

Beschluss vom 19. Juni 1998

betreffend den Tarif D

(Konzertgesellschaften)

Besetzung:

Präsidentin:

- Verena Bräm-Burckhardt, Kilchberg

Neutrale Beisitzer:

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

Vertreter der Urheber:

- François Vouilloz, Sion

Vertreterin der Werknutzer:

- Claudia Bolla-Vincenz, Bern

Sekretär:

- Andreas Stebler, Bern

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Die Gültigkeitsdauer des *Tarifs D* (Konzertgesellschaften), den die Schiedskommission am 9. Dezember 1993 genehmigte und letztmals mit Beschluss vom 3. Juni 1997 verlängert hat, läuft am 30. Juni 1998 ab. Mit Eingabe vom 8. Dezember 1997 hat die SUI SA der Schiedskommission Antrag auf Genehmigung eines neuen *Tarifs D* in der Fassung vom 17. November 1997 gestellt.

Dabei handelt es sich um den zweiten Anlauf, den *Tarif D* neu zu strukturieren. Einer ersten Tarifvorlage mit geänderter Struktur hat die Schiedskommission mit Beschluss vom 17. Juni 1996 die Genehmigung verweigert. Zwar war sie grundsätzlich mit dem Einbezug der Subventionen der Konzertgesellschaften in die Berechnungsgrundlage einverstanden, verlangte aber, dass ‘über die Modalitäten der Anrechnung der Subventionen noch Lösungen gefunden werden‘ müssten. Beanstandet wurde auch, dass der damalige Tarifvorschlag regelmässig und pauschal von einem Anteil von 35 Prozent geschützter Werke ausging und auch hinsichtlich der 10-Prozentregel (Art. 60 Abs. 2 URG) zu wenig transparent war. Zudem bemängelte sie, dass ein Tarif, der in einzelnen Fällen um bis zu 50 Prozent erhöhte Entschädigungen vorsieht, dem Grundsatz widerspreche, wonach ausserordentliche Tarifierhöhungen beziehungsweise Tarifsprünge ohne besondere Begründung zu vermeiden sind.

2. Gemäss der neuen Tarifvorlage werden die gesamten Konzerteinnahmen unterteilt in direkte Konzerteinnahmen (Einnahmen aus dem Billett- und Abonnementsverkauf sowie Mitgliederbeiträge, soweit sie zu verbilligten oder Gratiseintritten berechtigen) und Konzerts-ubventionen. Mit der Einschränkung der Gesamtsubventionen auf Konzerts-ubventionen sollen diejenigen Subventionen aus der Berechnungsgrundlage ausgeschieden werden, die mit der tarifgemässen Verwendung von Musik nichts zu tun haben (z. B. Theatersubventionen). Unter ‘Konzerts-ubventionen‘ fallen gemäss Definition der SUI SA alle Subventionen, Sponsorenbeiträge und andere Zuwendungen, mit denen der Konzertbetrieb finanziert wird. Die SUI SA geht davon aus, dass 90 Prozent dieser Konzerts-ubventionen zur Finanzierung der effektiven Konzertkosten beitragen, d.h. dazu dienen, die Entschädigungen der

ausübenden Künstler sowie die Kosten für die Miete von Konzertlokalen beziehungsweise von Musikinstrumenten und von Public Address-Anlagen (Lautsprecher-Anlagen) zu decken (Ziff. 5.3a des Tarifs) und damit grundsätzlich zur Berechnungsgrundlage für die Urheberrechtsentschädigung zu zählen sind.

Können die Zuwendungen mit Subventionscharakter aufgrund der Kriterien nach Ziff. 5.3a des Tarifs nicht einer einzelnen Veranstaltung zugeordnet werden, so werden sie zu gleichen Teilen auf alle Orchestereinsätze aufgeteilt. Dabei wird als Berechnungsgrundlage von 80 Prozent der Konzertsubventionen ausgegangen (Ziff. 5.3b).

Für die Berechnung der Urheberrechtsentschädigung geht der Tarif von einem Prozentsatz von 10 Prozent der Gesamteinnahmen (inklusive Konzertsubventionen gemäss Berechnung nach Ziff. 5.3a oder 5.3b) aus Konzerten aus (Ziff. 7). Dieser Prozentsatz wird im Verhältnis der Dauer der geschützten Musik zur Dauer des Konzerts ohne Pausen reduziert (Ziff. 8).

Die SUISA ist sich bewusst, dass der vorgeschlagene Tarif für einen bedeutenden Teil der Konzertgesellschaften zu einer Erhöhung der Vergütung führen dürfte. Deshalb schlägt sie in Ziff. 11 des Tarifs eine Übergangsregelung vor. Diese legt fest, dass die Entschädigung nicht mehr als folgende Prozentsätze der *direkten* Konzerteinnahmen (d.h. Einnahmen aus dem Billett- und Abonnementsverkauf sowie der massgebenden Mitgliederbeiträge einer Konzertsaison bzw. Rechnungsperiode) betragen darf:

- Saison 1998 / 1999 : 9 Prozent;
- Saison 1999 / 2000 : 10 Prozent;
- Saison 2000 / 2001 : 11 Prozent;
- Saison 2001 / 2002 : 13 Prozent.

Zudem enthält die Ziff. 13 des Tarifs eine Bestimmung betreffend die Mehrwertsteuer, die nach Auffassung der SUISA klarstellen soll, dass die Mehrwertsteuer in der urheberrechtlichen Entschädigung nicht enthalten ist.

-
3. Die SUIISA geht in ihrem Antrag davon aus, dass sie mit der neu vorgelegten Tarifstruktur den im Beschluss vom 17. Juni 1996 angeführten Beanstandungen der Schiedskommission Rechnung getragen hat. Gleichzeitig erstattet sie auch Bericht über die mit dem Verband Schweizerischer Berufsorchester (VESBO) - dem einzigen Verhandlungspartner in diesem Bereich - geführten Verhandlungen.

Dazu führt sie aus, dass man sich im Rahmen dieser Verhandlungen nicht über einen neuen Tarif einigen konnte. Gemäss ihren Angaben besteht insbesondere weiterhin Dissens über die Frage, ob die Subventionen zur Berechnungsgrundlage zu zählen sind oder nicht.

4. Mit Präsidialverfügung vom 11. Dezember 1997 wurde die Spruchkammer zur Beurteilung des *Tarifs D* eingesetzt und der Antrag der SUIISA gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV dem VESBO zur Stellungnahme zugestellt. Ihm wurde eine bis zum 16. Februar 1998 verlängerte Vernehmlassungsfrist angesetzt.

5. Der VESBO erklärt sich in seiner schriftlichen Vernehmlassung vom 16. Februar 1998 nur unter dem Vorbehalt wesentlicher Änderungen [Verkürzung der Geltungsdauer (Ziff. 23), ersatzlose Streichung der Bestimmung betreffend die Mehrwertsteuer (Ziff. 13) sowie Streichung der Subventionen aus der Berechnungsgrundlage (es wird eine neue Ziff. 5 als Ersatz für die Ziff. 5, 6, 7 und 8 vorgeschlagen)] mit dem vorgelegten *Tarif D* einverstanden. Konkret wird eine Vergütung in Prozenten der direkten Konzerteinnahmen bzw. hilfsweise in der Form eines Prozentsatzes der Kosten der Verwendung der Musik verlangt. Er spricht sich damit gegen den Einbezug der Subventionen in die Berechnungsgrundlage zur Festlegung der Urheberrechtsentschädigung aus. Eventualiter wird eine Verlängerung des bisherigen Tarifs bis zum 30. Juni 1999 beantragt, was aber mit Stellungnahme vom 3. Juni 1998 relativiert wird (vgl. dazu die Ausführungen in Ziff. 7 unten).

Der VESBO betont, dass die konzertgebenden Gesellschaften aufgrund der hohen Sozialkosten, der ganzjährig garantierten Beschäftigung sowie der Erfüllung von Drittverpflichtungen und der einschneidenden Subventionskürzungen in hohem Masse in ihrer Existenz gefährdet seien. Deshalb hätten die Konzertgesellschaften ihre Eintrittspreise in den letzten

Jahren stark erhöhen müssen. Es wird auch darauf hingewiesen, dass die Mitglieder des VESBO nach bisherigem Tarif jährlich über 800'000 Fr. Urheberrechtsgebühren an die SUIISA abliefern würden.

6. Mit Präsidialverfügung vom 18. Februar 1998 wurden die Akten gestützt auf Art. 15 Abs. 2^{bis} des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) dem Preisüberwacher zur Stellungnahme unterbreitet.

Der Preisüberwacher empfiehlt in seiner Stellungnahme vom 20. März 1998 den neu beantragten *Tarif D* nicht zu genehmigen. Er begründet dies damit, dass die stufenweise Erhöhung des festgelegten Prozentsatzes von 8 bis auf 13 Prozent einer Erhöhung der Urheberrechtsentschädigungen um 62,5 Prozent entspreche. Dagegen führe die Kürzung bzw. Stagnierung der Subventionen bei gleichzeitiger Erhöhung der Eintrittspreise dazu, dass die effektive Erhöhung und die relative Belastung an den Gesamteinnahmen noch stärker zunehme. Er weist auf die in Art. 60 Abs. 2 URG enthaltene maximale Obergrenze für Urheberrechtsentschädigungen hin und geht davon aus, dass die Entschädigungen und deren allfällige Erhöhung auch den Kriterien des Preisüberwachungsgesetzes genügen müssten. Dabei sei auch die wirtschaftliche Tragbarkeit des Tarifs für die Nutzer zu berücksichtigen.

Er macht zudem geltend, dass beim gegenwärtigen Tarif mit einem Prozentsatz von 8 Prozent gegen die Hälfte der Konzertsbventionen indirekt in die Berechnung der Urheberrechtsentschädigung einfliessen würden. Zwar habe er beim letzten umstrittenen Genehmigungsverfahren den Einbezug der Subventionen nicht grundsätzlich beanstandet; allerdings habe er auch darauf hingewiesen, dass es nicht richtig wäre, die gesamten Konzertsbventionen in die Berechnung einfliessen zu lassen und sie damit den Billett- und Abonnementseinnahmen völlig gleichzusetzen. Auch aus heutiger Sicht halte er den Einbezug von etwa der Hälfte der Subventionen für vertretbar. Einem stärkeren Einbezug könne er allerdings nicht zustimmen. Er bestätigt indessen, dass er sich mit einer ertrags- und kostenneutralen Änderung der Tarifstruktur abfinden könne.

7. Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 1998 hält die SUIISA an ihrem Antrag fest, der *Tarif D* sei in der Fassung vom 17. November 1997 zu genehmigen. Eventualiter ist sie mit einer kürzeren Gültigkeitsdauer sowie der Einfügung des Wortes ‘allfällige‘ Mehrwertsteuer in Ziff. 13 einverstanden. Die Einnahmen aus dem *Tarif D* werden gestützt auf ihren Jahresbericht mit Fr. 1'562'637.60 (1997) beziehungsweise mit Fr. 983'889.70 (1996) angegeben. Den erheblichen Unterschied in diesen beiden Jahren begründet die SUIISA damit, dass die Tonhallegesellschaft (THG) Zürich im Jahre 1997 für zwei Jahre (1996/97) abgerechnet habe. Sie weist auch darauf hin, dass aufgrund der neuen Tarifstruktur eine Budgetierung schwierig sei, zumal die Nutzer die Wahl hätten, entweder pro Saison oder pro Konzert abzurechnen. Zudem hätten die Konzertgesellschaften auch die Möglichkeit, mehr oder weniger geschützte Musik zu spielen, was sich wiederum auf die Höhe der Entschädigung auswirke.

Der VESBO geht davon aus, dass ein Systemwechsel von beiden Tarifpartnern angestrebt wird und bestätigt, dass der Impuls hierzu von ihm ausgegangen sei. Ein wesentliches Ziel sei es gewesen, vom kaum mit Art. 60 URG zu vereinbarenden gegenwärtig noch geltenden Tarif wegzukommen und einen Tarif nach Massgabe der effektiven Verhältnisse zu erreichen. Allerdings müsse der vorliegende Antrag der SUIISA abgelehnt werden. Der SUIISA wird insbesondere vorgeworfen, sie habe es unterlassen, ihre Eingabe mit entsprechenden Zahlen sowohl für die Vergangenheit und - aufgrund von Schätzungen - für die Zukunft, zu belegen. Es sei nicht akzeptabel, einen Tarif mit einer Gültigkeitsdauer von 4 oder 5 Jahren zu genehmigen, ohne dass die Schiedskommission die Gelegenheit habe, dessen Angemessenheit festzustellen. Gleichzeitig wird betont, dass die vom VESBO erstellte Liste über Löhne, Sozialleistungen und übrige Konzertkosten verschiedener Konzertgesellschaften (Gesuchsbeilage 8) nicht verbindlich sein könne, da sie aufgrund von Kriterien, welche die SUIISA vorgegeben habe, zusammengestellt worden sei. Damit sei keinesfalls erwiesen, dass 90 bis 100 Prozent der Zuwendungen mit Subventionscharakter als Konzertsubventionen anrechenbar seien. Die anrechenbaren Konzertsubventionen werden vom VESBO eher als marginal eingeschätzt. Er wiederholt die Aussage, dass der VESBO ‘keine Zahlen liefern könne zur Frage, welcher Teil der Subventionen der De-

ckung welcher Kosten diene' (s. Gesuchsbeilage 6). Die Erteilung von Subventionen sei in der Regel verbunden mit dem Gesamtauftrag, 'Konzerte durchzuführen'; konkrete für einen bestimmten Zweck bestimmte Subventionsbeiträge seien eher die Ausnahme. So gebe es etwa in Basel Bestimmungen betreffend den sozialen Standard bei der Anstellung von Orchestermusikern. Auch bestehe in einzelnen Fällen die Auflage, eine bestimmte Anzahl Konzerte zu reduzierten Preisen zu veranstalten, wobei auch diese reduzierten Preise in den vergangenen Jahren ständig hätten erhöht werden müssen. Aufgrund der starken regionalen Unterschiede könne auch nicht auf Erfahrungswerte zurückgegriffen werden. Der VESBO schätzt die jährlichen Gesamteinnahmen der SUI SA gestützt auf den neuen *Tarif D* auf 1,5 bis 1,7 Mio. Franken. Er geht indessen davon aus, dass ein neuer Tarif nur akzeptiert werden könne, wenn er zu einer Reduktion der Entschädigungen führt, da die wirtschaftlich guten Jahre vorbei seien. Es wird daher Nichtgenehmigung des neuen *Tarifs D* beantragt.

Der VESBO kommt sodann auf seinen Eventualantrag, den bisherigen Tarif zu verlängern zurück. Er macht neu geltend, dass der bestehende Tarif nur unter Vorbehalt verlängert werden könne. So müsse als Voraussetzung für die Verlängerung noch in diesem Jahr ein Durchbruch bei den Verhandlungen erzielt werden. Zudem sei der geltende Prozentsatz um die Hälfte zu kürzen. Letzteres wird mit einem wesentlich geringeren Repertoire der SUI SA an geschützten Werken begründet.

Zusammenfassend schlägt der VESBO somit vor, den von der SUI SA beantragten *Tarif D* ohne Einbezug der Subventionen in die Berechnungsgrundlage und ohne Ziff. 13 für eine Dauer von 2 Jahren zu genehmigen. Eventualiter sei der gegenwärtig geltende Tarif um ein Jahr mit den entsprechenden Vorbehalten zu verlängern.

8. Aufgrund der gemäss Art. 14 URV im Anschluss an die Anhörung geführten Beratungen hat die Schiedskommission anlässlich der Sitzung vom 3. Juni 1998 Änderungen am Tarif erwogen. Dabei hat sie den Parteien in Aussicht gestellt, die in Ziff. 11 des Tarifs enthaltenen Prozentsätze gesamthaft auf 9 Prozent zu begrenzen, die Ziff. 13 hinsichtlich der

Mehrwertsteuer zu streichen sowie die Gültigkeitsdauer des Tarifs auf drei Jahre, d.h. bis zum 30. Juni 2001 zu beschränken.

9. Gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 und 2 URV wurde den Verhandlungspartnern mit Präsidialverfügung vom 4. Juni 1998 Gelegenheit eingeräumt, zu diesen in Aussicht genommenen Änderungen Stellung zu nehmen. Der VESBO lehnte mit Eingabe vom 10. Juni 1998 den entsprechend geänderten Tarif ab. Dagegen stimmte die SUISA mit Schreiben vom 10. Juni 1998 der neuen Übergangsregelung (Ziff. 11) sowie der verkürzten Geltungsdauer (Ziff. 23) zu. Allerdings hielt sie an der ergänzten Mehrwertsteuerbestimmung fest. Gleichzeitig stellte sie den Tarif in der Fassung vom 3. Juni 1998, der diese Änderungen berücksichtigt, zu. Dieser Tarif hat in den Amtssprachen deutsch, französisch und italienisch den folgenden Wortlaut:

Tarif D Konzertgesellschaften

A. Kundenkreis

- 1 Dieser Tarif richtet sich an Konzertgesellschaften der Schweiz und Liechtensteins. Sie werden nachstehend als Kunden bezeichnet.
- 2 Konzertgesellschaften sind Vereinigungen, die über ein Berufsorchester verfügen, die mit diesem regelmässig Konzerte ernster Musik veranstalten, und die von der öffentlichen Hand mit erheblichen Subventionen unterstützt werden. Die Trägerschaft des Orchesters kann von der konzertveranstaltenden Gesellschaft getrennt sein.

B. Verwendung der Musik

- 3 Dieser Tarif bezieht sich auf die Aufführung von Musik an eigenen Konzerten der Kunden in der Schweiz und in Liechtenstein.
- 4 Von diesem Tarif ausgeschlossen sind
 - die Verbindung von Musik mit anderen Werken (Synchronisation)
 - die Verwendung der Musik zu Werbezwecken.

C. Entschädigung

- 5 Die Entschädigung wird in einem Prozentsatz der Gesamteinnahmen aus Konzerten berechnet.
Zu den Gesamteinnahmen zählen insbesondere
 - 5.1 die Einnahmen aus dem Billett- und Abonnementsverkauf
 - 5.2 die Mitgliederbeiträge, soweit sie zu verbilligten oder Gratis-Eintritten berechtigen
 - 5.3 die Subventionen, Sponsorenbeiträge und andere Zuwendungen an den Konzertbetrieb (nachstehend „Konzertsubventionen“).
 - a) Als Konzertsubventionen gelten Subventionen und Zuwendungen, die dazu dienen, die folgenden Kosten zu decken („Konzertkosten“)

- sämtliche an die ausübenden Künstler bezahlten Entschädigungen (Gage, Reise- und Aufenthaltsspesen etc.)
- Miete des Konzertlokals
- Miete von Musikinstrumenten oder der P.A.-Anlagen (public address systems).

b) Werden dem Kunden Subventionen, Sponsorenbeiträge und andere Zuwendungen (gesamthaft „Subventionen“) für ein Gesamtangebot so ausgerichtet, dass sie nicht einzelnen Veranstaltungen zugeordnet werden können, so werden diese Subventionen zu gleichen Teilen auf alle Orchestereinsätze (ohne nichtöffentliche Proben) aufgeteilt.

Massgebende Berechnungsgrundlage sind in diesem Falle 80% der Konzertsubventionen.

- 6 Allfällige vom Kunden zu entrichtende Billett- und Mehrwertsteuern werden abgezogen.
- 7 Der Prozentsatz beträgt 10%.
- 8 Der Prozentsatz wird reduziert im Verhältnis
 Dauer der geschützten Musik : Dauer des Konzerts ohne Pausen
 wenn der Kunde rechtzeitig ein Verzeichnis der aufgeführten Musik einreicht (Ziff. 20).
- 9 Die Entschädigung wird berechnet aufgrund der Gesamteinnahmen aus allen Konzerten während einer Saison bzw. Rechnungsperiode und aufgrund des Anteils geschützter Musik in sämtlichen Konzerten.
- 10 Der Kunde kann verlangen, dass die Entschädigung soweit möglich pro Konzert berechnet wird. In diesem Fall werden
- die Konzertsubventionen, Mitgliederbeiträge und allgemeinen Konzerteinnahmen zu gleichen Teilen allen Konzerten zugewiesen
 - Einnahmen aus Abonnements und andere Einnahmen aus Konzertreihen zu gleichen Teilen denjenigen Konzerten zugewiesen, für welche sie gültig waren.
- Wünscht der Kunde die Berechnung pro Konzert, so teilt er dies der SUISA innert der Frist von Ziff. 14 zusammen mit allen erforderlichen Angaben mit.
- Eine einmal getroffene Wahl ist für die betreffende Abrechnungsperiode unwiderruflich.
- 11 Im Sinne einer Übergangsregelung beträgt die Entschädigung nicht mehr als 9% der Einnahmen aus dem Billett- und Abonnementsverkauf sowie der massgebenden Mitgliederbeiträge einer Konzertsaison bzw. Rechnungsperiode.

