



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 2011

der Eidgenössischen Schiedskommission für die
Verwertung von Urheberrechten und verwandten
Schutzrechten



Bericht	
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 2011
Datum	5. März 2012

Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeines	4
2. Zuständigkeit	4
3. Personelles	4
3.1. Zusammensetzung der Schiedskommission und Wahlen.....	4
3.2. Kommissionssekretariat und Infrastruktur	6
4. Finanzen	6
5. Tätigkeit	7
5.1. Geschäftsentwicklung	7
5.2. Tätigkeit im Bereich Datenschutz und nach Öffentlichkeitsgesetz	8
6. Rechtsprechung	8
6.1. Rechtsprechung durch die Schiedskommission.....	8
6.2. Rechtsprechung durch das Bundesverwaltungsgericht	10
6.3. Rechtsprechung durch das Bundesgericht	12
7. Teilnahme an Tagungen / Treffen	12
8. Ausblick und Schlussbemerkungen	12

1. Allgemeines

Gestützt auf das Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz/URG)¹ reicht die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), welches die administrative Aufsicht über die ESchK wahrnimmt², hiermit den Bericht über die Tätigkeit im Geschäftsjahr 2011 ein.

2. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit und die Aufgaben der ESchK ergeben sich aus dem Urheberrechtsgesetz³ und der entsprechenden Verordnung⁴. Soweit die URV keine besonderen Bestimmungen enthält, gelten hinsichtlich eines Tarifgenehmigungsverfahrens ergänzend die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren⁵. Das Regierungs- und Verwaltungsverfahrensgesetz⁶ und die zugehörige Verordnung⁷ regeln die Zusammensetzung der Kommission und insbesondere die Wahlvoraussetzungen, die Amtsdauer sowie die Entschädigungen der Kommissionsmitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen, zu denen auch die Schiedskommission gezählt wird.

Hauptaufgabe der Schiedskommission ist die Prüfung der zwischen den konzessionierten⁸ 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^{9/10}, soweit die in diesen Tarifen geregelten Rechte der Bundesaufsicht unterliegen.

3. Personelles

3.1. Zusammensetzung der Schiedskommission und Wahlen

Die Schiedskommission besteht aus der Präsidentin, dem Vizepräsidenten und drei weiteren unabhängigen Beisitzern. Weiter gehören ihr von den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden vorgeschlagene Vertreter und Vertreterinnen an. Über die zur Prüfung und Genehmigung eingereichten Tarife befindet jeweils eine Spruchkammer bestehend aus fünf ESchK-Mitgliedern, nämlich der Präsidentin, zwei unabhängigen Mitgliedern und je einem Vertreter oder einer Vertreterin der Verwertungsgesellschaften und der Nutzerseite. In Ab-

¹ Art. 58 Abs. 2 URG (SR 231.1).

² Art. 58 Abs. 1 URG.

³ Art. 55 – 60 URG.

⁴ Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsverordnung/URV) vom 26. April 1993; Art. 1 – 16 URV (SR 231.11).

⁵ VwVG (SR 172.021).

⁶ Art. 57 ff. Regierungs- und Verwaltungsverfahrensgesetz (RVOG) vom 21. März 1997 (SR 172.010).

⁷ Art. 8a – 8i Regierungs- und Verwaltungsverfahrensverordnung (RVOV) vom 25. November 1998 (SR 172.010.1).

⁸ Konzessionsbehörde ist das Institut für Geistiges Eigentum IGE.

⁹ Art. 55 Abs. 1 URG.

¹⁰ Vgl. hierzu auch den Geschäftsbericht 2010 der ESchK (S. 4 f.).

Geschäftsbericht ESchK 2011

sprache mit der Präsidentin oder im Falle ihrer Verhinderung übernimmt der Vizepräsident den Vorsitz in einem Verfahren. Sämtliche Mitglieder der Schiedskommission üben ihr Amt nebenberuflich aus.

Im Berichtsjahr fanden sowohl Ergänzungswahlen für den Ersatz vorzeitig ausgetretener Mitglieder wie auch die Gesamterneuerungswahl für die neue Amtsperiode von 2012 bis 2015 statt. Wahlbehörde für die Mitglieder der ESchK ist der Bundesrat.

Nach dem Rücktritt der ehemaligen Präsidentin im Jahre 2010 und der Übernahme dieser Funktion durch Frau *Laura Hunziker Schnider* musste zunächst die vakante Stelle eines unabhängigen Mitglieds besetzt werden. Frau *Renate Pfister-Liechti*, Richterin am Tribunal civil de Genève, hat sich bereit erklärt, als neue Beisitzerin bei der ESchK mitzuwirken. Zeitgleich musste auch der bisherige Vertreter der Konsumentenschutzorganisationen ersetzt werden. Diese haben als ihre neue Vertreterin Frau *Florence Bettschart-Narbel* vorgeschlagen, welche vom Bundesrat ebenfalls in die Kommission gewählt worden ist.

Auch im Rahmen der anschliessenden Gesamterneuerungswahlen kam es zu einigen personellen Änderungen in der Kommission. So hat namentlich das unabhängige Mitglied Herr *Christoph B. Graber* nach zwei Amtsperioden auf Ende des Berichtsjahres seinen Rücktritt erklärt. Weiter aus der Kommission ausgeschieden sind seitens der Verwertungsgesellschaften Frau *Claudia Maradan* und Herr *Rudolf A. Rentsch* sowie von den Vertretern und Vertreterinnen der Nutzerverbände Frau *Helene Giezendanner-Feller* und die Herren *Peter Frei*, *Hansjörg Gutknecht*, *Rudolf Isler*, *Jürg König*, *Peter Mosimann* und *Thomas Willi*. Ihnen allen sei an dieser Stelle für die wertvolle langjährige Tätigkeit in der ESchK gedankt.

Der Bundesrat wählte für die Amtsperiode 2012 bis 2015 am 9. November 2011 als neues unabhängiges Mitglied der ESchK Herrn *Armin Knecht*, Oberrichter am Obergericht des Kantons Aargau. Weiter wählte er auf Vorschlag der Verwertungsgesellschaften neu die Herren *Philippe Gilliéron* und *Gregor Wild* sowie auf Vorschlag der Nutzerverbände Herr *Maurice Courvoisier*, Frau *Carmen De la Cruz Böhringer*, Frau *Rita Kovacs*, Herr *Claude-André Mani* und Frau *Annelies Elisabeth Widmer-Hophan*. Die weiteren bisherigen Mitglieder wurden vom Bundesrat für die neue Amtsperiode bestätigt¹¹. Eine Liste sämtlicher aktueller Mitglieder der ESchK findet sich sowohl im Anhang 1¹² wie auf der Homepage der Kommission¹³.

Mit dieser Gesamterneuerungswahl verringerte sich die Anzahl der Mitglieder von bisher 27 auf neu 26 Personen. Damit überschreitet die Schiedskommission weiterhin die für ausserparlamentarische Kommissionen vorgegebene gesetzliche Regel-Höchstzahl von 15 Mitgliedern deutlich¹⁴. Diese Überschreitung konnte indessen damit begründet werden, dass die ESchK nie in ihrer vollen Besetzung, sondern jeweils nur in Spruchkammern mit fünf Mitgliedern tagt. Zudem ist die höhere Anzahl an Nutzervertreter dadurch zu erklären, dass sich die Interessen der Nutzer und Nutzerinnen weniger gut bündeln lassen als bei den Urhebern und

¹¹ Vgl. dazu insbesondere Art. 8a ff. RVOV.

¹² Anhang 1: Liste der Kommissionsmitglieder.

¹³ http://www.eschk.admin.ch/content/eschk/de/home/die_oe/die_schiedskommission.html.

¹⁴ Art. 57e Abs. 1 RVOG.

Urheberinnen bzw. bei den Berechtigten aus Leistungsschutzrechten, da hier nur fünf Verwertungsgesellschaften über eine Konzession zur Verwertung verfügen. Mit der grossen Auswahl an Nutzervertretern und -vertreterinnen kann einerseits eine repräsentative Vertretung der unterschiedlichen Interessen auf Nutzerseite gewährleistet werden, andererseits ist je nach zu regelnder Nutzungsart die Einberufung eines fachkundigen Mitglieds möglich. Im Übrigen mussten die zu wählenden Mitglieder gestützt auf die RVOV¹⁵ erstmals ihre Interessenbindungen offenlegen.

Im letzten Geschäftsbericht haben wir angekündigt, dass es im Rahmen der Gesamterneuerungswahlen ein Ziel sein wird, die Vorgaben betreffend die Zusammensetzung von Kommissionen umzusetzen. So müssen gemäss RVOV¹⁶ in einer ausserparlamentarischen Kommission Frauen und Männer mit mindestens je 30 Prozent vertreten sein. Ausserdem sind auch die Landessprachen und Regionen angemessen zu berücksichtigen¹⁷. Bei diesen Wahlen ist es nun gelungen den Frauenanteil von unter 30 auf rund 35 Prozent anzuheben. Die Vertretung französischsprachiger Mitglieder konnte ebenfalls leicht ausgebaut werden und liegt nun bei rund 27 Prozent. Auch wenn somit die gesetzliche Mindestvorgabe betreffend den Frauenanteil erfüllt werden konnte, bleibt die Feststellung, dass die angestrebte paritätische Vertretung beider Geschlechter¹⁸ noch nicht realisiert wurde und ausserdem kein Mitglied der Kommission aus der italienischsprachigen Schweiz stammt.

3.2. Kommissionssekretariat und Infrastruktur

Das EJPD stellt der Schiedskommission das Sekretariat sowie die erforderliche Infrastruktur (Büro- und Sitzungsräumlichkeiten sowie die Informatik und weitere Sach- und Dienstleistungen) zur Verfügung¹⁹. Personell besteht das Sekretariat aus dem Kommissionssekretär und einer für die administrativen Belange zuständigen Mitarbeiterin. Für beide Stellen zusammen stehen 120 Stellenprozente zur Verfügung. Ausserdem konnte die Kommission für die Dauer von sechs Monaten eine Hochschulpraktikantin anstellen. Diese hat anfangs Oktober 2011 ihre Tätigkeit bei der ESchK aufgenommen.

4. Finanzen

Die Schiedskommission hat den Verwertungsgesellschaften im Rahmen der Tarifgenehmigungsverfahren im Berichtsjahr Spruch- und Schreibgebühren von CHF 29'100.00 sowie den Ersatz der Auslagen (wie Taggelder, Entschädigungen für Aktenstudium, Reisekosten usw.) von CHF 49'664.05 in Rechnung gestellt. Dazu kommen die noch nicht verrechneten Gebühren von CHF 3'000.00 bzw. Auslagen von CHF 25'454.60 für die beiden GT 4e-Tarife²⁰. Dies ergibt bei den Gebühren ein Total von CHF 32'100.00 (Vorjahr: CHF 36'300.00) und bei den Auslagen von CHF 75'118.65 (Vorjahr: CHF 94'931.40). Der Rückgang gegenüber dem Vorjahr ist darauf zurückzuführen, dass im Berichtsjahr weniger umstrittene Tarife zu prüfen waren. Der im Rahmen der Tarifprüfungen eingenommene Bruttoertrag (Gebühren bzw. Rück-

¹⁵ Art. 8f RVOV.

¹⁶ Art. 8c Abs. 1 RVOV.

¹⁷ Art. 57e Abs. 2 RVOG.

¹⁸ Art. 8c Abs. 1 RVOV.

¹⁹ Art. 4 Abs. 1 URV.

²⁰ Vgl. Ziff. 5.1. hinten.

erstattung der Auslagen) beläuft sich somit auf insgesamt CHF 107'218.65. Damit wird ein Anteil an den Gesamtkosten der Kommission von total CHF 337'688.75 gedeckt.

Der *Anhang 2* informiert über die Tarifeingaben und den Stand der Abrechnungen im massgebenden Zeitraum²¹.

5. Tätigkeit

5.1. Geschäftsentwicklung

Zu Beginn des Berichtsjahres waren drei schriftliche Begründungen zu umstrittenen Tarifen ausstehend, welche 2010 von der ESchK behandelt wurden. Es galt daher zunächst, die schriftlichen Begründungen zum GT 3c²² (Beschluss vom 16. Dezember 2010), zum GT 4d²³ (Beschluss vom 18. November 2010) und zum GT S²⁴ (Beschluss vom 4. November 2010) fertigzustellen. Im Verlauf des Berichtsjahres reichten die fünf Verwertungsgesellschaften zudem insgesamt 20 Tarife (gegenüber 18 im Vorjahr) zur Genehmigung bzw. zur Verlängerung ein²⁵. Bis auf den GT 4e²⁶ mit einer vorgesehenen Gültigkeitsdauer ab 2012 konnten alle diese Tarife im vereinfachten Zirkularverfahren²⁷ erledigt werden. Dies erlaubt der Schiedskommission die Genehmigung eines Tarifs ohne mündliche Verhandlung, wenn die unmittelbar vom Tarif betroffenen Kreise dem von den Verwertungsgesellschaften eingereichten Tarif zugestimmt haben und kein Mitglied der Spruchkammer eine Sitzung verlangt²⁸. In Ergänzung zu den während des Berichtsjahres eingereichten Tarifen musste sich die ESchK ausserdem erneut mit dem 2008 genehmigten GT 3c (2008 - 2010) sowie dem 2010 entschiedenen GT 4e (2010 - 2011) befassen, nachdem diese beiden Tarife vom Bundesverwaltungsgericht zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wurden²⁹.

Bezüglich des Verfahrens betreffend den GT 4e, den die Kommission mit Beschluss vom 18. März 2010 genehmigte, hat das Bundesverwaltungsgericht das Vorliegen von Ausstandsgründen gegenüber der ehemaligen Präsidentin bejaht und den Beschluss der ESchK ohne materielle Prüfung zur Neuurteilung zurückgewiesen³⁰. Im Berichtsjahr fanden in der Folge drei Verhandlungssitzungen statt, die alle diesen Tarif zum Gegenstand hatten, da die Schiedskommission auch über den Folgetarif für den GT 4e mit einer Gültigkeitsdauer ab 2012 entscheiden musste, obwohl zu diesem Zeitpunkt noch kein rechtskräftiger Tarif vorlag. In beiden Verfahren machten zudem zwei Nutzerverbände wiederum Ausstandsgründe gegen die neue Präsidentin und den Kommissionssekretär geltend. An der Sitzung vom 6. Oktober 2011 hatte die Spruchkammer daher zunächst unter Ausschluss der Präsidentin und des

²¹ Anhang 2: Übersicht über die Tarifabrechnungen 2011.

²² Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ['Public Viewing'].

²³ Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten.

²⁴ Sender.

²⁵ Anhang 3: Übersicht über die 2011 geprüften Tarife.

²⁶ Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden.

²⁷ Art. 11 URV.

²⁸ Vgl. dazu auch hinten Ziff. 6.2.

²⁹ Vgl. hinten Ziff. 6.1.

³⁰ Vgl. hinten Ziff. 6.2.

Kommissionssekretärs über diese Ausstandsgesuche zu befinden, welche in der Folge abgelehnt wurden. Darauf zogen die Gesuchstellerinnen ihre gleichlautenden Gesuche im Genehmigungsverfahren zum Folgetarif zurück. Schliesslich genehmigte die Spruchkammer anlässlich der Sitzung vom 17. November 2011 den GT 4e für die Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 und an der Sitzung vom 5. Dezember 2011 den entsprechenden Folgetarif GT 4e mit einer Gültigkeitsdauer ab 2012.

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

5.2. Tätigkeit im Bereich Datenschutz und nach Öffentlichkeitsgesetz

Das Gesuch eines unbeteiligten Dritten, der gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz³¹ Akteneinsicht in ein hängiges Tarifverfahren verlangte, wurde abgelehnt, da die Schiedskommission die Auffassung vertritt, dass sie im Rahmen der Tarifgenehmigungsverfahren nicht dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegt und somit Dritten keine Akteneinsicht gewähren muss.

6. Rechtsprechung

6.1. Rechtsprechung durch die Schiedskommission

Nebst den erstmals von der Schiedskommission genehmigten Tarifen ist an dieser Stelle vor allem auf jene Entscheide einzugehen, die vom Bundesverwaltungsgericht an die Schiedskommission zurückgewiesen wurden, nämlich den GT 3c (mit einer vorgesehenen Gültigkeitsdauer bis Ende 2010) und den GT 4e (mit einer vorgesehenen Gültigkeitsdauer bis Ende 2011).

So befasst sich die Schiedskommission seit 2009 mit dem GT 4e, welcher eine Vergütung vorsieht auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden. Mit ihrem Genehmigungsbeschluss vom 18. März 2010 hat die Schiedskommission das Bestehen einer gesetzlichen Grundlage für eine auf diesen Speichern zu erhebende Urheberrechtsvergütung bejaht. Da der Beschluss vom Bundesverwaltungsgericht aus formellen Gründen aufgehoben und zur erneuten Prüfung an die Schiedskommission zurückgewiesen wurde³², musste die Schiedskommission den GT 4e im Berichtsjahr erneut prüfen. Sie genehmigte ihn unter Vornahme von Änderungen mit Beschluss vom 17. November 2011. Dabei kam sie bezüglich der materiellen Fragen dieses Tarifs weitgehend zu den gleichen Ergebnissen wie im vorgängigen Beschluss³³. Insbesondere bestätigte die Schiedskommission, dass für diesen Tarif eine gesetzliche Grundlage besteht. Hinsichtlich dem mit der Revision des Urheberrechtsgesetzes von 2007 neu eingeführten Art. 19 Abs. 3^{bis} URG sprach sich die Schiedskommission abermals dafür aus, dass diese Bestimmung nur für die erste, mit dem bestimmungsgemässen Download vorgenommene Kopie gilt und weitere Kopien dem Vergütungsanspruch von Art. 20 Abs. 3 URG unterliegen. Lediglich den Erstkopien auf den Mobiltelefonen ist daher mit einem Abzug im entsprechenden Umfang bei der Be-

³¹ Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ); SR 152.3

³² Vgl. hinten 6.2.

³³ Vgl. hierzu auch die Ausführungen im Geschäftsbericht 2010.

rechnung der Vergütungshöhe Rechnung zu tragen. Die Schiedskommission legte die Vergütung für das private Überspielen von urheberrechtlich geschützten Werken auf Mobiltelefone auf CHF 0.25 pro Gigabyte fest. Die Senkung um 5 Rappen im Vergleich zur Vergütungshöhe des aufgehobenen Beschlusses ist dadurch zu erklären, dass sich die Schiedskommission bei der Angemessenheitsprüfung auf das neueste Zahlenmaterial stützte und ausserdem einen Abzug für zur geschäftlichen Nutzung verwendete Mobiltelefone vornahm. Der Tarif wurde am 17. November 2011 rückwirkend auf den 1. Juli 2010 mit einer Gültigkeitsdauer bis Ende 2011 in Kraft gesetzt. Damit sah sich die Schiedskommission aufgrund der besonderen Umstände dieses aussergewöhnlich langen Tarifgenehmigungsverfahrens veranlasst, einer rückwirkenden Inkraftsetzung eines Tarifs zuzustimmen. Dies wurde von ihr als angemessene und einzig praktikable Möglichkeit erachtet, die Rechteinhaber und -inhaberinnen für die lange tariflose Zeit zu entschädigen.

Im Berichtsjahr hatte die Schiedskommission ausserdem über den GT 4e mit Gültigkeitsdauer ab 1. Januar 2012 zu befinden. Dabei entspricht der mit Beschluss vom 5. Dezember 2011 genehmigte GT 4e weitgehend dem am 17. November 2011 behandelten Vorgängertarif, wobei die Tarifhöhe auf CHF 0.219 pro Gigabyte gesenkt wurde.

Hinsichtlich des am 8. April 2008 genehmigten GT 3c musste sich die Schiedskommission nach dessen Rückweisung durch das Bundesverwaltungsgericht erneut mit diesem Tarif befassen. Die Schiedskommission setzte sich in ihrem Beschluss vom 21. Oktober 2011 im Rahmen der Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts mit der Angemessenheit des Tarifs sowie insbesondere der Möglichkeit der Eingliederung des GT 3c in einen bereits bestehenden Tarif und der Übernahme nicht-monetärer Voraussetzungen in den Tarif auseinander. Dabei schliesst sie die Aufnahme von nicht-monetären Bedingungen in einen Tarif nicht explizit aus, überlässt es aber den Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbänden solche Voraussetzungen für einen künftigen Tarif auszuhandeln. Sie weist aber auch darauf hin, dass einem Tarif Allgemeinverbindlichkeit zukommen muss und es nicht Zweck eines Tarifs sein kann, urheberrechtsfremde Regelungen zu treffen.

Von den in Zirkularverfahren genehmigten Einigungstarifen ist insbesondere noch auf zwei neue Tarife hinzuweisen. So wurde mit Beschluss vom 29. November 2011 ein neuer Tarif A der SUISA genehmigt, der die bisherigen Tarife A³⁴ und W³⁵ ablöst. Die Vereinigung dieser beiden Sendetarife wurde von der SUISA beantragt, um einen angemessenen Ausgleich zwischen den verschiedenen Gruppen von Rechteinhabern zu gewährleisten. Mit Beschluss vom 14. November 2011 genehmigte die Schiedskommission zudem erstmals einen GT 13, der die Nutzung von verwaisten Rechten regelt. Dieser Tarif basiert auf dem mit der URG-Revision von 2007 neu eingeführten Art. 22b URG (Nutzung von verwaisten Rechten), welcher für die Verwertung von Ton- und Tonbildträgern unter bestimmten Voraussetzungen³⁶ zwingend die Kollektivverwertung vorsieht. Die Verwertungsgesellschaften hatten zunächst beabsichtigt, diese Nutzung in den auf Art. 22a URG basierenden GT 11³⁷ einzuschliessen.

³⁴ Sendungen der SRG SSR idée suisse (ohne Werbesendungen).

³⁵ Werbesendungen der SRG SSR idée suisse.

³⁶ Vgl. Art. 22b Abs. 1 Bst. a-c URG.

³⁷ Nutzung von Archivaufnahmen von Sendeunternehmen.

Im Verlauf der Verhandlungen zeigte sich jedoch, dass das Bedürfnis nach einem eigenen Tarif besteht.

Abschliessend ist noch auf die im Zirkularverfahren genehmigten Gemeinsamen Tarife 8³⁸ und 9³⁹ hinzuweisen. Hier handelt es sich um äusserst komplexe und aufwendige Tarife. Auf Grund der eingehenden und intensiven Verhandlungen zwischen den Verwertungsgesellschaften und den beteiligten Nutzerverbänden ist es gelungen, in beiden Tarifen eine Einigung zu erzielen.

Die Kommissionsentscheide aus dem Berichtsjahr wurden – soweit sie in Rechtskraft erwachsen sind – auf der Website der Kommission⁴⁰ veröffentlicht.

6.2. Rechtsprechung durch das Bundesverwaltungsgericht

Im Berichtsjahr fällte das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz für Beschlüsse der Schiedskommission zwei Urteile. Mit rechtskräftigem Urteil vom 21. Februar 2011 hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gegen den Beschluss der Schiedskommission vom 8. April 2008 betreffend den GT 3c teilweise gutgeheissen, diesen Tarif aufgehoben und an die Vorinstanz zurückgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte zwar die Auffassung der Schiedskommission, dass das 'Public Viewing' gemäss Art. 22 URG der kollektiven Verwertung unterliegt, allerdings habe es die Schiedskommission unterlassen, eine Angemessenheitsprüfung des GT 3c vorzunehmen. In seinem Urteil kommentierte das Bundesverwaltungsgericht denn auch die Praxis der Schiedskommission betreffend Angemessenheitsprüfung bei Einigungstarifen. Dabei hat die Schiedskommission in konstanter Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass falls die Tarifverhandlungen hinsichtlich der Tarifstruktur und der Entschädigungshöhe zu einer Einigung zwischen den Parteien geführt hat, von der Angemessenheit des Tarifs ausgegangen werden kann und somit eine Angemessenheitsprüfung gemäss Art. 59 f. URG entfallen kann. Dabei hat sie sich auch auf Art. 11 URV gestützt, der vorsieht, dass bei Zustimmung der massgebenden Nutzerorganisationen zu einem Tarif, die Genehmigung auf dem Zirkulationsweg erfolgen kann. Dies auch in Anlehnung an das Urteil des Bundesgerichts von 1986, wonach im Falle einer umfassenden Zustimmung der Nutzerseite davon ausgegangen werden darf, dass der Tarif annähernd einem unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertrag entspricht. Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seiner Entscheidung fest, dass die Vermutung der Angemessenheit nicht bedeuten könne, dass gewichtige Anzeichen, die gegen eine solche Annahme sprechen, ausser Acht gelassen werden dürfen. Die Zustimmung der Nutzerverbände sei gemäss dem erwähnten Entscheid des Bundesgerichts nicht als Anlass für eine formelle Kognitionsbeschränkung, sondern bloss als Indiz für die wahrscheinliche Zustimmung aller massgeblichen Berechtigten unter Konkurrenzverhältnissen anzusehen. Gewichtige Indizien, die gegen diese Annahme sprechen, dürften daher nicht ausgeklammert werden. Die Schiedskommission schliesst daraus, dass dies nicht bedeutet, dass sie nach Gründen

³⁸ Reprografie.

³⁹ Nutzung von geschützten Werken und geschützten Leistungen in elektronischer Form zum Eigengebrauch mittels betriebsinternen Laufwerken.

⁴⁰ <http://www.eschk.admin.ch/content/eschk/de/home/dokumentation/beschluesse/2011.html>.

suchen muss, weshalb ein Tarif allenfalls nicht angemessen sein könnte, wenn keine entsprechenden Anzeichen vorliegen. Sie hat ihre Angemessenheitsprüfung aber insofern angepasst, als sie fortan prüft, ob offensichtliche Anhaltspunkte vorliegen, die dagegen sprechen, dass ein Tarif nicht annähernd einem unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertrag entspricht. Fehlt es an solchen Anhaltspunkten, geht die Schiedskommission weiterhin davon aus, dass dies die Angemessenheit des Tarifs in seinem Aufbau und den einzelnen Bestimmungen indiziert und sie auf eine weitergehende Prüfung verzichten kann. Im konkreten Fall hat die Schiedskommission die vom Bundesverwaltungsgericht verlangte Angemessenheitsprüfung nachgeholt und den GT 3c am 21. Oktober 2011 für die Gültigkeitsdauer vom 15. Mai 2008 bis zum 31. Dezember 2010 erneut genehmigt. Dieser Beschluss wurde nicht angefochten und ist somit in Rechtskraft erwachsen.

Dagegen wurde der am 16. Dezember 2010 genehmigte Folgetarif zum GT 3c für eine Gültigkeitsdauer ab 2011 erneut beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Dieses Verfahren wurde bis zur Erledigung des ursprünglichen Verfahrens betreffend GT 3c sistiert. Diese Sistierung wurde infolge des Beschlusses vom 21. Oktober 2011 der ESchK anfangs 2012 durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben und der Beschwerde gleichzeitig die aufschiebende Wirkung entzogen.

Bereits vorne⁴¹ haben wir erwähnt, dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 21. April 2011 den Beschluss betreffend GT 4e vom 18. März 2010 aufgehoben und zur erneuten Prüfung an die Schiedskommission zurückgewiesen hat. Da im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nebst den am Genehmigungsverfahren teilnehmenden massgebenden Nutzerverbänden zusätzlich zwei einzelne Nutzer Parteistellung beanspruchten, gab dies dem Bundesverwaltungsgericht Gelegenheit, die Praxis zur Teilnahme Dritter am Beschwerdeverfahren bei Urheberrechtstarifen zu präzisieren. Nach der Feststellung, dass ein besonderes Interesse dieser Nutzer, das über dasjenige der beschwerdeführenden Nutzerverbände hinausgehe, weder geltend gemacht worden noch erkennbar sei, ging das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass die Gefahr divergierender Interessen zwischen einzelnen Nutzern und den sie repräsentierenden Nutzerverbänden nicht dieselbe Qualität habe wie die analoge Gefahr auf Seiten der Berechtigten im Verhältnis zu den Verwertungsgesellschaften. Den beiden Nutzern wurde daher die Beschwerdelegitimation nach Art. 48 VwVG aberkannt.

Ebenfalls angefochten wurde der von der ESchK am 4. November 2010 genehmigte GT S. In diesem Verfahren fand zwar im Berichtsjahr ein doppelter Schriftenwechsel statt, ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts liegt indessen noch nicht vor. Daneben waren am Ende des Berichtsjahres noch drei weitere Tarifbeschlüsse der Schiedskommission aus früheren Jahren beim Bundesverwaltungsgericht hängig, nämlich der Tarif A Fernsehen der Swissperform⁴², der GT 12⁴³ sowie der GT Z⁴⁴. Anfangs 2012 wurde allerdings der Beschluss der ESchK betreffend den Tarif A Fernsehen der Swissperform bestätigt. Gegen

⁴¹ Vgl. Ziff. 6.1.

⁴² Verwendung von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen.

⁴³ Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR.

⁴⁴ Zirkus.

dieses Urteil wurde aber Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht, so dass dieser Tarif noch nicht rechtskräftig beurteilt ist.

Von den im Berichtsjahr durch die ESchK geprüften Tarifen wurde bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keiner an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen. Es ist jedoch anzumerken, dass die Rechtsmittelfristen der beiden umstrittenen Beschlüsse betreffend GT 4e erst mit der Zustellung der schriftlichen Begründungen anfangs 2012 zu laufen beginnen.

6.3. Rechtsprechung durch das Bundesgericht

Mit Urteil vom 28. Mai 2011 ist das Bundesgericht auf eine von den Verwertungsgesellschaften eingereichte Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über vorsorgliche Massnahmen im Beschwerdeverfahren betreffend den neuen GT 3c nicht eingetreten.

7. Teilnahme an Tagungen / Treffen

Bis anhin nahmen Vertreter der Schiedskommission jeweils an den vom Institut für Geistiges Eigentum geleiteten Urheberrechtsgesprächen teil. Diese Treffen dienen den am Urheberrecht interessierten Kreisen zu einem Gedanken- und Meinungsaustausch über anstehende Fragen im Bereich Urheberrecht und Leistungsschutz. Die anlässlich eines solchen Treffens geäusserte Auffassung eines Mitglieds der Kommission zu einer Rechtsfrage⁴⁵ hat aber dazu geführt, dass gegen dieses Mitglied im Rahmen eines Tarifgenehmigungsverfahrens dessen Ausstand beantragt wurde. Dies und weitere Fälle, bei denen die Unabhängigkeit der neutralen Mitglieder der Kommission in Frage gestellt wurde, gab dem Präsidium der ESchK den Anlass, die Teilnahme von Mitgliedern der Kommission oder auch des Kommissionssekretariats an derartigen Anlässen zu überdenken. Es wurde daher beschlossen, zur Wahrung der Unabhängigkeit der Kommission die Teilnahme an derartigen Veranstaltungen zu überprüfen und bis auf Weiteres darauf zu verzichten.

Vor einigen Jahren⁴⁶ durften Vertreter der Schiedskommission einer Delegation aus Taiwan das schweizerische Verwertungsrecht und insbesondere auch die Rolle der Schiedskommission vorstellen. Taiwan stand damals vor der Implementierung eines ähnlichen Systems. Dieses Projekt ist nun offenbar weiter fortgeschritten und wir hatten im Berichtsjahr anlässlich eines weiteren Besuchs aus Taiwan Gelegenheit, uns über die Fortschritte informieren zu lassen und anstehende Probleme und Fragen zu besprechen.

8. Ausblick und Schlussbemerkungen

Im Geschäftsbericht 2009⁴⁷ wurde auf einige Schwierigkeiten im Umfeld der Schiedskommission hingewiesen. Insbesondere wurde auch 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 Änderun-

⁴⁵ Betr. die Auslegung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG.

⁴⁶ Vgl. Geschäftsbericht 2007, Ziff. 7.

⁴⁷ Vgl. Geschäftsbericht 2009, Ziff. 8.

gen bedarf. Dabei wurde namentlich auf die Einführung einer zusätzlichen richterlichen Instanz und die damit verbundene Verfahrensverlängerung hingewiesen.

Das Institut für Geistiges Eigentum hat anlässlich eines Urheberrechtsgesprächs diesen Ball aufgenommen und zu einer 'Kickoff-Sitzung' mit den interessierten Kreisen eingeladen. Diese Sitzung findet zu Beginn des Jahres 2012 statt.

Dabei ist für die Schiedskommission grundsätzlich zwischen den Problemen auf institutioneller Ebene und denjenigen auf Verfahrensebene zu unterscheiden. Zu den institutionellen Fragen gehört insbesondere diejenige nach ihrer rechtlichen Stellung, nachdem sie vom Bundesgericht als richterliche Instanz betrachtet wird, von der Bundesverwaltung aber unter die ausserparlamentarischen Kommissionen mit all den daraus fließenden Folgen eingereiht wird. Hier besteht aus Sicht der Schiedskommission Klärungsbedarf.

Klärungs- bzw. Überprüfungsbedarf gibt es aber auch beim Verfahren der ESchK. Ziel sollte es eigentlich sein, eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen. Mit den neuen Anforderungen von Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht wird aber eher das Gegenteil erreicht. So wird von der Schiedskommission verlangt, dass sie auch bei einer Einigung zwischen den Verwertungsgesellschaften und den massgebenden Nutzerverbänden noch zusätzliche Abklärungen bezüglich der Angemessenheit eines Tarifs vornimmt⁴⁸. Dazu muss sie allenfalls nebst den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden unmittelbar berührte Dritte in das Tarifgenehmigungsverfahren einbeziehen. Andererseits sind mit den immer komplexeren Tarifen auch die Anforderungen zur Abklärung des Sachverhalts gestiegen und es ist zu überlegen, wie im Verfahren die Beweismittel erhoben werden können. Aber auch der Umstand, dass die Schiedskommission zunehmend heikle Rechtsfragen klären muss, obwohl sie hierfür eigentlich nur vorfrageweise zuständig ist und diese Fragen grundsätzlich durch die Zivilgerichte zu beurteilen sind, trägt nicht zur Verfahrensbeschleunigung bei. Was sich aber im Berichtsjahr als besonders schwierig erwiesen hat, ist der Umstand, dass ein Tarif von der Schiedskommission geprüft werden muss, obwohl der bisherige Vorgängertarif noch nicht mal rechtskräftig beurteilt worden ist. Dies führt letztlich zu einer Rechtsunsicherheit, welche sowohl für die Verwertungsgesellschaften wie für die Nutzerverbände nachteilig ist.

Die Schiedskommission begrüsst daher grundsätzlich den Beitrag des IGE zur Verfahrensoptimierung und anerkennt den entsprechenden Handlungsbedarf. Sie sieht mit Interesse den für das Jahr 2012 aufgenommenen Bestrebungen des IGE in dieser Sache entgegen.

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

L. Hunziker Schnider

⁴⁸ Vgl. vorne Ziff. 6.2.

Geschäftsbericht ESchK 2011

Anhang 1: Liste der Kommissionsmitglieder

Anhang 2: Übersicht über die Tarifabrechnungen 2011

Anhang 3: Übersicht über die 2011 geprüften Tarife

Geschäftsbericht 2011 der ESchK

Liste der Kommissionsmitglieder:

Präsidentin:

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

Beisitzende Mitglieder:

Govoni Carlo, lic.iur., Bern (Vizepräsident)

De Werra Jacques, dr en droit, professeur, Genève

Knecht Armin, Dr.iur., Oberrichter, Hausen

Pfister-Liechti Renate, juge, Genève

Vertreter und Vertreterinnen der Verwertungsgesellschaften:

Alder Daniel, Dr.iur., Rechtsanwalt, Zürich

Berger Mathis, Dr.iur., Rechtsanwalt, Zürich

Egloff Willi, Dr.iur., Fürsprecher, Bern

Gilliéron Philippe, dr en droit, avocat, Lausanne

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

Wild Gregor, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Vertreter und Vertreterinnen der Nutzerverbände:

Bettschart-Narbel Florence, lic. en droit, avocate, Lausanne

Cherpillod Ivan, dr en droit, professeur, Lausanne

Courvoisier Maurice, Dr.iur., Rechtsanwalt, Basel

De la Cruz Böhringer Carmen, lic.iur., Rechtsanwältin, Unterägeri

Egli Klaus, lic.phil., Direktor, Basel

Emmenegger Nicole, lic.iur., Fürsprecherin, Bern

Heinzelmann Wilfried, Dr.iur., Rechtsanwalt, Winterthur

Kovacs Rita, Geschäftsführerin, Zürich

Mani Claude-André, instituteur, Villeneuve

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

Pletscher Thomas, lic.iur., Zürich

Siegrist Jürg, eidg. dipl. Werbeleiter, Zürich

Stucki Frederik, Direktor, Bern

Wagner Eichin Martina, lic.iur., Rechtsanwältin, Zürich

Widmer-Hophan Annelies Elisabeth, Zug

Geschäftsbericht 2011 der ESchK

Übersicht über Tarifabrechnungen

Tarif	Eingabe vom	Antragstellerinnen ¹	V/Z ²	Beschluss vom	Genehmigt bis	Auslagen ³	Gebühren	Total I
2011 geprüft und abgerechnet:								
GT 1	24.06.2011	SI, PL, SSA, SUIISA, SwP	Z	14.11.2011	31.12.2016	2'396.00	1'500.00	3'896.00
GT 3b	23.05.2011	SUIISA, PL, SSA, SI, SwP	Z	14.11.2011	31.12.2012/15	2'486.75	1'500.00	3'986.75
GT 3c [2008-2010]	31.10.2007	SwP, PL, SSA, SUIISA, SI	Z	21.10.2011	31.12.2010	3'489.60	0.00	3'489.60
GT 5	12.05.2011	SUIISA, PL, SSA, SI, SwP	Z	14.11.2011	31.12.2014	2'413.75	1'500.00	3'913.75
GT 6a	28.06.2011	PL, SSA, SUIISA, SI, SwP	Z	29.11.2011	31.12.2017	2'371.00	1'500.00	3'871.00
GT 7	14.03.2011	SI, PL, SSA, SUIISA, SwP	Z	03.10.2011	31.12.2012/16	2'435.00	1'500.00	3'935.00
GT 8	29.07.2011	PL, SSA	Z	05.12.2011	31.12.2016	2'687.75	1'800.00	4'487.75
GT 9	29.07.2011	PL, SUIISA, SI, SSA, SwP	Z	05.12.2011	31.12.2016	2'771.75	1'800.00	4'571.75
GT 10	25.05.2011	PL, SSA, SUIISA, SI, SwP	Z	03.10.2011	31.12.2012	2'386.70	1'500.00	3'886.70
GT 13	29.04.2011	SwP, PL, SSA, SUIISA, SI	Z	14.11.2011	30.09.2014	2'399.75	1'500.00	3'899.75
GT H	30.05.2011	SUIISA, SwP	Z	14.11.2011	31.12.2012	2'366.00	1'500.00	3'866.00
GT Hb	26.05.2011	SUIISA, SwP	Z	14.11.2011	31.12.2017	2'527.75	1'500.00	4'027.75
GT Ka/Kb	19.05.2011	SUIISA, SwP	Z	29.11.2011	31.12.2014	2'424.00	1'500.00	3'924.00
GT L	23.05.2011	SUIISA, SwP	Z	03.10.2011	31.12.2012	2'364.00	1'400.00	3'764.00
GT Ma	23.05.2011	SUIISA, SwP	Z	28.11.2011	31.12.2015/17	2'423.75	1'500.00	3'923.75
GT T	12.05.2011	SUIISA, SwP	Z	28.11.2011	31.12.2012	2'423.75	1'400.00	3'823.75
GT Y	23.05.2011	SUIISA, SwP	Z	29.11.2011	31.12.2012/13	2'344.00	1'500.00	3'844.00
Tarif A SUIISA	30.05.2011	SUIISA	Z	29.11.2011	31.12.2017	2'349.75	1'800.00	4'149.75
Tarif PA	19.05.2011	SUIISA	Z	03.10.2011	31.12.2014	2'309.00	1'500.00	3'809.00
Tarif VI	12.05.2011	SUIISA	Z	03.10.2011	31.12.2013	2'294.00	1'400.00	3'694.00
						49'664.05	29'100.00	
2011 geprüft; Abrechnung folgt 2012:								
GT 4e [2010-2011]	27.02.2009	SUIISA, PL, SSA, SI, SwP	V	17.11.2011	31.12.2011	17'787.30	0.00	17'787.30
GT 4e [2012-2013]	29.06.2011	SUIISA, PL, SSA, SI, SwP	V	05.12.2011	31.12.2013	7667.30	3'000.00	10'667.30
Total II						75'118.65	32'100.00	107'218.65

¹ PL = ProLitteris, SSA = Société suisse des auteurs, SI = Suissimage, SwP = Swissperform.

² Mündliche Verhandlung (V) bzw. Zirkularbeschluss (Z).

³ Auslagen, die den Verwertungsgesellschaften im Geschäftsjahr in Rechnung gestellt worden sind.

Geschäftsbericht 2011 der ESchK

Übersicht über die im Jahr 2011 von der ESchK geprüften Tarife:

- *Gemeinsamer Tarif 1* (Entschädigung für die Verbreitung geschützter Werke und Leistungen in Kabelnetzen) vom 14. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 3b* (Bahnen, Flugzeuge, Reiseautos, Reklame-Lautsprecherwagen, Schaustellergeschäfte, Schiffe) vom 14. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 3c* (Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ['Public Viewing']) [2008-2010] vom 21. Oktober 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) [2008-2011] vom 17. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) [2012-2013] vom 5. Dezember 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 5* (Vermieten von Werkexemplaren) vom 14. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 6a* (Vermieten von Werkexemplaren in Bibliotheken) vom 29. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 7* (Schulische Nutzung [Kopieren auf Leerträger sowie Musikaufführungen]) vom 3. Oktober 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 8* (Reprografie) vom 5. Dezember 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 9* (Nutzung von geschützten Werken und Leistungen in elektronischer Form zum Eigengebrauch mittels betriebsinternen Netzwerken) vom 5. Dezember 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 10* (Verwendung von Werken und Leistungen durch Menschen mit Behinderungen) vom 3. Oktober 2011;
- *Gemeinsamer Tarif 13* (Nutzung von verwaisten Rechten) vom 14. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif H* (Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung im Gastgewerbe) vom 14. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif Hb* (Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung) vom 14. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif Ka* (Grosskonzerte und konzertähnliche Darbietungen) vom 29. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif Kb* (Konzerte in Lokalen oder auf Geländen bis und mit 999 Personen Fassungsvermögen und Billetteinnahmen bis und mit maximal CHF 15'000.00) vom 29. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif L* (Unterricht in Tanz, Gymnastik und Ballett) vom 3. Oktober 2011;
- *Gemeinsamer Tarif Ma* (Musikautomaten) vom 28. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif T* (Tonbildträger-Vorführungen gegen Eintritt [ohne Kinos], Telekiosk, Audiotex-, Videotex- und ähnliche Dienste, Empfang von Sendungen auf Grossbildschirmen) vom 28. November 2011;
- *Gemeinsamer Tarif Y* (Abonnements-Radio und -Fernsehen) vom 29. November 2011;
- *Tarif A (SUISA)* (Sendungen der SRG SSR) vom 29. November 2011;
- *Tarif PA* (Herstellung von Musikdosen [Musikspielwerken]) vom 3. Oktober 2011;
- *Tarif VI* (Aufnahmen von Musik auf Tonbildträger, die ans Publikum abgegeben werden) vom 3. Oktober 2011.