



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

**Beschluss vom 14. November 2011
betreffend den Gemeinsamen Tarif 5 (GT 5)**

Vermieten von Werkexemplaren

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Die Gültigkeitsdauer des *Gemeinsamen Tarifs 5* (Vermieten von Werkexemplaren), den die Schiedskommission mit Beschluss vom 25. Oktober 1999 genehmigt und seither mehrmals verlängert hat (letztmals am 4. November 2008), läuft am 31. Dezember 2011 ab. Mit Eingabe vom 12. Mai 2011 beantragen die an diesem Tarif beteiligten fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs (SSA), SUISA, Suissimage und Swissperform unter der Federführung der SUISA den bestehenden *GT 5* um weitere drei Jahre bis zum 31. Dezember 2014 zu verlängern.
2. Die Verwertungsgesellschaften geben die Einnahmen für das Vermieten von Werkexemplaren in den letzten beiden Jahren wie folgt an:

	Video	Audio
2009	Fr. 863'589.10	Fr. 4'189.49
2010	Fr. 703'193.58	Fr. 3'721.21

Hinsichtlich der Verhandlungen führen die Verwertungsgesellschaften aus, dass es ihnen unter Berücksichtigung der Marktbedingungen im Bereich der Vermietung von Ton- und Tonbildträgern nicht angebracht erschien, den Tarif zu ändern. Daher sei den Verhandlungspartnern (vgl. S. 2 oben) seitens der Verwertungsgesellschaften vorgeschlagen worden, den geltenden *GT 5* erneut um drei Jahre zu verlängern.

Dabei betonen sie, dass es in der Deutschschweiz bis vor kurzem keinen eigentlichen Verband der Videotheken gab. Deshalb sei regelmässig mit dem Schweizerischen Vi-

deoverband (SVV) verhandelt worden. Im SVV seien die Lieferanten von DVD's und Videokassetten zusammengeschlossen; wobei er auch Videotheken als Mitglieder aufnehme. Zusätzlich seien auch die City Video AG und die Rainbow Home Entertainment AG – beides grössere Videovermieter in der Deutschschweiz - als Verhandlungspartner betrachtet worden. Allerdings sei die Rainbow Home Entertainment AG zwischenzeitlich Mitglied des SVV geworden und deshalb nicht mehr als Verhandlungspartner zu betrachten. Schon länger Mitglied des SVV sei der neben City Video AG grösste Vermieter der Deutschschweiz, die Hinder Internet GmbH. Die Verwertungsgesellschaften behalten sich im Übrigen vor, inskünftige Verhandlungen nur noch mit den Verbänden zu führen.

Die Verwertungsgesellschaften geben an, dass sie Mitte Mai 2008 von einem neuen Verband der Deutschschweiz erfahren haben. Dieser Verband der unabhängigen Videotheken (VuV) sei im Jahre 2007 gegründet worden und habe 2008 17 Mitglieder gezählt. In der deutschsprachigen Schweiz gebe es aber gesamthaft 166 Videotheken, welche mit den Verwertungsgesellschaften einen Abrechnungsvertrag im Bereich des *GT 5* abgeschlossen hätten. Zum VuV gebe es auch heute keine zusätzlichen Informationen zum Mitgliederbestand, weshalb er nach wie vor nicht als massgebender Nutzerverband im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 46 URG anerkannt werden könne.

Weiter wird angegeben, dass die Verbände Association suisse des exploitants de vidéoclubs, der SVV und die Associazione Ticinese Videoteche (ATV) der vorgeschlagenen Verlängerung zugestimmt haben (vgl. die Zustimmungserklärungen gemäss Gesuchsbeilage 5). Dazu hat die ATV allerdings angemerkt, dass das wirtschaftliche Umfeld für Videotheken nicht rosig sei und den Verzicht auf den Tarif angeregt. Dennoch hat der ATV der Verlängerung des *GT 5* bis Ende 2014 ausdrücklich zugestimmt. City Video AG hat sich im Rahmen der Verhandlungen nicht geäussert.

