

Zwischenentscheid vom 22. August 2000
betreffend das Ausstandsgesuch im Genehmigungsverfahren GT 10
(Überspielungen auf leere Ton- und Tonbildträger in Betrieben)

Besetzung:

Präsidentin:

- Verena Bräm-Burckhardt, Kilchberg

Neutrale Beisitzer:

- Carlo Govoni, Bern
- Danièle Wüthrich-Meyer, Bellmund

Vertreterin der Urheber:

- Gitti Hug, Zollikon

Sekretär:

- Andreas Stebler, Bern

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Die fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs, SUISA, Suissimage und Swissperform haben am 13. März 2000 einen neuen *Gemeinsamen Tarif 10 (GT 10)* bezüglich des Überspielens von Werken und Darbietungen auf leere Ton- und Tonbildträger in Betrieben eingereicht. Nach Eingang dieser Eingabe wurde gestützt auf Art. 57 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 URV mit Präsidialverfügung vom 22. März 2000 die Spruchkammer zur Beurteilung des *GT 10* eingesetzt. Als sachkundige Vertreterin der an diesem Tarif beteiligten Nutzerorganisationen wurde Frau Dr. Dominique Diserens bezeichnet. Frau Diserens wies in der Folge darauf hin, dass sie als Mitarbeiterin der Schweizerischen Fernsehgesellschaft (SRG) in den Ausstand trete, da die SRG als Rechteinhaberin unmittelbar durch diesen Tarif betroffen sei und somit ein Interessenkonflikt nicht ausgeschlossen werden könne, falls sie nun als Vertreterin der Nutzer tätig werden müsse.
2. Mit Präsidialverfügung vom 5. Mai 2000 wurde Frau Diserens in der Folge durch Frau Dr. Claudia Bolla-Vincenz als Nutzervertreterin in der Spruchkammer ersetzt. Dieser Einsetzung widersetzte sich die Suissimage im Namen sämtlicher Verwertungsgesellschaften mit Brief vom 29. Mai 2000. Dies hauptsächlich mit der Begründung, Frau Bolla habe auf der Nutzerseite aktiv an den Tarifverhandlungen mitgewirkt und ihrerseits auch die Vernehmlassung des Dachverbandes der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) mitunterzeichnet. Die Verwertungsgesellschaften verlangen, dass Frau Bolla für die Behandlung des *GT 10* in den Ausstand tritt beziehungsweise durch ein anderes Mitglied der Schiedskommission, welches Nutzerorganisationen vertritt und nicht aktiv an den Tarifverhandlungen beteiligt war, ersetzt wird.
3. In der anschliessend durchgeführten schriftlichen Anhörung gaben sowohl der DUN wie auch der Schweizerische Handels- und Industrie-Verein (Vorort) eine Stellungnahme ab. Der DUN verlangt mit Schreiben vom 5. Juli 2000 die Abweisung des Ausstandsgesuchs. Ebenso ersucht der Vorort mit seiner Antwort vom 6. Juli 2000,

dem Ausstandsbegehren nicht statt zu geben. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat ausdrücklich auf die Abgabe einer Stellungnahme verzichtet.

4. Da die Urheberrechtsgesetzgebung bezüglich der Behandlung eines Ausstandsge-
suchs keine besondere Regelung enthält, muss im vorliegenden Fall die Spruchkam-
mer zur Beurteilung des *GT 10* gestützt auf Art. 10 Abs. 2 Bundesgesetz über das
Verwaltungsverfahren (SR 172.021; VwVG) unter Ausschluss des betroffenen Mit-
glieds über das Ausstandsge- such befinden.
5. Gemäss Art. 45 Abs. 2 VwVG handelt es sich beim Entscheid über den Ausstand um
eine Zwischenverfügung. Art. 11 der Urheberrechtsverordnung (URV) sieht vor, dass
Zwischenentscheide auf dem Zirkulationsweg ergehen. Somit kann das vorliegende
Verfahren auf dem Zirkularweg abgewickelt werden.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Art. 56 Abs. 1 URG bestimmt, dass die Schiedskommission nebst der Präsidentin,
aus zwei beisitzenden Mitgliedern, zwei Ersatzleuten dieser Beisitzer sowie aus wei-
teren Mitgliedern besteht. Diese weiteren Mitglieder werden einerseits von den Ver-
wertungsgesellschaften und andererseits von den massgebenden Nutzerverbänden
von Werken und Darbietungen dem Bundesrat zur Wahl vorgeschlagen (Art. 56 Abs.
2 URG). Über einen bestimmten Tarif entscheidet eine Spruchkammer in einer Be-
setzung mit fünf Personen, nämlich der Präsidentin, zwei beisitzenden Mitgliedern
und zwei weiteren Mitgliedern (Art. 57 Abs. 1 URG), wobei die zwei weiteren Mit-
glieder von der Präsidentin bestimmt werden. Dabei hat sie darauf zu achten, dass
diese Mitglieder sachkundig und eines davon von einer Verwertungsgesellschaft und
das andere von einem Nutzerverband zur Wahl in die Kommission vorgeschlagen
worden sind (Art. 57 Abs. 2 URG). Art. 57 Abs. 3 URG hält ausdrücklich fest, dass
die Zugehörigkeit eines der sachkundigen Mitglieder zu einer Verwertungsgesell-
schaft oder einem Nutzerverband für sich allein kein Ausstandsgrund ist.