12 Kunden, welche eine Berechnung der Entschädigung nach Ziffer 9 wählen, erhalten eine Ermässigung von 10%, wenn

- die nach Ziff. 9 berechnete Entschädigung nicht höher ist als diejenige nach Ziff. 11

- sie einen Vertrag mit der SUI SA für Veranstaltungen nach diesem Tarif abschliessen und dessen Bedingungen einhalten.

13 Eine allfällige Mehrwertsteuer ist in diesen Entschädigungen nicht inbegriffen.

D. Abrechnung

14 Die Kunden geben der SUI SA innert zwei Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres die Einnahmen und Mitgliederbeiträge bekannt.

15 Die SUI SA kann zur Prüfung dieser Angaben Belege (insbesondere eine Bestätigung der Revisionsstelle des Kunden) verlangen.

16 Wenn die Angaben oder die verlangten Belege auch nach einer schriftlichen Mahnung nicht innert Frist eingereicht werden, so kann die SUI SA die zur Berechnung der Entschädigung erforderlichen Angaben schätzen und gestützt darauf die Entschädigung berechnen.

E. Zahlung

17 Die SUI SA stellt für die Entschädigungen gestützt auf die Angaben gemäss Ziffer 14 Rechnung, die innert 30 Tagen zu begleichen ist.

18 Die SUI SA kann für das laufende Jahr eine Akontozahlung in der Höhe der Hälfte der Entschädigung für das Vorjahr verlangen.

19 Die SUI SA kann ferner Sicherheiten verlangen.

F. Verzeichnisse der verwendeten Musik

20 Die Kunden stellen der SUI SA zwei Exemplare ihres Generalprogramms und ihres Jahresberichts bei Erscheinen zu.

21 Die Kunden übergeben der SUI SA innerhalb von zwei Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres ein Verzeichnis aller aufgeführten Musikwerke.

22 Wenn diese Verzeichnisse auch nach schriftlicher Mahnung nicht innert Frist eingereicht werden, kann die SUI SA eine zusätzliche Entschädigung von Fr. 40.- pro Konzert oder von Fr. 650.- pro Jahr verlangen. Sie wird im Wiederholungsfall verdoppelt.

G. Gültigkeitsdauer

23 Dieser Tarif gilt vom 1. Juli 1998 bis zum 30. Juni 2001.

24 Bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse kann er vorzeitig revidiert werden

Tarif D
Sociétés de concerts

A. Cercle de clients

- 1 Ce tarif s'adresse aux sociétés de concerts de Suisse et du Liechtenstein. Elles sont dénommées ci-après "clients".
- 2 Les sociétés de concerts sont des organisations qui disposent d'un orchestre professionnel, qui organisent régulièrement avec ce dernier des concerts de musique sérieuse et qui bénéficient d'importantes subventions publiques. La charge de l'orchestre peut ne pas incomber à la société organisatrice de concerts.

B. Utilisation de la musique

- 3 Ce tarif se rapporte à l'exécution de musique lors des propres concerts des clients en Suisse et au Liechtenstein.
- 4 Sont exclues de ce tarif
- l'association de musique avec d'autres œuvres (synchronisation)
 - l'utilisation de musique à des fins publicitaires.

C. Redevance

- 5 La redevance est calculée sous la forme d'un pourcentage des recettes globales des concerts.
- Celles-ci proviennent en particulier
- 5.1 des recettes de la vente des billets et des abonnements
- 5.2 des cotisations des membres, dans la mesure où ceux-ci ont droit à des billets gratuits ou à prix réduit
- 5.3 des subventions, contributions de sponsors et autres allocations pour le fonctionnement des concerts (ci-après: "subventions de concerts").
- a) On entend par subventions de concerts les subventions et allocations qui servent à couvrir les frais suivants ("frais de concerts")
- toutes les indemnités versées aux artistes exécutants (cachets, frais de voyage et de séjour etc.)

- Location du local de concert
- Location d'instruments de musique ou d'installations PA (public address systems).

b) Si le client reçoit des subventions, contributions de sponsors et autres allocations (globalement "subventions") pour l'ensemble de ses activités, distribuées de telle sorte qu'il n'est pas possible de les attribuer à l'une ou l'autre manifestation, ces subventions sont réparties à parts égales sur tous les engagements de l'orchestre (mises à part les répétitions non publiques).

La base de calcul s'élève dans ce cas à 80% des subventions de concerts.

6 Les éventuels impôts sur les billets et taxe sur la valeur ajoutée payés par le client sont à déduire.

7 Le pourcentage s'élève à 10%.

8 Le pourcentage est réduit en fonction du rapport

Durée de la musique protégée : Durée du concert sans les pauses,

lorsque le client fournit dans les délais une liste des œuvres exécutées (ch. 20).

9 La redevance est calculée sur la base des recettes globales de tous les concerts pendant une saison ou pendant une période de calcul ainsi que sur la base de la proportion de musique protégée dans tous les concerts.

10 Le client peut demander que la redevance soit calculée par concert dans la mesure du possible. Dans ce cas,

- les subventions de concerts, les cotisations de membres et les recettes générales des concerts sont attribuées à parts égales à tous les concerts
- les recettes des abonnements et autres recettes de séries de concerts sont attribuées à parts égales aux concerts auxquels elles se rapportaient.

Si le client demande un calcul par concert, il le communique à SUISA dans les délais fixés au ch. 14 avec toutes les indications nécessaires.

Une fois cette décision prise, il n'est plus possible de la révoquer pour la période de décompte concernée.

11 Comme réglementation transitoire, la redevance ne dépassera pas 9% des recettes de la vente des billets et abonnements et des cotisations d'une saison de concerts ou d'une période de calcul.

12 Les clients qui choisissent un calcul de la redevance selon le chiffre 9 bénéficient d'une réduction de 10%

- lorsque la redevance calculée selon le ch. 9 n'est pas supérieure à celle calculée selon le ch. 11.
- et lorsqu'ils passent un contrat avec SUIISA pour les manifestations selon ce tarif et en respectent les conditions.

13 Une éventuelle taxe sur la valeur ajoutée n'est pas comprise dans ces redevances.

D. Décompte

14 Dans les deux mois qui suivent la clôture de l'année d'exercice, les clients communiquent à SUIISA le montant des recettes et des cotisations de membres.

15 Afin de contrôler ces indications, SUIISA peut exiger des preuves (notamment la confirmation de l'organe de contrôle du client).

16 Au cas où les informations ou les preuves exigées par écrit ne seraient pas parvenues dans les délais impartis, SUIISA peut alors évaluer les indications nécessaires et calculer la redevance sur cette base.

E. Paiement

17 Sur la base des données du chiffre 14, SUIISA établit une facture pour les redevances payable dans les 30 jours.

18 SUIISA peut exiger un acompte pour l'année en cours s'élevant à la moitié de la redevance payée pour l'année précédente.

19 SUIISA peut de plus exiger des garanties.

F. Relevés de la musique utilisée

20 Les clients remettent à SUIISA, dès leur parution, deux exemplaires de leur programme général et de leur rapport annuel.

21 Dans les deux mois qui suivent la clôture de l'exercice, les clients remettent à SUIISA un relevé de toutes les œuvres musicales exécutées.

22 Si ces relevés ne sont pas communiqués dans les délais impartis après demande faite par écrit, SUIISA peut exiger une redevance supplémentaire de Fr. 40.– par concert ou de Fr. 650.– par an. Elle sera doublée en cas de récidive.

G. Durée de validité

23 Ce tarif est valable du 1^{er} juillet 1998 au 30 juin 2001.

24 En cas de modification profonde des circonstances, il peut être révisé avant échéance.

Tariffa D

Società di concerto

A. Sfera di clienti

- 1 Questa tariffa concerne le società di concerto della Svizzera e del Liechtenstein, qui di seguito denominate „clienti“.
- 2 Le società di concerto sono associazioni che dispongono di un'orchestra professionale con cui organizzano regolarmente concerti di musica seria, e che ricevono generose sovvenzioni dalla mano pubblica. Il soggetto giuridico dell'orchestra può non coincidere con la società che organizza i concerti .

B. Utilizzazione della musica

- 3 La presente tariffa concerne l'esecuzione di musica durante concerti propri del cliente in Svizzera e nel Liechtenstein.
- 4 Sono esclusi da questa tariffa
- l'abbinamento di musica ad altre opere (sincronizzazione)
 - l'utilizzazione della musica per scopi pubblicitari

C. Indennità

- 5 L'indennità viene fissata in valori percentuali degli introiti complessivi provenienti da concerti
- Per introiti complessivi si intendono in particolare
- 5.1 quelli provenienti dalla vendita di biglietti e abbonamenti
- 5.2 quelli provenienti dalle quote dei membri, purché questi abbiano diritto a biglietti o abbonamenti gratuiti o a prezzo ridotto
- 5.3 le sovvenzioni, i contributi di sponsor e altre donazioni destinate all'attività concertistica (qui di seguito denominate „sovvenzioni per concerti“).
- a) Per sovvenzioni per concerti si intendono le sovvenzioni e le donazioni destinate alla copertura dei seguenti costi („costi dei concerti“)
- tutte le indennità versate agli artisti interpreti (compensi, spese di viaggio e di soggiorno, ecc.)
 - l'affitto del locale in cui ha luogo il concerto

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Die SUI SA reichte ihren Antrag auf Genehmigung des *Tarifs D* am 8. Dezember 1997 ein. Damit wurde die bis zu diesem Datum verlängerte Eingabefrist (Art. 9 Abs. 2 URV) gewahrt. Ebenso hielt der VESBO die bis zum 16. Februar 1998 erstreckte Frist für die Abgabe seiner schriftlichen Stellungnahme ein.
2. Die Schiedskommission stellt zunächst fest, dass gestützt auf die mündliche Anhörung keiner der beiden Verhandlungspartner die unveränderte Verlängerung des gegenwärtigen Tarifs wünscht. Ein neuer Tarif verbunden mit einem entsprechenden Systemwechsel wird von beiden Parteien bevorzugt, obwohl über die Ausgestaltung dieses künftigen Tarifs erhebliche Differenzen bestehen.

