

Beschluss vom 4. November 1997

betreffend den Tarif PI

Aufnahmen von Musik auf Tonträger, die ans Publikum abgegeben werden
(ohne Musikdosen)

Besetzung:

Präsidentin:

- Verena Bräm-Burckhardt, Kilchberg

Neutrale Beisitzer:

- Carlo Govoni, Bern
- Pierre-Christian Weber, Genève

Vertreter der Urheber:

- Pierre Widmer, Lausanne

Vertreter der Werknutzer:

- Lucas David, Pfaffhausen

Sekretär:

- Andreas Stebler, Bern

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Die Gültigkeitsdauer des *Tarifs PI* [Aufnahmen von Musik auf Tonträger, die ans Publikum abgegeben werden (ohne Musikdosen)], den die Schiedskommission am 13. Dezember 1996 genehmigte, läuft am 31. Dezember 1997 ab. Mit Eingabe vom 30. Juni 1997 stellte die SUIISA den Antrag, diesen Tarif bis zum 31. Dezember 1998 zu verlängern. Der *Tarif PI* bezieht sich auf das Aufnehmen von Musik auf Tonträger und deren Vervielfältigung zum Zwecke der Abgabe ans Publikum sowie die Einfuhr, Verbreitung und Abgabe von Tonträgern ans Publikum zum eigenen privaten Gebrauch (s. Ziff. 8 des Tarifs).
2. In ihrem Antrag erwähnt die SUIISA, dass über die Auswirkungen des *Tarifs PI* nicht berichtet werden könne, da die Produktion des Jahres 1997 in der Regel erst anfangs 1998 gemeldet werde. Im Hinblick auf die beantragte Verlängerung des Tarifs erstattet sie indessen Bericht über die zwischen ihr und den in diesem Bereich bestehenden Nutzerverbänden (IFPI Schweiz und Association of Swiss Music Producers / ASMP) geführten Verhandlungen.

Die SUIISA weist aber auch darauf hin, dass der auf internationaler Ebene zwischen den Dachverbänden der Tonträger-Industrie (International Federation of Producers of Phonograms and Videograms / IFPI) und der Organisation der Verwertungsgesellschaften (Bureau international des sociétés gérant les droits d'enregistrement et de reproduction mécanique / BIEM) abgeschlossene Standard-Vertrag, der auch Bestimmungen enthält über die Berechnungsgrundlage, die Prozentsätze, die Ermässigungen, die Anzahl Werke usw., die zumindest teilweise Bestandteil des *Tarifs PI* sind, nach dessen Ablauf am 30. September 1996 nicht mehr erneuert worden ist.

Gestützt auf diese internationalen Rahmenbedingungen hat die SUIISA ihren Verhandlungspartnern eine Verlängerung des *Tarifs PI* bis Ende 1998 vorgeschlagen. Diesen Verlängerungsantrag begründet die SUIISA auch damit, dass der bisherige *Tarif PI* vor einem

Jahr mit der Zustimmung der Verhandlungspartner als angemessen bezeichnet worden sei. Nach ihrer Auffassung hält er denn auch den Anforderungen von Art. 60 URG stand und sie geht davon aus, dass die beantragten Vergütungen auch angemessen wären, selbst wenn von den bestrittenen Angaben der IFPI Schweiz ausgegangen werden sollte.

3. Mit Präsidialverfügung vom 2. Juli 1997 wurde die Spruchkammer zur Beurteilung des Antrags der SUIISA um Verlängerung des geltenden Tarifs eingesetzt. Gleichzeitig räumte die Schiedskommission gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV den Verhandlungspartnern IFPI Schweiz und ASMP eine Frist bis zum 4. August 1997 ein, um sich zur Eingabe der SUIISA zu äussern. Dies mit dem Hinweis, dass im Säumnisfall Zustimmung zum Antrag angenommen werde. Die IFPI Schweiz reichte innert der erstreckten Frist am 12. September 1997 eine Vernehmlassung ein. Dagegen verzichtete die ASMP auf die Abgabe einer Stellungnahme zuhanden der Schiedskommission.

In ihrer Vernehmlassung beantragt IFPI Schweiz, das Gesuch der SUIISA um Tarifverlängerung nicht zu bewilligen. Sie legte einen eigenen Tarifentwurf (Entwurf IFPI) vor und verlangt dessen Genehmigung. Damit strebt sie gemäss ihren Aussagen einen auf die heutigen Verhältnisse auf dem Tonträgermarkt zugeschnittenen Tarif an. Differenzen macht sie im wesentlichen bei der Berechnungsgrundlage, den Rabatten sowie bei der Mindestentschädigung geltend.

4. Am 16. September 1997 wurden die Akten gestützt auf Art. 15 Abs. 2^{bis} des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) mittels Präsidialverfügung dem Preisüberwacher zur Stellungnahme unterbreitet. Der Preisüberwacher äusserte sich mit Schreiben vom 15. Oktober 1997 zur vorgelegten Tarifeingabe. Zusammenfassend beurteilt er den aktuellen Tarif als nicht mehr zeitgemäss. Seines Erachtens drängen sich auch zusätzliche Erhebungen auf, die letztlich wohl in eine Totalrevision des Tarifs münden dürften. Der neue Tarif muss nach seiner Auffassung tendenziell unter dem aktuellen liegen. Deshalb und auch wegen der noch unsicheren weiteren Entwicklung in Europa

schlägt er eine zeitlich befristete Übergangsregelung von 1 – 2 Jahren vor. Diese Zeit könne von den Parteien für die Ausarbeitung eines marktkonformen, modernen und international kompatiblen Tarifs genutzt werden. Dabei müsse sich dieser Tarif allein schon wegen der marktverzerrenden Wirkung der Graumarktimporte in die europäische Tariflandschaft einfügen. Er regt an, als Übergangslösung zumindest die Mindestentschädigung und die Bestimmungen über die Begrenzung der Anzahl Werke und Fragmente zu revidieren beziehungsweise zu streichen.

5. Da aus den schriftlichen Eingaben der Tarifpartner hervorgeht, dass die massgebenden Nutzerverbände dem *Tarif PI* im Rahmen der Verhandlungen nicht zugestimmt haben, wurde mit Präsidialverfügung vom 16. September 1997 die heutige Sitzung einberufen, an der die Parteien nochmals mündlich Stellung beziehen können (Art. 12f. URV). Auf die von den Parteien sowohl in ihren schriftlichen Eingaben wie auch anlässlich der mündlichen Anhörung geäusserten Auffassungen wird bei den einzelnen von der Schiedskommission zu beurteilenden Punkten einzugehen sein.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Antragstellung / Fristen

Die SUIISA hat ihren Antrag auf Verlängerung des am 31. Dezember 1997 auslaufenden *Tarifs PI* am 30. Juni 1997 eingereicht. Damit wurde die mit Präsidialverfügung vom 28. Mai 1997 bis zum 30. Juni 1997 erstreckte Einreichungsfrist (Art. 9 Abs. 2 URV) gewahrt. Auch IFPI Schweiz hat mit der Einreichung ihrer Vernehmlassung am 12. September 1997 die ihr mittels zweifacher Fristerstreckung bis 15. September 1997 eingeräumte Frist eingehalten.

2. Gegenstand des Verfahrens

Gegenstand des Genehmigungsverfahrens und des Entscheids der Schiedskommission ist die von einer oder mehreren Verwertungsgesellschaften vorgelegte Tarifvorlage und nicht ein allfälliger Gegenvorschlag einer Nutzerorganisation (s. Entscheid des Bundesgerichts vom 24. März 1995 betr. Leerkassettenabgabe, E. 3c). Die Schiedskommission muss daher den von der SUIISA vorgelegten Tarif auf seine Angemessenheit hin beurteilen und kann nicht aufgrund eines abweichenden Vorschlages einer Nutzerorganisation einen anderen Tarif beschliessen. Der von IFPI Schweiz vorgelegte Tarifentwurf ist somit nicht Gegenstand des Verfahrens, kann aber gleichwohl im Rahmen der Angemessenheitsprüfung mitberücksichtigt werden.

3. Verhandlungspflicht

Art. 46 Abs. 2 URG verpflichtet die Verwertungsgesellschaften dazu, mit den massgebenden Nutzerverbänden über die Gestaltung der einzelnen Tarife zu verhandeln. Stellt die Präsidentin der Kommission fest, dass die Verhandlungen nicht mit der erforderlichen Einlässlichkeit geführt worden sind, besteht die Möglichkeit, eine Tarifeingabe unter Ansetzung einer Frist zurückzuweisen (Art. 9 Abs. 3 URV).

Aufgrund der von der SUIISA eingereichten Unterlagen kann festgestellt werden, dass SUIISA und IFPI Schweiz an drei Sitzungen über den *Tarif PI* verhandelt haben, ohne dass letztlich in den wesentlichen umstrittenen Punkten eine Einigung gefunden werden konnte. Gemäss dem Sitzungsprotokoll der SUIISA vom 23. Juni 1997 bezüglich der letzten Verhandlung vom 10. Juni 1997 wurde eine weitere Verhandlungsrunde nicht für nötig erachtet.

