[AZA 0]
2A.253/1999/bol

II. OEFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG
****

17. Februar 2000

Es wirken mit: Bundesrichter Wurzburger, Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung, Hungerbühler, Ersatzrichter Zünd und Gerichtsschreiberin Diarra.

_____

In Sachen

Interessengemeinschaft A._____, bestehend aus:
B._____GmbH,
C._____ AG,
D._____GmbH,
Beschwerdeführerinnen, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Martina Altenpohl, Dürr Vögele Partner, Kreuzstrasse 54, Postfach, Zürich,

gegen

SUISA, Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke, Bellariastrasse 82, Postfach 782, Zürich,
SWISSPERFORM, Schweizerische Gesellschaft für die verwandten Schutzrechte, Utoquai 43, Postfach 221, Zürich,
Beschwerdegegnerinnen,

Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten,

betreffend
Gemeinsamer Tarif Hb (GT Hb)
(Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung), hat sich ergeben:

A.- Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (im Folgenden: Schiedskommission) genehmigte am 4. Dezember 1998 mit einigen Änderungen den Gemeinsamen Tarif Hb der Verwertungsgesellschaften SUISA und SWISSPERFORM (GT Hb) vom 8. Juni 1998, der sich auf Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung bezieht. Mit dem neuen Tarif ist ein Systemwechsel verbunden. Bisher wurde die Urheberrechtsentschädigung auf Grund von Pauschalen nach der Zahl der beteiligten Musiker, bei Aufführungen mit Musikern von internationalem Ruf auf Grund eines Prozentsatzes der Musikerlöhne, und einem Zusatzbetrag nach dem Eintrittspreis festgesetzt; bei Aufführungen mit Ton- oder Tonbildträgern (Disco-Anlässen) wurde auf die Anzahl Besucher abgestellt. Der neue Tarif bestimmt die Vergütung in der Regel in Prozenten der Einnahmen aus Aufführungen (live oder ab Ton- oder Tonbildträgern), subsidiär auf Grund der Kosten, wenn keine Einnahmen erzielt werden oder diese geringer als die Kosten sind (Ziff. 16 und 17 des neuen Tarifs). Der Prozentsatz beträgt 5% für Urheberrechte und 1,5% für verwandte Schutzrechte bei Verwendung von Ton- und Tonbildträgern bzw. 0,2%, wenn diese nur während den Pausen verwendet werden (Ziff. 18 des Tarifs). Reduzierte Sätze werden festgelegt für Veranstaltungen von Vereinen, bei denen Musik zur Begleitung einer Darbietung der eigenen Vereinsmitglieder verwendet wird (Ziff. 19), und für Kleinveranstaltungen (Fassungsvermögen bis zu 400 Personen) werden Pauschalen vorgesehen (Ziff. 22). Sodann wird der massgebende Prozentsatz im Verhältnis der Dauer der geschützten Musik zur Dauer der Veranstaltung ohne Pausen reduziert (Ziff. 23). Schliesslich gibt es Ermässigungen von 10% bei Abschluss

eines Vertrages mit den Verwertungsgesellschaften, von 5% bei mehr als 10 Anlässen pro Kalenderjahr und von 20%, wenn gesamtschweizerische Verbände für alle ihre Mitglieder einen Vertrag abschliessen und die Vergütung gesamthaft überweisen (Ziff. 25). Die Schiedskommission ergänzte den neuen Tarif mit einer Übergangsregelung, nach der für Aufführungen mit Ton- oder Tonbildträgern die Entschädigung im ersten Jahr der Gültigkeit des neuen Tarifs nicht mehr als das 1,5-fache und im zweiten Jahr nicht mehr als das 2,5-fache der bisherigen Entschädigung beträgt.

B.- Mit Eingabe vom 10. Mai 1999 haben die in der Interessengemeinschaft A._____ zusammengeschlossenen B._____ GmbH, C._____ AG und D._____ GmbH Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben. Die Beschwerdeführerinnen beantragen, den angefochtenen Beschluss aufzuheben, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Auflage, die Verwertungsgesellschaften zu ernsthaften Verhandlungen zu veranlassen, eventuell die Angelegenheit nach weiteren Abklärungen durch die Vorinstanz oder das Bundesgericht neu zu entscheiden und namentlich:

