

Beschluss vom 19. Dezember 1997
betreffend den Gemeinsamen Tarif S (GT S)
(Sender)

Besetzung:

Präsidentin:

- Verena Bräm-Burckhardt, Kilchberg

Neutrale Beisitzer:

- Danièle Wüthrich-Meyer, Nidau
- Martin Baumann, St. Gallen

Vertreter der Urheber und Rechtsinhaber verwandter Schutzrechte:

- Rudolf A. Rentsch, Meilen

Vertreter der Werknutzer:

- Dino Bornatico, Porza

Sekretär:

- Andreas Stebler, Bern

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Die beiden Verwertungsgesellschaften SUI SA und SWISSPERFORM beantragten mit Eingabe vom 15. Juli 1994 den *Gemeinsamen Tarif S (GT S)* in der Fassung vom 11. Juli 1994 zu genehmigen. Gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG genehmigte die Schiedskommission mit Beschluss vom 21. November 1995 diesen Tarif mit etlichen Änderungen für eine Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 1995 bis zum 31. Dezember 1997.

In der Folge gelangten sowohl der Verband Schweizer Privatradios (VSP) wie auch die Association romande de radios et de télévisions régionales (RRR) mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Diese beiden Nutzerorganisationen rügten den Beschluss der Schiedskommission in mehreren Punkten als bundesrechtswidrig. Umstritten war insbesondere die Frage, ob ein Sender, der Ton- oder Tonbildträger verwendet, mit einer *ephemerer Aufnahme* beziehungsweise einer *Kopie zu Archivierungszwecken* den Rahmen von Art. 35 Abs. 1 URG sprengt und damit in das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht der ausübenden Künstler und der Tonträger- bzw. Tonbildträgerhersteller eingreift. Die Beschwerdeführerinnen wünschten aber auch eine Klärung des Umfangs des Gegenrechtvorbehalts von Art. 35 Abs. 4 URG im Zusammenhang mit dem Rom-Abkommen.

Aufgrund der Tatsache, dass der *GT S* vor Bundesgericht hängig war sowie des Umstandes, dass die von der Schiedskommission genehmigte Fassung am 31. Dezember 1997 ohnehin auslaufen würde, haben die beiden am *GT S* beteiligten Verwertungsgesellschaften SUI SA und SWISSPERFORM mit Eingabe vom 28. Mai 1997 den Antrag gestellt, diesen Tarif um ein Jahr zu verlängern.

2. Mit Entscheid vom 20. Juni 1997 hat das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise gutgeheissen, den angefochtenen Entscheid aufgehoben und zur Neuurteilung an die Schiedskommission zurückgewiesen. Dabei hat das Bundesgericht von der ESchK verlangt, dass sie im Hinblick auf den Umfang von Art. 35 Abs. 1 URG die

offen gelassenen rechtlichen und tatsächlichen Fragen abklärt und auch der Frage der Leistungsschutzrechte bei den Archivierungskopien noch nachgehen müsse. Ausserdem hat das Bundesgericht die innerstaatliche Gültigkeit der von der Schweiz anlässlich des Beitritts zum Rom-Abkommen angebrachten Vorbehalte bestätigt. Daher sei zusätzlich zu prüfen, ob unter diesen Voraussetzungen das von der Schiedskommission angenommene Verhältnis der geschützten zu den ungeschützten Tonträgern weiterhin Bestand habe.

Gestützt auf dieses Urteil zogen sowohl die SUIISA wie auch die SWISSPERFORM ihren bereits eingereichten gemeinsamen Verlängerungsantrag zurück. Nach Vorliegen des schriftlich begründeten Bundesgerichtsentscheides stellte die SUIISA allerdings am 14. Oktober 1997 den Antrag, zumindest den Urheberrechtsteil des bisherigen Tarifs zu genehmigen und für die Jahre 1995 bis 1997 in Kraft zu setzen und diesen Teil bis 31. Dezember 1998, eventualiter bis 31. Dezember 1999, zu verlängern.

3. Die Schiedskommission setzte nach Eingang der Begründung des Bundesgerichtsentscheides am 17. Oktober 1997 das Genehmigungsverfahren mit der Einsetzung der Spruchkammer sowie der Ansetzung einer Sitzung fort. Gleichzeitig erhielten die Parteien Gelegenheit, die Sachverhaltsfeststellungen zur Festsetzung des Vergütungsanspruchs für die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern zum Zweck der Sendung sowie bezüglich dem Verhältnis der vergütungspflichtigen zu den nicht vergütungspflichtigen Tonträgern zu ergänzen. Den Nutzerorganisationen wurde zusätzlich die Gelegenheit eingeräumt, sich zum Antrag der SUIISA auf Genehmigung des Tarifs bezüglich der Urheberrechte zu äussern.

Während sich die SUIISA in der Folge darauf beschränkte, ihre Vernehmlassung vom 20. Januar 1997 an das Bundesgericht zu bestätigen, legte die SWISSPERFORM mit Schreiben vom 17. November 1997 einen geänderten Tarifantrag vor und verlangte dessen Genehmigung für die Zeitspanne vom 1. Januar 1995 bis zum 31. Dezember 1999. Diesem Antrag wurde ein technischer Bericht über den Einsatz von ephemeren Aufnahmen für

die Sendung von Handelstonträgern bei den Schweizer Privatsendern beigelegt. Gleichzeitig wurde die unmittelbare Vorlage des geänderten Tarifantrags an den Preisüberwacher verlangt.

Im weiteren gingen ebenfalls mit Datum vom 17. November 1997 zwei gemeinsame Stellungnahmen von RRR und VSP sowie eine Stellungnahme von Privatrado Suisse (PRS) ein. Dabei vertraten RRR und VSP die Auffassung, dass eine Verlängerung des *GT S* nur bezüglich des Urheberrechtsteils der Verpflichtung nach einem gemeinsamen Tarif widersprechen würde (Art. 47 URG). Der Antrag der SUIISA auf Verlängerung des *GT S* bezüglich des Urheberrechtsteils sei somit abzulehnen. Als Übergangslösung wurde die Zahlung von Akontozahlungen an die SUIISA beantragt. Allfällige neue Tarifanträge der SWISSPERFORM wurden vorsorglicherweise ebenfalls abgelehnt.

Auf die von den Parteien sowohl in ihren schriftlichen Eingaben wie auch anlässlich der mündlichen Anhörung geäußerten weiteren Auffassungen wird bei den einzelnen von der Schiedskommission zu beurteilenden Punkten einzugehen sein.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

A. Formelles

1. Gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid vom 20. Juni 1997 betreffend *GT S* hat die Schiedskommission den Umfang von Art. 35 Abs. 1 URG, die Frage der Archivkopien sowie das Verhältnis der 'geschützten zu den ungeschützten Werken' d.h. der vergütungspflichtigen zu den nicht vergütungspflichtigen Tonträger zu klären.

Dabei wird zu berücksichtigen sein, dass das Bundesgericht – obwohl es den Genehmigungsbeschluss der Schiedskommission vollständig aufgehoben hat - den mit Beschluss vom 21. November 1995 genehmigten Urheberrechtsteil des Tarifs nicht beanstandet hat. Somit ist im Rahmen dieses Verfahrens auch auf den Antrag der SUIISA einzutreten, den

unveränderten Urheberrechtsteil des Tarifs rückwirkend für die Jahre 1995 bis 1997 zu bestätigen und um ein oder allenfalls um zwei Jahre zu verlängern.

2. Die SWISSPERFORM dagegen legte gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG sowie auf Art. 15 URV einen geänderten Tarifantrag vor. Sie geht davon aus, dass die Verwertungsgesellschaften das Recht haben, während des Genehmigungsverfahrens ihre Tarifanträge zu ändern, wobei es nicht notwendig sei, derart angepasste Tarifvorschläge vor dem Genehmigungsverfahren nochmals mit den massgeblichen Nutzerkreisen zu verhandeln.

Art. 59 Abs. 2 URG gibt der Schiedskommission die Möglichkeit, nach Anhörung der am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaften und der Nutzerverbände an einem ihr vorgelegten Tarif Änderungen vorzunehmen. Gemäss Art. 15 Abs. 1 URV hat die Schiedskommission, bevor sie selbst derartige Änderungen vornimmt, der vom Entscheid betroffenen Verwertungsgesellschaft Gelegenheit zu geben, ihre Tarifvorlage so zu ändern, dass eine Genehmigung möglich ist. Dies bedeutet nicht, dass die Verwertungsgesellschaften im Laufe eines Verfahrens von sich aus wesentliche Tarifänderungen vornehmen können, ohne dass sie hierzu von der Schiedskommission aufgefordert worden wären und die vom Tarif betroffenen Nutzerorganisationen dazu hätten Stellung nehmen können. Im vorliegenden Fall ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht den *GT S* zur Neubeurteilung an die Schiedskommission zurückgewiesen hat und die Kommission mit Präsidialverfügung vom 17. Oktober 1997 die erforderlichen Ergänzungen von den Parteien eingeholt und die Anordnungen für die Weiterführung des Genehmigungsverfahrens getroffen hat. Aus diesem Grunde ist auf die Eingabe der SWISSPERFORM nur insoweit einzutreten, als sich dies unmittelbar aus dem Bundesgerichtsentscheid beziehungsweise der entsprechenden Präsidialverfügung ergibt.

3. Es wurde auch die Frage aufgeworfen, ob der *Gemeinsame Tarif S* in einen Urheberrechtstarif und einen Tarif für die verwandten Schutzrechte aufgeteilt werden kann. Die Schiedskommission wird diesen Punkt prüfen müssen, falls für die verwandten Schutzrechte keine Lösung gefunden werden kann, die eine gemeinsame Regelung mit den

grundsätzlich unbestrittenen Urheberrechtsentschädigungen erlaubt. Diese Frage ist somit nur zu entscheiden, falls sich herausstellen sollte, dass für die verwandten Schutzrechte eine Übergangslösung getroffen werden muss, die nicht in einen Gemeinsamen Tarif integriert werden kann.

4. Obwohl die Schiedskommission somit hinsichtlich der Urheberrechte über eine Verlängerung des Tarifs beziehungsweise hinsichtlich der verwandten Schutzrechte über eine allfällige Neuregelung zu befinden hat, handelt es sich formell um die Fortsetzung des 1995 eingeleiteten Verfahrens zur Genehmigung des *Gemeinsamen Tarifs S*. In diesem Verfahren hat der Preisüberwacher bereits Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme erhalten. Im Rahmen der Fortsetzung des Verfahrens nach dem bundesgerichtlichen Entscheid besteht somit kein Anlass, ihn nochmals zu konsultieren. Dabei kann die Frage offen bleiben, ob der Preisüberwacher miteinzubeziehen gewesen wäre, falls die Schiedskommission den geänderten Antrag der SWISSPERFORM ohne Einschränkung entgegengenommen hätte.

B. Materielles

a. Ephemere Aufnahmen

1. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid festgehalten, dass bei der Festlegung der Entschädigung gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG zu berücksichtigen ist, welche Leistungen mit der Bezahlung dieser Vergütung abgegolten werden. Dies gelte selbst dann, wenn sich die tariflichen Ansprüche nach den Einnahmen der Sender richten und damit nicht unmittelbar davon abhängen, ob von den im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern zu Sendezwecken noch ephemere Aufnahmen erstellt werden. Daher müsse zur Beurteilung der Angemessenheit des *GT S* abgeklärt werden, ob die Ausschliesslichkeitsrechte der ausübenden Künstler und der Hersteller von Ton- oder Tonbildträgern (Art. 33 Abs. 2 Bst. c, Art. 36 URG) bei ephemeren Aufnahmen zusätzlich geltend gemacht werden können oder ob diese in Art. 35 Abs. 1 URG aufgehen. Ein Sender müsse letztlich wissen, welche Rechte er mit dem *GT S* erhalte. Nebst der Beantwortung rechtlicher Fragen sind dazu nach Auffassung des Bundesgerichts noch weitere Sachverhaltsabklärungen nötig.

So müsse beispielsweise geklärt werden, wie häufig und in welchen Situationen ephemere Aufnahmen erstellt werden, welchen wirtschaftlichen Zweck sie verfolgen und was nach der Ausstrahlung damit geschieht (E. 3 b/bb, b/cc und b/dd). Damit hat das Bundesgericht die grundsätzliche Frage, ob Art. 35 Abs. 1 URG die Erlaubnis zu ephemeren Aufnahmen beinhaltet oder nicht, zur Entscheidung an die Schiedskommission zurückgewiesen.

2. In Anlehnung an einen neueren Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission bezeichnet SWISSPERFORM ephemere Aufnahmen als vorübergehende, integralen Teil einer technischen Nutzung bildende Vervielfältigungen, denen keine eigenständige ökonomische Relevanz zukommt. Dabei unterscheidet sie zwischen den zeitweiligen Speicherungen, welche rein technisch an den Ablauf des Nutzungsvorgangs gebunden sind und diesen nicht überleben und solchen, bei denen losgelöst vom Nutzungsvorgang eine nutzbare Kopie entsteht, die nach Vollendung des Nutzungsvorgangs nicht mehr benötigt wird und deshalb ohne Beeinträchtigung des Nutzungsvorganges gelöscht werden kann. Während die erste Art von ephemeren Aufnahmen gemäss SWISSPERFORM kaum Probleme bietet, brauche es vor allem für die zweite Variante gewisse Schranken, da diese in Konkurrenz zu den vom Rechtsinhaber autorisierten Kopien treten könne. Es wird auch darauf hingewiesen, dass in den Fällen, in denen nationale Gesetze ephemere Aufnahmen erlauben, ihre Löschung nach einer relativ kurzen Zeit vorgesehen sei.

Im weiteren wird betont, dass die Bedeutung der ephemeren Aufnahmen ohnehin abgenommen habe, weil in einer modernen digitalen Umgebung keine solchen Aufnahmen mehr für den Datentransfer zwischen Aufnahmestudio und Sendestudio notwendig seien. Zeitlich nicht mit dem Sendevorgang zusammenfallende ephemere Speicherungen würden somit nur noch eingesetzt als Sicherheitsspeicherungen zur Überbrückung eines allfälligen Ausfalls des Studionetzes sowie zur kurzzeitigen Speicherung selten gespielter Titel auf dem Server für eine einmalige Programmierung. Daraus wird gefolgert, dass ephemere Aufnahmen nach heutigem Stand der Technik in den meisten Fällen technisch nicht notwendig sind, sondern lediglich die Handhabung erleichtern bzw. die Betriebs-

cherheit erhöhen. Mit dem CD (Compact Disc) -Wechsler (Juke-Box) gebe es zudem auch alternative Technologien. SWISSPERFORM geht davon aus, dass mit dem von ihr vorgelegten geänderten Tarif ein ephemeres Recht etwa in dem Umfang gewährt wird, wie es dem vom Parlament gestrichenen Art. 27 des bundesrätlichen Entwurfs von 1989 zum Urheberrechtsgesetz entspricht.