3. Zur Angemessenheit des *GT 5* im Rahmen der beantragten Verlängerung verweisen die Verwertungsgesellschaften auf die Akten des Genehmigungsverfahrens und insbesondere die Beschlüsse der Schiedskommission vom 25. Oktober 1999, vom 29. September 2003, 10. Oktober 2005 und vom 4. November 2008. Angesichts des Umstandes, dass kein Nutzerverband gegen eine Verlängerung des vorgelegten Tarifs opponiert hat, ist nach Auffassung der Verwertungsgesellschaften davon auszugehen, dass

diese mit der Verlängerung einverstanden sind und der Tarif somit auch weiterhin als angemessen zu betrachten sei.

4. Mit Präsidialverfügung vom 30. Mai 2011 wurde gemäss Art. 57 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 URV die Spruchkammer zur Behandlung des Gesuchs der Verwertungsgesellschaften eingesetzt und die Tarifeingabe gleichzeitig gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV den Verhandlungspartnern zur Stellungnahme zugestellt. Den Vernehmlassungsadressaten wurde eine Frist bis zum 30. Juni 2011 angesetzt, um sich zum Antrag zu äussern; dies unter Hinweis darauf, dass im Säumnisfall Zustimmung zum Verlängerungsantrag angenommen werde.

Diese Frist wurde auf Gesuch der ASEVC sämtlichen Verhandlungspartnern bis zum 11. Juli 2011 erstreckt. Innerhalb dieser Frist bestätigte der ASEVC seine Zustimmung zur Tarifverlängerung bis zum 31. Dezember 2014. Innerhalb der erstreckten Frist ging bei der Schiedskommission keine weitere Stellungnahme der Verhandlungspartner ein.

Erst mit Schreiben vom 6. September 2011 machte die Associazione Ticinese Videoteche geltend, dass der *GT 5* aufgehoben werden sollte oder zumindest die Entschädigungen erheblich zu senken sind. Dies wurde im Wesentlichen mit den wirtschaftlichen Verhältnissen der wenigen verbliebenen Videotheken begründet.

5. Gestützt auf Art. 15 Abs. 2^{bis} des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) wurde die Tarifvorlage nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens am 18. Juli 2011 dem Preisüberwacher zur Stellungnahme unterbreitet.

Mit Antwort vom 21. Juli 2011 verzichtete der Preisüberwacher auf die Abgabe einer formellen Empfehlung zur beantragten Tarifverlängerung. Dies begründet er mit dem Umstand, dass sich die Verwertungsgesellschaften mit den massgebenden Nutzerverbänden auf eine Verlängerung des bisherigen Tarifs einigen konnten.

6. Da die unmittelbar vom *GT 5* betroffenen Kreise (inklusive ATV) bis zum Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens am 11. Juli 2011 der beantragten Tarifverlängerung entweder ausdrücklich oder zumindest stillschweigend zugestimmt haben und gestützt auf die Präsidialverfügung vom 25. August 2011 seitens der Mitglieder der Spruch-

kammer kein Antrag auf Durchführung einer Sitzung gestellt wurde, erfolgt die Behandlung der Tarifeingabe der Verwertungsgesellschaften gemäss Art. 11 URV auf dem Zirkulationsweg.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Der Antrag der fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs, SUISA, Suissimage und Swissperform auf Verlängerung des bisherigen *Gemeinsamen Tarifs 5* um weitere drei Jahre, d.h. vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2014 ist am 12. Mai 2011 und somit innert der in Art. 9 Abs. 2 URV festgelegten siebenmonatigen Frist eingereicht worden.
2. Die Verwertungsgesellschaften haben sowohl verschiedene Nutzerverbände (je einen pro Sprachregion) wie auch einen grösseren Nutzer zu den Verhandlungen eingeladen. Dagegen haben sie den 2007 gegründeten Verband unabhängiger Videotheken nicht als massgebenden Nutzerverband betrachtet, da zu diesem Verband keine ergänzenden Zahlen erhältlich waren und er gestützt auf die letzten bekannten Angaben offenbar lediglich 17 Mitglieder vertritt.

Art. 46 Abs. 2 URG verpflichtet die Verwertungsgesellschaften dazu, mit den massgebenden Nutzerverbänden über die Gestaltung der einzelnen Tarife zu verhandeln. Gemäss Lehre setzt ein massgebender Nutzerverband voraus, dass es sich bei ihm um eine Organisation handelt, in welcher ein erheblicher Teil der Nutzerinnen und Nutzer zusammengeschlossen sind (*Barrelet/Egloff*, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl., N 7 zu Art. 46 Abs. 2 URG; *Govoni/Stebler*, SIWR II/1, S. 462). Dies entspricht auch der ständigen Praxis der Schiedskommission (Beschluss vom 27.9.1967 betr. den Tarif M, Ziff. 1a, in *Entscheide und Gutachten der ESchK 1967-1980*, S. 15 f.). Dabei kommen vor allem gesamtschweizerische Verbände in Betracht oder solche, die zumindest für einen Landesteil repräsentativ sind. Als massgebender Nutzerverband gilt demnach ein Verband, der mindestens 20 bis 25 Prozent der vom Tarif betroffenen Nutzer vertritt (BGer vom 24. März 1995 betr. GT 4, E. 1b) oder wenn er in einem Landesteil mindestens einen Drittel der vom Tarif betroffenen Branche vertritt (BGer vom 8. September 2006 betr. GT 2b, E. 2.2 ff., in sic! 4/2007, S. 267 f.). Hinsichtlich des *GT 5* hat das Bundesgericht mit Entscheid vom 2. Oktober 1997 (E. 3 b/aa) befunden, dass die Ver-

treterung von neun Mitgliedern nicht genügt um als repräsentativer Verband zu gelten. Dies muss aber auch bei 17 Mitgliedern gelten, da damit lediglich rund zehn Prozent der in der Deutschschweiz nach dem *GT 5* abrechnenden Kunden erfasst werden. Da es sich beim Verband unabhängiger Videotheken somit nicht um einen massgebenden Nutzerverband handelt, mussten die Verwertungsgesellschaften auch nicht mit ihm verhandeln.

3. Die Associazione Ticinese Videoteche hat gemäss Beilage 5 der Tarifeingabe am 29. März 2011 der Verlängerung des *GT 5* um drei Jahr bis Ende 2014 ausdrücklich zugestimmt. Zwar wurde mit dieser Zustimmungserklärung auch darauf hingewiesen, dass es wünschenswert wäre, wenn dieser Tarif aufgehoben werden könnte. Der Tarifverlängerung wurde aber trotzdem zugestimmt. Mit Eingabe vom 6. September 2011 wurde erneut auf die schwierige wirtschaftliche Situation der Videotheken hingewiesen und wiederum ohne weitere Begründung der Wunsch nach Abschaffung des Tarifs bzw. einer erheblichen Reduktion der Vergütung geäussert.

Abgesehen davon, dass dieses Schreiben der Schiedskommission erst rund zwei Monate nach Ablauf der bis zum 11. Juli 2011 erstreckten Vernehmlassungsfrist zugegangen ist, muss der ATV vorgeworfen werden, dass sie ihr Anliegen nicht im Rahmen der Verhandlungen mit den Verwertungsgesellschaften vorgebracht hat. Es ist nicht Sinn eines zweigeteilten Genehmigungsverfahrens, dass sich die Tarifpartner im Rahmen der Verhandlungsphase nicht bzw. ungenügend äussern und ihre Anliegen erst vor der Schiedskommission – und dies erst noch mit erheblicher Verspätung – einbringen. Im Übrigen hat die ATV ihr Begehren unzureichend begründet; jedenfalls ist daraus nicht ersichtlich, weshalb die Verlängerung des *GT 5* gemäss Art. 60 URG unangemessen sein soll. Die Schiedskommission hat auch schon wiederholt festgestellt, dass die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse allein nicht genügt, um einen bestehenden Tarif zu revidieren. Wie oben ausgeführt, ist aber auf die verspätet eingereichte Eingabe ohnehin nicht einzutreten und somit ist von einem einverständlichen Tarif auszugehen.

4. Die Schiedskommission genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG), wobei sich die Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet.

Nach ständiger Rechtsprechung der Schiedskommission wird die Zustimmung der unmittelbar Betroffenen als Indiz für die Angemessenheit und damit die Genehmigungsfähigkeit eines Tarifes aufgefasst. Im Falle der Zustimmung der hauptsächlichen Nutzerverbände verzichtet sie demnach auf eine eingehende Prüfung gemäss Art. 59 f. URG. Die Schiedskommission stützt ihre diesbezügliche Praxis auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 7. März 1986, in dem festgestellt wurde, dass im Falle der Zustimmung der Nutzerseite zu einem Tarif davon ausgegangen werden kann, dass dieser Tarif annähernd einem unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertrag entspricht (Entscheide und Gutachten der ESchK, Bd. III, 1981-1990, S. 190). Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Entscheid vom 21. Februar 2011 betr. den GT 3c (E. 6.2., S. 17f.) befunden, dass eine solche Vermutung nicht bedeuten kann, dass gewichtige Anzeichen, die gegen eine solche Annahme sprechen, ausser Acht gelassen werden dürfen. Die Zustimmung der Nutzerverbände sei gemäss dem 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 darum nicht ausgeklammert werden. Allerdings kann dies nach Auffassung der ESchK nicht bedeuten, dass sie nach Gründen suchen muss, weshalb der Tarif allenfalls nicht angemessen sein könnte, wenn keinerlei Indizien für eine Unangemessenheit nach Art. 59 f. URG vorliegen.

Nach Auffassung der Schiedskommission ist die Bemerkung der ATV kein genügend gewichtiges Indiz für die Unangemessenheit des Tarifs. Jedenfalls kann daraus kein Anhaltspunkt entnommen werden, der dagegen sprechen würde, dass der Tarif nicht annähernd einem unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertrag entspricht. Dies muss insbesondere bei der Verlängerung eines bestehenden, langjährigen Tarifs gelten. Daher und unter Berücksichtigung des Einverständnisses der beteiligten Nutzerorganisationen zur beantragten Genehmigung des GT 5 geht die Schiedskommission von einem Einigungstarif und damit davon aus, dass der Tarif in seinem Aufbau und in seinen einzelnen Bestimmungen angemessen ist. Es ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass in diesem Fall gemäss Art. 11 URV keine Sitzung zur Behandlung der Vorlage einberufen werden muss, sondern die Genehmigung auf dem Zirkulationsweg erfolgen kann. Dies weist auch darauf hin, dass der Zustimmung der massge-

benden Nutzerverbände und -organisationen anlässlich eines Tarifverfahrens ein hoher Stellenwert beizumessen ist.

5. Da der Preisüberwacher auf die Abgabe einer Empfehlung verzichtet hat, gibt die Tarifeingabe der Verwertungsgesellschaften zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Der *GT 5* wird daher antragsgemäss bis Ende 2014 verlängert.
6. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV (in der Fassung vom 1. Juli 2008) und sind gemäss Art. 16b URV unter solidarischer Haftung von den am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaften zu tragen.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Die Gültigkeitsdauer des mit Beschluss vom 25. Oktober 1999 genehmigten *Gemeinsamen Tarifs 5* (Vermieten von Werkexemplaren) wird bis zum 31. Dezember 2014 verlängert.

[...]