- bei Aufführungen mit Ton- oder Tonbildträgern auf die bisherige Regelung (Anzahl Besucher) abzustellen; sofern ein Wechsel auf einen prozentualen Anteil der Einnahmen oder Kosten gutgeheissen würde, dürfe nur eine marginale Erhöhung der Vergütung resultieren: Festlegung des Prozentsatzes in Ziff. 18 des Tarifs auf maximal 0,5% (statt 5%), mindestens Fr. 50.–, für Urheberrechte und auf 0,15 % (statt 1,5 %), mindestens Fr. 20.–, für verwandte Schutzrechte bei Verwendung von Ton- und Tonbildträgern;

- Ziff. 19 des Tarifs (reduzierte Sätze für Veranstaltungen von Vereinen, bei denen Musik zur Begleitung einer Darbietung der eigenen Vereinsmitglieder verwendet wird) ersatzlos zu streichen;
- die Regelung über die Reduktion des massgebenden Prozentsatzes im Verhältnis der Dauer der geschützten Musik zur Dauer der Veranstaltung ohne Pausen (Ziff. 23) und über die Verzeichnisse der verwendeten Musik und der verwendeten Ton- und Tonbildträger (Ziff. 37) dahin abzuändern, dass für sogenannte White-Labels nur die Anzahl Titel gemeldet werden müssten; für das Verhältnis von geschützter zu ungeschützter Musik wäre für diese White-Labels dasjenige zu Grunde zu legen, das bei den Meldungen nach Titel/Interpreten ermittelt wird.

C.- In ihrer gemeinsamen Vernehmlassung vom 26. August 1999 beantragen SUISA und SWISSPERFORM die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die Schiedskommission schliesst ebenfalls auf Abweisung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet ein gestützt auf das Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231. 1) ergangener Tarifgenehmigungsentscheid der Eidgenössischen Schiedskommission. Als solcher unterliegt er der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Art. 74 Abs. 2 URG; Art. 97 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 5 VwVG und Art. 98 lit. e OG). Art. 99 lit. b OG schliesst diese zwar grundsätzlich gegen Verfügungen über Tarife aus; die Bestimmung gilt jedoch nicht auf dem Gebiet der Verwertung von Urheberrechten.

b) Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens gerügt werden (Art. 104 lit. a OG). Die Feststellung des Sachverhalts bindet das Bundesgericht, wenn - wie hier (Urteil vom 24. März 1995 [Leerkassettentarif], E. 2a und b) - eine richterliche Behörde als Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Soweit die Beschwerdeführerinnen unter Verweis auf gewisse Lehrmeinungen geltend machen, Schiedskommissionen wären keine richterlichen Behörden, weil nach dem früheren Wortlaut von Art. 105 Abs. 2 OG (vor der Revision vom 4. Oktober 1991) eine Bindung an die Sachverhaltsfeststellung nur bei Rekurskommissionen und kantonalen Gerichten vorgesehen war, hat das Bundesgericht diese Auffassung im zitierten Urteil verworfen und massgebend auf das Kriterium der richterlichen Unabhängigkeit abgestellt, wie es hier erfüllt ist. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten (so schon das Urteil vom 1. März 1999 i.S. Verband schweizerischer Berufsorchester c. SUISA), weshalb das Bundesgericht im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG an die von der

Schiedskommission getroffenen Sachverhaltsfeststellungen gebunden ist. Ausgeschlossen ist die Rüge der Unangemessenheit (Art. 104 lit. c OG).

2.- a) Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Schiedskommission habe sich geweigert, Einsicht in das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 4. Dezember 1998 zu gewähren. Indessen hat die Verhandlung vor der Schiedskommission am 24. November 1998 stattgefunden. Am 4. Dezember fand die Beratung der Schiedskommission statt, an welcher der angefochtene Beschluss gefasst wurde. Einsicht in das Protokoll dieser Beratung, welche unter Ausschluss der Parteien stattfindet (Art. 14 Abs. 2 der Verordnung vom 26. April 1993 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsverordnung, URV; SR 231. 11]), brauchte die Schiedskommission nicht zu gewähren, denn es handelt sich dabei um ein internes Aktenstück, das dem Anspruch auf Akteneinsicht nicht unterliegt (BGE 122 I 153 E. 6a S. 161). Es könnte sein, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Einsichtsbegehren nicht das Protokoll dieser Sitzung vom 4. Dezember 1998, sondern jenes der Verhandlung vom 24. November 1998 gemeint haben. Ein diesbezügliches Missverständnis wäre allerdings ihnen selbst zuzuschreiben, haben sie doch nicht nur ausdrücklich das Protokoll vom 4. Dezember 1998 verlangt, sondern auch nicht reagiert, als ihnen der Sekretär der Schiedskommission
mitteilte, am 4. Dezember 1998 habe "ausschliesslich die Beratung der Spruchkammer" stattgefunden, das Beratungsgeheimnis verbiete es, die Sitzungsnotizen herauszugeben. In ihrer Vernehmlassung an das Bundesgericht gab die Schiedskommission der Vermutung Ausdruck, es könnte allenfalls ein Missverständnis vorliegen; möglicherweise hätten die Beschwerdeführerinnen das Verhandlungsprotokoll vom 24. November 1998 gemeint. Es besteht indessen kein Anlass, ihnen dieses Protokoll von Amtes wegen zuzustellen, nachdem sie sich auch im bundesgerichtlichen Verfahren hierzu nicht weiter äusserten.