Der VESBO stellt zwar eventualiter immer noch den Antrag, den gegenwärtig geltenden Tarif zu verlängern. Allerdings macht er dies von einer erheblichen Senkung der Urheberrechtsentschädigungen und einem raschen Verhandlungsergebnis im Sinne seiner Vorstellungen abhängig. Bei diesem Antrag geht es somit nicht mehr um eine blosser Verlängerung des bisherigen Tarifs, sondern um eine erhebliche Tarifänderung. Gegenstand des Genehmigungsverfahrens und des Entscheids der Schiedskommission ist indessen die von der SUI SA vorgelegte Tarifvorlage und nicht ein allfälliger Gegenvorschlag einer Nutzerorganisation (Entscheid des Bundesgerichts vom 24. März 1995 zur Leerkassettenabgabe, E. 3c). Ausgangspunkt der Prüfung der Kommission ist daher die Eingabe der SUI SA für einen neuen *Tarif D* in der Fassung vom 17. November 1997 beziehungsweise die ergänzte Fassung vom 3. Juni 1998. Dabei gilt es auch zu berücksichtigen, dass der VESBO noch in seiner Vernehmlassung vom 16. Februar 1998 eventualiter ausdrücklich die unveränderte Weitergeltung des bisherigen *Tarifs D* beantragt hat und erst anlässlich der Anhörung vor der Kommission am 3. Juni 1998 dafür bestimmte Bedingungen stellte.

3. Im Laufe des Verfahrens haben sowohl der VESBO wie auch der Preisüberwacher die ungenügende Datenlage beanstandet. Dazu stellt die Schiedskommission fest, dass ihr die von

der SUIA erzielten Einnahmen aus dem *Tarif D* in den Jahren 1996 und 1997 vorliegen. Weiter befindet sich eine auf Begehren der SUIA erstellte Tabelle des VESBO über die Aufwendungen verschiedener Orchestergesellschaften im Geschäftsjahr 1995/1996 bei den Unterlagen (Gesuchsbeilage 8). Diese Tabelle enthält eine Zusammenstellung der Aufwendungen für Löhne, Sozialleistungen, Reise- und Aufenthaltskosten, Saal- und Platzmiete sowie Miete von Musikinstrumenten. Anlässlich der Anhörung machte der VESBO indes geltend, dass diese Tabelle nicht als von ihm anerkannt gelten dürfe, da sie nach Kriterien erstellt worden sei, welche die SUIA vorgegeben habe. Weiter gab der VESBO an, dass er zu den Subventionen keine zusätzlichen Angaben liefern könne, was auch mit seinen Angaben im Rahmen der Parteiverhandlungen (Gesuchsbeilage 6) übereinstimmt. Im weiteren wird erwähnt, dass nur eine einzige Stadt mit den gewährten Subventionen eine Zweckbestimmung ('zur Deckung der Musikerlöhne') verknüpfe.

Gemäss dem bereits erwähnten Entscheid des Bundesgerichts zum Leerkassettenarif (E. 8d) kommt den Parteien im Tarifgenehmigungsverfahren gegenüber dem gewöhnlichen Verwaltungsverfahren eine erhöhte Mitwirkungspflicht zu (Art. 12 und Art. 13 Abs. 1 VwVG). Dabei genügt die Schiedskommission ihrer Amtsermittlungspflicht, wenn sie die Angaben und Beweismittel der Parteien überprüft und würdigt; zu eigenen zusätzlichen Ermittlungen ist sie nur verpflichtet, wenn sich Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der vorgelegten Berechnungsgrundlagen ergeben. Unter diesen Umständen hilft es daher nicht, wenn sich der VESBO damit begnügt, die Relevanz der von ihm zusammengestellten Zahlen in Frage zu stellen. Wie noch zu zeigen sein wird, kann die Schiedskommission die Angemessenheitsprüfung des *Tarifs D* durchaus aufgrund der vorhandenen Angaben vornehmen.

4. Gemäss Art. 59 Abs. 1 URG genehmigt die Schiedskommission einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist.

Grundsätzlich ist demnach bei der Berechnung der Urheberrechtsentschädigungen nach dem vom Gesetzgeber in Art. 60 Abs. 1 Bst. a normierten Tantiemesystem von dem aus

der Nutzung von Werken erzielten Ertrag auszugehen; hilfsweise kann auf den Nutzungsaufwand abgestellt werden. Gemäss Botschaft des Bundesrates zum URG (BBl. 1989 III 565) ist letzteres insbesondere zulässig, wenn mit der Nutzung gar keine Einnahmen erzielt werden oder wenn diese in keinem Zusammenhang mit der Nutzung stehen.

Den am *Tarif D* beteiligten Werknutzern fliessen einerseits Einnahmen aus dem Billett- und dem Abonnementsverkauf sowie Mitgliederbeiträge zu. Andererseits erhalten sie für die Wahrnehmung ihrer Tätigkeit auch staatliche oder allenfalls private Zuwendungen, sei dies in Form von Subventionen oder Sponsoringbeiträgen.

Da die Anknüpfung an den Aufwand gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG nur hilfsweise erfolgen soll und die Nutzer beim *Tarif D* über Einnahmen aus der Musiknutzung erzielen, ist es grundsätzlich richtig, von den Einnahmen der Konzertgesellschaften auszugehen. Dabei sind insbesondere die Einnahmen aus dem Billett- und Abonnementsverkauf sowie die Mitgliederbeiträge, soweit sie zu verbilligten oder Gratis-Eintritten berechtigen, unbestritten. Strittig unter den Tarifpartnern ist dagegen, ob auch die Subventionen gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG zum Ertrag aus der Nutzung von Werken gehören.

5. Die SUISA zählt gemäss Ziff. 5.3 des Tarifs die Subventionen mindestens teilweise zum Bruttoerlös und damit zur massgebenden Berechnungsgrundlage. Dagegen bezeichnet der VESBO den Einbezug der Subventionen als gesetzeswidrig, da diese nicht Ertrag im Sinne von Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG seien und deren Einbezug auch der 10-Prozent-Regel (Art. 60 Abs. 2 URG) widerspreche. Ebenso beanstandet er die Berechnungsweise der SUISA, die einerseits auf den Ertrag und andererseits auf den Aufwand abstelle. Der VESBO wehrt sich dagegen, dass der Urheber 'ohne das geringste unternehmerische Risiko' selbst von einer defizitären Veranstaltung soll profitieren können. Der Einbezug der Subventionen sei allenfalls gerechtfertigt, falls diese verwendet werden, um Eintrittspreise unter dem Niveau anzubieten, das eigentlich auf dem Markt erzielbar wäre. Da die VESBO-Mitglieder heute aber bereits die höchstmöglichen am Markt erzielbaren Preise verlangen würden, widerspreche deren Einbezug dem URG. Aber auch im Hinblick auf die Rechtsvereinheitlichung

im Bereich des Urheberrechts drängt sich nach Auffassung des VESBO eine Nichtberücksichtigung der Subventionen auf, da weder Deutschland noch Frankreich oder Österreich die Subventionen berücksichtigen würden und Italien sie nur unter bestimmten Verhältnissen einbeziehe.

6. Der auslaufende *Tarif D* wurde mit Beschluss vom 9. Dezember 1993 genehmigt. Bei der damaligen Prüfung gelangte somit das am 1. Juli 1993 in Kraft getretene neue Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 zur Anwendung. Gestützt auf die vom Bundesgericht bestätigte Praxis (Entscheid vom 7. März 1986; veröffentlicht in *Entscheide und Gutachten der Schiedskommission / ESchKE III 190*), wonach die Zustimmung der hauptsächlichen Organisationen der Werknutzer zu einem Tarif auf dessen grundsätzliche Genehmigungsfähigkeit schliessen lasse, wurde damals der *Tarif D* bestätigt.

Dieser Tarif legt gemäss Ziff. 5 die Entschädigung in einem Prozentsatz der Einnahmen aus dem Billett- und Abonnementsverkauf sowie aus den Mitgliederbeiträgen - soweit diese zu einer Verbilligung des Eintritts führen - fest. Der Prozentsatz beträgt 8 Prozent und zwar unabhängig davon, ob Konzerte mit ganz oder teilweise urheberrechtlich freier Musik aufgeführt werden (Ziff. 6 des Tarifs). Dabei waren sich die an diesem Tarif beteiligten Parteien einig, dass - ausgehend von einem Anteil der geschützten Werke von 30 Prozent – gestützt auf die 10-Prozent-Regel ein Prozentsatz von 3 Prozent hätte zur Anwendung gelangen sollen. Mit dem erhöhten Prozentsatz sollten jedoch indirekt die Subventionen mitberücksichtigt werden.

Nach ihrer bisherigen – noch unter dem altem Recht der Missbrauchskontrolle eingeführten – Rechtsprechung hat die Schiedskommission den indirekten Einbezug der Subventionen in die Berechnungsgrundlage der Urheberrechtsentschädigung grundsätzlich zugelassen. So hat sie gemäss Beschluss vom 25. März 1965 betreffend den *Tarif D* (ESchKE I 263ff.) die Anrechnung von etwas mehr als einem Fünftel vom Gesamtbetrag der Subventionen zum Ertrag nicht als missbräuchlich angesehen. Seither sind die Subventionen – wenn auch nur

indirekt – regelmässig bei der Tarifgestaltung berücksichtigt worden. Die Schiedskommission hat denn auch im vorerwähnten Entscheid (ESchKE I 266) festgestellt:

„Es ist allgemein anerkannt, dass ihre Einnahmen (der Konzertinstitute) aus dem Platzverkauf die Kosten der Veranstaltungen nicht zu decken vermögen, und dass eine Erhöhung der Eintrittspreise, die eine solche Deckung erlauben würde, nicht vorgenommen werden kann, weil der Konzertbesuch sonst zu teuer käme, was einen Rückgang der Besucherzahl zur Folge hätte. Um ihre Tätigkeit aufrechterhalten zu können, sind die Konzertinstitute daher auf Subventionen und sonstige Zuwendungen angewiesen. Diese Einkünfte stellen daher Ersatzleistung für fehlende anderweitige Einnahmen dar. Wenn die SUISA bei der Ermittlung der massgebenden Bruttoeinnahmen auch Subventionen und private Zuwendungen einbezieht, kann dieses Vorgehen nicht als missbräuchlich bezeichnet werden, wie die ESchK es wiederholt entschieden hat.“ [Vgl. hierzu auch den Beschluss der Kommission zum Tarif Da vom 11. November 1965 (ESchKE I 291) bzw. denjenigen vom 21. April 1980 zum Tarif D (ESchKE II 167)].