Die Schiedskommission stellt auch fest, dass durch verschiedene weitere Einflüsse (wie Nichtverlängerung des internationalen Standardvertrages BIEM-IFPI, Problematik der Parallelimporte, Entwicklung auf dem Tonträgermarkt) die Verhandlungsführung erschwert war. Insbesondere wirkte sich nachteilig aus, dass der am 30. September 1996 abgelaufene sogenannte Standard-Vertrag zwischen BIEM und IFPI nicht erneuert werden konnte.

Die Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zum URG (BBl. 1989 III 557) geht davon aus, dass, sofern die Verhandlungen zu keinem Erfolg führen oder sie von den Nutzerverbänden abgelehnt werden, die Verwertungsgesellschaften berechtigt sind, ohne weiteres ihren Tarif zur Genehmigung vorzulegen. Auch *Govoni* (SIWR II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Basel 1995, S. 443) ist der Auffassung, dass in Fällen, in denen die Verwertungsgesellschaften die Verhandlungen mit den Nutzerorganisationen abbrechen, dies nicht unbedingt bedeuten müsse, dass die Pflicht mit der gebotenen Einlässlichkeit zu verhandeln, verletzt worden sei 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. Obwohl beim *Tarif PI* bei wesentlichen umstrittenen Punkten keine Einigung gefunden werden konnte, kann der SUIISA somit nicht vorgeworfen werden, dass sie ihrer Verhandlungspflicht nicht nachgekommen ist.

4. ‚Standardvertrag‘ der Dachorganisationen

- a) IFPI Schweiz betrachtet das Festhalten der SUIISA an einem nicht mehr existierenden internationalen Vertrag als eine kartellrechtlich fragwürdige Preisabsprache. Sie vermutet denn auch, dass die BIEM nach dem Scheitern der Verhandlungen über einen neuen Vertrag mit IFPI die nationalen Verwertungsgesellschaften aufgefordert hat, auf internationaler Ebene für möglichst einheitliche Tarife zu sorgen. Sie weist darauf hin, dass eine solche Anweisung für die SUIISA nicht verbindlich sein könne.

Die SUIISA dagegen macht geltend, dass IFPI die Vertragsverhandlungen unterbrochen habe, nachdem mehrere von ihr beantragte grundlegende Änderungen (wie z.B. die Erhöhung des Händlerrabattes) abgelehnt worden seien. Sie vermutet ihrerseits, dass IFPI nach dem Abbruch der Verhandlungen ihre nationalen Gruppen angewiesen habe, mit den einzelnen nationalen Urheberrechtsgesellschaften

zu verhandeln. Dies in der Erwartung, in einem der beteiligten Länder bessere Bedingungen zu erhalten, die anschliessend den anderen Ländern entgegengehalten werden könnten. Die SUIISA vertritt die Auffassung, dass nicht ohne Not vom bisherigen Standardvertrag abgewichen werden sollte.

Im Rahmen der mündlichen Anhörung haben beide Parteien übereinstimmend erklärt, dass die Verhandlungen zwischen BIEM und IFPI noch immer unterbrochen sind und mit dem Abschluss eines neuen Standard-Vertrages nicht innert Jahresfrist zu rechnen sei.

- b) Der *Tarif PI* unterscheidet grundsätzlich zwischen Entschädigungen für Kunden, die einen dem Mustervertrag BIEM-IFPI entsprechenden Vertrag mit der SUIISA abgeschlossen haben (Ziff. 29ff. des Tarifs) und diejenigen Kunden, die keinen solchen Vertrag abgeschlossen haben (Ziff. 48ff.). Zwischen dem Standard-Vertrag BIEM-IFPI und dem *Tarif PI* besteht somit ein unmittelbarer Zusammenhang. Gemäss den Ausführungen der SUIISA wurde aber im Rahmen des Standard-Vertrages die Zuständigkeit der Schiedskommission für die Genehmigung der Tarife stets vorbehalten. Abgesehen davon, dass der *Tarif PI* bezüglich der der Bundesaufsicht (Art. 40 Abs. 1 Bst. a URG) unterstellten Rechte eine unerlässliche Verwertungsvoraussetzung ist, ist er grundsätzlich auch unabhängig vom Standardvertrag anwendbar. Die Schiedskommission muss die Angemessenheit des Tarifs denn auch unabhängig von diesem Vertrag prüfen. Zudem wurde die Verlängerung nur für ein Jahr beantragt; dies erlaubt es, möglichst rasch auf erhebliche Veränderungen auf internationaler Ebene zu reagieren.

5. Zum Sachverhalt

- a) IFPI Schweiz macht geltend, dass die SUIZA-Untersuchung zur Feststellung der Angemessenheit des *Tarifs PI* teilweise von unzutreffenden Annahmen beziehungsweise von Tatsachenbehauptungen ausgehe. So wird die von der SUIZA getroffene Händlerauswahl als nicht repräsentativ bezeichnet, da sie bestehende Verkaufsketten (wie ExLibris oder City Disc) nicht gemäss ihrer effektiven Bedeutung berücksichtige. Teilweise seien auch Doppel-CD's erfasst worden, ohne diese als solche zu kennzeichnen; dies obwohl der *Tarif PI* Doppelalben klar als zwei Tonträger zähle. Aber auch die Behauptung, dass zehn Hit- und zehn Katalogtitel berücksichtigt worden seien, treffe nicht zu, da nur neun der zwanzig von SUIZA erwähnten Titel sogenannte Hits seien. Zudem geht IFPI Schweiz davon aus, dass die Hittitel rund 70 Prozent des Umsatzes ausmachen und auf die sogenannten Katalogtitel (gemäss IFPI Schweiz gehört dazu alles, was vor mehr als neun Monaten erschienen ist, sofern es nicht im Einzelfall noch immer in der Hitparade ist) nur rund 30 Prozent entfallen. Die von der SUIZA eingereichte Untersuchung, die von 45 Prozent Hittiteln (9 von 20 Titeln) ausgehe, beruhe daher auf einer falschen Voraussetzung. IFPI Schweiz vertritt aber auch die Auffassung, dass die SUIZA die Durchschnittspreise der CD's falsch berechnet habe, in dem nicht festgestellt worden sei, welche Menge von Tonträgern jeweils zu einem bestimmten Preis abgesetzt worden sind. Sie verlangt daher, dass als Berechnungsgrundlage der tatsächliche durch das gesamte Verkaufsvolumen auf dem Markt erzielte Durchschnittspreis (abzüglich der Mehrwertsteuer) zu gelten habe. Eine von IFPI Schweiz durchgeführte Untersuchung habe ergeben, dass die im Handel erzielten Preise weit tiefer liegen würden als dies von der SUIZA ermittelt worden sei. Nach Abzug der Mehrwertsteuer sei ersichtlich, dass die durchschnittliche Händlermarge bei Hitprodukten heutzutage bei etwa 15 Prozent liege, während sie bei Katalog-Produkten etwa 27 Prozent betrage. Dies ergebe zusammen eine durchschnittliche Händlermarge von 18,53 Prozent. Damit erachtet sie es als erwiesen, dass von einer durchschnittlichen Händlermarge von 38,9 Prozent keine

Rede mehr sein könne. Eine Senkung der Händlermarge auf 20 Prozent (unter Berücksichtigung des Verhältnisses von 70 zu 30 Prozent der Hit- zu den Katalog-Produkten) sei deshalb gerechtfertigt.

- b) Der Preisüberwacher hebt hervor, dass keine verlässlichen Aussagen über die Entwicklung der Margenaufteilung zwischen Hersteller/Importeur und dem Handel gemacht werden können, weil repräsentative Erhebungen über die tatsächlichen Rabatte fehlen und auch IFPI Schweiz bei ihrer Margenberechnung von einem fiktiven Preis ausgehe und dabei die aktuelle effektive Detailhandelsmarge unterschätze. Die SUIISA dagegen überschätze die durchschnittlichen Endverkaufspreise der Tonträger. So sei insbesondere nicht mit einem gewichteten Durchschnitt gerechnet worden und der Anteil der Katalogtitel dürfte überbewertet bzw. derjenige der Hittitel unterbewertet worden sein. Aber auch mit den gewichteten Durchschnittspreisen der IFPI Schweiz würde sich nicht ein eindeutiges Bild ergeben. Aufgrund der vorliegenden Zahlen lasse sich nämlich nicht ohne weiteres belegen, dass der anzuwendende Prozentsatz anzupassen sei, damit er im Durchschnitt 8 Prozent des Endverkaufspreises entspreche.
- c) Wie das Bundesgericht im bereits erwähnten ‚Leerkassetten- Entscheid‘ (E. 8d) festgestellt hat, kommt den Parteien im Tarifgenehmigungsverfahren gegenüber dem gewöhnlichen Verwaltungsverfahren eine erhöhte Mitwirkungspflicht zu. Demnach genügt die Schiedskommission ihrer Amtsermittlungspflicht, wenn sie die Angaben und Beweismittel der Parteien überprüft und würdigt; zu eigenen zusätzlichen Ermittlungen ist sie nur verpflichtet, wenn sich Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der vorgelegten Berechnungsgrundlage ergeben.