b) Die Beschwerdeführerinnen werfen den Verwertungsgesellschaften vor, ihrer Pflicht nicht genügend nachgekommen zu sein, die Gestaltung des Tarifs mit den Nutzerverbänden auszuhandeln (vgl. Art. 46 Abs. 2 URG; Art. 9 Abs. 3 URV). Indessen waren es die Beschwerdeführerinnen, welche die Verhandlungen nach mehreren Sitzungen abbrachen und auf einen schriftlich unterbreiteten Vorschlag nicht mehr eingingen. Unter diesen Umständen kann von einer Verletzung der Pflicht, die Tarife auszuhandeln, nicht gesprochen werden.

3.- a) Die Schiedskommission genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. a URG ist bei der Festlegung der Entschädigung der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist weiter das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträgern oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen (lit. c). Die Entschädigung darf in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte betragen; sie ist jedoch so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten (Art. 60 Abs. 2 URG).

b) Die Beschwerdeführerinnen wollen in erster Linie die bisherige Bemessungsgrundlage beibehalten, welche im Wesentlichen auf die Zahl der Besucher einer Veranstaltung abstellt. Indessen verlangt Art. 60 Abs. 1 URG, dass an den Ertrag, hilfsweise an die Kosten der Nutzung angeknüpft wird. Genau dies wird mit dem neuen Tarif verwirklicht. Die Verwertungsgesellschaften zu verpflichten, die bisherige Tarifstruktur beizubehalten, liesse sich mit Bundesrecht nicht vereinbaren.

c) Für den Fall, dass auf einen prozentualen Anteil an den Einnahmen bzw. den Kosten abgestellt würde, verlangen die Beschwerdeführerinnen, dass dieser Anteil auf 0,5% für die Urheberrechte und 0,15% für die verwandten Schutzrechte festgelegt würde. Ein derart tiefer Satz trüge allerdings der gerade mit Technoveranstaltungen, wie sie die Beschwerdeführerinnen durchführen, verbundenen Nutzungsintensität nicht Rechnung. Die Festlegung des konkreten Prozentsatzes beruht im Übrigen auf Ermessen, welches der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen ist, sofern - wie hier - weder eine Überschreitung noch ein Missbrauch des Ermessens vorliegt (vgl. E. 1b).

d) Richtig ist zwar, dass ein Systemwechsel nicht ohne weiteres zu einer massiven Erhöhung der geschuldeten

Entschädigungen führen darf. So hat das Bundesgericht einen Entscheid der Schiedskommission geschützt, der die sprunghafte Erhöhung der Vergütungen für einzelne Nutzer als unangemessen erachtete. Entscheidend war dabei, dass sich zwar der von den Verwertungsgesellschaften angestrebte Systemwechsel als solcher mit Bundesrecht vereinbaren liess, aber auch der bisherige Tarif durchaus sachgerecht erschien (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Februar 1998 [Tarif Z], E. 2c bb, veröffentlicht in Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 4/1998 S. 387). Demgegenüber kann eine erhebliche Erhöhung der Abgaben, die auf eine sachlich gerechtfertigte Umstellung der Berechnungsgrundlagen zurückgeht, gerade Beleg dafür sein, dass die bisher entrichteten Entschädigungen zu tief waren (ESchKE II S. 58; ESchKE III S. 84; ebenso zitiertes Urteil des Bundesgerichts vom 16. Februar 1998 [Tarif Z]sowie namentlich das Urteil vom 1. März 1999 i.S. Verband schweizerischer Berufsorchester c. SUISA). So verhält es sich hier. Der bisherige Tarif war von seiner Struktur her auf kleinere Tanzveranstaltungen zugeschnitten, wie
sie vorab von Vereinen durchgeführt werden. Für kommerzialisierte Grossveranstaltungen der Technoszene (mit hohen Eintrittspreisen) erscheint ein Tarif, der auf die Anzahl Besucher und nicht auf die erzielten Einnahmen abstellt, als gänzlich ungeeignet und mit den Vorgaben des Urheberrechtsgesetzes (Art. 60 Abs. 1 lit. a URG) nicht vereinbar. Wenn die neue Bemessungsgrundlage zu erheblich höheren Vergütungen führt, so belegt dies unter den gegebenen Umständen nur, dass die bisherigen Vergütungen für diese Art Veranstaltungen zu tief waren. Die Schiedskommission hat im Übrigen eine Übergangsregelung erlassen, wonach im ersten Jahr höchstens das 1,5-fache und im zweiten Jahr nicht mehr als das 2,5-fache der bisherigen Vergütung zu entrichten ist. Auf diese Weise erscheint sichergestellt, dass die Nutzer hinreichend Zeit haben, sich auf die neue Tarifstruktur einzustellen.

4.- Auch die weiteren Rügen sind ungeeignet, der Schiedskommission offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorzuwerfen oder den angefochtenen Beschluss als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen:

Es ist für die Beurteilung der Angemessenheit des Tarifs nicht von Relevanz, wie gross der Anteil des Repertoires der Verwertungsgesellschaften tatsächlich ist, denn nach Ziff. 23 des Tarifs wird der für die Vergütung massgebliche Prozentsatz der Einnahmen im Verhältnis der Dauer der geschützten Musik zur Dauer der Veranstaltung (ohne Pausen) gekürzt, so dass im Einzelfall sichergestellt ist, dass bei Verwendung nicht geschützter Werke oder Tonträger eine entsprechende Reduktion der Vergütung erfolgt.

Die Beschwerdeführerinnen verlangen, dass Ziff. 19 des Tarifs gestrichen wird. Diese Bestimmung sieht einen tieferen Satz vor, wenn Musik zur Begleitung einer Darbietung der eigenen Vereinsmitglieder verwendet wird. Die Streichung dieser Bestimmung bringt den Mitgliedern der beschwerdeführenden Interessengemeinschaft keinen praktischen Nutzen, sondern schadet höchstens den Vereinen. Es fehlt deshalb am für die Beschwerdeführung erforderlichen schutzwürdigen Interesse (Art. 103 lit. a OG) für diesen Antrag. Es ist darauf nicht einzutreten.

Die Beschwerdeführerinnen erachten es zu Unrecht als unzumutbar, vollständige Verzeichnisse der verwendeten Musik und der verwendeten Tonträger zu erstellen. Diese Verpflichtung stützt sich auf Art. 51 URG, wonach den Verwertungsgesellschaften alle Auskünfte zu erteilen sind, welche diese für die Gestaltung und die Anwendung der Tarife sowie die Verteilung des Erlöses benötigen, soweit es den Werknutzerinnen und Werknutzern zumutbar ist. Mit dem blossen Hinweis auf White-Label-Platten, auf denen Titel, Interpreten und Urheber nicht verzeichnet seien, ist nicht dargetan, dass es unzumutbar wäre, die fraglichen Angaben zu liefern. Die Beschwerdegegnerinnen machen zu Recht geltend, dass die professionellen Discjockeys, welche die Platten verwenden, sehr wohl wissen oder zumindest in Erfahrung bringen können, welche Titel von welchen Urhebern und Interpreten sie spielen.

5.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist damit als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Entsprechend diesem Verfahrensausgang sind die bundesgerichtlichen Kosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG), welche zudem die Verwertungsgesellschaften für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen haben. Nach Art. 3 Abs. 2 des Tarifs über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173. 119.1) wird dabei ein herabgesetztes Honorar zu Grunde gelegt,

wenn - wie hier - der anwaltliche Vertreter Organ der Partei ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000. – wird den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.- Die Beschwerdeführerinnen, d.h. A._____ GmbH, B._____ AG und C._____ GmbH, haben SUISA und SWISSPERFORM für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit insgesamt Fr. 5'000. – zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien sowie der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 17. Februar 2000

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: