgt:

Bst. a) gestrichen

Bst. b) gestrichen

Bst. c) 10% der von einer Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Entschädigung. (Rest gestrichen)

Bst. d) unverändert

1.2. *Ziff. 9*

Die Vergütung für die Nutzungen gemäss Ziff. 5 wird als Zusatzvergütung zu den nach den Ziff. 6-12 des Tarifes A Swissperform Radio geschuldeten Vergütungen erhoben. Sie beträgt 0,5% der von einer Senderkette nach Tarif A Radio geschuldeten Entschädigung für Sendungen dieser Senderkette, die am Sendetag und während 30 dem Sendetag folgenden Tagen abrufbar gehalten werden. (Rest gestrichen)

[...]