Vorliegend sind insbesondere die Repräsentativität der Händlerauswahl, die Anzahl und das Verhältnis der Hit- zu den Katalogtiteln sowie die Berechnung der Durchschnittspreise (Gewichtung) umstritten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass

die Frage der repräsentativen Auswahl der Händler eng mit der Gewichtung der Verkaufspreise zusammenhängt, da IFPI Schweiz hier geltend macht, dass die SUIISA die Bedeutung der grossen Verkaufsketten und damit die Anzahl der pro Filiale verkauften Tonträger unterschätzt hat.

Eine stichprobeweise Prüfung der sowohl von der SUIISA wie auch von IFPI Schweiz eingereichten Unterlagen hat gezeigt, dass bei den CD-Verkaufspreisen keine wesentlichen Differenzen bestehen. So reichen beispielsweise die Verkaufspreise einer CD (z.B. Andrea Bocelli; Bocelli) je nach Händler nach Angaben der SUIISA von Fr. 18.90 bis Fr. 33.- beziehungsweise nach Angaben von IFPI Schweiz von Fr. 19.90 bis Fr. 32.50. Beim berechneten Durchschnittspreis gibt es denn auch keine wesentlichen Differenzen (SUIISA Fr. 27.28; IFPI Schweiz Fr. 26.37). Auch IFPI Schweiz bestätigt, dass die Preiserhebung der SUIISA korrekt ist. Grösser wird der Unterschied dagegen, wenn die Preise nach ihrem Marktanteil gewichtet werden, so wie dies IFPI Schweiz in ihrer Untersuchung getan hat. Dabei ergibt sich nach IFPI Schweiz beim gleichen Beispiel ein gewichteter Netto-Preis von Fr. 22.29. IFPI Schweiz gibt an, dass sie bei diesen Berechnungen die Gesamtzahl verkaufter Tonträger eines Titels gemäss Produzentenangaben herangezogen und die Marktanteile der Verkaufsstellen der IFPI-internen Kundenverkaufsstellen-Statistik entnommen hat. Zu dieser Gewichtung der verkauften Tonträger macht die SUIISA dagegen geltend, dass IFPI Schweiz gar nicht wissen könne, wieviele Exemplare von Tonträgern zu welchem Preis verkauft würden.

Die Schiedskommission geht davon aus, dass die ihr gemeldeten Angaben grundsätzlich korrekt erhoben worden sind. Bei der doch relativ grossen Zahl von Erhebungen sind gewisse marginale Abweichungen in Kauf zu nehmen. Sie sieht daher auch keinen Anlass, eine weitere Sachverhaltsergänzung zu verlangen. Soweit sich die divergierenden Zahlen bei der Prüfung der Angemessenheit auswirken sollten, wird sie dies mitberücksichtigen und dabei auch prüfen, wie der Tarif zu

beurteilen ist, wenn man ihm die umstrittenen Angaben von IFPI Schweiz zugrunde legt. Allerdings bleibt abschliessend festzuhalten, dass IFPI Schweiz das Verhältnis von 70 zu 30 der Hittitel zu den Katalogtiteln, das anscheinend auf einer verbandsinternen Untersuchung beruht, nicht schlüssig belegen konnte.

6. Berechnungsgrundlage / Höhe der Entschädigung

- a) Die Schiedskommission genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Bezugnehmend auf die bisherige Praxis der ESchK, die vom Bundesgericht bestätigt worden ist (Entscheide und Gutachten der ESchK, Bd. III, 1981-1990, S. 190) und die auch unter dem neuen URG ihre Gültigkeit hat, sind diese Voraussetzungen als erfüllt anzusehen, wenn die massgebenden Organisationen der Werknutzer dem Tarif zugestimmt haben. Kommt es dagegen weder in den Vorverhandlungen (Art. 46 Abs. 2 URG) noch während des Genehmigungsverfahrens zu einer Einigung zwischen den Parteien, muss der Tarif gestützt auf die im Gesetz enthaltenen Kriterien (Art. 60 URG) überprüft werden.

- b) Der zur Verlängerung beantragte *Tarif PI* wurde von der Schiedskommission am 13. Dezember 1996 genehmigt. Damals hat IFPI Schweiz mit ihrer am 9. September 1996 eingereichten Stellungnahme bestätigt, dass der *Tarif PI* als einvernehmlicher Tarif der Tarifpartner unterbreitet werde (s. Ziff. I/4 des Beschlusses vom 13.12.1996). Gestützt auf diese Erklärung ist die Schiedskommission davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen zur Genehmigung des Tarifs erfüllt sind, weshalb sie auch auf eine Prüfung der Angemessenheit verzichtet und den *Tarif PI* genehmigt hat (Ziff. II/2).

Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, dass der bis Ende 1997 geltende Tarif auf einer Einigung zwischen den Parteien beruht. Falls sich die Rahmenbedingungen für einen Tarif jedoch wesentlich verändern, muss es den Parteien möglich

sein, auf eine früher erteilte Zustimmung zurückzukommen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass IFPI Schweiz bei der letzten Genehmigung geltend gemacht hat, dass sie nicht über längere Zeit an einen nationalen Tarif gebunden sein wolle, solange das Ergebnis der Verhandlungen der beiden internationalen Dachverbände nicht bekannt sei.

Da die einst erzielte Einigung nun in Frage gestellt ist, ist zu prüfen, ob sich die Voraussetzungen für den *Tarif PI* in der Zeitspanne zwischen der letzten Genehmigung und dem vorliegenden Verfahren tatsächlich so bedeutend verändert haben, dass die Verlängerung des Tarifs, der noch vor einem Jahr von beiden Parteien akzeptiert worden ist, heute zu einem unangemessenen Ergebnis führt. Hierbei sind insbesondere zwei Faktoren zu berücksichtigen, nämlich die seither eingetretene Entwicklung auf dem Tonträgermarkt sowie der Wegfall des Standardvertrages zwischen BIEM und IFPI.

- c) Unter diesen Voraussetzungen ist die Kommission bereit, den zur Verlängerung vorgelegten *Tarif PI* auch gestützt auf Art. 59f. URG zu prüfen. Dabei ist nach dem vom Gesetzgeber in Art. 60 Abs. 1 Bst. a normierten Tantiemesystem bei der Berechnung der Entschädigung grundsätzlich von dem aus der Nutzung erzielten Ertrag auszugehen; hilfsweise kann auch auf den Nutzungsaufwand abgestellt werden. Gemäss Botschaft des Bundesrates zum URG (BBl. 1989 III 565) ist letzteres insbesondere zulässig, wenn mit der Nutzung gar keine Einnahmen erzielt werden oder wenn diese in keinem Zusammenhang mit der Nutzung stehen.

Berechnungsgrundlage für die Urheberrechtsentschädigung sind gemäss Ziffer 12 des Tarifs entweder der Engrospreis der Tonträger (höchster publizierter Preis; sogenannter PPD / ‚Published Price for Dealers‘), der Detailverkaufspreis (bei direkter Abgabe an den privaten Erwerber oder wenn kein Engrospreis besteht) oder bei unentgeltlicher Abgabe der Tonträger die Produktions- und Herstellungskosten.

Dass bei der Berechnung der Entschädigung grundsätzlich der Ertrag massgebend ist, wurde während den Tarifverhandlungen und auch im Vorschlag von IFPI Schweiz nicht bestritten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich die Parteien auf dieses Prinzip einigen konnten, was auch von der Sache her richtig ist, da wohl in der Regel mit dem Verkauf von Tonträgern ein Ertrag erzielt wird und der Tarif bei unentgeltlicher Abgabe zudem eine Ausnahme zulässt.

- d) Umstritten ist dagegen die Berechnungsbasis. So wird seitens IFPI Schweiz darauf hingewiesen, dass bis zur letzten grösseren Tarifänderung im Jahre 1980 der Detailverkaufspreis (DVP) die Berechnungsgrundlage des *Tarifs PI* bildete. Da aber die Tonträgerproduzenten nach dem Wegfall der Preisbindung den DVP nicht mehr kennen konnten, hätten sich die Tarifpartner darauf geeinigt, den Preis als Berechnungsgrundlage zu nehmen, zu dem der Handel bei den Tonträgerproduzenten Tonträger einkauft. Dabei handle es sich um den gegenüber dem Einzelhändler veröffentlichten ‚Published Price for Dealers‘ (PPD). Da gemäss den Angaben von IFPI Schweiz der Lizenzsatz wie bis anhin im Ergebnis 8 Prozent des DVP betragen sollte, wurde - ausgehend von einer damaligen Händlermarge von 38,9 Prozent - ein Lizenzsatz von 11 Prozent des PPD errechnet, der einem Lizenzsatz von 8 Prozent des DVP entsprechen sollte. Die SUIISA weist allerdings darauf hin, dass dieser Prozentsatz auf einem Verhandlungsergebnis beruhe und nicht das Resultat einer besonderen Untersuchung sei. Sie geht denn auch davon aus, dass der Nutzungsertrag im Sinne des URG weiterhin der vom Konsumenten bezahlte Betrag (DVP) ist. Eine von ihr durchgeführte Untersuchung habe ergeben, dass die Anknüpfung an den PPD in zwei von 727 Fällen zu einer Überschreitung der Limite von Art. 60 URG geführt habe; dagegen sei in zahlreichen Fällen eine deutliche Unterschreitung festgestellt worden.