Von der ephemeren Speicherung grenzt SWISSPERFORM die auf Dauer angelegten Speicherungen von Musiktiteln im zentralen Datenspeicher eines Studionetzes ab, da dies im Rahmen einer zielgruppengerichteten Programmierung neue Verwendungsmöglichkeiten eröffne und somit nicht mehr ausschliesslich den Sendebereich betreffe. Bei der Hard-Disk-Speicherung unterscheidet sie somit zwischen einer der Sendevorbereitung dienenden vorübergehenden Speicherung im ephemeren Teil einer Hard-Disk und der längerdauernden Ablage mit programmatischen Referenzen, wie sie zur automatischen Programmierung dient. Eine Einspeicherung auf Hard-Disk zur wiederholten Verwendung im Rahmen der automatischen Programmierung erachtet sie gemäss oben erwähnter Auffassung als ausserhalb des minimal zur Sendetätigkeit notwendigen Rechtsbestandes und lasse sich auch nicht mehr als ephemere, d.h. als vorübergehend bezeichnen. Im neu vorgelegten Tarif geht sie davon aus, dass die Abgeltung dieser zusätzlichen Rechte zwar im Tarif selbst durch eine eigene Tarifposition geregelt werden kann; dies hindere die Nutzer allerdings nicht daran, diese Rechte - wie bis anhin - unmittelbar von den Rechtsinhabern zu beziehen. Damit enthalte der vorgelegte Tarif auch Tarifpositionen zu den Vervielfältigungsrechten der ausübenden Künstler und Künstlerinnen sowie der Tonträgerhersteller.

Zudem ist SWISSPERFORM der Auffassung, dass Aufnahmen von Sendungen zur Sendedokumentation nicht unter den Begriff 'ephemer' subsumiert werden können, da unter einer ephemeren Aufnahme lediglich die kurzfristige Speicherung mit eigenen Mitteln eines Senders, welche der einmaligen Benutzung zur Sendung diene, zu verstehen sei.

3. Aus der Sicht von VSP und RRR geht es bei den ephemeren Aufnahmen um den Vorgang der Fixierung bzw. des Überspielens eines Tonträgers zum Zwecke der Sendung. In

der von der Schiedskommission durchgeführten Umfrage zur Feststellung des Sachverhalts gehen diese beiden Nutzerorganisationen davon aus, dass heutzutage - allerdings abhängig von der Grösse eines Senders - fast ausschliesslich CD's als Tonträger verwendet werden. Dies könne über einen *CD-Wechsler* (rund die Hälfte der Tonträger) sowie über die Abspeicherung auf eine *Hard-Disk* (andere Hälfte) erfolgen. Dabei wird die Auffassung vertreten, dass Abspeicherungen auf einer Hard-Disk, die vor allem bei häufig genutzten Musiktiteln wiederholt abgerufen werden können, einer ephemeren Aufnahme entsprechen. Da bei diesem Vorgehen keine manuellen Einflüsse mehr möglich seien, erhöhe dies die Betriebssicherheit. VSP und RRR weisen darauf hin, dass der Anteil der ephemeren Aufnahmen aufgrund des vereinfachten Handlings bei der digitalen Verbreitungsform inskünftig eher zunehmen dürfte. Es wird aber auch geltend gemacht, dass ephemere Aufnahmen nicht aus wirtschaftlichen Gründen hergestellt würden, da diese Technik beträchtliche Investitionen erfordere und die Verbesserung der technischen Qualität und die Betriebssicherheit im Vordergrund stünden.

Zum technischen Vorgehen wird ausgeführt, dass die Musiktitel ab CD auf die Hard-Disk eines Personal Computers abgespeichert werden und die Musikstücke nach dem gleichen Schema wie beim CD-Wechsler abgerufen werden können. Die Überspielung auf eine Hard-Disk werde vor allem bei häufig genutzten Musiktiteln vorgenommen. Vor dem Bundesgericht vertraten VSP und RRR die Auffassung, ephemere Aufnahmen seien Sendungen, die man aus technischen Gründen zunächst auf Ton- oder Tonbildträgern fixieren müsse (s. Beschwerdeschrift S. 9, Ziff. 6). Anlässlich der heutigen Sitzung wurde aber auch festgestellt, dass es nicht möglich sei, ephemere Aufnahmen über den Einsatz der Technik bei den Sendeanstalten neu zu definieren (Plädoyernotiz, S. 5).

Die Nutzerseite bestätigt die Ansicht, ephemere Aufnahmen seien vor allem notwendig bei Sendevorproduktionen (z.B. Gesprächsrunden unterbrochen durch Musik). Ephemere Aufnahmen würden aber auch gebraucht für Werbespots, falls ausschnittweise Musik im Rahmen eines Werbespots notwendig sei, sowie für Promotionstrailer für eine Station, einen Anlass und anderes mehr. Es wurde aber auch geltend gemacht, dass die Rechte

sowohl für Werbespots wie auch für Promotionstrailer direkt vom Rechtsinhaber erworben und die Aufnahmen nach Ablauf der Werbekampagne gelöscht würden.

Auch gemäss den Angaben von Privatrado Suisse (PRS) werden vorübergehende Aufnahmen lediglich im Bereich von Vorproduktionen oder von formatierten und automatisierten Programmen, d.h. zur technischen Programmablaufvereinfachung benötigt. Aus dem Umstand, dass bei grösseren Sendern beispielsweise bei Diskussionssendungen die Musik durch einen Techniker 'live' eingespielt wird, schliesst sie, dass kleinere Rundfunkstationen mit weniger personellen Ressourcen eher häufiger ephemere Aufnahmen herstellen als grössere. Nicht nötig seien dagegen ephemere Aufnahmen, wenn anstelle einer Hard-Disk-Automation mit einem CD-Wechsler gearbeitet werde. Für den Programmablauf sei es mit Ausnahme der Zugriffszeiten irrelevant, ob eine CD aus einer Box oder ab Hard-Disk angewählt werde. Es wird indessen bestätigt, dass wirtschaftliche Gründe wie optimaler und effizienter Einsatz von Arbeitskräften, Anlass zur Erstellung von ephemeren Aufnahmen geben können. Weiter wird geltend gemacht, dass ephemere Aufnahmen grundsätzlich gelöscht würden, da die Archivspeicherung aufgrund der Originaltonträger erfolge.

4. Den Darstellungen der Tarifpartner kann entnommen werden, dass der Ausdruck 'ephemere Aufnahmen' nicht klar und eindeutig verwendet wird, reicht doch die Spannweite von der zeitweiligen Speicherung, welche rein technisch an den Ablauf des Nutzungsvorgangs gebunden ist und diesen nicht überlebt, bis zur Abspeicherung auf einer Hard-Disk, was aus technischer Sicht grundsätzlich eine wiederholte Abrufung solcher Aufnahmen erlaubt. Aber auch die Einschätzungen über die künftige Entwicklung der ephemeren Aufnahmen divergieren stark. Während die Nutzerverbände eine starke Tendenz ausmachen, bei den neuen digitalen Verbreitungsformen eher mehr ephemere Aufnahmen zu verwenden, geht die SWISSPERFORM davon aus, dass die Bedeutung der ephemeren Aufnahme in einer modernen digitalen Umgebung eher abnehmen dürfte. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung der ephemeren Aufnahmen bestehen indessen auch zwischen den einzelnen Nutzerorganisationen Differenzen. So geht PRS davon aus,

dass es auch wirtschaftliche (und nicht nur technische) Gründe zur Verwendung ephemerer Aufnahmen gibt, da dies eine optimale und effiziente Einsetzung der Arbeitskräfte erlaube. VPS und RRR heben dagegen das vereinfachte Handling beziehungsweise die Verbesserung der Qualität sowie die Betriebssicherheit hervor. Der Vertreter eines Nutzers stellte anlässlich der mündlichen Anhörung fest, dass es für den Programmablauf unerheblich sei, ob eine CD aus einer Juke-Box oder ab Hard-Disk angewählt werde. Letztlich wird aber auch zu berücksichtigen sein, dass die Nutzung scheinbar so weit gehen kann, dass auf der Grundlage von CD's eigene Tonträger hergestellt werden können (sog. 'Brennen' von CD's), in dem beliebige Werke auf einer CD aufgenommen werden.

5. Im Rahmen dieser tatsächlichen Feststellungen geht es im folgenden um die Prüfung der rechtlichen Aspekte:

5.1. Der Art. 35 Abs. 1 URG gibt den ausübenden Künstlern und Künstlerinnen Anspruch auf eine Vergütung, falls ihre im Handel erhältlichen Ton- oder Tonbildträger zum Zwecke der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung verwendet werden. Gemäss Art. 35 Abs. 2 URG sind die Trägerhersteller an dieser Vergütung angemessen zu beteiligen. Die Schiedskommission muss aufgrund des Bundesgerichtsentscheides die Frage beantworten, ob und allenfalls inwieweit diese Bestimmung in die ausschliesslichen Rechte der ausübenden Künstler und Künstlerinnen (Art. 33 URG) und der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern (Art. 36 URG) eingreift, falls zum Zwecke der Sendung Vervielfältigungen (sog. ephemere Aufnahmen; gemäss Duden Bd. 8, Die sinn- und sachverwandten Wörter, bedeutet 'ephemer' kurzlebig, vorübergehend) hergestellt werden.

Dabei ist davon auszugehen, dass diejenigen Verwendungsarten, welche unter Art. 35 Abs. 1 URG fallen, durch den tariflich festgelegten Vergütungsanspruch, der nur von der zuständigen Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden kann (Art. 35 Abs. 3 URG), abgedeckt sind. Dagegen sind Verwertungshandlungen, die nach Art. 33 und 36

URG das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht betreffen, von der Einwilligung der betroffenen Rechtsinhaber abhängig; diese sind hierfür auch individuell zu entschädigen.

- 5.2. Die Schiedskommission hat in ihrem Beschluss vom 19. Dezember 1996 betreffend den Gemeinsamen Tarif A (GT A) die diesbezügliche Lehre erwähnt und festgestellt, dass die rechtliche Bedeutung von Art. 35 Abs. 1 URG im Zusammenhang mit den ephemeren Aufnahmen unterschiedlich beurteilt wird. Auch das Bundesgericht hat im vorliegenden Entscheid zum *GT S* auf die in der Doktrin umstrittene Tragweite dieser Bestimmung hingewiesen [E.b)cc) mit den dort erwähnten Literaturhinweisen].
- 5.3. Aus dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 URG lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob das Recht zu ephemeren Aufnahmen in dieser Bestimmung enthalten ist. Die Formulierung ‘zum Zweck der Sendung’ sagt nämlich nichts darüber aus, in welcher technischen Weise eine Sendung vorzubereiten oder durchzuführen ist. Dagegen lässt sich feststellen, dass Aufnahmen zu Archiv- oder Dokumentationszwecken nicht zum eigentlichen Sendezweck gehören und somit nicht unter diese Bestimmung subsumiert werden können. Ob sie allenfalls aus anderen Gründen ohne Einwilligung der Rechtsinhaber zulässig sind, wird noch zu prüfen sein (s. hinten Ziff. B/b).
- 5.4. Die sogenannten Zweitnutzungsrechte und damit der in Art. 35 Abs. 1 URG enthaltene Vergütungsanspruch wurden erst im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens in das Gesetz aufgenommen. Der Bundesrat wollte in seinem Entwurf (EURG 89) den Interpreten und Tonträgerherstellern nämlich nur Abwehrrechte (Art. 34ff. EURG) gewähren. Daher bietet die Botschaft zum Entwurf des Bundesrates vom 19. Juni 1989 (BBl III 477ff.) auch keine Auslegungshilfe zum vom Parlament neu aufgenommenen Art. 35 URG.

Indessen lässt sich aus den Gesetzesmaterialien (s. Protokoll SRK zu Art. 35bis, S. 155) entnehmen, dass die Kommission des Ständerates, welche die Einführung der Zweitnutzungsrechte initiierte, diese offensichtlich auf Drängen der Kulturschaffenden und entge-

gen dem Willen der Nutzer aufgenommen hat. Damit dürfte auch offensichtlich sein, dass es sich beim Art. 35 Abs. 1 URG nicht um eine Schutz Ausnahme, sondern vielmehr um einen zusätzlichen Vergütungsanspruch zugunsten der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller handelt, falls ihre Ton- oder Tonbildträger zu Sendezwecken genutzt werden. Durch die Aufnahme dieser Bestimmung zugunsten der Interpreten und der Hersteller von Ton- und Tonbildträgern kann daher nicht auf eine Beschränkung ihrer ausschliesslichen Vervielfältigungsrechte geschlossen werden. Es ist damit davon auszugehen, dass der Art. 35 Abs. 1 URG hinsichtlich der in den Art. 33 Abs. 2 Bst. c und Art. 36 URG gewährten Vervielfältigungsrechte keine grundsätzliche Einschränkung beinhaltet.

- 5.5. Ebenfalls im Laufe des parlamentarischen Verfahrens wurde die im Entwurf des Bundesrates enthaltene Schutz Ausnahme (BBl 1989 III 622; Art. 27 EURG) für Aufnahmen zu Sendezwecken gestrichen. Diese Bestimmung lautete im Wortlaut wie folgt:

‘Für eine erlaubte Sendung oder Weitersendung darf ein Werk auf Ton-, Tonbild- oder Datenträger aufgenommen werden (Abs. 1). Eine zu diesem Zweck entstandene Aufnahme darf nicht veräussert oder sonstwie verbreitet werden’ (Abs. 2).

Gemäss Botschaft (BBl 1989 III 546) sollte diese Ausnahme für Sendungen anwendbar sein, die gestützt auf eine vertragliche oder gesetzliche Lizenz erfolgen. Ein Löschungszwang nach erfolgter Sendung war nicht vorgesehen. Im übrigen wurde in der Botschaft klargestellt, dass eine gestützt auf diese Ausnahme gemachte Aufnahme nicht ohne Erlaubnis des Urhebers für spätere Sendungen verwendet werden durfte.

Eine im Wortlaut ähnliche Bestimmung enthielt unter dem Titel ‘ephemere Aufnahme’ bereits der Entwurf des Bundesrates vom 29. August 1984 zu einem neuen Urheberrechtsgesetz (BBl 1984 III 274, Art. 38). Allerdings war damals noch vorgesehen, dass die Aufnahmen nach der Sendung oder Weitersendung (mit Ausnahme derjenigen mit einem dokumentarischen Wert) zu löschen waren. Die Botschaft (BBl 1984 III 228f.) führte dazu aus, dass ephemere Aufnahmen nur soweit zulässig sind, als sie im Rahmen des

technischen Vorgangs der gleichzeitigen (bzw. mit einer winzigen Zeitverschiebung erfolgenden) Weitersendung erforderlich sind.

Den Gesetzesmaterialien zur Vorlage von 1989 lässt sich entnehmen, dass der Nationalrat den Art. 27 EURG strich, weil man keine Vorzugsbehandlung eines einzelnen Nutzers wünschte (Amtl. Bull. NR vom 19. Juni 1992, S. 1181). Die Präsidentin der vorberatenden SR-Kommission hat im Ständerat dazu ausgeführt, dass man bisher davon ausgegangen sei, dass, falls eine Sendung nicht direkt ausgestrahlt werde, das Recht zur vorübergehend erforderlichen Aufnahme mitübertragen werde (Amtl. Bull. SR vom 27. August 1992, S. 712). Dies habe man im Gesetz fixieren wollen. Sie wies aber ebenfalls darauf hin, dass die bisherige Auslegung der Verträge nicht zu grossen Problemen geführt habe und daher auf eine entsprechende gesetzliche Regelung verzichtet werden könne.

Der Nationalrat lehnte somit eine allzuweit gehende Schutzausnahme ab, und der Ständerat war mit der Streichung von Art. 27 EURG einverstanden, weil er diese Ausnahme hinsichtlich der Senderechte als überflüssig befand. Er vertrat die Auffassung, dass die Frage der ephemeren Aufnahmen im ohnehin erforderlichen Vertrag zur Einräumung der Senderechte zu regeln sei. Dabei wurde allerdings übersehen, dass wohl die entsprechenden Urheberrechte gebündelt bei der SUIISA lagen, während die ausschliesslichen Rechte der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller individuell wahrgenommen werden.

Während der Gesetzgeber somit einerseits die Bestimmung betreffend die ephemeren Aufnahmen, welche sich über Art. 38 URG auch auf die verwandten Schutzrechte ausgewirkt hätte, strich, hat er andererseits zugunsten der ausübenden Künstler den Vergütungsanspruch von Art. 35 Abs. 1 URG eingeführt. Allerdings steht die Streichung von Art. 27 EURG in keinem unmittelbarem Zusammenhang mit der Einführung des Art. 35 Abs. 1 URG, da sich der Art. 27 EURG gar nicht auf die vom Bundesrat abgelehnten Zweitnutzungsrechte beziehen konnte. Die Frage, ob diese Bestimmung gerade im Zusammenhang mit Art. 35 Abs. 1 URG Sinn gemacht hätte, kann hier offen bleiben.

- 5.6. Bei der Frage der Zulässigkeit ephemerer Aufnahmen ist auch das Rom-Abkommen (Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26. Oktober 1961; für die Schweiz am 24. September 1993 in Kraft getreten, SR 0.231.171) zu berücksichtigen. Dieses gibt einem Staat grundsätzlich die Möglichkeit, in seiner Gesetzgebung eine Ausnahme von dem im Abkommen gewährleisteten Schutz für ephemere Festlegungen vorzusehen, die von einem Sendeunternehmen mit seinen eigenen Mitteln und für seine eigenen Sendungen vorgenommen werden (Art. 15 Abs. 1 Bst. c Rom-Abkommen). Als Grund für diese Ausnahme wird die technische Notwendigkeit zur Erstellung solcher Aufnahmen zu Sendezwecken angeführt (Guide de la Convention de Rome, Publication OMPI zu Art. 15: ‘Le but de cette exception est essentiellement de caractère technique: donner aux stations de radios et de télévisions, licitement autorisées à faire des émissions, les facilités nécessaires pour réaliser des fixations et des reproductions de fixations dont elles ont besoin en pratique, par exemple pour les émissions en différé, pour tenir compte des décalages horaires dans les relais, pour pouvoir utiliser des appareils de transmissions plus efficaces, etc.’).

Aufgrund der Entstehungsgeschichte des URG ist davon auszugehen, dass die Schweiz von dieser Möglichkeit keinen ausdrücklichen Gebrauch gemacht hat. Dies im Gegensatz etwa zum deutschen Urheberrechtsgesetz, dessen §55 Abs. 1 DURG folgendes bestimmt: ‘Ein Sendeunternehmen, das zur Funksendung eines Werkes berechtigt ist, darf das Werk mit eigenen Mitteln auf Bild- oder Tonträger übertragen, um diese zur Funksendung über jeden seiner Sender oder Richtstrahler je einmal zu benutzen. Die Bild- oder Tonträger sind spätestens einen Monat nach der ersten Funksendung des Werkes zu löschen’. Gemäss dem Kommentar zu dieser Bestimmung (Gerhard Schrickler, Urheberrecht, Verlag C.H. Beck, München 1987, S. 735ff.) gewährt sie ‘Sendeunternehmen das Recht zu sog. ephemeren, d.h. nicht auf Dauer bestimmten Vervielfältigungen zu Sendezwecken, wobei das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht des Urhebers aus technischen Gründen eingeschränkt wird, um Rundfunkstationen einen möglichst perfekten Sendebetrieb zu ermöglichen’.

Ein interner Vorschlag der EU-Kommission aus dem Jahr 1997 für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (EU-Richtlinien-Entwurf) sieht in seiner gegenwärtigen Fassung in Art. 5 Ziff. 1 eine Ausnahme vom Vervielfältigungsrecht vor *‘für vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die als Teil eines technischen Verfahrens nur deshalb vorgenommen werden, um eine Nutzung eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstandes zu ermöglichen und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben’*.

- 5.7. Sowohl das Rom-Abkommen wie auch das deutsche Recht und die geplante EU-Direktive sehen somit ausdrücklich die Möglichkeit vor, ephemere Aufnahmen in einem beschränkten Umfang zuzulassen. Die Schiedskommission ist aufgrund der in Art. 35 Abs. 1 URG enthaltenen Zweckbestimmung in ihrem Entscheid zum GT A (S. 67ff.) vom 19. Dezember 1996 zum Schluss gelangt, *‘dass sämtliche unmittelbar mit der Sendung in technischer Hinsicht notwendigen Verwendungen von Ton- und Tonbildträgern als abgegolten zu qualifizieren sind’*. Damit ist sie davon ausgegangen, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch gemäss schweizerischem Recht ephemere Aufnahmen zulässig sind. An diesen Entscheid anknüpfend gilt somit auch für den *GT S*, dass im Falle der Verwendung eines Tonträgers zu Sendezwecken für eine Aufnahme, die aus technischen Gründen notwendig ist und der keine selbständige Bedeutung zukommt, davon auszugehen ist, dass nach der ratio legis eine entsprechende Vervielfältigung nicht in das ausschliessliche Recht der Interpreten und Tonträgerhersteller eingreift.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht jede Aufnahme, die mit einer Sendung zusammenhängt, eine zum Zweck der Sendung notwendige ist. So wurde gerade auch von den Nutzern erklärt, dass bestimmte Überspielungen auch aus wirtschaftlichen Gründen wie beispielsweise zur Einsparung von Personal angefertigt würden oder auch um die Betriebssicherheit sowie die Qualität der Sendungen zu erhöhen. Folglich geht es darum, die im Rahmen von Art. 35 Abs. 1 URG erlaubten ephemeren Aufnahmen von den weiteren

Überspielungen abzugrenzen. Nach Auffassung der Schiedskommission fallen nämlich nur diejenigen Aufnahmen unter Art. 35 Abs. 1 URG, welche *für das Senden unerlässlich* sind. Dies gilt insbesondere für diejenigen Fälle, in denen für die Sendung Überspielungen aus technischen Gründen zwingend notwendig sind und Art. 35 Abs. 1 URG keinen Sinn machen würde, wenn im Begriff Senden nicht auch die derart definierten ephemeren Aufnahmen enthalten wären.

Obwohl die Frage, inwieweit ephemere Aufnahmen mit den heutigen technischen Möglichkeiten noch erforderlich sind, unter den Tarifpartnern umstritten geblieben ist, ist offensichtlich, dass die technische Notwendigkeit ephemerer Aufnahmen stark von der jeweiligen Ausrüstung eines Senders sowie vom Stand der Technik abhängt. Eine allgemeingültige Grenzziehung zwischen technisch notwendigen und technisch nicht notwendigen Aufnahmen für alle Nutzer und für eine bestimmte Zeitdauer ist daher nicht möglich.

Die Schiedskommission gelangt daher zum Schluss, *dass die sogenannten ephemeren Aufnahmen im Rahmen von Art. 35 Abs. 1 URG nur zulässig sind, falls sie vorübergehend und technisch notwendig sind und ihnen keine zusätzliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt*. Daraus ist zu folgern, dass rein technische Vervielfältigungen, welche die Sendung nicht überleben, regelmässig zulässig sind. Auch die für die Vorproduktion von Sendungen erforderlichen Aufnahmen sind unter den obigen Voraussetzungen weiterhin zulässig. Dagegen fallen nicht unter den Begriff der zulässigen ephemeren Aufnahmen diejenigen Überspielungen von Tonträgern oder Tonbildträgern, die für Werbespots oder Trailers verwendet werden sowie beispielsweise das Brennen von eigenen CD's, ein Vorgang der offensichtlich in das Vervielfältigungsrecht der Tonträgerhersteller (Art. 36 URG) eingreift. Aber auch das Überspielen von Tonträgern auf Hard-Disks, die anschliessend gezielt und beliebig oft abgerufen werden können, fällt nicht unter Art. 35 Abs. 1 URG. In all diesen Fällen ist es den Sendern zumutbar, die entsprechenden Vervielfältigungsrechte auf dem Vertragsweg bei den Rechtsinhabern einzuholen.

b. Aufnahmen zu Archiv- und Dokumentationszwecken

1. RRR und VSP weisen darauf hin, dass sie aufgrund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet sind, ihre Sendungen mindestens vier Monate zuhanden der Programmaufsicht aufzubewahren. Nach dieser Zeit würden die Aufnahmen gelöscht. Allerdings würden - wenn immer möglich - nur Wortbeiträge archiviert, da eine Programmverletzung aufgrund von Musik kaum wahrscheinlich sei. Zudem sei aufgrund der schlechten Qualität dieser Bänder eine weitere Ausstrahlung ohnehin nicht möglich. Auch PRS bestätigt, dass nicht ganze Sendungen, sondern lediglich Originaltöne, Interviews usw. auf Tonträger archiviert würden.
2. Die SWISSPERFORM geht davon aus, dass die beim herkömmlichen Sendebetrieb als ephemere gedachten Aufnahmen nach der Sendung auch zu Dokumentationszwecken einschliesslich der Dokumentation der Sendung an die Aufsichtsbehörden verwendet werden können, wodurch sie ihren ephemeren Charakter verlieren würden. Sie schliesst nicht aus, dass derartige Aufnahmen aufgrund ihrer hohen Qualität für weitere Sendungen gebraucht werden können. Aber auch sie weist darauf hin, dass in einem modernen digitalen Studio grundsätzlich keine Sendebänder mehr benutzt werden, sondern ganze Sendungen in einem datenreduzierten Format aufgezeichnet werden. Dies erlaube zwar eine Kontrolle des Inhalts der Sendung, könne hingegen von der Qualität her nicht mehr für Sendezwecke eingesetzt werden. In ihrem Entwurf zu einem abgeänderten *GT S* (Ziff. 12.2 Abs. 3) stimmt SWISSPERFORM daher zu, dass die zur Einhaltung der öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Dokumentationspflicht notwendigen Aufnahmen zum für die Sendetätigkeit notwendigen Rechtsbestand zu rechnen sind, und verlangt hierfür keine zusätzliche Entschädigung.
3. Es wurde bereits festgestellt, dass die allenfalls zu Archiv- und Dokumentationszwecken erforderlichen Aufnahmen nicht unter Art. 35 Abs. 1 URG subsumiert werden können, da hier nicht der Sendezweck im Vordergrund steht. Allerdings geht *Von Büren* in seinem für die Nutzer erstellten Gutachten davon aus, dass Art. 24 URG von der ratio legis her für Archivierungskopien von Sendungen anwendbar ist, da den ausübenden Künstlern

und auch den Tonträgerherstellern dadurch kein Nachteil erwachse, falls eine Kopie lediglich Sicherungs- und Dokumentationszwecken diene und für keine weiteren wirtschaftlich relevanten Nutzungen verwendet wird.

Gemäss Art. 24 Abs. 1 URG darf eine Kopie angefertigt werden, um die Erhaltung eines Werks sicherzustellen. Ist dies der Fall, so muss entweder die Kopie oder das Original in einem der Allgemeinheit nicht zugänglichen Archiv aufbewahrt und als Archivexemplar gekennzeichnet werden. Diese Bestimmung findet sinngemäss Anwendung auf die verwandten Schutzrechte (Art. 38 URG). Die Botschaft des Bundesrates (BB I III 1989) führt dazu aus, dass diese Bestimmung vor allem Bibliotheken, Dokumentationszentren und wissenschaftliche Institute im Auge hat, und dem Schutz kostbarer und zerstörungsanfälliger Originalexemplare dienen soll. Sie geht davon aus, dass der vorausgesetzte Zweck (die Erhaltung des Werks) eine extensive Anwendung verhindert.

4. Unter diesen Voraussetzungen ist es zumindest fraglich, ob Handelston- oder Tonbildträger als Massenprodukte überhaupt unter diese Schutzausnahme fallen können. Die Frage, ob Kopien erstellt werden dürfen, falls dies öffentlich-rechtliche Vorschriften zu Kontrollzwecken vorsehen, ist allerdings unabhängig von Art. 24 URG zu beantworten. Dabei ist auch der Art. 69 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) zu berücksichtigen, der vorsieht, dass Veranstalter im Rahmen der Programmaufsicht ihre Sendungen aufzeichnen und diese Aufzeichnung sowie die einschlägigen Materialien und Unterlagen während mindestens vier Monaten aufbewahren müssen.

Wittweiler ('Zu den Schrankenbestimmungen im neuen Urheberrechtsgesetz' in Aktuelle Juristische Praxis / AJP 5/93, S. 588ff.) stellt dazu fest, dass im URG eine entsprechende Schrankenbestimmung fehlt. Daraus folgert er, dass die Sendeunternehmen, um den Verpflichtungen von Art. 69 RTVG nachzukommen, die jeweiligen Rechte erwerben müssen. *Mosimann* (Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Bd. II/1, Basel 1995, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Der Schutz der Darbietung der ausübenden Künstler, S. 339) bezeichnet die Streichung von Art. 27 EURG als unverständ-

lich, seien doch alle Sendeunternehmen gemäss Art. 69 RTVG verpflichtet, ihre Sendungen aufzuzeichnen, um im Beschwerdefall die Beurteilung durch die unabhängige Beschwerdeinstanz bzw. die Aufsichtsbehörde vollziehen zu können.

Nachdem das Parlament den vom Bundesrat vorgesehenen Art. 27 EURG aus dem Gesetz gestrichen hat (s. vorne Ziff. B/a/5.5), gibt es im Urheberrechtsgesetz für diese öffentlich-rechtliche Verpflichtung keine grundsätzliche Schutzausnahme. SWISSPERFORM hat sich allerdings im Zusammenhang mit der geänderten Tarifeingabe und unabhängig von einer rechtlichen Qualifikation damit einverstanden gezeigt, dass die zur Einhaltung der öffentlich-rechtlich vorgeschriebenen Dokumentationspflicht notwendigen Aufnahmen vergütungsfrei sind. Da dieses Einverständnis auch für den vorliegenden Tarif gelten dürfte, kann auf eine vorfrageweise Prüfung der Frage, ob das URG diesbezüglich eine Lücke enthält, die allenfalls durch Art. 69 Abs. 2 RTVG geschlossen werden kann, verzichtet werden.

Immerhin ist anzufügen, dass die Kommission - unter der Einschränkung, dass diese Aufnahmen tatsächlich nur im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Pflichten benutzt werden - es als grundsätzlich richtig erachtet, dass die aufgrund von Art. 69 Abs. 2 RTVG erforderlichen Aufnahmen von Sendungen unentgeltlich sind und während der gesetzlich vorgeschriebenen Zeit aufbewahrt werden dürfen. Nach Ablauf der entsprechenden Frist sind sie zu löschen. Dabei ist aber auch zu berücksichtigen, dass die fraglichen nachbarrechtlich geschützten Leistungen einerseits nur in Ausnahmefällen Gegenstand einer Beschwerde an die Unabhängige Beschwerdeinstanz (UBI) oder an das zuständige Bundesamt (BAKOM) sein dürften und andererseits diese Aufnahmen aus technischen Gründen (Komprimierung) in der Regel nicht für eine erneute Sendung verwendet werden können.

c. Anzahl der vergütungspflichtigen Tonträger

1. In ihrem Beschluss vom 21. November 1995 ging die Schiedskommission davon aus, dass *‘in der Schweiz ein Tonträger zum Zweck der Sendung nur dann vergütungsfrei verwendet werden darf, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 35 Abs. 4 URG sowie ge-*

mäss Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iii oder iv Rom-Abkommen kumulativ erfüllt sind'. Daraus wurde geschlossen, dass der Anteil der vergütungsfrei zu verwendenden Tonträger nicht bei den von den Nutzern angenommenen 30 Prozent, sondern bei 20 Prozent liegt.

2. Das Bundesgericht hat mit seinem Entscheid zunächst die Gültigkeit der von der Schweiz im Rahmen des Beitritts zum Rom-Abkommen angebrachten Vorbehalte bestätigt (E. 5 b/cc). Das Bundesgericht hat aber auch ausgeführt, dass sich ein Tonträgerhersteller eines Nichtmitgliedstaates bei einer rechtzeitigen Veröffentlichung in einem Vertragsstaat gemäss Art. 5 Ziff. 1 Bst. c i.V.m. Art. 5 Ziff. 2 Rom-Abkommen grundsätzlich auf dieses Abkommen berufen kann. Allerdings gelte dies im Verhältnis zur Schweiz nicht für den Vergütungsanspruch nach Art. 12 Rom-Abkommen, da die Schweiz aufgrund ihrer Vorbehalte zu diesem Abkommen (Art. 16 I a (iii und iv)) nicht gehalten ist, den Vergütungsanspruch nach Art. 35 URG auf Tonträger anzuwenden, deren Hersteller nicht Angehörige eines Vertragsstaates sind (E. 5 b/bb).

Sodann bestätigte das Bundesgericht, dass die Schweiz innerstaatlich nicht verpflichtet ist, von den Vorbehalten zum Rom-Abkommen Gebrauch zu machen. Soweit das URG daher Vergütungsansprüche vorsieht, die über jene des Rom-Abkommens hinausgehen, sind diese geschuldet, auch wenn Art. 35 Abs. 4 URG auf die Staatsangehörigkeit des Künstlers Bezug nimmt, während das Rom-Abkommen auf jene des Tonträgerherstellers abstellt. Der Vergütungsanspruch besteht somit bereits dann, wenn er sich aus einer der beiden Rechtsgrundlagen ergibt (E. 5 b/dd). Bei einem Tonträger eines amerikanischen Herstellers mit einem Künstler aus einem Staat, der einen Vergütungsanspruch gewährt, haben demnach sowohl der Künstler wie der amerikanische Hersteller Anspruch auf Vergütung (Art. 35 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 und 2 URG). Bei einem Tonträger eines amerikanischen Herstellers mit einem amerikanischen Künstler oder mit einem solchen aus einem andern Staat, der nicht Gegenrecht hält, haben dagegen unabhängig vom Ort der Veröffentlichung weder der Künstler noch der Hersteller einen Anspruch auf Entgelt. Ein solcher besteht hingegen bei einem amerikanischen Künstler auf einem Tonträger eines Herstellers aus einem Vertragsstaat nach Massgabe des von diesem gewähr-

ten Schutzes, soweit er nicht über den schweizerischen hinausgeht. Der Anspruch beruht in diesem Fall auf Art. 12 des Rom-Abkommens, wobei Art. 35 Abs. 2 URG die Entschädigung dem Künstler gewährt und den Hersteller daran partizipieren lässt.

Die Auslegung von Art. 35 Abs. 4 URG im Zusammenhang mit dem Rom-Abkommen wirkt sich somit auf den Anteil der in der Schweiz vergütungspflichtigen Tonträger aus. Der Schiedskommission wurde daher aufgetragen zu prüfen, ob unter diesen Umständen in tatsächlicher Hinsicht nach wie vor vom Verhältnis von 80 Prozent vergütungspflichtigen zu 20 Prozent nicht vergütungspflichtigen Tonträgern ausgegangen werden kann.

3. Die SWISSPERFORM weist darauf hin, dass in der Praxis die Unterscheidung zwischen vergütungspflichtigen und nicht vergütungspflichtigen Tonträgern nach den Kriterien des Bundesgerichts sehr schwierig und wohl nur dem Spezialisten möglich sei. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass ein Anteil von 20 Prozent nicht vergütungspflichtiger Tonträger ein extremer Höchstwert darstelle und wohl nur bei Sendern erreicht werde, welche das lokale amerikanische Repertoire bevorzugen würden. Somit sei die Annahme eines für alle Lokalsender innerhalb einer kleinen Bandbreite abweichenden ungeschützten Repertoires unrealistisch. Es sei vielmehr mit recht grossen Abweichungen zwischen den einzelnen Sendern zu rechnen, und deshalb könne auch nicht von einem für alle Privatradios einheitlichen Prozentsatz ausgegangen werden. Sie hielt es für zweckmässig, im Tarif selbst die Ermittlung des geschützten Repertoires einem neutralen Experten zu übertragen. Daher legte sie ihrem geänderten Tarifentwurf nur noch den Anteil des geschützten Repertoires als Tarifberechnungsbasis zugrunde. Damit wird nach ihrer Auffassung eine viel grössere direkte Nutzungsbezogenheit erreicht als bisher. Zudem erscheint ihr der vorgeschlagene Minutentarif, welcher die Vergütung direkt an die effektive Nutzung anknüpft, auch eine gerechtere Lösung zu sein. Sie legte denn auch keine weiteren statistischen Unterlagen zur Festlegung des geschützten Anteils vor.
4. Auch RRR und VSP bestätigen, dass eine Unterscheidung zwischen vergütungspflichtigen und nicht vergütungspflichtigen Tonträgern nach Massgabe des Bundesgerichts äus-

serst schwierig sei, da oft mehrere Labels angegeben würden oder die Herkunft eines Tonträgers unbekannt sei. Sie gehen davon aus, dass rund 50 Prozent der gesendeten Musikbeiträge amerikanischen Ursprungs sind und davon rund 20 bis 30 Prozent vergütungspflichtig sein dürften. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 17. November 1997 haben RRR und VSP indessen beantragt, die von der Schiedskommission festgestellten Anteile von 20 Prozent ungeschützten und 80 Prozent geschützten Tonträgern für die weiteren Tarifberechnungen beizubehalten.

5. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts ist die Rechtslage betreffend Art. 35 Abs. 4 URG im Verhältnis zum Rom-Abkommen geklärt. Es geht jetzt darum, diese Erkenntnisse unter Beachtung der Mitwirkungspflicht der Parteien in einen Tarif umzusetzen. Die Schiedskommission stellt indessen fest, dass die Parteien keine konkreten Zahlen bezüglich der in der Schweiz vergütungspflichtigen Tonträger auf den Tisch gelegt haben. Dagegen wurde von beiden Parteien auf die mit der Eruiierung solcher Zahlen verbundenen Schwierigkeiten hingewiesen. Die SWISSPERFORM strebt gar mit einem Minutentarif einen grundsätzlichen Systemwechsel an. Die Schiedskommission schliesst einen solchen Minutentarif nicht grundsätzlich aus, kann aber im Rahmen dieses Verfahrens nicht darauf eintreten, da hierüber zwischen den Parteien nicht verhandelt worden ist und auch der Preisüberwacher zu diesem Vorschlag noch nicht Stellung genommen hat. Zudem ist die Schiedskommission der Auffassung, dass die von SWISSPERFORM vorgeschlagene Variante, welche die Festlegung der tarifpflichtigen Tonträger einem - allenfalls durch das Präsidium der Schiedskommission zu bestimmenden - Schiedsgutachter übertragen möchte, noch weiterer Abklärung bedarf. Es wird aber nicht ausgeschlossen, dass ein solcher Experte allenfalls ausserhalb des Tarifs bestimmt werden kann.
6. Anlässlich der heutigen Sitzung sind sich die Tarifpartner einig, dass es extrem schwierig und wohl nur mit erheblichem Aufwand möglich wäre, aufgrund der vom Bundesgericht festgestellten Kriterien im *GT S* einen allgemeingültigen Anteil der vergütungspflichtigen Tonträger festzulegen. Die Schiedskommission sieht sich nicht in der Lage, diesen Mangel durch eigene Abklärungen zu beheben. Die Tarifpartner konnten sich jedoch darauf

einigen, das von der Schiedskommission im letzten Genehmigungsverfahren festgelegte Verhältnis der vergütungspflichtigen zu den nicht vergütungspflichtigen Tonträgern von 80 zu 20 Prozent – zumindest für die Zeitspanne vom 1. Januar 1995 bis zum 31. Dezember 1997 sowie die Dauer der vorgesehenen Tarifverlängerung – zu akzeptieren. Damit entfällt eine weitere Prüfung dieser ursprünglich kontroversen Frage, da die Schiedskommission stets davon ausgegangen ist, das Einverständnis der Tarifpartner sei ein entscheidendes Kriterium der Angemessenheit.

C. Zusammenfassung

Die mit Beschluss vom 21. November 1995 für die verwandten Schutzrechte genehmigten Entschädigungen werden bestätigt und auch für die Dauer der einjährigen Verlängerung genehmigt. Bezüglich der Urheberrechte wurde die Angemessenheit des *GT S* auch im bundesgerichtlichen Verfahren bestätigt; dementsprechend liegen denn auch keine materiellen Einwände der Nutzerorganisationen gegen die urheberrechtlichen Bestimmungen des Tarifs vor. Die Genehmigung und die Verlängerung dieses Tarifteils ist somit ohne weiteres möglich. Im übrigen wäre den Urhebern eine längere tariflose Zeit unter diesen Umständen auch nicht zuzumuten. Gerade eine Regelung mit Akontozahlungen hätte allenfalls zur Folge, dass die Auszahlungen an die Urheber möglicherweise erheblich verzögert würden.

Da somit auch für die Dauer der Verlängerung ein gemeinsamer Tarif gilt, kann auf die Prüfung der Frage, ob eine allfällige Aufspaltung des *GT S* in einen Urheberrechtsteil und in einen Teil für die verwandten Schutzrechte gemäss Art. 47 Abs. 1 URG zulässig wäre, verzichtet werden.

Die Gültigkeitsdauer des mit Beschluss vom 21. November 1995 genehmigten *Gemeinsamen Tarifs S* (Sender) wird somit für die Zeitspanne vom 1. Januar 1995 bis zum 31. Dezember 1997 bestätigt und bis zum 31. Dezember 1998 verlängert.

D. Kosten

Aufgrund des Ausgangs dieses Verfahrens werden die mit Beschluss vom 21. November 1995 auferlegten Verfahrenskosten bestätigt. Für die Verlängerung des *GT S* werden zusätzlich eine Spruchgebühr von Fr. 1'400.- sowie ein Auslagenersatz von Fr. 2'364.10 erhoben. Diese Gebühren und Auslagen richten sich nach Art. 21a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV (in der Fassung vom 25. Oktober 1995) und sind gemäss Art. 21b URV von den beteiligten Verwertungsgesellschaften zu tragen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der *Gemeinsame Tarif S* (Sender) wird in der Fassung gemäss Beschluss der Schiedskommission vom 21. November 1995 mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 1995 bis zum 31. Dezember 1997 genehmigt und bis zum 31. Dezember 1998 verlängert.
2. Den am Tarif beteiligten Verwertungsgesellschaften SUISA und SWISSPERFORM werden die Verfahrenskosten bestehend aus:
 - a) einer Spruch- und Schreibgebühr von Fr. 3'400.-
 - b) sowie dem Ersatz der Auslagen von Fr. 5'364.10total Fr. 8'764.10¹ auferlegt. Sie haften dafür solidarisch.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Mitglieder der Spruchkammer
 - die SUISA, Zürich
 - Herrn Dr. E. Brem, Zürich, zH. SWISSPERFORM
 - Frau Dr. C. Bolla-Vincenz, Bern, zH. Verband Schweizer Privatradios (VSP) und Association romande de radios et de télévisions régionales (RRR)
 - Privatrado Suisse, Brugg
 - Verband schweiz. Regionalfernsehen Telesuisse, Baden
 - Union nicht-kommerzorientierter Lokalradios (Unikom), Zürich
 - den Preisüberwacher z.K.
4. Gegen diesen Beschluss kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden¹.

¹ Darin sind die mit Beschluss vom 21. November 1995 erhobenen Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- enthalten.

Eidg. Schiedskommission für die
Verwertung von Urheberrechten
und verwandten Schutzrechten

Die Präsidentin:

Der Sekretär:

V. Bräm-Burckhardt

A. Stebler

¹ Art. 74 Abs. 2 URG; Art. 97 Abs. 1 OG i.V.m. Art. 5 VwVG sowie Art. 98 Bst. e und Art. 106 Abs. 1 OG.