-
2. Gemäss Art. 55 Abs. 2 URG hat der Bundesrat die Organisation und das Verfahren der Schiedskommission im Rahmen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu regeln. Somit kommt – sofern das Urheberrechtsgesetz (URG) und die zugehörige Verordnung (URV) nichts anderes festlegen – das VwVG zur Anwendung.

Der Abs. 1 von Art. 10 VwVG zählt bestimmte Ausschliessungs- und Ablehnungsgründe auf. So verlangt Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG, dass Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in den Ausstand treten müssen, wenn sie Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren. Es ist unbestritten, dass Frau Dr. Bolla-Vincenz an den Verhandlungen betreffend den *GT 10* teilgenommen hat. Dies geht denn auch aus den einzelnen Verhandlungsprotokollen hervor. Unmittelbar aus der Eingabe vom 3. Mai 2000 ist zudem ersichtlich, dass sie als Geschäftsführerin des DUN dessen Vernehmlassung mitunterschrieben hat. In Anwendung von Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG müsste Frau Dr. Bolla somit als Mitglied der Spruchkammer in den Ausstand treten, da sie auf Seite des DUN bereits in der gleichen Sache tätig geworden ist.

Allerdings werden die Ausstandsgründe nach Art. 10 Abs. 1 VwVG im Tarifgenehmigungsverfahren durch die bereits erwähnte Regelung in Art. 57 Abs. 3 URG eingeschränkt. Der Urheberrechtsgesetzgeber wollte nämlich offensichtlich, dass trotz der vorhandenen Nähe zu einem Nutzerverband oder einer Verwertungsgesellschaft, Personen auf Grund ihres Sachwissens in der Schiedskommission mitwirken können. Dabei war er sich bewusst, dass ohne eine entsprechende Einschränkung offenbar gar keine sachkundigen Mitglieder für die Kommission gefunden werden könnten. Ausgeschlossen vom Mitwirken in der Kommission wäre auf Grund der allgemeinen Regelung nämlich ansonsten jede Person, die als Urheber oder Urheberin Mitglied einer Verwertungsgesellschaft bzw. als Nutzer oder Nutzerin Mitglied eines entsprechenden Nutzerverbandes ist.

Die Frage, ob die Nutzervertreterin in den Ausstand treten muss, weil sie an den Verhandlungen teilgenommen hat und die Eingabe des DUN mitunterzeichnet hat, muss somit auch aus dem Blickwinkel von Art. 57 Abs. 3 URG beurteilt werden.

3. Gemäss *Barrelet/Egloff* (Das neue Urheberrecht, N4 zu Art. 57 Abs. 3 URG) erscheinen viele Mitglieder der Kommission voreingenommen, weil sie ihre Spezialkenntnisse ohne Zweifel auf Grund ihrer Nähe zu einer Verwertungsgesellschaft oder zu einem Nutzerverband erworben haben. Sie lehnen indessen die Forderung ab, dass die Beteiligten zumindest nicht Mitglieder der betroffenen Organisation sein sollten, da dies nach ihrer Auffassung keinerlei Garantie für eine echte Unabhängigkeit darstellen würde. Sie weisen darauf hin, dass das Fehlen einer Unabhängigkeit kein Ablehnungsgrund sei, da dies die Folge des vom Gesetz gewollten Systems sei und gehen davon aus, dass die in Art. 10 Abs. 1 VwVG geregelten Ausstandsgründe für das Verfahren vor der Schiedskommission nicht zur Anwendung gelangen. *Govoni* (Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten in SIWR II/1, S. 442) weist darauf hin, dass es belanglos sei, ob die weiteren Mitglieder die für ihre Funktion als Sachverständige erforderlichen Spezialkenntnisse innerhalb der betreffenden Organisation oder im Rahmen einer mehr oder weniger engen Geschäftsbeziehung zu denselben erworben haben. Wichtig sei vielmehr die Transparenz d.h., dass man jedes dieser Mitglieder einer bestimmten Organisation zuordnen könne.

In einem unter altem Recht gefällten Entscheid (Beschluss vom 27. Dezember 1984 betr. den Tarif Ab, EESchK III S. 51f.) hat die Schiedskommission festgestellt, dass sowohl Vorstandsmitglieder der Verwertungsgesellschaften als auch Funktionäre der verschiedenen Werknutzerverbände in die ESchK aufgenommen werden. Der Umstand, dass die sachverständigen Urheber- und Nutzervertreter, die zur Beratung eines Geschäftes beigezogen werden, gerade denjenigen Organisationen und Verbänden angehören, die von dem entsprechenden Tarif direkt betroffen sind, wurde einer vom Gesetzgeber gewollten und seit über 40 Jahren praktizierten Ordnung zugeschrieben. In diesem Entscheid ist die Schiedskommission allerdings davon ausgegangen, dass es sich bei ihr nicht um eine richterliche, sondern um eine administrati-

ve Behörde handle und bei einem Verwaltungsverfahren, die Ausstandspflicht nicht so rigoros anzuwenden sei wie beim unparteilichen Richter. Mit Entscheid vom 24. März 1995 (unveröffentlichter Entscheid betr. Leerkassettenvergütung) hat das Bundesgericht indessen befunden, dass die ESchK ein unabhängiges und unparteiisches Gericht und damit eine richterliche Instanz im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG ist (E. 2a.cc). Dazu hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Beteiligung von Fachrichtern an der Entscheidung die Unabhängigkeit des Gerichts ebenso wenig in Frage stelle wie das Vorschlagsrecht der interessierten Verbände anlässlich der Wahlen. Andererseits erachtete es die Unabhängigkeit als gefährdet, wenn ein Mitglied des Gerichts einer Partei untergeordnet ist, insbesondere aufgrund seiner hierarchischen Funktion oder Stellung (E. 2a.bb).

4. Auf Grund des Gesagten ist davon auszugehen, dass gestützt auf Art. 57 Abs. 3 URG auch ein Angehöriger eines betroffenen Nutzerverbandes oder einer Verwertungsgesellschaft in die Spruchkammer zur Behandlung eines Tarifs berufen werden kann. Soweit somit Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG den Ausstand für eine Person verlangt, welche als Vertreterin einer Partei angehört, wird die Anwendung dieser Bestimmung durch Art. 57 Abs. 3 URG ausgeschlossen. Vorliegend stellt sich aber das Problem, dass die Nutzervertreterin nicht nur Mitglied der betroffenen Nutzerorganisation ist, sondern selbst aktiv an den Verhandlungen zum neu beantragten Tarif teilgenommen und als Geschäftsführerin des DUN dessen ablehnende Vernehmlassung mitunterzeichnet hat.

Dass die Zugehörigkeit zu einer Verwertungsgesellschaft oder zu einem Nutzerverband gemäss Art. 57 Abs. 3 URG 'für sich allein' kein Ausstandsgrund ist, impliziert zumindest indirekt, dass es gleichwohl Ausstandsgründe geben muss. Ein Mitglied der Schiedskommission, welches bereits an den Verhandlungen teilgenommen hat, kann – selbst wenn es sich um Objektivität bemüht – nicht unbelastet als Mitglied einer Spruchkammer in der gleichen Sache tätig werden. Seine im Rahmen der Verhandlungen gebildeten Auffassungen und Ansichten dürfte es auch als Spruchkammer-Mitglied nicht ohne weiteres kritisch würdigen können. Es wäre somit zwangs-

läufig kaum mehr offen für die Argumente der Gegenpartei. Dagegen kann ein Mitglied, welches nicht selbst an den Verhandlungen teil genommen hat, wesentlich unbelasteter an den Streitgegenstand herangehen.

Es mag zwar richtig sein, dass das Hauptgewicht bei der Entscheidungsfindung bei den drei neutralen Mitgliedern der Spruchkammer liegt, und der Nutzervertreter oder der Urhebervertreter kaum je den Ausschlag geben dürften oder sie sich gegenseitig gar die Waage halten. Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Beratungen der Spruchkammer unter Ausschluss der Parteien statt finden (Art. 14 Abs. 2 URV). Falls nun der Entscheid der Kommission angefochten wird, und das betreffende Mitglied als Geschäftsführerin der beschwerdeführenden Partei aktiv am Beschwerdeverfahren beteiligt ist, so kann nicht ausgeschlossen werden, dass den Beschwerdeführern ein Vorteil zukommt, den sie sonst nicht hätten.

Zudem rechtfertigt die Einstufung der ESchK als richterliche Behörde eine restriktive Auslegung von Art. 57 Abs. 3 URG. Im vorliegenden Fall war Frau Dr. Bolla in ihrer Funktion als Geschäftsführerin des DUN aktiv an den Tarifverhandlungen beteiligt. Damit ist das vom Bundesgericht im Entscheid vom 24. März 1995 genannte Kriterium der hierarchischen Unterordnung unter eine Partei, welche die Unabhängigkeit der Schiedskommission gefährden kann, erfüllt. Zudem wird der in Art. 10 Abs. 1 Bst. c VwVG vorgesehene Tatbestand des Tätigwerdens für eine Partei in der gleichen Sache durch die Ausnahmeregelung von Art. 57 Abs. 3 URG nicht gedeckt. Wenn somit ein Mitglied der Schiedskommission bereits in anderer Funktion für dieselbe Sache tätig war, so stellt dies auch nach Art. 57 Abs. 3 URG einen Ausschlussgrund dar und dasselbe Mitglied kann im gleichen Tarifverfahren nicht in die Spruchkammer berufen werden. Wer in irgend einer Form, sei es als Organ oder als beauftragte Interessenvertretung an den Verhandlungen mitwirkt, sei es bei den Gesprächen mit den Verwertungsgesellschaften, sei es im Vernehmlassungsverfahren, übt eine Tätigkeit aus, die über den Rahmen von Art. 57 Abs. 3 URG hinausgeht und kann daher nicht Einsitz in die Spruchkammer nehmen, die den selben Fall als richterliche Instanz zu behandeln hat.

-
5. Allerdings trifft es nicht zu, wie dies in der Eingabe der Suissimage behauptet wurde, dass ein Grundsatz, wonach Personen nicht als Mitglieder der Spruchkammer nominiert werden, welche für die Urheber- oder Nutzerseite die Verhandlungen geführt haben, bis anhin stillschweigend eingehalten worden ist. So wirkte beispielsweise im Genehmigungsverfahren betreffend die Tarife 7a und 7b im Jahre 1998, an dem die beschwerdeführende Suissimage federführend beteiligt war, der Vertreter der Nutzerverbände auch bereits in den vorgängigen Verhandlungen mit. Da es sich hierbei aber um einen Einigungstarif handelte, wurde dieser Umstand von den Verwertungsgesellschaften nicht beanstandet.

Art. 10 Abs. 1 URV sieht vor, dass die Präsidentin das Genehmigungsverfahren einleitet, indem sie nach Erhalt der Eingabe der Verwertungsgesellschaften die Spruchkammer einsetzt. Auf Grund dieser Eingabe lässt sich indessen nicht zweifelsfrei feststellen, wer alles an den Verhandlungen teilgenommen hat. Im gleichen Zeitpunkt wird das Vernehmlassungsverfahren bei den Nutzerorganisationen eingeleitet (Art. 10 Abs. 2 URV). Wer die entsprechenden Stellungnahmen unterzeichnen wird, ist somit in der Regel noch nicht bekannt. Es ist daher zu überlegen, ob die Spruchkammer künftig erst eingesetzt werden sollte, wenn das Vernehmlassungsverfahren durchgeführt ist und feststeht, wer sich an den Verhandlungen beteiligt und eine allfällige Vernehmlassung unterzeichnet hat.

6. Die Präsidentin hat bei der Zusammensetzung einer Spruchkammer im Übrigen auf die jeweilige Sachkunde der Mitglieder abzustellen. Beim Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer ist davon auszugehen, dass die entsprechenden Spezialkenntnisse in dem Ausmass vorhanden sind, dass es für ihn möglich ist, eine personelle Trennung vorzunehmen zwischen denjenigen Personen, welche die Verhandlungen führen und denjenigen, welche als Mitglieder der Schiedskommission allenfalls in eine Spruchkammer berufen werden können. Dagegen könnten sich für die kleineren Verbände durchaus Probleme ergeben, da sie nicht mehr ihre eigenen Funktionäre sowohl als Mitglieder der Schiedskommission vorschlagen und gleich-

zeitig durch sie auch die Verhandlungen führen lassen können. Die Kommission verkennt nicht, dass die vorgenommene Interpretation der Ausstandsbestimmung dazu führen kann, dass der Kreis der sachkundigen Mitglieder, die in der Spruchkammer mitwirken, in einigen Fällen eingeschränkt wird. Dies lässt sich jedoch nicht vermeiden. Im Rahmen der Verhandlungen werden die Verwertungsgesellschaften und die Nutzerorganisationen daher darauf achten müssen, dass sie keine Personen delegieren, welche im gleichen Tarif auch als sachkundige Mitglieder der Spruchkammer in Frage kommen.

7. Selbst wenn die Bestimmung der Angemessenheit eines Tarifs auch eine ökonomische Komponente hat, kann der Auffassung des DUN nicht gefolgt werden, dass es zu den Aufgaben der ESchK gehört, im Rahmen eines Tarifgenehmigungsverfahrens einen Preis festzusetzen und dass zu diesem Zweck die Vertretungen von Angebot und Nachfrage in der ESchK zusammen zu bringen sind. Die Tarifverhandlungen zur Festlegung der Entschädigungen für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten sind gemäss Art. 46 Abs. 2 URG zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden vorgängig zum Genehmigungsverfahren zu führen. Nach Abschluss der Verhandlungsphase ist es Aufgabe der ESchK zu prüfen, ob die gestützt auf den Tarif geforderten Entschädigungen gemäss den Kriterien von Art. 59f. URG angemessen sind. Die der ESchK übertragene Aufgabe rechtfertigt somit kein Abweichen von den obigen Grundsätzen.
8. Auf Grund dieser Erwägungen ist daher Frau Dr. Claudia Bolla-Vincenz in der für das Genehmigungsverfahren betreffend den *GT 10* zuständigen Spruchkammer durch Herrn Sigisbert Lutz zu ersetzen, der auf Vorschlag des ebenfalls durch den Tarif betroffenen Schweizerischen Gemeindeverbandes in der Schiedskommission Einsitz genommen hat.
9. In diesem Verfahren werden keine Kosten gesprochen.

-
10. Nach Art. 45 Abs. 2 Bst. b VwVG gilt eine Verfügung über den Ausstand als selbständig anfechtbare Zwischenverfügung. Somit kann dieser Entscheid innert 10 Tagen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht angefochten werden (Art. 106 Abs. 1 OG; Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG i.V.m. Art. 74 Abs. 2 URG).

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Das Ausstandsgesuch der Verwertungsgesellschaften wird gutgeheissen und Frau Dr. Claudia Bolla-Vincenz in der für die Beurteilung der Tarifeingabe der Verwertungsgesellschaften vom 13. März 2000 betreffend den *GT 10* zuständigen Spruchkammer durch Herrn Sigisbert Lutz als Nutzervertreter ersetzt.

2. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Mitglieder der Spruchkammer (inkl. Frau Dr. Claudia Bolla-Vincenz, Bern und Herr Sigisbert Lutz, Schönbühl) z.K.
 - ProLitteris, Zürich
 - Société suisse des auteurs (SSA), Lausanne
 - SUISA, Zürich
 - Suissimage, Bern
 - Swissperform, Zürich
 - Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN), Bern
 - Eidgenössisches Versicherungsgericht, Luzern
 - Schweizerischer Anwaltsverband, Bern
 - Schweiz. Arbeitsgemeinschaft der allgemeinen öffentlichen Bibliotheken, Solothurn
 - Schweizerische Bundeskanzlei, Bern
 - Schweizerischer Handels- und Industrie-Verein (Vorort), Zürich
 - Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA), Luzern

3. Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 10 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