IFPI Schweiz macht nun geltend, dass dieser PPD auf dem heutigen Tonträgermarkt ein fiktiver Preis sei, der mit den real zu erzielenden Abgabepreisen nicht mehr zu erreichen sei. Somit sei auch der mit der Nutzung erzielte Ertrag im Laufe der Zeit deutlich geringer geworden. Als Ursache wird vorwiegend die 'Lockvogel'-Praxis der Discounter und Fachmärkte sowie die durch Parallelimporte verursachte Wettbewerbsverzerrung gesehen. Gerade die Discounter oder Fachmärkte würden vielfach nur noch Hitprodukte anbieten, da ihnen nichts daran gelegen sei, einen spezialisierten Tonträgerfachhandel mit entsprechend breitem Angebot zu betreiben. Anhand verschiedener Beispiele versucht IFPI Schweiz aufzuzeigen, dass bei der aktuellen Verkaufspraxis der Discounter der Verkaufspreis der Tonträger häufig nur knapp über dem PPD und angeblich sehr oft sogar darunter liege. Es wird auch darauf hingewiesen, dass aufgrund des entstandenen Preisdrucks etliche Tonträger-Fachgeschäfte oder -Abteilungen in Warenhäusern schliessen respektive ihr Sortiment stark einschränken mussten (z.B. auf Nischenprodukte). Sie geht davon aus, dass eine Händlermarge von 20 Prozent (statt 38,9 Prozent) zu einem Basislizenzsatz von 9,6 Prozent (statt 11 Prozent) führen würde und dass bei Anhebung der Rabatte von 6 auf 20 Prozent (unter Beibehaltung des Technikabzugs von 10 Prozent) sich ein Nettolizenzsatz von 6,912 Prozent (statt 9,306 Prozent) ergeben würde. Der von ihr vorgelegte Tarifentwurf sieht daher eine stufenweise Anpassung des Nettolizenzsatzes bis ins Jahr 2001 auf dieses Niveau vor (Ziff. 23.1). Da die Nutzung zu einem tieferen Preis erfolge, ist es nach Auffassung von IFPI Schweiz auch den Urhebern zuzumuten, auf einen Teil ihrer Marge zu verzichten.

- e) Der Preisüberwacher teilt die Auffassung, dass der offizielle PPD heute zunehmend eine fiktive Grösse darstellt und ein Abstellen darauf für die Berechnung der Urheberrechtsentschädigung grundsätzlich problematisch sei. Dazu komme, dass gegenwärtig - aufgrund des Wegfalls des Standard-Vertrages zwischen BIEM und IFPI - völlig offen sei, in welche Richtung die internationale Entwicklung gehen

werde. Im Rahmen der Graumarktimporte (s. hinten Ziff. II/14) sei indessen die internationale Entwicklung auch für die Schweiz von grosser Bedeutung. Unter der Voraussetzung, dass weiterhin der Detailhandelsumsatz die Bemessungsgrundlage bildet, ist gemäss Preisüberwacher zu berücksichtigen, dass der gegenwärtig angewandte Prozentsatz von 9,306 Prozent auf dem PPD aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Marktveränderungen heute kaum mehr exakt 8 Prozent des Endverkaufspreise entsprechen dürfte. Er ist aber auch der Auffassung, dass sich die Auswirkungen dieser Marktveränderungen auf die Berechnung der Urheberrechtsentschädigungen nicht so leicht feststellen lassen.

- f) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigungsansätze ist gemäss Art. 60 Abs. 2 URG die sogenannte 10-Prozent-Regel für die Urheberrechte anzuwenden. Danach darf die Urheberrechtsentschädigung in der Regel höchstens 10 Prozent des Nutzungsertrages betragen. Von dieser Regel kann nur abgewichen werden, wenn sich daraus auch bei einer wirtschaftlichen Verwaltung kein angemessenes Entgelt für die Berechtigten ergibt (Art. 60 Abs. 2 zweiter Halbsatz URG).

Nutzungsertrag ist grundsätzlich derjenige Ertrag, der mit dem Verkauf eines Tonträgers an den Letztabnehmer erwirtschaftet wird. Geht man nun bei der Berechnung der Entschädigung von den Angaben von IFPI Schweiz aus (Vernehmlassungs-Beilage 19), so lässt sich feststellen, dass von den gesamthaft erwähnten 19 Hittiteln deren fünf leicht (zwischen 0,15 und 0,87 Prozent) oberhalb der gesetzlich festgelegten 10-Prozent-Grenze liegen. Alle anderen Titel liegen teilweise erheblich unterhalb dieser Grenze. Bei den Katalogtiteln liegen sogar alle von IFPI Schweiz erwähnten Titel unterhalb der gesetzlichen Limite. Im Ergebnis gibt dies bei den Hittiteln einen durchschnittlichen Prozentsatz von 9,37 Prozent vom Detailverkaufspreis und bei den Katalogtiteln von 8,02 Prozent. Damit liegt der von der SUISA angewandte Prozentsatz von 11 Prozent des PPD umgerechnet auf den von IFPI Schweiz angegebenen effektiven Detailverkaufspreis im gesetzlichen

Rahmen und kann daher nicht als unangemessen beanstandet werden. Die leichten Überschreitungen werden dadurch kompensiert, dass der Tarif zumindest im Durchschnitt innerhalb der gesetzlichen Grenze bleibt. Sie können jedenfalls nicht Anlass geben, diesen Tarif zurückzuweisen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich die entsprechenden Berechnungen auf die Angaben von IFPI Schweiz beziehen, welche von der SUIISA bestritten sind und für die Nutzer wohl vorteilhafter sind als diejenigen der SUIISA.

- g) Zur Situation auf dem Tonträgermarkt wurde anlässlich der Sitzung vor der Schiedskommission von der Nutzerseite bestätigt, dass die Entwicklung, die zu immer kleineren Händlermargen geführt hat, bereits vor 2 bis 3 Jahren eingesetzt hat. Obwohl der Tonträgermarkt in den letzten Jahren somit offensichtlich in Bewegung geraten ist und die Preise wohl eher gesunken sein dürften, hat IFPI Schweiz jedoch noch vor einem Jahr dem vorliegenden Tarif zugestimmt. Auch wenn sich seither die Entwicklung zu immer kleineren Händlermargen fortgesetzt haben sollte, ist dies noch kein genügender Grund, einem Tarif, der in seinen wesentlichen Grundsätzen bereits seit Jahren Bestand hat und einer Angemessenheitskontrolle gemäss Art. 59f. URG standhält, die Verlängerung um ein weiteres Jahr zu verweigern. Die SUIISA wird indessen ernsthaft prüfen müssen, inwiefern die Entwicklung auf dem Tonträgermarkt im Rahmen einer künftigen Tarifrevision zu berücksichtigen ist.
- h) Anlässlich der Sitzung erklärt sich IFPI Schweiz bereit, gegebenenfalls nach dem sogenannten ARP ('Actual Realised Price') abzurechnen. Dabei handelt es sich um den effektiv beim Verkauf an den Detailhandel erzielten Preis. IFPI Schweiz bestätigt, dass auf Verbandseite die Abrechnung aufgrund des ARP kein Problem sei und ein wesentlicher Teil der Mitglieder dies bereits anfangs 1998 tun könnten. Allerdings seien die kleineren Nutzer darauf nicht vorbereitet.

Da der zur Verlängerung beantragte Tarif gemäss erfolgter Prüfung nicht als unangemessen bezeichnet werden kann, ist nicht zu prüfen, ob allenfalls von einer anderen Berechnungsgrundlage auszugehen ist. Gegenwärtig scheinen jedenfalls die Voraussetzungen für die Einführung des vorgeschlagenen ARP erst teilweise erfüllt zu sein. Immerhin müssen sich die Tonträgerhersteller fragen lassen, wieso sie eine einmal gewählte und akzeptierte Berechnungsgrundlage, die sie selbst gegenüber ihren Kunden als sogenannten publizierten Preis (s. Vernehmlassungsbeilage 15) zur Kenntnis bringen, nun als bloss fiktiven Preis, dem keinerlei Geltung mehr zukommt, darstellen. Es ist daran zu erinnern, dass es auch an den Tonträgerherstellern liegt, für die erforderliche Transparenz zu sorgen und die für die richtige Entschädigung nötigen Daten zu liefern.