Mit Entscheid vom 17. Juni 1996 zum *Tarif D* ist die Schiedskommission zur Auffassung gelangt, auch unter dem neuen Urheberrechtsgesetz und der damit verbundenen Angemessenheitskontrolle bestehe kein Anlass, die bisherige Praxis zu ändern. Die Überlegung, dass Einkünfte aus öffentlich-rechtlichen Subventionen und privatem Sponsoring Ersatzleistungen für fehlende anderweitige Einnahmen darstellen, gilt auch für das neue Urheberrecht. Deshalb wurden die Subventionen grundsätzlich weiterhin zum Nutzungsertrag gezählt und die Kommission hielt es für richtig, die Subventionen als Ertrag aus der Aufführung musikalischer Werke zu berücksichtigen.

Dazu hat das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 11. Mai 1988 betreffend den Tarif K (ESchKE II 203, E. 7a) festgestellt, dass der Einbezug von Subventionen, Defizitdeckungsgarantien und anderen Zuschüssen, welche bezwecken, die Eintrittspreise tief zu

halten, im Interesse der Urheber liegt und nicht missbräuchlich ist. Auch in den neueren Entscheiden des Bundesgerichts, welche das Urheberrechtsgesetz vom 9. Oktober 1992 und damit die Angemessenheitskontrolle nach Art. 60 URG betreffen, wird darauf hingewiesen, dass die Subventionen bei der Berechnung der urheberrechtlich relevanten Entschädigungen grundsätzlich miteinzubeziehen sind (Entscheid vom 24. März 1995 betr. Leerkassettenvergütung, E. 7b) beziehungsweise, dass die Subventionen relevanten, bei der Festlegung der Entschädigung zu berücksichtigenden Ertrag darstellen (Entscheid vom 20. Juni 1997 betr. GT S, E. 4b).

Damit steht fest, dass mindestens die konzertbezogenen Subventionen Ertrag im Sinne von Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG darstellen und damit auch unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheitskontrolle in die Berechnungsgrundlage einzubeziehen sind. Die Kommission ist sodann der Auffassung, dass der neue Tarif, der die Zuwendungen mit Subventionscharakter nicht mehr nur indirekt berücksichtigt, sondern als Berechnungsgrundlage ausweist, transparenter ist als der bisherige Tarif und mit Art. 60 URG im Einklang steht. Dazu kommt, dass mit dem neuen Tarifsystem die in einem früheren Verfahren gerügte ungleiche Belastung der Nutzer (s. Stellungnahme des Preisüberwachers vom 31. Mai 1996) wegfällt. Damals wurde nämlich bemängelt, dass der indirekte Einbezug der Subventionen diejenigen Konzertgesellschaften mit einem relativ hohen Eigenfinanzierungsgrad stärker belastete als diejenigen mit geringen Konzerteinnahmen.

7. Noch unter dem alten Recht hat die Schiedskommission festgestellt, dass Tarifvergleichen mit dem Ausland keine entscheidende Bedeutung beizumessen ist; massgeblich sei vielmehr, ob die Entschädigung gemessen an den schweizerischen Verhältnissen als missbräuchlich erscheine oder nicht (Entscheid der ESchK vom 13.1.1986 betr. den Tarif K, ESchKE II, S. 95ff.).

Zur Frage, ob sich die diesbezügliche Situation mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes geändert habe, hat die Schiedskommission bereits mehrfach (zuletzt im Entscheid vom 11. Dezember 1997 betr. den GT K) Stellung genommen. Dabei ist sie davon ausgegangen,

dass der Gesetzgeber im Rahmen der damals laufenden EWR-Verhandlungen mit dem Erlass des neuen Urheberrechtsgesetzes tatsächlich eine gewisse Harmonisierung mit den Erlassen der Europäischen Union im Bereich des Urheberrechts erzielen wollte (vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen des deutschsprachigen Berichterstatters zu der Europaverträglichkeit der Gesetzesvorlage im Nationalrat; Amtliches Bulletin NR vom 27. Januar 1992, S. 4). Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber eine Angleichung bei den Tarifen wünschte. Dies kann schon deshalb nicht sein, weil sich die Harmonisierungsbestrebungen der EU nicht auf die Tarife der Verwertungsgesellschaften in den einzelnen Mitgliedstaaten beziehen und daher auch innerhalb der EU noch beträchtliche Unterschiede bestehen (vgl. dazu auch *J. Reinbothe*, Der EU-Richtlinienentwurf zum Urheberrecht und zu den Leistungsschutzrechten in der Informationsgesellschaft; erschienen in ZUM 06/1998, S. 429ff.). Eine Absicht des Gesetzgebers, die Tarife mit der EU zu harmonisieren, kann daher weder aus dem Gesetz selbst noch aus den Materialien entnommen werden. Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit Art. 60 URG die mit den Jahren gewachsene Praxis der Berechnung der Entschädigung nach dem Tantiemesystem (10-Prozent-Regel) kodifizieren (vgl. Botschaft, BBl 1989 S. 563ff.). Ein europäischer Vergleich wäre in diesem Bereich denn auch praktisch kaum durchführbar, da es keine gemeinsame Basis gibt, auf die sich ein solches Vorgehen abstützen könnte. So hat beispielsweise die deutsche Verwertungsgesellschaft GEMA für die Berechnung ihrer Tarife ganz andere Ansatzpunkte als die SUIA.

Die ESchK hat bis anhin nur in einem einzigen Ausnahmefall (Entscheid vom 21. Dezember 1993 betr. Leerkassettenabgabe) einen Preisvergleich mit dem Ausland angestellt. Allerdings hat die Schiedskommission damals mit der erstmaligen Beurteilung der Höhe der Leerkassettenabgabe Neuland betreten und, da es anderweitig keine vergleichbaren Vorlagen gab, drängte sich ein Vergleich mit dem europäischen Ausland geradezu auf. Das Bundesgericht hat dazu in seiner Entscheid vom 24. März 1995 zum GT 4 (vorne Ziff. 2) festgehalten, dass diese Orientierung an ausländischen Durchschnittswerten mangels anderer Grundlagen nicht von vornherein als bundesrechtswidrig erscheint.

Beim *Tarif D* besteht indessen eine jahrelange Praxis, die Subventionen mindestens indirekt mitzuberechnen. Der Hinweis auf das Ausland kann daher nicht Anlass sein, auf den Einbezug der Subventionen zu verzichten.

8. Kernfrage bleibt allerdings, in welchem Umfang die Subventionen zu berechnen sind. Dazu hat die Kommission bereits im Beschluss vom 17. Juni 1996 die Auffassung vertreten, dass Subventionen vielfach erst die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes ermöglichen, indem eine Konzertgesellschaft nur mit dieser finanziellen Unterstützung ihren Betrieb aufnehmen beziehungsweise weiterführen kann. Dies rechtfertigt es, entweder nicht alle Konzertsbventionen in die Berechnung der Entschädigung miteinzubeziehen oder einen allenfalls reduzierten Tarifansatz zu wählen.

In diesem Entscheid wurde indessen auch darauf hingewiesen, dass diese Differenzierung nicht einfach ist. Vorschlagsweise hat die Kommission daher angeregt, eine pauschale Aufteilung vorzunehmen, indem von den Subventionen nur ein prozentualer Anteil zu den Einnahmen gerechnet wird, wobei beispielsweise auf das Verhältnis zu den reinen Betriebsmitteln der Konzertgesellschaften abgestellt werden könne.

Dieser Vorschlag wurde von der SUIA in ihrer Eingabe vom 8. Dezember 1997 abgelehnt. Da die Orchester der Konzertgesellschaften häufig sowohl dem Konzert- wie auch dem Theaterbetrieb zur Verfügung stehen, scheidet sie indessen von den Gesamtsbventionen (sämtliche Subventionen an den Konzert- und Theaterbetrieb) die sogenannten Konzertsbventionen aus, welche die Subventionen, Sponsorenbeiträge und anderen Zuwendungen an den Konzertbetrieb umfassen. Der *Tarif D* zählt gemäss Ziff. 5.3a diese Konzertsbventionen insoweit zu den Einnahmen, als sie bestimmte 'Konzertkosten' (Gagen, Reise- und Aufenthaltsspesen, Miete von Konzertlokalen, Musikinstrumenten sowie von Lautsprecher-Systemen) abdecken.

Lassen sich dagegen die Subventionen, Sponsorenbeiträge und andere Zuwendungen nicht einzelnen Veranstaltungen zuordnen, so werden sie zu gleichen Teilen auf alle Orchester-

einsätze aufgeteilt (Ziff. 5.3b des Tarifs). Als massgebende Berechnungsgrundlage gilt in diesen Fällen ein Anteil von 80 Prozent der Konzertsubventionen. Dabei geht die SUIA davon aus, dass rund 90 bis 100 Prozent dieser Subventionen zur Finanzierung der Konzertkosten dienen. Mit der Senkung auf 80 Prozent werde berücksichtigt, dass die finanziellen Leistungen an ein Orchester zur Ausstrahlung einer Stadt als Kulturstadt und damit generell zum Kulturleben beitrage.

Der VESBO macht geltend, diese Berechnungsweise der Urheberrechtsentschädigung einerseits auf der Grundlage des Ertrags (Einnahmen und Mitgliederbeiträge) und andererseits des Aufwands sei bundesrechtswidrig. Der Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG sehe vor, dass bei Bestehen von Einnahmen ausschliesslich an diese Einnahmen anzuknüpfen sei. Nur falls keine marktgemässen Einnahmen erzielt werden, sei an die Kosten anzuknüpfen. Am Vorschlag der SUIA wird auch kritisiert, dass der Urheber nicht unmittelbar vom Erfolg des genutzten Werkes profitiere, sondern sein Anteil unabhängig vom Erfolg generell von einer fiktiven Kostenberechnung abhängen.

9. Die Aufteilung der Konzertsubventionen nach dem Aufwand ist nichts anderes als eine Hilfskonstruktion, um den zur Berechnungsgrundlage gehörenden Anteil der konzertbezogenen Zuwendungen mit Subventionscharakter zu bestimmen. Es erfolgt somit eine Einschränkung zugunsten der Nutzer, indem nicht alle Subventionen als Ertrag im Sinne von Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG berücksichtigt werden, sondern nur diejenigen, die einem bestimmten Aufwand zuzuordnen sind. Damit werden vor allem die Subventionsanteile für konzertfremde Tätigkeiten ausgeschieden. Bei der Beurteilung des Gemeinsamen Tarifs A hat das Bundesgericht mit Beschluss vom 16. Februar 1998 (s. sic! 3 / 1998, S. 297, E. 5b bb) festgehalten, dass es möglich ist, als Ertrag eines einzelnen Programmes den Gesamtertrag der SRG aufgeteilt nach der Kostenstruktur der Programme zu betrachten. Jedenfalls wurde die Zuordnung der Einnahmen aus den Empfangsgebühren auf die einzelnen Sendeketten nach ihrem Aufwand vom Bundesgericht nicht als bundesrechtswidrig beanstandet. Indem die Einnahmen aus den Subventionen nach den Kosten der Konzertgesellschaften

aufgesplittet werden, wird beim vorliegenden Tarif von einer ähnlichen Überlegung ausgegangen.

