



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

# Geschäftsbericht 2009

der Eidgenössischen Schiedskommission für die  
Verwertung von Urheberrechten und verwandten  
Schutzrechten



<b>Bericht</b>	
Von	Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ESchK
An	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Betreff	Geschäftsführung und Tätigkeit der ESchK im Jahre 2009
Datum	12. April 2010

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. Allgemeines</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Zuständigkeit</b> .....	<b>4</b>
<b>3. Personelles</b> .....	<b>5</b>
3.1. Zusammensetzung der Schiedskommission .....	5
3.2. Kommissionssekretariat und Infrastruktur .....	6
<b>4. Finanzen</b> .....	<b>6</b>
<b>5. Tätigkeit</b> .....	<b>7</b>
5.1. Geschäftsentwicklung .....	7
5.2. Rechtsprechung .....	8
5.2.1. Rechtsprechung durch die Schiedskommission.....	8
5.2.2. Rechtsprechung durch das Bundesverwaltungsgericht .....	9
5.2.3. Rechtsprechung durch das Bundesgericht .....	10
<b>6. Rechtsetzung</b> .....	<b>11</b>
<b>7. Teilnahme an Tagungen / Treffen</b> .....	<b>11</b>
<b>8. Ausblick und Schlussbemerkungen</b> .....	<b>12</b>

### 1. Allgemeines

Gemäss dem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz/URG)<sup>1</sup> hat die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) alljährlich Bericht über ihre Geschäftsführung zu erstatten. Hiermit unterbreitet die Schiedskommission den Bericht über ihre Tätigkeiten im Geschäftsjahr 2009:

### 2. Zuständigkeit

Aufgabe der Schiedskommission ist die Prüfung und Genehmigung der zwischen den fünf konzessionierten<sup>2</sup> Verwertungsgesellschaften (ProLitteris, Société suisse des auteurs, SUISA, Suissimage und Swissperform) einerseits und den jeweils betroffenen Nutzerorganisationen andererseits ausgehandelten Tarife für die Nutzung von Urheber- und Leistungsschutzrechten auf ihre Angemessenheit<sup>3</sup>, soweit die in diesen Tarifen geregelten Rechte der Bundesaufsicht unterliegen. Dazu gehören nebst der Verwertung ausschliesslicher Rechte zur Aufführung und Sendung nichttheatralischer Werke der Musik und der Herstellung von Ton- oder Tonbildträgern solcher Werke<sup>4</sup> weitere ausschliessliche Rechte (wie das Weitersenderecht, die Nutzung von Archivwerken der Sendeunternehmen, die Nutzung von verwaisten Werken, das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke sowie die Vervielfältigungen zu Sende Zwecken)<sup>5</sup>. Der Bundesaufsicht unterliegen insbesondere aber auch die gesetzlich geregelten Vergütungsansprüche (wie das Vermieten von Werkexemplaren, die Vergütung für den Eigengebrauch, die Verwendung von Werken durch Menschen mit Behinderungen und der Vergütungsanspruch für die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern)<sup>6</sup>.

Im Rahmen der Genehmigungsverfahren überprüft die Schiedskommission, ob die ihr von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten Tarife in ihrem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen sind<sup>7</sup>. Dabei stützt sie sich auf die im Urheberrechtsgesetz vorgegebenen Kriterien<sup>8</sup>. Sie kann sich dabei somit nicht mit einer blossen Überprüfung der Entschädigungshöhe begnügen, muss sie doch befinden, ob die ganze Tarifstruktur insgesamt ausgewogen und angemessen ist. Zudem muss sie allfällige rechtliche Vorfragen klären, die im Zusammenhang mit der Angemessenheit eines Tarifs stehen. Dazu gehört etwa die Frage, ob es für einen eingereichten Tarif überhaupt eine genügende gesetzliche Grundlage gibt. Dabei stellen sich des öfteren heikle Abgrenzungsfragen, zwischen den der Bundesaufsicht unterstehenden Rechten und denjenigen, die nicht der obligatorischen Verwertung durch die Verwertungsgesellschaften unterliegen und vom Urheber oder der Urheberin bzw. dem Rechteinhaber oder der Rechteinhaberin selber wahrgenommen werden können.

---

<sup>1</sup> Art. 58 Abs. 2 URG (SR 231.1).

<sup>2</sup> Konzessionsbehörde ist das Institut für Geistiges Eigentum IGE.

<sup>3</sup> Art. 55 Abs. 1 URG.

<sup>4</sup> Art. 40 Abs. 1 Bst. a URG.

<sup>5</sup> Art. 40 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> URG mit Hinweis auf die Art. 22, 22a-c und 24b URG.

<sup>6</sup> Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG.

<sup>7</sup> Art. 59 Abs. 1 URG.

<sup>8</sup> Art. 60 URG.

### 3. Personelles

#### 3.1. Zusammensetzung der Schiedskommission

Im letzten Geschäftsbericht haben wir darüber informiert, dass Ende 2008 drei Mitglieder aus der Schiedskommission ausgeschieden sind. Nach durchgeführtem Wahlverfahren hat der Bundesrat mit Wirkung ab 1. Juni 2009 in Ergänzung der Kommission zwei neue Mitglieder bestätigt. Dabei handelt es sich um Frau Nicole Emmenegger, welche vom Dachverband der Urheberrechtsnutzer vorgeschlagen wurde und den auf Vorschlag der Verwertungsgesellschaft ProLitteris gewählten Herrn Dr. Mathis Berger. Sowohl Frau Emmenegger wie auch Herr Berger sind hauptberuflich als Rechtsanwälte tätig und befassen sich regelmässig mit Urheberrechtsfragen.

Im Laufe der zweiten Jahreshälfte hat Frau Nathalie Tissot mitgeteilt, dass sie wegen ihrer starken beruflichen Belastung als Vizerektorin der Universität Neuenburg aus der Schiedskommission zurücktreten muss. Wir bedauern diesen Rücktritt und danken Frau Tissot an dieser Stelle für ihren jahrelangen Einsatz für die Schiedskommission. Mit der Wahl von Herrn Jacques de Werra als neues unabhängiges Mitglied, ist es gelungen, auf Anfang 2010 einen geeigneten Nachfolger zu finden. Herr de Werra ist Professor für geistiges Eigentum und Vertragsrecht an der Universität Genf und damit ein ausgewiesener Experte auf dem Gebiet des Urheberrechts.

Die gegenwärtige Präsidentin wird im Laufe des Jahres 2010 ihr 16. Amtsjahr vollenden. Wegen der geltenden Amtszeitbeschränkung<sup>9</sup> war bereits auf Ende 2009 ein Wechsel im Präsidium vorgesehen. Gegen ein als möglichen Nachfolger vorgesehenes Mitglied war indessen in der zweiten Jahreshälfte ein Ausstandsverfahren<sup>10</sup> vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig, weshalb die Amtszeit der Präsidentin um ein Jahr bis Ende 2010 verlängert wurde.

Damit setzte sich die Schiedskommission Ende 2009 aus fünf unabhängigen Mitgliedern (einschliesslich der Präsidentin) sowie sechs Vertretern und Vertreterinnen der Verwertungsgesellschaften und 17 Vertretern und Vertreterinnen der Nutzerverbände zusammen. Die Schiedskommission fällt ihre Entscheide in den Tarifgenehmigungsverfahren jedoch nie im Plenum, sondern in Spruchkammern, die sich jeweils aus der Präsidentin, zwei unabhängigen Mitgliedern und je einem von den Verwertungsgesellschaften und einem von den Nutzerverbänden vorgeschlagenen Mitglied zusammensetzen<sup>11</sup>.

Der *Anhang 1*<sup>12</sup> gibt einen Überblick über die Zusammensetzung der Schiedskommission am Ende des Berichtsjahres.

<sup>9</sup> Art. 8i Abs. 2 RVOV (SR 172.010.1).

<sup>10</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. 8.

<sup>11</sup> Art. 57 Abs. 1 URG.

<sup>12</sup> Anhang 1: Liste der Kommissionsmitglieder.

### 3.2. Kommissionssekretariat und Infrastruktur

Das EJPD stellt der Schiedskommission ein Sekretariat sowie die erforderliche Infrastruktur wie Büro- und Sitzungsräumlichkeiten, die Informatik und weitere Sach- und Dienstleistungen zur Verfügung<sup>13</sup>. Personell besteht das Sekretariat aus dem Kommissionssekretär sowie einer für die administrativen Belange zuständigen Mitarbeiterin.

### 4. Finanzen

Die Schiedskommission hat den Verwertungsgesellschaften im Rahmen der Prüfung ihrer Tarifeingaben im Geschäftsjahr Spruch- und Schreibgebühren von insgesamt Fr. 30'500.00 (Vorjahr: Fr. 36'100.00) sowie den Ersatz ihrer Auslagen (Taggelder, Entschädigungen für Aktenstudium, Reisekosten usw.) von Fr. 57'158.20 (Vorjahr: Fr. 65'076.30) in Rechnung gestellt. Der leichte Rückgang gegenüber dem Vorjahr ist darauf zurückzuführen, dass im Berichtsjahr weniger Tarife zu prüfen waren und zwei wesentliche Tarife noch hängig sind und bei diesen Tarifen somit noch keine Rechnung gestellt werden konnte<sup>14</sup>. Der im Rahmen der Tarifprüfungen eingenommene Bruttoertrag beläuft sich somit auf insgesamt Fr. 87'658.20. Damit wird nebst den Auslagen der Schiedskommission ein Anteil an den Gesamtkosten des Kommissionssekretariats von Fr. 226'454.00 gedeckt.

Auf den 1. Januar 2010 ist mit einer weiteren Ergänzung der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung RVOV ein weiterer Bereich der ausserparlamentarischen Kommissionen dieser Verordnung unterstellt worden. So werden neu auch die Entschädigungen der Mitglieder der ESchK durch die RVOV<sup>15</sup> geregelt. Dabei fällt die Schiedskommission unter die so genannten marktorientierten Kommissionen, welche das Funktionieren eines Marktes beaufsichtigen oder massgeblich unterstützen. Gemäss dieser Verordnung und der entsprechenden Einstufung<sup>16</sup> erhält ein Mitglied der Schiedskommission eine jährliche Entschädigung von Fr. 120'000.00 für ein Vollzeitpensum. Da aber die Mitglieder der ESchK ausschliesslich nebenberuflich und maximal nur tageweise für die Schiedskommission tätig sind, gilt es diese Jahrespauschale auf einen Tagesansatz umzurechnen, damit ein pauschaler Tagesansatz ausbezahlt werden kann. Dies ergibt eine pauschale Entschädigung von rund Fr. 550.00 pro Arbeitstag, was ein für diese anspruchsvolle Tätigkeit nicht besonders attraktiver Ansatz ist. Dazu kommen jeweils noch die Vergütungen für das erforderliche Aktenstudium.

Der *Anhang 2* informiert über die Tarifeingaben und den Stand der Abrechnungen im massgebenden Zeitraum<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Art. 4 Abs. 1 URV (SR 231.11).

<sup>14</sup> Vgl. Ziff. 5.1. hinten.

<sup>15</sup> Art. 8I ff. RVOV.

<sup>16</sup> Art. 8p Abs. 1 Bst. d RVOV.

<sup>17</sup> Anhang 2: Übersicht über die Tarifabrechnungen 2009.

## 5. Tätigkeit

### 5.1. Geschäftsentwicklung

Im Berichtsjahr legten die fünf zugelassenen Verwertungsgesellschaften insgesamt 23 Tarife (gegenüber 27 im Vorjahr) zur Genehmigung bzw. zur Verlängerung vor<sup>18</sup>. Davon konnten 17 Tarife im Zirkularverfahren erledigt werden, da sich die zuständigen Verwertungsgesellschaften mit ihren Verhandlungspartnern und -partnerinnen einigen konnten, was somit die Genehmigung bzw. die Verlängerung dieser Tarife im vereinfachten Verfahren ohne mündliche Verhandlung erlaubte. Für die Prüfung der umstrittenen Tarife GT 2b<sup>19</sup>, GT 12<sup>20</sup> und den Tarif A Fernsehen<sup>21</sup> der Swisssperform waren jeweils Sitzungen der zuständigen Spruchkammern erforderlich. Da sich in diesen Tarifen im Zusammenhang mit der Zusammensetzung der Spruchkammern Ausstandsfragen stellten<sup>22</sup>, konnte der GT 4e<sup>23</sup> im Berichtsjahr nicht behandelt werden und an Stelle der zwei neu eingereichten GT 3a-Tarife für Radio<sup>24</sup> und Fernsehen<sup>25</sup> musste der bisherige Tarif erneut um ein halbes Jahr verlängert werden. In der Folge konnten die Verwertungsgesellschaften beim neu vorgesehenen Tarif für die so genannten Musikhandys (GT 4e) mangels eines gültigen Tarifs die Verwertungstätigkeit noch nicht aufnehmen. Damit waren am Ende des Berichtsjahres die beiden GT 3a-Tarife sowie der GT 4e hängig und diese Tarife werden anfangs 2010 zu behandeln sein. Am Ende des Berichtsjahres standen im Übrigen die schriftlich begründeten Beschlüsse für die drei anlässlich von Sitzungen behandelten Tarife noch aus.

Hinzuweisen ist zusätzlich auf das Revisionsgesuch eines Nutzerverbandes, mit dem verlangt wurde, der bis Ende 2009 geltende GT 2b sei vor Ablauf der Gültigkeitsdauer zu revidieren. Dieses Gesuch wurde ebenfalls anlässlich einer mündlichen Verhandlung Ende 2009 behandelt.

Der *Anhang 3* gibt eine Gesamtübersicht über die von der ESchK im Berichtsjahr geprüften Tarife.

---

<sup>18</sup> Anhang 3: Übersicht über die 2009 geprüften Tarife.

<sup>19</sup> Entschädigung für das Weitersenden von Radio- und Fernsehprogrammen und der darin enthaltenen Werke und Leistungen über IP-basierte Netze auf mobile Endgeräte oder auf PC-Bildschirme.

<sup>20</sup> Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR.

<sup>21</sup> Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen.

<sup>22</sup> Vgl. hinten Ziff. 8.

<sup>23</sup> Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden.

<sup>24</sup> Empfang von Radiosendungen ausserhalb des privaten Bereichs und Aufführungen mit Tonträgern zur allgemeinen Hintergrund-Unterhaltung.

<sup>25</sup> Empfang von Fernsehsendungen ausserhalb des privaten Bereichs sowie gewisse Vorführungen von Tonbild-Trägern.

### 5.2. Rechtsprechung

#### 5.2.1. Rechtsprechung durch die Schiedskommission

Im Geschäftsbericht 2008 haben wir informiert, dass der neu vorgelegte Gemeinsame Tarif 12<sup>26</sup> von der ESchK nicht abschliessend geprüft werden konnte. Nachdem indessen die Konsumentenorganisationen diesem Tarif anfangs 2009 zustimmten, hat ihn die Schiedskommission als Einigungstarif genehmigt. Dabei hat sie aber in ihrem Genehmigungsbeschluss vom 23. Februar 2009 offen gelassen, ob die Konsumentenorganisationen in diesem Tarif tatsächlich als massgebende Nutzerverbände zu betrachten sind. Zusätzlich hat sie zu bedenken gegeben, dass bei einer Nutzung gemäss Art. 19 Abs. 2 URG (Eigengebrauch mit Unterstützung durch eine Drittperson) nicht ausgeschlossen werden kann, dass allenfalls Art. 19 Abs. 3 Bst. a URG zum Tragen kommen kann, wonach die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare nicht zulässig ist. In diesem Fall sei denn auch zu prüfen, ob diese Nutzung überhaupt unter die zwingende kollektive Verwertung von Art. 20 Abs. 4 URG falle<sup>27</sup>. In der Folge wurde dieser Tarif nur soweit genehmigt, als er zweifellos der Kognition der Schiedskommission untersteht. Obwohl eine automatische Verlängerung dieses Tarifs möglich gewesen wäre, verzichteten die Nutzerverbände auf diese Verlängerung und verlangten für die Zeit ab dem 1. Januar 2010 gestützt auf eine Empfehlung des Preisüberwachers einen neuen Tarif mit tieferen Vergütungsansätzen. Deshalb musste die Schiedskommission bereits Ende 2009 erneut über diesen Tarif befinden. Mit Beschluss vom 16. Dezember 2009 hat sie auf die tarifliche Unterscheidung zwischen dem teilweisen bzw. vollständigen Vervielfältigen von Werken verzichtet und sich für die Genehmigung des ganzen Tarifs als zuständig erklärt. Gleichzeitig wurde die Vergütung um zwanzig Prozent gesenkt. Im gleichen Verfahren hat sie auch die Konsumentenorganisationen als massgebende Nutzerverbände für diesen Tarif anerkannt.

Im ebenfalls umstrittenen GT 2b musste die Schiedskommission im Wesentlichen die Angemessenheit der Vergütungen für Weitersendeangebote prüfen, welche unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Zwar verzichtete die Schiedskommission auf eine Tarifreduktion; sie räumte aber den Nutzern die Möglichkeit ein, gestützt auf die erzielten Bruttoeinnahmen im Folgejahr eine Korrektur der Abrechnungen zu verlangen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Nutzer die Bruttoeinnahmen, welche sie mit den unter diesen Tarif fallenden Nutzungen von Werken und Leistungen erzielten, mit einer konsolidierten und überprüften Jahresrechnung offen legen.

Auf ein vorgängig eingereichtes Revisionsgesuch betreffend den bisherigen GT 2b<sup>28</sup> konnte die Schiedskommission nicht eintreten, da die erforderlichen Voraussetzungen zur Revision des Tarifs weder unter tariflichen noch gesetzlichen Gesichtspunkten gegeben waren.

---

<sup>26</sup> Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR.

<sup>27</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.

<sup>28</sup> Mit Beschluss vom 1. Mai 2007 genehmigt.



Weiter hatte die Schiedskommission den Tarif A Fernsehen der Swissperform<sup>29</sup> zu beurteilen. Umstritten war hier zwischen den Parteien insbesondere, wann und wie ein Tonträger geschützt ist, wenn nur ein Teil der auf ihm festgehaltenen Künstlerinnen und/oder Künstler die personalen Anknüpfungskriterien der für die Schweiz geltenden internationalen Übereinkommen bzw. von Art. 35 Abs. 4 URG erfüllt. Im Weiteren bestanden unterschiedliche Auffassungen sowohl über den Begriff des im Handel erhältlichen Tonbildträgers, wie auch bezüglich der Übernahme von Radiosendungen in Fernsehprogrammen und der Entschädigungshöhe bei der Sendung geschützter Tonaufnahmen. Hinsichtlich des Anknüpfungskriteriums hat die Schiedskommission mit Beschluss vom 9. November 2009 befunden, dass es genügt, wenn bei einer aufgenommenen Darbietung mindestens ein ausübender Künstler oder eine ausübende Künstlerin die Schutzvoraussetzungen erfüllt, um Anspruch auf eine angemessene Vergütung zu haben. Was die im Handel erhältlichen Tonbildträger betrifft, genügt es nach Auffassung der Schiedskommission, wenn ein Werk im Zeitpunkt der Sendung im Handel erhältlich ist, ohne dass im konkreten Fall das für die Sendung benutzte Werkexemplar auch tatsächlich im Handel erworben sein muss. Bei der Verwendung unverändert übernommener Radioprogramme in Fernsehprogramme wurde entschieden, dass hierfür unter dem Fernsehtarif eine entsprechende Entschädigung zu leisten ist. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung hat die Schiedskommission den nachgesuchten Entschädigungsansatz für Tonträger halbiert. Ausserdem hat sie beschlossen, dass während der Geltungsdauer des Tarifs, die Entschädigung sich um maximal 10 Prozent gegenüber dem bisherigen Tarif erhöhen darf.

Von den als Einigungstarife in Zirkularverfahren genehmigten Tarifen ist insbesondere noch auf zwei Beschlüsse hinzuweisen. So wurde mit dem Beschluss vom 26. Mai 2009 ein revidierter GT 4d<sup>30</sup> genehmigt, mit dem die Vergütungen für die Speicher in Audio-Aufnahmegeräten (insbesondere Mp3-Player) sowie in Audiovisions-Aufnahmegeräten erheblich gesenkt wurden. Mit dem GT 10<sup>31</sup> konnte am 9. Dezember 2009 ausserdem ein neuer Tarif genehmigt werden, der gestützt auf das geänderte Urheberrechtsgesetz<sup>32</sup> das gesetzlich erlaubte Vervielfältigen und Verbreiten geschützter Werke und Leistungen in einer für Menschen mit Behinderungen zugänglichen Form abdecken soll.

Die Kommissionsentscheide aus dem Berichtsjahr wurden – soweit sie in Rechtskraft erwachsen sind – auf der Website der Kommission<sup>33</sup> veröffentlicht.

### 5.2.2. Rechtsprechung durch das Bundesverwaltungsgericht

Hinsichtlich des Beschlusses vom 11. Dezember 2007 betreffend den Tarif AS<sup>34</sup> der Swissperform, hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Swissperform mit Ur-

---

<sup>29</sup> Vgl. Fn. 21.

<sup>30</sup> Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten.

<sup>31</sup> Verwendung von Werken und Leistungen durch Menschen mit Behinderungen.

<sup>32</sup> Art. 24c URG.

<sup>33</sup> [www.eschk.admin.ch/eschk/de/home/dokumentation/beschluesse/2009.html](http://www.eschk.admin.ch/eschk/de/home/dokumentation/beschluesse/2009.html).

<sup>34</sup> Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) in Programmen, die ins Internet eingespeist werden (Simulcasting und Webradio).

teil vom 12. Juni 2009 abgewiesen. Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht befunden, dass die Schiedskommission der Tarifvorlage zu Recht die Genehmigung verweigert und den nachgewiesenen Sachverhalt weder unrichtig noch unvollständig festgehalten hat und auch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör nicht verletzt hat. Auf Grund der gegebenen Situation hat es sich nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts erübrigt, zur vorläufigen rechtlichen Qualifikation des Simulcasting durch die Vorinstanz Stellung zu nehmen.

Noch nicht entschieden hat das Bundesverwaltungsgericht über den ihm vom Bundsgericht zur erneuten Beurteilung zugewiesenen GT 3c<sup>35</sup>.

Anfangs Dezember fand im Rahmen des oben erwähnten Ausstandsverfahrens im GT 4e eine Instruktionssitzung des Bundesverwaltungsgerichts statt, in dem die Parteien zu einer Einigungslösung fanden.

### 5.2.3. Rechtsprechung durch das Bundesgericht

Mit Entscheid vom 18. März 2009 hat das Bundesgericht bezüglich des GT 3c befunden, dass es ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, einzelnen Rechtsinhabern oder Rechtsinhaberinnen den verwaltungsrechtlichen Beschwerdeweg zu öffnen und hat deshalb den Tarif zum materiellen Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

Konkret stellte das Bundesgericht in seinem Entscheid fest, dass sich die Frage der Beschwerdelegitimation ausschliesslich nach Art. 48 VwVG beurteilt. Ausgehend vom Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen ihre 'Public Viewing'-Rechte bei Veranstaltungen mit Bildschirmen mit einer Diagonale von über 3 Metern bisher weitgehend selber wahrgenommen hatten, befand das Bundesgericht, dass sie als Dritte, welche sich bei der Ausgestaltung ihrer Verträge im Hinblick auf die Euro 2008 auf das bisherige Verwertungssystem verlassen durften, in ihren schutzwürdigen Interessen berührt waren. In einer solchen Situation sei den Rechteinhabern ein eigenständiges schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung des Genehmigungsentscheids zuzuerkennen. Auch die Spezialregelung im Urheberrechtsgesetz beschränke den Zugang zum anschliessenden Beschwerdeverfahren nicht.

Ausserdem wurde es als problematisch bezeichnet, wenn für die Tarifgenehmigung massgebliche Gesichtspunkte nicht schon vor der Genehmigungsbehörde, sondern erst nachträglich im Rechtsmittelverfahren eingebracht werden können. Falls divergierende, eigenständige Interessen bestehen, hält es das Bundesgericht für gerechtfertigt, ausnahmsweise den verwaltungsrechtlichen Beschwerdeweg zu öffnen. In solchen Fällen sollen die Berechtigten über den Wortlaut von Art. 46 Abs. 2 URG bzw. Art. 59 Abs. 2 URG hinaus auch bereits in das Genehmigungsverfahren vor der Schiedskommission einbezogen werden. Die Zulassungspraxis sei insofern zu relativieren.

Es wird sich inskünftig zeigen, welche Auswirkungen dieser Entscheid auf die Verfahren vor der Schiedskommission haben wird. Dass die Entscheide der Schiedskommission auf ver-

---

<sup>35</sup> Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ('Public Viewing').

waltungsrechtlichem Wege gemäss Art 48 VwVG durch Dritte angefochten werden können bzw. angefochten werden konnten, falls dieser Dritte durch die angefochtene Verfügung in seinen schutzwürdigen Interessen besonders berührt ist, ist an sich nichts Neues. Neu am vorliegenden Entscheid ist indessen, dass diese besonders betroffenen Parteien auch bereits in das Genehmigungsverfahren vor der Schiedskommission einzubeziehen sind. Dies dürfte aber gemäss Bundesgericht nur in Ausnahmesituationen zum Tragen kommen und vor allem der Fall sein, wenn die Verwertungsgesellschaften einen Tarif vorlegen, bei dem unsicher ist, ob die Verwertung der entsprechenden Rechte vollumfänglich unter Bundesaufsicht steht oder nicht<sup>36</sup> bzw. solche Rechte neu der kollektiven Verwertung unterstellt werden. In diesen Fällen, in denen die Schiedskommission entsprechende Abgrenzungsfragen klären muss, sind allenfalls auch weitere berührte Parteien in das Verfahren einzubeziehen oder diese zumindest anzuhören und ihre Argumente in den rechtlichen Erwägungen zu berücksichtigen. Liegt keine solche Ausnahmesituation vor, ist an der bisherigen Praxis festzuhalten, wonach die Verwertungsgesellschaften grundsätzlich mit den massgebenden Parteien zu verhandeln haben und nur diese am Genehmigungsverfahren zu beteiligen sind.

## 6. Rechtsetzung

Die Schiedskommission wird in der Organisation des Bundes als ausserparlamentarische Kommission betrachtet. Sie ist daher von der erneuten Revision der RVOV<sup>37</sup> betroffen<sup>38</sup>. Mit dem Einbezug der Entschädigungen für die Mitglieder in diese Verordnung werden nun wesentliche Aspekte der Schiedskommission wie Wahlvoraussetzungen, Vertretung der Geschlechter, Höchstzahl an Mitgliedern, Entschädigung und vieles mehr für alle ausserparlamentarischen Kommissionen einheitlich geregelt.

Da die Schiedskommission vom Bundesgericht aber als richterliche Instanz anerkannt ist und auch sonst gegenüber anderen ausserparlamentarischen Kommissionen weitere Unterschiede und Besonderheiten aufweist, wird sich zeigen müssen, wie diese Bestimmungen der RVOV an die speziellen Verhältnisse der Schiedskommission adaptiert werden können.

## 7. Teilnahme an Tagungen / Treffen

Das Präsidium der Schiedskommission hat zu Beginn des Berichtsjahres an informellen Treffen mit dem Bundesverwaltungsgericht und dem Preisüberwacher teilgenommen. Dies erlaubte der Schiedskommission ihre Tätigkeit vorzustellen und auch allgemeine Fragen und Erwartungen zu erörtern.

Vertreter der Schiedskommission nahmen wiederum an dem vom Institut für Geistiges Eigentum für die interessierten Kreise organisierten Urheberrechtstreffen teil. Dieses Treffen, das sich im Berichtsjahr einem erweiterten Umfeld geöffnet hat, soll dazu beitragen, sich über offene Fragen im Bereich Urheberrecht zu informieren und auszutauschen. Im Frühling

---

<sup>36</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 2.

<sup>37</sup> Art. 8a - 8i RVOV.

<sup>38</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. 4.

hatte die Schiedskommission ausserdem Gelegenheit, ihre Aufgaben und Tätigkeiten einer chinesischen Delegation vorzustellen.

Anfangs Oktober fand ein Informationsanlass für die Mitglieder der Schiedskommission statt, zu dem wir auch den Preisüberwacher als Referenten begrüßen durften. Zudem bot dieses Treffen auch für die Mitglieder der ESchK Gelegenheit, sich gegenseitig kennen zu lernen, da die Kommission üblicherweise nur in Spruchkammern zusammentritt.

### **8. Ausblick und Schlussbemerkungen**

Wie bereits ausgeführt, musste die Schiedskommission im Rahmen verschiedener Tarifgenehmigungsverfahren vorfrageweise heikle Rechtsfragen klären. Aber auch die Angemessenheitsprüfung - als eigentliche Kernaufgabe der ESchK - hat sich als zunehmend schwierig erwiesen. Dies mag allenfalls damit zusammen hängen, dass sich in jüngster Vergangenheit das wirtschaftliche Umfeld stark geändert hat und die Nutzerseite entsprechend sensibel auf Erhöhungen bei den Urheberrechtsvergütungen reagiert. Dazu kommt, dass mit der Zwischenschaltung des Bundesverwaltungsgerichts die Bereitschaft, bei umstrittenen Tarifen den Entscheid der Schiedskommission zu akzeptieren, eher abgenommen hat.

Rückblickend bleibt die Feststellung, dass 2009 für die Schiedskommission ein schwieriges Jahr war. Zu diesem Eindruck beigetragen haben vor allem auch die Fragen rund um den Ausstand verschiedener Mitglieder in den jeweiligen Spruchkammern. Dabei stand insbesondere das Ausstandsgesuch gegen ein unabhängiges Mitglied im Vordergrund, das erst anlässlich einer Instruktionsverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht erledigt werden konnte. Diesem Mitglied wurde insbesondere vorgeworfen, dass es sich zu einer bestimmten Rechtsfrage bereits öffentlich geäußert hat und deshalb in einem Tarif, in dem diese Frage eine zentrale Rolle spiele, wegen Vorbefasstheit nicht mehr als unabhängiger Richter am Verfahren teilnehmen könne. Dies führte letztlich auch zu einer Unsicherheit im Hinblick auf die Neubesetzung des Präsidiums der ESchK, sollte doch das vom Ausstand betroffene Mitglied zur Nachfolge im Präsidium vorgeschlagen werden. Es blieb daher nur die Möglichkeit, das Mandat der Präsidentin um ein Jahr zu verlängern. Das Wahlverfahren zur Besetzung des Präsidiums muss aber 2010 zwingend nachgeholt werden. Vor Bundesverwaltungsgericht konnten sich die Parteien dahingehend verständigen, dass das unabhängige Mitglied in diesem Verfahren ausscheidet, aber weiterhin für die Kommission tätig ist, da die Frage der Unabhängigkeit nur in diesem einen Fall und nur aufgrund einer vorgängig geäußerten Rechtsauffassung problematisch erscheinen mag.

Die Ausstandsproblematik zeigte sich aber auch bei den von den Nutzerverbänden bzw. den Verwertungsgesellschaften für die Kommission vorgeschlagenen Mitgliedern, wenn diese gleichzeitig als Rechtsanwälte tätig sind und entsprechende Mandate im Bereich Urheberrecht wahrnehmen. Zwar lässt das URG eine gewisse Nähe zu einer Verwertungsgesellschaft oder zu einem Nutzerverband zu, in dem ausdrücklich festgelegt wird, dass die Zugehörigkeit eines Mitglieds zu einer Verwertungsgesellschaft oder einem Nutzerverband für

sich allein kein Ausstandsgrund ist<sup>39</sup>. In drei Fällen wurde die Situation aber als derart heikel eingestuft, dass diese Mitglieder in den jeweiligen Spruchkammern ersetzt werden mussten.

Diese Auswechslungen führten mit einer Ausnahme in den betroffenen Tarifen zu erheblichen Verzögerungen in den Genehmigungsverfahren. Aber auch die Zusammensetzung der für die Beurteilung der einzelnen Tarife zuständigen Spruchkammern erwies sich damit in zunehmendem Masse als äusserst schwierig. Da es trotz der an sich grossen Kommission für die einzelnen Sachgebiete nur wenige Spezialisten gibt, steht nämlich nur ein eingeschränkter Spielraum bei Auswechslungen zur Verfügung.

In diesem Zusammenhang, aber auch mit der Unterstellung der vom Bundesgericht als gerichtliche Instanz eingestuften Schiedskommission unter die ausserparlamentarischen Kommissionen, hat sich die Frage gestellt, inwieweit die Schiedskommission noch in die heutige Verwertungslandschaft passt oder ob es zur Sicherung der Tarifkontrolle bzw. eines effizienten Genehmigungsverfahrens nicht grundlegender Änderungen bedarf. Denn auch mit der Einführung einer zusätzlichen richterlichen Instanz mit voller Kognition hat sich das Verfahren erheblich verlängert bis ein umstrittener Tarif abschliessend geprüft und allenfalls in Kraft treten kann. Besten Anschauungsunterricht gibt hierzu das Verfahren um den GT 3c, der zwei Jahre nach Tarifeingabe immer noch hängig und noch von keiner Rekursinstanz materiell entschieden worden ist. Zur Vereinfachung des Instanzenweges ist daher zu überlegen, ob der erste Entscheid über die Angemessenheit eines Tarifs nicht von einer zuständigen Verwaltungsstelle zu verfügen ist und dieser Entscheid anschliessend noch vom Bundesverwaltungsgericht in erster und vom Bundesgericht in zweiter Instanz gerichtlich überprüft werden könnte. Für diesen Lösungsansatz würde auch sprechen, dass die Schiedskommission ein eher schwerfälliges Gremium ist und kaum spontan auf unerwartete Eingaben reagieren kann. Dabei gilt es auch zu bedenken, dass sämtliche Mitglieder nur nebenberuflich für die Schiedskommission tätig sind und es sich als zunehmend schwierig erwiesen hat, die Genehmigungsverfahren organisatorisch zu bewältigen. Aber auch die teilweise äusserst aufwändigen Verfahren sind für nebenamtliche Richter eine erhebliche Belastung. Wirksame Abhilfe könnte hier wohl nur eine Gesetzesänderung im oben erwähnten Sinn bringen. Anlässlich einer künftigen Revision des URG wäre es jedenfalls ratsam, diesen Punkt sowie entsprechende Möglichkeiten und Massnahmen näher zu prüfen.

Eidg. Schiedskommission für die Verwertung  
von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten  
Die Präsidentin:

D. Wüthrich-Meyer

---

<sup>39</sup> Art. 57 Abs. 3 URG.

## **Geschäftsbericht ESchK 2009**

*Anhang 1:* Liste der Kommissionsmitglieder

*Anhang 2:* Übersicht über die Tarifabrechnungen 2009

*Anhang 3:* Übersicht über die 2009 geprüften Tarife

## Geschäftsbericht 2009 der ESchK

### Liste der Kommissionsmitglieder:

#### **Präsidentin:**

Wüthrich-Meyer Danièle, Oberrichterin, Nidau

#### **Beisitzende Mitglieder:**

Hunziker Schnider Laura, Dr.iur., Oberrichterin, Zürich

Tissot Nathalie, dr en droit, professeur, La Chaux-de-Fonds (bis 31.12.2009)

Graber Christoph Beat, Prof. Dr.iur., Bern

Govoni Carlo, lic.iur., Bern

De Werra Jacques, dr en droit, professeur, Genève (ab 01.01.2010)

#### **Vertreter und Vertreterinnen der Verwertungsgesellschaften:**

Alder Daniel, Dr.iur., Rechtsanwalt, Zürich

Berger Mahtis, Dr.iur., Rechtsanwalt, Zürich

Egloff Willi, Dr.iur., Fürsprecher, Bern

La Spada Anne-Virginie, dr en droit, avocate, Genève

Maradan Claudia, dr en droit, avocate, Lausanne

Rentsch Rudolf A., Rechtsanwalt, Meilen

#### **Vertreter und Vertreterinnen der Nutzerverbände:**

Cherpillod Ivan, dr en droit, professeur, Territet-Veytaux

Egli Klaus, lic.phil., Direktor, Basel

Emmenegger Nicole, lic. iur. , Fürsprecherin, Bern

Frei Peter, lic.oec.publ., Betriebswirtschaftler, Winterthur

Giezendanner-Feller Helene, lic.iur., Rechtsanwältin, Rüschiikon

Gutknecht Hansjörg, Bücherexperte, Weesen

Heinzelmann Wilfried, Dr.iur., Rechtsanwalt, Winterthur

Isler Rudolf, Produzent und Geschäftsführer, Zollikon

König Jürg, Präsident ASCO, Zürich

Mosimann Peter, Dr.iur, Advokat, Binningen

Pfortmüller Herbert, Dr.iur., Rechtsanwalt, Küsnacht ZH

Pletscher Thomas, lic.iur., Pfaffhausen

Siegrist Jürg, eidg. dipl. Werbeleiter, Basel

Stucki Frederik, Direktor, Bern

Tschöpe Andreas, lic.rer.pol., Bern

Wagner Eichin Martina, Rechtsanwältin, Zürich

Willi Thomas, Dr.iur., Rechtsanwalt und Notar, Emmenbrücke

## Geschäftsbericht 2009 der ESchK

## Übersicht über Tarifa abrechnungen

Tarif	Eingabe vom	Antragstellerinnen <sup>1</sup>	V/Z <sup>2</sup>	Beschluss vom	Genehmigt bis	Auslagen <sup>3</sup>	Gebühren	Total I
<b>2009 geprüft und abgerechnet:</b>								
GT 3b	22.05.2009	SUISA, PL, SSA, SI, SwP	Z	19.10.2009	31.12.2010	2'381.35	1'200.00	3'581.35
GT 4a	18.05.2009	SUISA, PL, SSA, SI, SwP	Z	25.08.2009	31.12.2010	2'277.95	1'200.00	3'477.95
GT 4d	19.12.2008	SUISA, PL, SSA, SI, SwP	Z	26.05.2009	31.12.2010	2'567.00	1'800.00	4'367.00
GT 10	17.08.2009	PL, SSA, SUISA, SI, SwP	Z	09.12.2009	31.12.2011	2'242.20	1'600.00	3'842.20
GT 12	30.06.2008	SI, PL, SSA, SUISA, SwP	Z	23.02.2009	31.12.2009	2'218.90	2'400.00	4'618.90
GT Hb	26.05.2009	SUISA, SwP	Z	19.10.2009	31.12.2010	2'379.60	1'400.00	3'779.60
GT S	30.06.2009	SUISA, SwP	Z	23.11.2009	31.12.2010	2'189.95	1'300.00	3'489.95
ZT zum GT S	30.06.2009	SwP	Z	23.11.2009	31.12.2010	2'178.75	1'200.00	3'378.75
GT T	13.05.2009	SUISA, SwP	Z	19.08.2009	31.12.2010	2'204.45	1'200.00	3'404.45
GT Y	27.04.2009	SUISA, SwP	Z	19.08.2009	31.12.2011	2'236.30	1'200.00	3'436.30
GT Z	30.06.2009	SUISA, SwP	Z	17.11.2009	30.06.2010	2'309.20	1'200.00	3'509.20
Tarif A SUISA	15.05.2009	SUISA	Z	06.10.2009	31.12.2010	2'196.90	1'200.00	3'396.90
Tarif A Radio	26.05.2009	SwP	Z	06.10.2009	31.12.2012	2'195.85	1'400.00	3'595.85
Tarif B	26.06.2009	SUISA	Z	17.11.2009	31.12.2014	2'194.45	1'500.00	3'694.45
Tarif PI	28.05.2009	SUISA	Z	19.10.2009	31.12.2010/11	2'211.55	1'500.00	3'711.55
Tarif VN	18.06.2009	SUISA	Z	17.11.2009	31.12.2010	2'194.45	1'300.00	3'494.45
Tarif W	15.05.2009	SUISA	Z	06.10.2009	31.12.2010	2'196.90	1'200.00	3'396.90
<b>2009 geprüft, noch nicht abgerechnet:</b>								
GT 2b	30.06.2009	SI, PL, SSA, SUISA, SwP	V	26.11.2009	31.12.2011/13	6'415.65	2'000.00	8'415.65
GT 2b Revision	20.04.2009	Swissstream	V	26.11.2009		1'000.00	500.00	1'500.00
GT 12	30.06.2009	SI, PL, SSA, SUISA, SwP	V	16.12.2009	31.12.2010/12	6'652.00	2'200.00	8'852.00
Tarif A TV	06.07.2009	SwP	V	09.11.2009	31.12.2012	4'714.80	2'000.00	6'714.80
<b>Ende 2009 hängige Tarife:</b>								
GT 3a Radio	31.03.2009	SUISA, PL, SSA, SwP				0.00	0.00	0.00
GT 3a TV	31.03.2009	SI, SUISA, PL, SSA, SwP				0.00	0.00	0.00
GT 4e	27.02.2009	SUISA, PL, SSA, SI, SwP				0.00	0.00	0.00
<b>Total II</b>						<b>57'158.20</b>	<b>30'500.00</b>	<b>87'658.20</b>

<sup>1</sup> PL = ProLitteris, SSA = Société suisse des auteurs, SI = Suissimage, SwP = Swissperform.

<sup>2</sup> Mündliche Verhandlung (V) bzw. Zirkularbeschluss (Z).

<sup>3</sup> Auslagen, die den Verwertungsgesellschaften im Geschäftsjahr in Rechnung gestellt worden sind.



## Geschäftsbericht 2009 der ESchK

Übersicht über die im Jahr 2009 von der ESchK behandelten Tarife:

- *Gemeinsamer Tarif 2b* (Entschädigung für das Weitersenden von Radio- und Fernsehprogrammen und der darin enthaltenen Werke und Leistungen über IP-basierte Netze auf mobile Endgeräte oder auf PC-Bildschirme ) vom 26. November 2009;
- *Gemeinsamer Tarif 2b; Revisionsgesuch* (Entschädigung für das Weitersenden geschützter Werke und Leistungen über IP-basierte Netze auf mobile Endgeräte oder auf PC-Bildschirme) vom 26. November 2009;
- *Gemeinsamer Tarif 3a Radio und Tonträger* (Empfang von Radiosendungen ausserhalb des privaten Bereichs und Aufführungen mit Tonträgern zur allgemeinen Hintergrundunterhaltung) vom 11. Dezember 2009;
- *Gemeinsamer Tarif 3a TV* (Empfang von Fernsehsendungen ausserhalb des privaten Bereichs sowie gewisse Vorführungen von Tonbildträgern) vom 11. Dezember 2009;
- *Gemeinsamer Tarif 3b* (Bahnen, Flugzeuge, Reisebussen, Reklamelautsprecher-Wagen, Schaustellergeschäfte, Schiffe) vom 19. Oktober 2009;
- *Gemeinsamer Tarif 4a* (Leerkassettenvergütung) vom 25. August 2009;
- *Gemeinsamer Tarif 4d* (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten) vom 26. Mai 2009;
- *Gemeinsamer Tarif 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) (noch keine Entscheidung);
- *Gemeinsamer Tarif 10* (Verwendung von Werken und Leistungen durch Menschen mit Behinderungen) vom 9. Dezember 2009;
- *Gemeinsamer Tarif 12* (Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR) vom 23. Februar 2009;
- *Gemeinsamer Tarif Hb* (Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung) vom 19. Oktober 2009;
- *Gemeinsamer Tarif S* (Sender) vom 23. November 2009;
- *Zusatztarif zum Gemeinsamen Tarif S* (Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken) vom 23. November 2009;
- *Gemeinsamer Tarif T* (Tonbildträger-Vorführungen gegen Eintritt [ohne Kinos], Telekiosk, Audiotex-, Videotex- und ähnliche Dienste, Empfang von Sendungen auf Grossbildschirmen) vom 19. August 2009;
- *GT Y* (Abonnements-Radio und -Fernsehen) vom 19. August 2009;
- *Gemeinsamer Tarif Z* (Zirkus) vom 17. November 2009;
- *Tarif A Radio Swissperform* (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Radio) vom 6. Oktober 2009;
- *Tarif A Fernsehen Swissperform* (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen) vom 9. November 2009;

- *Tarif A SUISA* (Sendungen der SRG SSR idée suisse [ohne Werbesendungen]) vom 6. Oktober 2009;
- *Tarif B* (Musikvereinigungen und Orchestervereine) vom 17. November 2009;
- *Tarif PI* (Aufnahmen von Musik auf Tonträger, die ans Publikum abgegeben werden [ohne Musikdosen]) vom 19. Oktober 2009;
- *Tarif VN* (Aufnahmen von Musik auf Tonbildträger, die nicht ans Publikum abgegeben werden) vom 17. November 2009;
- *Tarif W* (Werbesendungen der SRG SSR idée suisse) vom 6. Oktober 2009.