- i) Im übrigen stellt die Schiedskommission fest, dass der *Tarif PI* nicht derart eng mit dem Vertrag zwischen BIEM und IFPI verknüpft ist, dass er nicht auch ohne diesen bestehen könnte. Die SUISA hat sich gegenüber dem BIEM denn auch stets die Genehmigung dieses Tarifs durch die Schiedskommission vorbehalten. Zudem konnten sich die Nutzerorganisationen gestützt auf diesen Vertrag gegenüber der SUISA auch vorteilhaftere Konditionen herausbedingen als andere Nutzer [s. dazu die Unterscheidung im Tarif zwischen Entschädigungen für Kunden, die einen dem Mustervertrag BIEM-IFPI entsprechenden Vertrag mit der SUISA abgeschlossen haben (Ziff. II des Tarifs) und Kunden, die keinen solchen Vertrag haben (Ziff. III)]. Auch ist unter den gegenwärtigen Verhältnissen völlig unklar, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen ein neuer Vertrag zwischen den beiden Dachverbänden abgeschlossen wird. Auch aus diesem Grunde erscheint eine Verlängerung des Tarifs um ein weiteres Jahr nicht eine unangemessene Lösung zu sein; zumal nicht ausgeschlossen werden kann, dass in diesem Jahr auch bei den Verhandlungen auf internationaler Ebene gewisse Fortschritte erzielt werden.

7. Abzug der Urheberrechtsentschädigung

IFPI Schweiz macht im weiteren geltend, dass die urheberrechtliche Entschädigung von 9,306 Prozent auf einem PPD bezahlt wird, der diese Entschädigung bereits enthält. Sie vertritt die Auffassung, dass dies mit Art. 60 URG nicht vereinbar ist und verlangt daher, dass die Urheberrechtsvergütung vorgängig in Abzug gebracht wird.

Es entspricht indessen bisheriger Praxis der Schiedskommission, die Vergütung für die Nutzung von Urheberrechten in einem Prozentsatz des Bruttoerlöses auszudrücken. Zu diesem Bruttoerlös gehören alle Einnahmen einschliesslich der Beiträge, Subventionen und anderen Zuschüssen und Zuwendungen sowie Konzessions- und Abonnementsgebühren usw. Das Bundesgericht (s. Leerkassetten-Entscheid; E. 7c) hat darauf hingewiesen, dass selbst wenn die Eintrittskosten eines Konzerts bereits einen Anteil für die Urheberrechtsentschädigung enthalten, dieser bei der Berechnung der Urheberrechtsvergütung mitberechnet wird und nicht zuvor in Abzug gebracht werden kann. Davon wurde nur eine Ausnahme gemacht bei der Berechnung der Urheberrechtsentschädigung nach dem Aufwand. Die Schiedskommission gelangt daher zum Schluss, dass im vorliegenden Tarif nicht vom Bruttoprinzip abzuweichen ist und die Urheberrechtsentschädigung deshalb auch nicht vorgängig von der Bemessungsbasis abgezogen werden kann.

8. Abzug der Mehrwertsteuer

Nach Auffassung von IFPI Schweiz ist vorgängig auch die Mehrwertsteuer von 6,5 Prozent abzuziehen. Sie geht davon aus, dass als Nutzungsertrag nur der Nettoverkaufspreis gelten könne. Da die Mehrwertsteuer selbst keine Nutzung bringe, könne sie demnach auch nicht Teil des Nutzungsertrags sein. In ihrem Tarifentwurf schlägt sie daher eine geänderte Formulierung (Ziff. 13) vor. Zudem weist sie auf den Tarif P hin, der einen Abzug der Umsatz- und Mehrwertsteuer zuliess, ohne dass dies von der Schiedskommission in ihrem Entscheid vom 12. November 1980 beanstandet worden wäre.

Auch hier hat das Bundesgericht im vorerwähnten Entscheid zur Leerkassettenabgabe (E. 12aa) festgestellt, dass die (damalige) Konsumsteuer an den genehmigten, d.h. angemessenen Tarif anknüpft, diesen also voraussetzt, und nicht selbst dessen Angemessenheit bestimmt. Der Einbezug der Warenumsatzsteuer in die Berechnungsgrundlage wurde daher nicht beanstandet. Daraus ist zu schliessen, dass auch die Mehrwertsteuer nicht abgezogen werden kann. Falls sich aber die Tarifparteien auf einen entsprechenden Abzug einigen, so ist davon auszugehen, dass dies von der Schiedskommission nicht beanstandet wird (s. den erwähnten Tarif P).

9. Die Mindestentschädigung

- a) Der *Tarif PI* unterscheidet grundsätzlich zwischen der normalen Mindestentschädigung (Ziff. 15ff.) und der Mindestentschädigung pro Erlaubnis (Ziff. 24). Die normale Mindestentschädigung richtet sich nach der Länge des oder der aufgenommenen Werke und der Art des Tonträgers (Ziff. 15), wobei auch die Zahl der Werke und Werkteile limitiert ist (Ziff. 18). Enthält somit ein Tonträger mehr Werke oder Werkteile so erhöht sich entsprechend die Entschädigung (Ziff. 22).

- b) Mit der Mindestentschädigung pro Erlaubnis scheint die IFPI Schweiz einverstanden zu sein, sieht sie doch in ihrem eigenen Vorschlag (Ziff. 16 des IFPI-Tarifs) ebenfalls eine derartige Entschädigung vor. Dagegen ist die normale Mindestentschädigung, um die es im folgenden geht, umstritten. Gemäss IFPI Schweiz erlaubt es diese Regelung der SUIISA, Beträge einzunehmen, die gemessen an der tatsächlichen Nachfrage nach dem jeweiligen Tonträger und damit gemessen an seinen Chancen auf dem Tonträgermarkt, nicht mehr zu erzielen sind. Damit nehme die SUIISA in bestimmten Fällen nicht eine angemessene, sondern eine 10 Prozent übersteigende Entschädigung ein, was Art. 60 Abs. 2 URG wider-

spreche. Es wird geltend gemacht, dass sich eine solche Mindestentschädigung auch zum Nachteil der schweizerischen Urheber auswirke. Von den Nutzerorganisationen wird insbesondere als störend empfunden, dass gemäss ihren Angaben aufgrund der Mindestentschädigung Tonträger in grösseren Mengen vernichtet werden müssen. Es wird die Streichung dieser Mindestentschädigung beantragt.

Als Alternative befürwortet IFPI Schweiz gemäss ihrem Tarifvorschlag (Ziff. 23.2) einen sogenannten Mindest-PPD von Fr. 3.00, bei dem sich bei einem Prozentsatz von 6,912 Prozent eine Entschädigung von Fr. 0.20736 ergebe. Dies entspreche einem Betrag wie er auch in anderen Ländern (Grossbritannien) erhoben werde und daher nicht wirtschaftlich wertlos sein könne. Zudem würden einige andere Staaten (Brasilien, Russland) noch weit geringere Mindestentschädigungen kennen.

Gänzlich abschaffen möchte IFPI Schweiz die im Zusammenhang mit der Mindestentschädigung stehenden Regeln über die Anzahl der auf einem Tonträger befindlichen Werke bzw. Werkteile (Ziff. 18 des Tarifs). Diese Regelung verursache einerseits einen immensen Verwaltungsaufwand bzw. Kosten und andererseits greife sie auch in die künstlerische Freiheit ein, in dem der Urheber sich gezwungen sehe, längere Stücke zu schreiben, damit die Zahl der Werke nicht zu hoch ausfalle. Zudem würde die Ziffer 18 des Tarifs unhaltbare Diskrepanzen zwischen den verschiedenen Tonträgerarten schaffen, da CD und Musikkassette nicht die gleiche Anzahl Werke zur selben Lizenz enthalten könnten. Abzuschaffen sei aber auch die zahlenmässige Begrenzung der Werke oder Werkteile auf sogenannten 'compilation albums' (Ziff. 19) beziehungsweise das Punktesystem gemäss Ziffer 20. Während die 'compilation albums' in der Regel mit Zweit- oder Drittveröffentlichungen oder noch älterem Musikmaterial bestückt seien und erfahrungsgemäss mehr Titel enthalten als normale Veröffentlichungen, sei das Punktesystem viel zu arbeitsaufwendig und verursache bloss Verwaltungskosten. Die ASMP ih-

rerseits hat im Rahmen der Verhandlungen mit der SUIISA eine bedeutende Erhöhung der zur Normalvergütung lizenzierten Anzahl Werke und Werkteile verlangt.

- c) Die SUIISA bezweifelt die Auffassung von IFPI Schweiz, dass der Verzicht auf eine Mindestentschädigung durch allfällige Mehrverkäufe aufgewogen wird. Sie geht davon aus, dass selbst wenn die Produzenten ihre Produkte zu Tiefstpreisen verkaufen oder gar verschenken würden, die Urheber einen gesetzlichen Anspruch auf eine angemessene Vergütung haben. Zudem habe sie angeboten, über eine Senkung der Mindestentschädigung zu verhandeln, sobald eine gewisse Mindestauflage in einer Abrechnungsperiode erreicht werde; dies sei aber von IFPI Schweiz abgelehnt worden. Im Hinblick auf neue digitale Speichermedien, welche gegenüber einer CD die mehrfache Speicherkapazität aufweisen werden, erachtet sie die Beschränkung der Anzahl Werke oder Fragmente als erforderlich. Zudem würden für Exporte in der Regel die Tarife im Exportland angewendet. Würden in den jeweiligen Exportländern aber unterschiedliche Limiten gelten, so wäre der damit verbundene Aufwand unzumutbar.
- d) Der Preisüberwacher verweist bezüglich der Mindestentschädigung auf seine Stellungnahme zum GT S vom 26. Juni 1995. Die dort angestellten Überlegungen würden auch beim vorliegenden Tarif zutreffen. Im konkreten Fall sei davon auszugehen, dass ein Tonträger zum höchst möglichen Preis verkauft werde. Die Auferlegung einer Mindestentschädigung könne daher nicht als marktgerecht bezeichnet werden und verletze allenfalls auch die 10-Prozent-Regel. Anders sei der Fall nur zu beurteilen, wenn ein Tonträger zu einem künstlich tiefen, vom Marktpreis abweichenden Preis veräussert werde. Der Festlegung eines Mindestengrospreises, auf den die normalen Prozentsätze Anwendung finden, könnte der Preisüberwacher für solche Fälle im Grundsatz zustimmen. Die in Ziffer 18 des Tarifs geregelte Beschränkung der Anzahl Werke und Fragmente für die normale

Mindestentschädigung und den für den Fall eines Überschreitens dieser Maximalzahl in Ziffer 22 vorgesehenen Zuschlag stellt er allerdings in Frage.

- e) Gemäss ihrer früheren Praxis hat die Schiedskommission Mindestvergütungen bewilligt, wenn die Entschädigungen in Prozenten der Einnahmen oder Kosten in keinem Verhältnis zu den SUIZA-Umtrieben (z.B. durch Vertragsabschluss) standen, so dass es ohne diese Entschädigungen kaum Zahlungen an die Urheber gegeben hätte. Mit Hinweis auf diese Praxis der ESchK ist gemäss *Barrelet/Egloff* (Das neue Urheberrecht, Verlag Stämpfli + Cie AG Bern 1994, Art. 60 URG / N4) eine Mindestentschädigung pro erteilte Bewilligung zulässig, falls sie so berechnet ist, dass wenigstens die Kosten für den Vertragsabschluss gedeckt sind.

Die Schiedskommission hat aber bereits in mehreren neueren Entscheiden (GT Y vom 3.11.95, GT S vom 21.11.95, GT K vom 8.12.95, GT 5 vom 21.10.96, GT 3b vom 21.11.96) festgestellt, dass die Mindestvergütungen sich zwar im Laufe der Zeit durchgesetzt haben, sie aber durch die Angemessenheitskontrolle nach Art. 60 URG in Frage gestellt sind, sofern dadurch die gesetzlich vorgegebene Limite überschritten wird, und sie nicht ausnahmsweise, sondern regelmässig zur Anwendung gelangen. Es wurde darauf hingewiesen, dass diese Art der Entschädigung auch deshalb fragwürdig ist, weil aufgrund der mangelnden Transparenz ihre Angemessenheit kaum überprüft werden kann und festgestellt, dass ein hoher Verwaltungsaufwand noch keine Rechtfertigung für die Einführung einer Mindestvergütung sein kann, die zu einer Überschreitung der gesetzlich vorgesehenen Höchstbelastung führt. Ungerechtfertigt seien daher insbesondere diejenigen Mindestvergütungen, die sich nicht auf marginale Nutzungstatbestände beziehen, sondern auf die durchschnittliche Nutzung Anwendung finden. Es wurde jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Einführung oder Beibehaltung einer Mindestvergütung in besonderen Fällen - gestützt auf den in Art. 60 Abs. 2 zweiten Halbsatz URG enthaltenen Vorbehalt - gerechtfertigt ist.

Beim *Tarif PI* (Ziff. 15) ergibt sich beispielsweise eine Mindestentschädigung von Fr. 0.40 für die CD Single (bis zu einer Spieldauer von 10 Minuten), von Fr. 0.80 für die CD Normal (bis 80 Minuten) und von Fr. 1.20 (über 80 Minuten). IFPI Schweiz geht nun davon aus, dass die SUISA ab einem PPD, der Fr. 8.59 oder beliebig weniger beträgt, dank der Urheberrechtsentschädigung weit mehr verdient, als beim normalen Ansatz von 9,306 Prozent noch zu verdienen wäre. Anhand abstrakter Beispiele macht sie geltend, dass bei einem PPD von Fr. 4.80 die Mindestentschädigung sich auf 16,7 Prozent beziehungsweise bei einem PPD von Fr. 2.00 bereits auf 40 Prozent beläuft. Konkret wird auf die Mindestentschädigung von Fr. 0.80 für eine CD hingewiesen, die bei einem vorgesehenen PPD von Fr. 6.80 hätte verkauft werden sollen. Aufgrund der Differenz von 17 Rappen zwischen der normalen Entschädigung und der Mindestentschädigung pro CD sei aber die Wirtschaftlichkeit nicht mehr gegeben gewesen und die Herstellerin sei gezwungen gewesen, diese Maxi-CD um zwei Titel zu kürzen. Gleichfalls wird eine andere CD erwähnt, die zum Nachteil der schweizerischen Künstler ebenfalls um ein Lied gekürzt worden sei.

Gemäss der oben erwähnten neueren Rechtsprechung der Kommission ist eine Mindestentschädigung in Randbereichen grundsätzlich zulässig; sie darf allerdings nicht zur Regel werden. Bei einer 10-Prozent-Entschädigung würde die vorgesehene Mindestentschädigung noch bei einem Verkaufspreise von Fr. 4.- (CD Single) beziehungsweise von Fr. 8.- und Fr. 12.- für die CD Normal noch innerhalb der gesetzlichen Limite liegen. IFPI Schweiz hat nicht darlegen können, in welchen Fällen und allenfalls wieweit die beanstandete Mindestentschädigung regelmässig unter diese Grenze fällt. So liegen der Schiedskommission keine konkreten Angaben vor, die vermuten lassen, dass die Mindestentschädigung in bestimmten Fällen die Normalität ist. Der vorliegenden Mindestentschädigung wurde von IFPI Schweiz bei der letztmaligen Genehmigung denn auch vorbehaltlos

zugestimmt. Es ist daher davon auszugehen, dass diese Mindestentschädigung nicht der Normalfall darstellt und daher auch als zulässig zu erachten ist.

Im vorne (Ziff. II/2) erwähnten ‚Leerkassetten-Entscheid‘ hat das Bundesgericht festgehalten, dass es sich bei der 10-Prozent-Klausel um eine Höchstgrenze handelt, die allerdings unter der Voraussetzung von Art. 60 Abs. 2 zweiter Halbsatz überschritten werden darf. Somit ist unter der Voraussetzung, dass die Berechtigten nur auf diese Weise ein angemessenes Entgelt erhalten auch eine Mindestentschädigung zulässig, die im Ergebnis zu einer Vergütung führt, die über der 10-Prozent-Grenze liegt.

- f) Die Schiedskommission ist sich bewusst, dass die Bestimmung betreffend Anzahl Werke oder Fragmente nicht unproblematisch ist und insbesondere eine Gleichstellung von CD und MC wünschenswert wäre. Allerdings kann gerade für neue Speichermedien, die wesentlich grössere Speicherkapazitäten aufweisen, eine Limitierung der Werke und Fragmente Sinn machen. Im übrigen ist auch hier davon auszugehen, dass die massgebenden Nutzerorganisationen dieser Regelung noch vor einem Jahr zugestimmt haben und sich seither diesbezüglich keine wesentlichen Änderungen ergeben haben. Die geltende Regelung kann daher nicht als unangemessen bezeichnet werden.
- g) Trotz der gegenteiligen Empfehlung des Preisüberwachers beschliesst daher die Kommission, an ihrer nun schon länger geübten Praxis festzuhalten und die fragliche Mindestentschädigung stehen zu lassen. An dieser Stelle ist auch hervorzuheben, dass die ESchK bei der Prüfung der Tarife eine etwas andere Sichtweise hat als der Preisüberwacher, hat sie doch vor allem die urheberrechtlichen Aspekte zu berücksichtigen, die mit den Marktinteressen nicht immer deckungsgleich sein müssen.