Die Schiedskommission hält daher die Zuordnung der Konzertsubventionen im Umfang und nach Massgabe der definierten Aufwendungen zumindest für einen gangbaren Weg mittels nachvollziehbaren Kriterien die anrechenbaren Subventionen einzugrenzen. Dabei ist auch auf den Gemeinsamen Tarif K zu verweisen, in dem mit Beschluss vom 11. Dezember 1997 eine ähnliche Aufteilung der Subventionen nach den Kosten genehmigt wurde. Dazu kommt, dass der neue Tarif gegenüber dem auslaufenden aufgrund des offen gelegten Einbezugs der Subventionen an Transparenz gewonnen hat. Da beide Tarifpartner einen Systemwechsel anstreben, ist der gegenwärtige Zeitpunkt sicherlich als günstig zu beurteilen, da eine Verlängerung des geltenden Tarifs ohnehin nicht mehr möglich ist. Gegen den vorgesehenen Systemwechsel ist somit nichts einzuwenden.

10. An der Tariffassung vom 17. November 1997 wurde vom VESBO beanstandet, die SUIISA wolle sich mit der im Tarif enthaltenen Übergangsregelung (Ziff. 11) eine kontinuierliche und automatische Erhöhung der Entschädigungen bis ins Jahr 2003 sichern. Diese kontinuierliche Tarifsteigerung komme einem verpönten Tarifsprung gleich und widerspreche dem Umstand, dass selbst eine Tariferhöhung, die innerhalb der 10 Prozent-Grenze liege, für den Nutzer wirtschaftlich tragbar sein müsse.

Die Ziff. 11 des Tarifs in der Fassung vom 17. November 1997 sah in der Tat im Sinne einer Übergangsregelung eine stufenweise Erhöhung der Entschädigung während der Tariffdauer bis auf höchstens 13 Prozent der Einnahmen aus dem Billett- und Abonnementsverkauf sowie der massgebenden Mitgliederbeiträge einer Konzertsaison bzw. einer Rechnungsperiode vor. Mit dieser im Tarif eingebauten Schranke sollte eine unkontrollierte und wesentliche Zunahme der Entschädigungen verhindert werden. Selbst diese stufenweise Erhöhung hätte jedoch während der gesamten Gültigkeitsdauer des Tarifs in einzelnen Fällen eine Zunahme der Entschädigung gegenüber dem bisherigen Tarif um bis zu 62,5 Pro-

zent (Erhöhung des Prozentsatzes von 8 auf 13 Prozent) bewirkt, was insbesondere vom Preisüberwacher kritisiert wurde.

Von ihrer Ausgestaltung her lehnte sich diese Übergangsregelung eng an den bisherigen Tarif an; allerdings mit dem Unterschied, dass der entsprechende Prozentsatz nicht 8 Prozent, sondern bis zu 13 Prozent betragen sollte. Mit Beschluss vom 17. Juni 1996 zum *Tarif D* hat die Schiedskommission darauf hingewiesen, dass selbst bei einem Systemwechsel eine Tarifierhöhung, die in einzelnen Fällen zu einer Erhöhung bis zu 50 Prozent führt ohne besondere Begründung zu vermeiden ist. Nach Auffassung der Kommission muss dies selbst für einen Tarif gelten, der noch unter der 10 Prozent-Limite liegt, da dies allein noch kein Grund für eine massive Anhebung eines Tarifs sein kann.

Die SUIISA lehnt die Auffassung der Schiedskommission ab, wonach für Tarifierhöhungen in diesem Ausmass besondere Gründe geltend gemacht werden müssten. Im Tarif Z hat das Bundesgericht mit Entscheid vom 16. Februar 1998 (s. sic! 4 / 1998, S. 387, E. 2c bb) die Auffassung der Schiedskommission jedoch bestätigt und festgehalten, dass ein Systemwechsel für einzelne Nutzer nicht ohne weiteres zu einer massiven bzw. sprunghaften Erhöhung der geschuldeten Entschädigung (in casu Erhöhung um 84 Prozent während der Tarifierdauer) führen darf. Zudem hat das Bundesgericht im bereits mehrfach zitierten Entscheid zur Leerkassettenvergütung vom 24. März 1995 (E. 9d) darauf hingewiesen, dass es sich bei der 10 Prozent-Regel um eine Höchstgrenze und nicht um eine Regelbestimmung handelt. Der Entscheid der Kommission, die 10 Prozent bei der erstmaligen Festlegung eines Tarifs nicht gleich auszuschöpfen, wurde jedenfalls für vertretbar gehalten.

Beim *Tarif D* gibt es keinen wesentlichen Grund, von den bisherigen Entschädigungen im Rahmen des Systemwechsels erheblich abzuweichen. Die Schiedskommission begrüsst daher die gewählte Übergangsregelung, erlaubt sie doch nach Ablauf der Gültigkeitsdauer und gestützt auf die gesammelten Erfahrungen aus der praktischen Anwendung des Tarifs, die erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Damit kann auch dem Mangel, dass gegen-

wärtig wenig Zahlenmaterial vorhanden ist, das eine Überprüfung der Auswirkungen der neuen Tarifstruktur erlaubt, entgegengewirkt werden.

Die Schiedskommission kam aber auch zum Schluss, dass die Erhöhung des Prozentsatzes von bisher 8 auf maximal 13 Prozent nicht akzeptiert werden kann. Sie hat daher den Verhandlungspartnern - gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 15 URV - einen *Tarif D* mit einem maximalen Prozentsatz von 9 Prozent während der Übergangsphase vorgeschlagen. Die SUIISA hat diesen Vorschlag ausdrücklich akzeptiert.

Der Tarif in der Fassung vom 3. Juni 1998 sieht somit in der Ziff. 11 (9 Prozent der Einnahmen aus dem Billett- und Abonnementsverkauf sowie der massgebenden Mitgliederbeiträge) gegenüber dem bisherigen Prozentsatz (8 Prozent) eine maximale Erhöhung von 12,5 Prozent der Entschädigungen vor. Wer allerdings gestützt auf die Berechnung nach Ziff. 5ff. des Tarifs eine geringere Urheberrechtsentschädigung schuldet, bezahlt auch tatsächlich weniger. Mit dieser Schranke im Tarif kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass die SUIISA beziehungsweise die von ihr repräsentierten Urheberinnen und Urheber selbst bei einer leichten Anhebung des Satzes von bisher 8 auf 9 Prozent - gesamthaft weniger Einnahmen aus dem *Tarif D* erzielen.

Damit wird ein sprunghaftes und sofortiges Ansteigen des Tarifs verhindert und auch die Stellungnahme des Preisüberwachers berücksichtigt. Die Übergangsregelung hat aber auch den Vorteil, dass es während des Übergangs von einem System zu einem anderen weder für die Urheber- noch die Nutzerseite zu allzu grossen Budgetabweichungen kommen kann. Es handelt sich somit um eine generelle Limitierung zugunsten der Nutzer.

11. Zum Einwand des VESBO, dass es bei der Ansetzung der Entschädigung nicht auf den Erlös der SUIISA ankommen könne, sei angemerkt, dass – wie eben festgestellt - aufgrund des neuen Tarifs finanzielle Einbussen für die Urheberinnen und Urheber durchaus möglich sind. Dies rechtfertigt es, die Grenze für diejenigen Nutzer, die gemäss effektiver Abrechnung nach dem neuen System (Ziff. 5ff. des Tarifs) ohnehin mehr bezahlen müssten,

um ein Prozent zu erhöhen. Eine derartige Anhebung des Tarifs lässt sich auch insofern begründen, als davon auszugehen ist, dass in diesen Fällen die bisherige Entschädigung eher zu tief angesetzt war und dass bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigungen grundsätzlich zu berücksichtigen ist, dass den Urheberinnen und Urhebern ein angemessenes Entgelt zukommen soll (Art. 60 Abs. 2 URG).

12. Im weiteren machte der VESBO anlässlich der mündlichen Anhörung geltend, dass das Repertoire der SUISA erheblich zurückgegangen sei. Dies wird damit begründet, dass der bisherige Tarif von einem geschützten Anteil der Werke von 35 Prozent ausgehe. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 13. Januar 1998 betreffend die Rückwirkung der Schutzfrist sei indessen klar, dass ein wesentlicher Anteil der Werke bekannter Urheber nicht in den Genuss der auf 70 Jahre verlängerten Schutzfrist komme. Damit seien diese Werke nicht mehr geschützt und gehörten folglich zum *domaine public*. So betrage beispielsweise bei der THG Zürich der Anteil der geschützten Werke bloss noch 25 Prozent. Aber auch die Übergangsregelung des alten URG (Art. 66bis) beschränke die damals anlässlich einer Revision von 30 auf 50 Jahre angehobene Schutzdauer auf Werke, welche im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verlängerung noch geschützt waren (Art. 66bis Abs. 1). Ebenso enthalte diese Übergangsregelung eine Bestimmung (Art. 66bis Abs. 2), wonach bei einer Abtretung des Urheberrechts an einen Dritten vor dem Inkrafttreten der Verlängerung vermutet werde, dass die Abtretung sich nicht auf die Schutzdauererlängerung erstrecke. Gestützt auf diese Regelung sinke der geschützte Anteil auf 14 Prozent. Daraus zieht der VESBO die Schlussfolgerung, dass bei einer Verlängerung des bisherigen Tarifs die Tantiemen um die Hälfte zu kürzen sind.

Da die Schiedskommission keine Verlängerung des bisherigen Tarifs vorsieht, gilt es zu berücksichtigen, dass diese Argumentation zu den Schutzfristen allenfalls noch die Übergangsregelung (Ziff. 11) betreffen dürfte, welche weiterhin von einem pauschalierten Anteil der geschützten Werke ausgeht. Ansonsten wird gemäss Ziff. 8 des neuen Tarifs der anzuwendende Prozentsatz im Verhältnis der Dauer der geschützten Musik zur Dauer des

Konzerts reduziert. Damit wendet der neue Tarif grundsätzlich die in Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG vorgesehene Pro rata temporis-Regel an.

Bereits im Genehmigungsverfahren zum *Tarif D*, welches zum Beschluss der Kommission vom 25. März 1965 führte, gingen die Verhandlungspartner im übrigen von einem Anteil der geschützten Werke von 34 Prozent aus (ESchKE I 266). In späteren Verfahren wurde dieser Anteil mit rund 30 Prozent angegeben (ESchKE II 167; Entscheid zum *Tarif D* vom 21. April 1980). Obwohl der VESBO diese Pauschalierung grundsätzlich in Frage stellte, wurde der Anteil der geschützten Werke von 30 Prozent im Genehmigungsverfahren, welches letztlich zum Beschluss der Kommission vom 17. Juni 1996 führte, nicht bestritten. Im Rahmen der diesem Genehmigungsverfahren vorangehenden zweijährige Verhandlungsphase wurde aufgrund neuerer Erhebungen der SUIISA gar ein geschützter Anteil von 35 Prozent diskutiert.

Bei der Prüfung des vom VESBO vorgebrachten Argumentes, die Übergangsbestimmung des alten Urheberrechtsgesetzes vom 7. Dezember 1922 in der revidierten Fassung vom 24. Juni 1955 (Art. 66bis aURG; AS 1955 855 860 / BBl 1954 II 639) schmalere das geschützte Repertoire der SUIISA massiv, ist zu berücksichtigen, dass die Verhandlungspartner des *Tarifs D* auch rund 10 Jahre nach dieser Revision von einem geschützten Anteil von über 30 Prozent ausgegangen sind (ESchKE I 266). Im übrigen hat die SUIISA darauf hingewiesen, dass sie sich die entsprechenden Rechte von den Erben sämtlicher wesentlicher Komponisten hat abtreten lassen beziehungsweise diese Rechte bei den Musikverlegern liegen würden, weshalb zumindest diese Werke in den Genuss der 1955 verlängerten Schutzfrist gekommen sein dürften. Unter diesen Voraussetzungen ist davon auszugehen, dass der Anteil der geschützten Werke in Kenntnis und Berücksichtigung von Art. 66bis aURG festgesetzt worden ist.

Aber auch der Entscheid des Bundesgerichts vom 13. Januar 1998 (dessen schriftliche Begründung der Kommission im Zeitpunkt des Entscheides noch nicht vorlag), dass Werke, deren Schutz am 1. Juli 1993 erloschen waren, nicht mehr in den Genuss der auf 70 Jahre

verlängerten Schutzfrist gelangen, dürfte hinsichtlich des *Tarifs D* am Anteil geschützter Musik kaum etwas ändern, da ja – wie soeben ausgeführt - bereits 1965 bei einer 50jährigen Schutzfrist ein geschützter Anteil von über 30 Prozent angenommen wurde. Nach der Erhöhung der Schutzdauer auf 70 Jahre anlässlich der Inkraftsetzung des neuen URG am 1. Juli 1993 wurde dieser Anteil offensichtlich nicht erhöht. Eine Reduktion des geschützten Anteils wäre aber nur gerechtfertigt, falls dieser Anteil mit der Einführung des neuen URG entsprechend heraufgesetzt worden wäre. Der Nachweis für eine massive Reduktion des Anteils der geschützten Werke ist somit nicht erbracht.

13. Gemäss Ziff. 8 des Tarifs reduziert sich im Normalfall der Prozentsatz von 10 Prozent im Verhältnis der Dauer der geschützten Musik zur Dauer des Konzerts ohne Pausen. Der VESBO möchte die Pausen in die Berechnung einbeziehen, mit der Begründung, der Konzertbesucher bezahle nicht nur für die interpretierte Musik, sondern auch für Sicherheit, Heizung, sanitäre Einrichtungen usw.

Die Pro rata temporis-Regel (Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG) verlangt, dass bei der Festlegung der Entschädigung das Verhältnis der geschützten zu den ungeschützten Werken zu berücksichtigen ist. Dabei sind gestützt auf die Bruttoregel die Pausen nicht zu berücksichtigen, sondern nur die Zeit, in der tatsächlich Werke (ob geschützt oder nicht) aufgeführt werden. Andernfalls ist nicht auszuschliessen, dass durch zufällige Unterbrüche der Anteil der ‘ungeschützten Werke‘ beliebig erhöht wird.

Die Kommission beurteilt daher die gestützt auf die Pro rata temporis-Regel festgelegte Bestimmung des Tarifs als in Übereinstimmung mit Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG. Die grundsätzliche Abkehr von der Pauschalierung des Anteils der geschützten Werke hin zum konkreten Anteil der verwendeten geschützten Musik erachtet sie als transparent, nutzergerecht und gesetzeskonform.

Im übrigen gilt es auch zu beachten, dass gestützt auf den neuen Tarif diejenigen Konzertgesellschaften, die weniger geschützte Musik aufführen, von der neuen Regelung profitie-

ren dürften. Der VESBO geht denn auch davon aus, dass aufgrund des neuen Tarifs weniger geschützte Musik aufgeführt werden dürfte. Er hält ihn daher für kulturpolitisch fragwürdig. Nach Auffassung der Kommission ist eine allfällige verminderte Nutzung von geschützten Werke eine Folge der konkreten Anwendung der Pro rata temporis-Regel und wohl kaum zu vermeiden, lässt sich doch damit die zu leistende Entschädigung reduzieren. Dass die Nutzer in Zukunft den Anteil der geschützten Werke tiefer halten möchten, kann ihnen jedenfalls nicht verwehrt werden. Zudem ist anzumerken, dass der VESBO noch vor zwei Jahren gerügt hat, die Festlegung des geschützten Anteils mit einem pauschalen Satz sei gesetzeswidrig.

14. Laut VESBO führt der Systemwechsel und der damit verbundene Einbezug der Subventionen dazu, dass anfangs Jahr und noch vor der Nutzung eines einzigen Werkes beziehungsweise vor dem Verkauf eines einzigen Billettes der Veranstalter einen sogenannten Sockelbetrag an die SUISA abführen muss. Gestützt auf eigene Berechnungen würde dieser Sockelbetrag mit über einer Million die bisher gesamthaft jährlich an die SUISA bezahlten Urheberrechtsentschädigungen übertreffen.

Gemäss Ziff. 5.3a des Tarifs richten sich die Konzertsubventionen nach dem effektiven Aufwand. Eine Abrechnung vor Beginn der Konzertsaison ist damit ausgeschlossen. Die Kommission geht somit davon aus, dass die Annahme des VESBO nur zutreffen kann, falls nach Ziff. 5.3b des Tarifs abgerechnet wird. Diese Bestimmung sieht vor, falls die Subventionen nicht einzelnen Veranstaltungen zugeordnet werden können, diese zu gleichen Teilen auf alle Orchestereinsätze aufzuteilen. Aber auch bei dieser Abrechnungsweise wird ein Sockelbetrag erst fällig, wenn effektiv Konzerte aufgeführt werden. Zudem hat der Nutzer die Wahl, gesamthaft oder pro Konzert (Ziff. 9 bzw. Ziff. 10 des Tarifs) abzurechnen, wobei die Abrechnung erst nach Abschluss des Geschäftsjahres zu erfolgen hat (Ziff. 14). Die SUISA hat allerdings die Möglichkeit, Akontozahlungen zu verlangen (Ziff. 18). Es ist nicht einsehbar, wieso diese Regelung nicht angemessen sein soll, zumal auch in diesen Fällen die in der Übergangsregelung (Ziff. 11) festgelegte Grenze gilt.

-
15. Der VESBO rügt zudem, dass die vorgeschlagene Tarifstruktur das Gleichbehandlungsprinzip verletzt, in dem die schweizerischen Konzertgesellschaften gegenüber den ausländischen benachteiligt würden. Dies wird damit begründet, dass die ausländischen Orchester ihre Gagen ohne Berücksichtigung der Musikerlöhne, welche durch Subventionen mitfinanziert würden, kalkulieren könnten. Damit führe die Nichtberücksichtigung der im Heimatland ausbezahlten Subventionen bei Konzerten in der Schweiz zu einer Ungleichbehandlung und Wettbewerbsverzerrung.

Dabei wird vom VESBO allerdings übersehen, dass die ausländischen Orchester bemüht sein dürften, bei einem Auslandeinsatz einen möglichst hohen Anteil ihrer Aufwendungen einzuspielen. Sie dürften daher bestrebt sein, den auf dem Markt erzielbaren höchsten Preis zu erreichen. Dieser Preis wird - zumindest bei den bekannteren Orchestern - regelmässig über den blossen Reisekosten liegen und zumindest auch die weiteren unmittelbaren Kosten decken. Es ist wohl kaum im Interesse eines ausländischen Orchesters beziehungsweise dessen Subventionsgebers, die im Heimatland erhaltenen Subventionen im Ausland einzusetzen. Die Werknutzer haben eine entsprechende Benachteiligung auch nicht durch ein konkretes Beispiel glaubhaft machen können.

16. Zur Ziff. 5.3b wurde seitens des VESBO geltend gemacht, dass der Einbezug von 80 Prozent der Subventionen die Konzertgesellschaften in grosse finanzielle Bedrängnis bringen würde und auch die wirtschaftliche Tragbarkeit eines Tarifs für den Nutzer zu beachten sei.

Im Gegensatz zur Annahme des VESBO war indessen der Schutz der Nutzer nur bedingt ein Hauptanliegen der URG-Revision. Zwar hat der Bundesrat mit seinem Entwurf vom 19. Juni 1989 (BBl 1989 477ff.) tatsächlich versucht, die Stellung der Werknutzer zu stärken. Im Laufe der parlamentarischen Revisionsarbeiten wurde aber mit verschiedenen Verbesserungen zugunsten der Urheber vor allem deren Position gestärkt.

Die Schiedskommission hat indessen schon unter altem Recht in Einzelfällen die wirtschaftliche Tragbarkeit für den Nutzer berücksichtigt (ESchKE II 58) und auch das Bun-

desgericht ist davon ausgegangen, dass die Tragbarkeit der Vergütung für die Werknutzer bzw. Schuldner grundsätzlich ein bei der Beurteilung der Angemessenheit des Tarifs zu beurteilendes Kriterium ist (Entscheid zum Leerkassettenarif vom 24. März 1995, E. 12a). In einem kürzlichen ergangenen Entscheid (zum GT 5 vom 16. Februar 1998; s. sic! 4 / 1998, S. 389f., E. 3e) hat das Bundesgericht präzisiert, dass die urheberrechtliche Entschädigung nicht vom Gewinn abhängen könne, da urheberrechtlichen Abgaben Verbindlichkeiten seien wie andere (Miete, Löhne, Steuern usw.) auch. Selbst bei einem Defizit habe die Verwendung des Werks zum erzielten Ertrag beigetragen, wofür die Berechtigten angemessen zu entschädigen seien. Angefügt sei, dass entgegen der Auffassung des VESBO auch der Urheber ein wirtschaftliches Risiko trägt, wird er doch nur Einnahmen aus dem *Tarif D* erzielen, falls sein Werk tatsächlich Erfolg hat und auch genutzt wird. Es bleibt auch festzuhalten, dass die Kommission mit der Begrenzung der Übergangsregelung auf 9 Prozent ein wesentliches Ansteigen des neuen Tarifs über das geltende Niveau vermieden hat. Damit hat sie die wirtschaftliche Tragbarkeit für den Nutzer mitberücksichtigt.

17. Da die Ziff. 13 des Tarifs den Anschein erwecke, es sei eine Mehrwertsteuer geschuldet, wird vom VESBO deren Streichung beantragt. Der VESBO ist der Auffassung, dass die Konzertgesellschaften hinsichtlich ihrer Tätigkeit nicht der Mehrwertsteuer unterliegen, selbst wenn dies möglicherweise für die SUIISA zutrefte. Es gelte daher zu vermeiden, dass im *Tarif D* zugunsten der Mehrwertsteuerpflicht ein irreführendes Zeichen gesetzt werde. Zudem fehle es der Schiedskommission an der erforderlichen Kompetenz, um über diese Frage zu befinden.

Die SUIISA hält dagegen, dass sie mittels einer rechtskräftigen Verfügung der Eidgenössischen Steuerverwaltung der Mehrwertsteuer unterstellt worden sei. Es sei daher unerheblich, ob der Werknutzer der Mehrwertsteuerpflicht unterliege oder nicht; entscheidend sei vielmehr, ob der Rechnungssteller ihr unterliege. Im übrigen müsse die Frage, ob die urheberrechtliche Entschädigung angemessen sei, unabhängig von einer allfälligen Unterstellung beantwortet werden.

Im Genehmigungsverfahren zum Gemeinsamen Tarif K (Beschluss vom 11. Dezember 1997) hat die Schiedskommission den Rückzug einer ähnliche Bestimmung durch die Verwertungsgesellschaften begrüsst, weil damit der Eindruck vermieden werden konnte, sie würde mit der Genehmigung dieser Tarifbestimmung zur offenbar kontroversen Frage der Mehrwertsteuerpflicht der Konzertveranstalter Stellung nehmen. Im Unterschied zur heutigen Vorlage ging es damals allerdings um die Verlängerung eines bereits bestehenden Tarifs, dem eine entsprechende Bestimmung als einzige Änderung neu beigefügt werden sollte. Im Rahmen der beantragten Verlängerung haben die Verwertungsgesellschaften schliesslich an dieser Bestimmung nicht festgehalten. Im laufenden Verfahren hat die SUI SA auf die entsprechende Bestimmung nicht verzichtet; sie war aber mit der Einfügung des Wortes 'allfällige' (Mehrwertsteuer) einverstanden.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Frage, ob eine Leistung im Bereich der Urheberrechte (oder der verwandten Schutzrechte) der Mehrwertsteuer unterliegt oder nicht, durch die hierfür zuständigen Verwaltungsbehörden beziehungsweise Gerichte zu beurteilen ist und nicht der Kognition der Schiedskommission unterliegt. Zudem hat das Bundesgericht im bereits mehrfach erwähnten 'Leerkassettenentscheid' festgestellt, dass die damalige Konsumsteuer an den genehmigten Tarif anknüpft, diesen also voraussetzt und nicht selbst dessen Angemessenheit bestimmt (E. 12a aa).

Die Kommission bestätigt ihre bisherige Auffassung, dass sie nicht zur Frage Stellung nehmen kann, ob in diesem Bereich eine Mehrwertsteuer geschuldet ist oder nicht. Hingegen kann sie im Rahmen der Angemessenheitsprüfung feststellen, ob eine allenfalls geschuldete Mehrwertsteuer in der Urheberrechtsentschädigung enthalten ist oder noch dazu zu schlagen wäre. In Übereinstimmung mit der eben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht sie davon aus, dass, falls eine solche Steuer geschuldet ist, sie an den genehmigten und angemessenen Tarif anknüpft und nicht bereits im angemessenen Tarif enthalten ist. Die Ziff. 13 des *Tarifs D* wirkt sich denn auch nicht unmittelbar auf die Angemessenheit des Tarifs aus. Gegen eine entsprechende Regelung im Tarif ist somit nichts einzuwenden. Mit der vorgesehenen Ergänzung ('allfällige') kann die Ziff. 13 des Tarifs

genehmigt werden. Damit ist die grundsätzliche Frage, ob und allenfalls von wem eine Mehrwertsteuer geschuldet ist, in keiner Weise präjudiziert. Sie ist von der Schiedskommission auch nicht vorfrageweise zu beantworten.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass sich ein Tarif an die Nutzer wendet und die Verwertungsgesellschaften im Rahmen ihrer Tarifautonomie die Tarife festlegen können. Eine umstrittene Bestimmung kann somit nur gestrichen werden, falls sie gegen Art. 59f. URG verstösst und damit nicht angemessen ist. Es gibt somit keinen Anlass, eine Bestimmung, welche die Verwertungsgesellschaften auch vertraglich festlegen könnten und die angemessen ist, zu streichen. Zudem ist die Schiedskommission der Auffassung, dass dieser Bestimmung eher deklaratorischer Charakter zukommt und zur Transparenz des Tarifs beiträgt. Sodann ist auch zu berücksichtigen, dass eine ähnliche Bestimmung schon im bisherigen *Tarif D* (Ziff. 7) enthalten war.

18. Der VESBO wendet ein, die anfänglich beantragte fünfjährige Tarafdauer sei ungewöhnlich. Dies schliesse eine Angemessenheitskontrolle und damit die Überprüfung der neuen Strukturen innerhalb eines vernünftigen Zeitrahmens aus.

Die Schiedskommission hat keine grundsätzlichen Einwände gegen eine Tarafdauer von fünf Jahren, hat sie doch schon mehrfach Tarife mit gleicher Gültigkeitsdauer genehmigt. Im vorliegenden Tarifverfahren hat sie jedoch Verständnis für das Anliegen der Nutzer den *Tarif D* nach erfolgtem Systemwechsel zunächst für eine kürzere Zeitdauer anzuwenden. Die Übergangsphase soll Aufschluss darüber geben, wie sich die neuen Berechnungsmodalitäten in der Praxis bewähren. Nach deren Ablauf wird zu prüfen sein, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Schranke in Ziff. 11 des Tarifs weggelassen werden kann. Gestützt auf die gemachten Erfahrungen und die dannzumal vorliegenden Zahlen können sich Tarifanpassungen als notwendig erweisen. Da aber ein Tarif der Schiedskommission mindestens 7 Monate vor seinem Inkrafttreten vorgelegt werden muss (Art. 9 Abs. 2 URV), ist eine Mindestdauer von 3 Jahren erforderlich, um einigermaßen verlässliche Zahlen zu erhalten. Gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 15 URV beschliesst die

Kommission daher, die Gültigkeitsdauer des Tarifs gemäss dem geänderten Antrag der SUIISA auf drei Jahre, d.h. bis zum 30. Juni 2001 zu beschränken.

19. Im Leerkassettenarif hat das Bundesgericht befunden, dass die Tarife der Verwertungsgesellschaften in den Anwendungsbereich des Preisüberwachungsgesetzes fallen (E. 4c) und es wurde eine Beteiligung des Preisüberwachers am Genehmigungsverfahren verlangt. Das Bundesgericht ist auch davon ausgegangen, dass sich bestimmte Kriterien gemäss Art. 13 Abs. 1 des Preisüberwachungsgesetzes (PüG; SR 942.20) durchaus in Analogie auf die Urheberrechtstarife übertragen lassen (E. 4f).

In seiner Eingabe vom 20. März 1998 hat der Preisüberwacher indessen nicht konkret zur Frage Stellung genommen, inwiefern der vorgelegte Tarif diesen Kriterien widerspricht. Allerdings hat er den *Tarif D* in der Fassung vom 17. November 1997 abgelehnt, weil er für einzelne Nutzer bis ins Jahr 2003 eine stufenweise Erhöhung um 62,5 Prozent gebracht hätte. Dagegen hatte er gegen eine ertrags- und kostenneutrale Änderung der Tarifstruktur nichts einzuwenden. Auch hielt er den Einbezug der Hälfte der Subventionen als vertretbar.

Bei der Stellungnahme des Preisüberwachers ist auch zu beachten, dass er hauptsächlich die in Ziff. 11 des Tarifs getroffene Übergangsregelung prüfte, welche während der Gültigkeitsdauer einen Sprung von 9 auf 13 Prozent zuliess, nicht aber den in den Ziff. 5 ff. des Tarifs vorgesehenen Normalfall. Mit der Senkung der Übergangsregelung auf 9 Prozent und der Reduktion der Gültigkeitsdauer auf drei Jahre hat die Kommission im wesentlichen den vorgebrachten Einwänden Rechnung getragen. Der Preisüberwacher unterstützt denn auch nicht die von den Nutzern verlangte massive Herabsetzung der Tarifansätze.

20. Die Schiedskommission kommt zum Schluss, dass der *Tarif D* in der Fassung vom 3. Juni 1998 mit Art. 60 URG übereinstimmt und damit auch angemessen ist. Sie genehmigt ihn mit einer Gültigkeitsdauer von drei Jahren.

-
21. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 21a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d sowie Art. 21b URV (in der Fassung vom 25. Oktober 1995). Die Verfahrenskosten sind somit von der antragstellenden Verwertungsgesellschaft zu tragen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der *Tarif D* (Konzertgesellschaften) in der Fassung vom 3. Juni 1998 wird mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 1998 bis zum 30. Juni 2001 genehmigt.
2. Der SUIZA werden die Verfahrenskosten bestehend aus:
 - a) einer Spruch- und Schreibgebühr von Fr. 2'200.-
 - b) sowie dem Ersatz der Auslagen von Fr. 3'507.10total Fr. 5'707.10 auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Mitglieder der Spruchkammer
 - die SUIZA, Zürich
 - Herrn Dr. P. Mosimann, Basel, zH. VESBO
 - den Preisüberwacher
4. Gegen diesen Beschluss kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden*.

Eidg. Schiedskommission für die
Verwertung von Urheberrechten
und verwandten Schutzrechten

Die Präsidentin:

Der Sekretär:

* 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.

V. Bräm-Burckhardt A. Stebler