10. Abzüge

- a) Der *Tarif PI* sieht in Ziffer 33 einerseits einen Abzug von 6 Prozent für normalerweise gewährte Rabatte und andererseits einen zusätzlichen pauschalen Abzug von 10 Prozent vor. IFPI Schweiz verlangt nun eine Erhöhung des Rabatt-Abzugs von 6 auf 20 Prozent, da den Grosskunden heute Rabatte von rund 19,5 Prozent gewährt würden. Aber auch dem kleinen Fachhandel müssten hohe Rabatte eingeräumt werden, um so dessen Schwächung zu begegnen. Damit würden die Tonträgerproduzenten den kleinen Fachhandel subventionieren, was wiederum auch der SUISA zugute komme. In der Praxis kämen denn auch verschiedene Arten von Rabatten (Stammrabatt, Frühbestellungsrabatt, Funktionsrabatt, Werbefranken, Weihnachtsaufstockung, Skonto, Valuta, Jahresbonus, Umsatzsteigerungsrabatt usw.) zur Anwendung. Obwohl diese Rabatte nicht alle auf einmal zugestanden würden, liege die übliche Rabattspanne zwischen 19 und 24 Prozent. Dazu kämen noch Rabatte von 5 bis 20 Prozent für diejenigen Abnehmer, welche andernfalls ihre Tonträger aus dem Ausland beziehen würden. Da sich die Kunden an diese Rabatte gewöhnt hätten, sei die Aufstellung von Netto-Listen nicht möglich.

Mit Hinweis auf andere Tarife rügt IFPI Schweiz aber auch, dass der *Tarif PI* keinen Verbandsrabatt enthält, obwohl ihre Mitglieder einem schweizerischen Verband der Tonträgerproduzenten angehören, den mit der SUISA abgeschlossenen Vertrag einhalten und diese in ihren Aufgaben unterstützen und damit die Bedingungen für einen Verbandsrabatt grundsätzlich erfüllen würden. In Anwendung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung sowie von Art. 45 Abs. 2 URG wird die Aufnahme einer ähnlichen Bestimmung verlangt, wie sie beispielsweise im GT K (Ziff. 22; s. auch Ziff. 45 des IFPI-Entwurfs) enthalten ist. Die IFPI Schweiz hält einen Verbandsrabatt von 20 Prozent für gerechtfertigt, da sie mit ihrer Tätigkeit einerseits zu den SUISA-Einnahmen massgeblich beitrage und andererseits im auch den Urhebern dienenden Kampf gegen Piraterie und Parallelimporte erhebliche finanzielle Mittel aufwende. Ein entsprechender Antrag

sei früher nie gestellt worden, weil der bisherige BIEM-IFPI Standard-Vertrag einen Verbandsrabatt nicht vorgesehen habe.

- b) Die SUIISA weist darauf hin, dass sich der 6 Prozent-Abzug nicht an den tatsächlich gewährten Rabatten orientiere, sondern - ebenso wie der Pauschalabzug von 10 Prozent - auf einer getroffenen Vereinbarung beruhe. Im übrigen würden die höchsten tatsächlich gewährten Rabatte von 19,5 Prozent nur den grössten Kunden gewährt. Ein durchschnittlicher Rabatt sei nicht genannt worden. Mit dem Pauschalabzug würden im übrigen allfällige urheberrechtlich relevante Leistungen des Gestalters der Hülle mitberücksichtigt. Da die SUIISA diesen sogenannten 'Hüllenabzug' aber ohnehin nicht für gerechtfertigt halte, im Resultat aber dennoch der Vereinbarung der Dachverbände gefolgt sei, habe man ihn als 'pauschalen' Abzug bezeichnet.
- c) *Barrelet/Egloff* (a.a.O., Art. 60 URG / N 3) gehen davon aus, dass Rabatte einerseits für Nutzerinnen und Nutzer vorgesehen werden können, welche langdauernde Verträge abschliessen und diese auch einhalten. Andererseits sei die Einräumung von Rabatten aber auch denkbar, falls eine Nutzerorganisation die Verwertungsgesellschaft beim Inkasso unterstützt (sog. Verbandsrabatt). Falls aber eine Organisation lediglich ihren gesetzlichen Pflichten nachkomme und damit der Verwertungsgesellschaft ermöglicht, den administrativen Aufwand zu reduzieren, so gebe dies noch keinen Anspruch auf Rabatt.
- d) Auch bei den der Genehmigungspflicht obliegenden Tarife sind die Vergütungen grundsätzlich privatrechtlicher Natur. Allerdings sind diese Entschädigungen von der Schiedskommission auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Bleibt ein Tarif im Rahmen dieser Angemessenheit muss einer Verwertungsgesellschaft gestützt auf ihre Privatautonomie auch ein gewisser Spielraum für die Gewährung von Rabatten zustehen. Bei der Frage der allfälligen Erhöhung des gegenwärtigen Rabattab-

zugs von 6 Prozent (Ziff. 33.1) ist die Schiedskommission zur Auffassung gelangt, dass diesbezüglich gegenwärtig kaum etwas zu ändern sei, zumal ihr auch die nötigen Angaben zur Beurteilung der Frage fehlen, ob sich in den letzten 12 Monaten die Situation bezüglich der Rabattgewährung derart erheblich verändert hat, dass die geltende Regelung zur Unangemessenheit des Tarifs führt. Dabei gilt es auch zu berücksichtigen, dass die von den Herstellern gegenüber ihren Abnehmern gewährten Rabatte auch eine Folge des fiktiven PPD sind und eine grundlegende Änderung wohl eher über die Berechnungsgrundlage statt über eine Erhöhung der Rabatte zu suchen ist.

- e) Der vorliegende Tarif macht einen Unterschied zwischen Kunden, die einen Vertrag mit der SUI SA abschliessen und solchen, die keinen derartigen Vertrag abschliessen. Dabei können die Produzenten mit einem entsprechenden Vertrag nebst der Reduktion von 6 Prozent noch einen weiteren Abzug von 10 Prozent geltend machen. Kunden der SUI SA ohne einen entsprechenden Vertrag können dagegen keine solchen Abzüge vornehmen (s. Ziff. 48 des Tarifs). Somit können diejenigen Kunden mit einem Vertrag mit der SUI SA bereits von einem entsprechenden Rabatt profitieren, der grundsätzlich dem verlangten Verbandsrabatt entspricht.

Im übrigen enthalten längst nicht alle von der Schiedskommission genehmigten Tarife einen derartigen Verbandsrabatt. Auch reicht bei denjenigen Tarifen, die einen solchen Rabatt kennen, die Spannweite von einigen wenigen Prozenten bis zu 20 Prozent. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb der *Tarif PI* gegen das in Art. 45 URG geregelte Gleichbehandlungsgebot verstossen soll, kann es doch nicht angehen, aus den bestehenden Tarifen die jeweils vorteilhafteste Variante auszuwählen.

11. Ausverkäufe und Freiexemplare

-
- a) In ihrem Tarifentwurf hat IFPI Schweiz die Streichung der Ziffer 36 (Höchstgrenze bei den Ausverkäufen) sowie eine Änderung der in Ziffer 37 (Freiexemplare) enthaltenen Limiten beantragt. Die SUIISA gibt an, dass sie im Rahmen der Verhandlungen zu gewissen Zugeständnissen bereit gewesen wäre, falls IFPI Schweiz in den nicht bereinigten Bereichen nicht ihre Maximalposition vorbehalten hätte. Auch anlässlich der mündlichen Anhörung hat die SUIISA zumindest bei den Limiten für die Freiexemplare ein Entgegenkommen signalisiert. Ein entsprechendes Angebot wurde jedoch von den Nutzerorganisationen als ungenügend zurückgewiesen.
- b) Da die Nutzerorganisationen diesen Bestimmungen noch vor einem Jahr zugestimmt haben und sie in ihren Eingaben nicht belegt haben, inwiefern diese Höchstgrenzen unangemessen sein sollen, verzichtet die Schiedskommission auf eine weitere Prüfung dieser Frage im Rahmen dieser Tarifverlängerung.

12. Retouren

- a) Gemäss IFPI Schweiz muss auf Tonträger, die der Einzelhandel nicht absetzen konnte und die an Tonträgerproduzenten zurückgehen (sog. Retouren; s. Ziff. 40ff. des Tarifs) bei einer erneuten Abgabe an den Einzelhandel ein zweites Mal eine Entschädigung bezahlt werden. IFPI Schweiz verlangt die Aufhebung dieser Praxis und betont, dass eine solche Doppellizenzierung von zurückgegebenen Tonträgern im *Tarif PI* nicht vorgesehen sei und auch jeglicher Grundlage im URG entbehre, da bei der ersten Abgabe keinerlei Nutzungsertrag erwirtschaftet werde.
- b) In Ziffer 41 des Tarifs wird bestimmt, dass für Retouren keine Entschädigungen zu entrichten sind. Zudem können allfällige Retourenüberschüsse auf die folgende Abrechnungsperiode übertragen werden (Ziff. 42). Es gibt somit keine tarifliche Grundlage für die von IFPI Schweiz gerügte Doppellizenzierung. Sollte die SUIISA tatsächlich eine doppelte Lizenzierung ohne allfällige Rückerstattungs-

möglichkeit verlangen, so fände diese Praxis im Tarif keine Stütze und müsste geändert werden. Eine Änderung des Tarifs ist hierzu nicht erforderlich.

13. Akontozahlungen

- a) IFPI Schweiz verlangt ebenfalls, die im *Tarif PI* vorgesehenen monatlichen Vorschüsse (Ziff. 65) abzuschaffen. Diese seien nicht gesetzeskonform und würden eine wirtschaftliche Belastung für die Tonträgerproduzenten darstellen.
- b) Ein Tarif umschreibt Bedingungen, unter denen Urheberrechte benutzt werden dürfen. Dazu kann auch eine Regelung der Vorschüsse gehören, wenn sie einer Abmachung entspricht, wie sie auch in vertraglichen Beziehungen sachgerecht getroffen werden könnte (s. Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Juni 1997 betreffend GT S, E. 6a). Die Spruchkammer erachtet die in Ziffer 65 des Tarifs geregelten Akontozahlungen als sinnvoll und sieht keinen Anlass, sie zu streichen. Akontozahlungen sind insbesondere auch kein Hinweis dafür, dass die SUI SA an der Zahlungsfähigkeit ihrer Kunden zweifelt.

14. Parallelimporte

- a) IFPI Schweiz schätzt, dass es sich bei rund 20 bis 25 Prozent der auf dem Schweizer Tonträgermarkt angebotenen Tonträger um sogenannte Parallelimporte handelt. Angesichts dieser bedeutenden Menge sei es wettbewerbsverzerrend, wenn die SUI SA lediglich die in der IFPI Schweiz zusammengeschlossenen Importeure erfasse, welche seriös und freiwillig die verlangten Entschädigungen bezahlen, jedoch die sogenannten Grauimporteure, die vorwiegend Hitprodukte einführen würden, nicht belaste. Der SUI SA wird insbesondere auch vorgeworfen, dass sie sich nicht gegen diese Importe wehrt beziehungsweise diese nicht nachlizenziiert.
- b) Die Schiedskommission hat sich bei der letztmaligen Genehmigung des *Tarifs PI* ausführlich mit der Frage der Parallelimporte auseinandergesetzt. Damals hat sie

festgestellt, dass die Erlaubnis für die Verwendung von Urheberrechten grundsätzlich in demjenigen Staat einzuholen ist, in dem die Tonträger hergestellt werden. Gemäss dieser Praxis des sogenannten 'Central Licensing' müssten somit die in die Schweiz importierten Tonträger im Herstellungsland nach dem schweizerischen Tarif lizenziert werden. Allerdings könne unter bestimmten Voraussetzungen diese Lizenzierung auch nach dem Tarif des jeweiligen Exportlandes erfolgen.

Offensichtlich gelangen nun immer wieder Tonträger in die Schweiz, die entweder überhaupt nicht oder zumindest nicht für die Schweiz lizenziert worden sind, was zu erheblichen Marktverzerrungen führt. Der *Tarif PI* sieht deshalb in seiner Ziffer 1.2 die Möglichkeit vor, solche Tonträger nachzulizenzieren.

In diesem Zusammenhang stellt sich indessen auch die Frage der Tragweite des in Art. 12 URG geregelten Erschöpfungsgrundsatzes. Eine Nachlizenzierung von Tonträgern, die im Ausland lizenziert wurden und anschliessend in die Schweiz importiert werden, liesse sich nämlich nur gestützt auf der Grundlage der nationalen Erschöpfung durchsetzen. Ob nun aber der Art. 12 Abs. 1 URG von der nationalen oder der internationalen Erschöpfung ausgeht, ist gegenwärtig noch nicht abschliessend geklärt, obwohl das Bundesgericht in einem das Markenrecht betreffenden Fall davon ausgegangen ist, dass im konkreten Fall die internationale Erschöpfung nicht ausgeschlossen ist und den Parallelimport als grundsätzlich zulässig erklärt hat (s. Entscheid des Bundesgerichts vom 23. Oktober 1996 i.S. 'Chanel'). Zudem hat das Bundesgericht im gleichen Entscheid festgestellt, dass ein absolutes Verbot von Parallelimporten der Handels- und Gewerbefreiheit widerspricht.

Bieri-Gut (Aktuelle Juristische Praxis 7/97, S. 815ff.) geht davon aus, dass keine gesetzliche Grundlage besteht, welche die Parallelimporteure verpflichten würde, den Verwertungsgesellschaften Verwertungsgebühren zu entrichten. Somit könne

der *Tarif PI* auf die Parallelimporteure von Tonträger auch gar keine Anwendung finden. Dazu ist festzustellen, dass der *Tarif PI*, soweit er das Verbreitungsrecht betrifft, ohnehin nicht der Kognition der ESchK unterliegt, da dieses Recht nicht der Bundesaufsicht (Art. 40 Abs. 1 Bst. a URG) unterstellt ist. Die Prüfung der Importbestimmungen des Tarifs fällt somit nicht in die Kompetenz der Schiedskommission und ist auch für die Beurteilung der Angemessenheit des vorliegenden Tarifs irrelevant und von der Schiedskommission daher auch vorfrageweise nicht zu prüfen.

15. Zusammenfassung

Es ist offensichtlich, dass sich im Bereich der Tonträgerindustrie seit einigen Jahren Veränderungen abzeichnen. Diese Entwicklung wird auch inskünftig ihren Fortgang nehmen. Dennoch ist festzustellen, dass sich die Verhältnisse seit der letzten Genehmigung nicht so drastisch verändert haben, dass eine Verlängerung des Tarifs bis Ende 1998 unangemessen wäre. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass der *Tarif PI* in naher Zukunft einer grundlegenden Änderung bedarf, die der veränderten Marktsituation Rechnung trägt. Dabei kann auch die internationale Entwicklung und insbesondere ein allfälliger neuer Standard-Vertrag zwischen BIEM und IFPI Anhaltspunkte bieten. Die Vertragsparteien werden daher miteinander die erforderlichen Verhandlungen führen müssen. Anlässlich der mündlichen Anhörung vor der Kommission ist es dafür zu spät. Zur Zeit ist jedenfalls noch offen, ob die weitere Entwicklung in die auch vom Preisüberwacher angeregte Richtung einer Totalrevision des Tarifs geht.

Aufgrund der Tatsache, dass der *Tarif PI* in seinen wesentlichen Grundlagen bereits seit Jahren Bestand hat und erst vor einem Jahr mit Einwilligung der Nutzer für ein zusätzliches Jahr genehmigt worden ist und sich auch im Rahmen der vorgenommenen Prüfung als angemessen erwiesen hat, besteht indessen kein Anlass, diesen Tarif im gegenwärtigen Zeitpunkt zurückzuweisen. Es wird daher beschlossen, den vorgelegten *Tarif PI*

(Aufnahmen von Musik auf Tonträger, die ans Publikum abgegeben werden) bis zum 31. Dezember 1998 unverändert zu verlängern.

16. Kosten

Die SUIISA hat den Antrag gestellt, einen Teil der Kosten den Werknutzern aufzuerlegen. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 21a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d sowie Art. 21b URV (in der Fassung vom 25. Oktober 1995). Demnach ist es in begründeten Fällen durchaus möglich, die am Verfahren beteiligten Nutzerverbände mit einem Teil der Kosten zu belasten. Grundsätzlich sind aber die Verfahrenskosten von der antragstellenden Verwertungsgesellschaft zu tragen. Immerhin würde sich eine andere Kostenverteilung rechtfertigen, falls die Nutzerverbände, wie sich aus einer Erläuterung zur Teilrevision der Urheberrechtsverordnung ergibt, das Verfahren absichtlich verschleppen oder besonders umfangreiche Beweisanträge stellen. Die Kommission hat zwar durchaus den Eindruck, dass die von IFPI Schweiz vorgelegte Rechtsschrift über die Frage der Angemessenheit des Tarifs hinausgeht. Dies genügt aber nicht, ihr einen Teil der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Verfahrenskosten sind daher von der SUIISA zu tragen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Die Gültigkeitsdauer des mit Beschluss vom 13. Dezember 1996 genehmigten *Tarifs PI* [Aufnahmen von Musik auf Tonträger, die ans Publikum abgegeben werden (ohne Musikdosen)] wird, soweit der Tarif der Kognition der Schiedskommission unterliegt, bis zum 31. Dezember 1998 verlängert.
2. Der SUIISA werden die Verfahrenskosten bestehend aus:
 - a) einer Spruch- und Schreibgebühr von Fr. 2'200.-
 - b) sowie dem Ersatz der Auslagen von Fr. 2'632.45

total Fr. 4'832.45 auferlegt.

3. Schriftliche Mitteilung an:

- a) die Mitglieder der Spruchkammer
- b) die SUIISA, Zürich
- c) die IFPI Schweiz, Zürich
- d) die ASMP, Wangen
- e) den Preisüberwacher

4. Gegen diesen Beschluss kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden*.

Eidg. Schiedskommission für die
Verwertung von Urheberrechten
und verwandten Schutzrechten

Die Präsidentin: Der Sekretär:

V. Bräm-Burckhardt A. Stebler

* Art. 74 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 98 Bst. e und Art. 106 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege.