Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-7467/2006
{T 0/2}

Urteil vom 23. Juli 2007

Mitwirkung: Richter David Aschmann (Vorsitz), Richter Hans Urech, Richter Claude Morvant;
Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,
3. **C.**_____,
4. **D.**_____,
5. **E.**_____,
6. **F.**_____,
7. **G.**_____,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Michal Kobsa, Talacker 35, 8001 Zürich,

Beschwerdeführer

gegen

SUISA Urheberrechtsverwertungsgesellschaft, Bellariastrasse 82, Postfach 782, 8038 Zürich,

Beschwerdegegnerin 1

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Stauffacherstrasse 65, 3003 Bern,

Beschwerdegegner 2 und Vorinstanz

betreffend
Verteilung unter dem Gemeinsamen Tarif W

Sachverhalt:

A. Die Beschwerdegegnerin 1 ist eine konzessionierte Schweizerische Verwertungsgesellschaft im Sinne von Art. 41 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1). Als solche ist sie verpflichtet, Tarife für die von Nutzern urheberrechtlich geschützter Werke zu bezahlenden Vergütungen aufzustellen. Die Tarife sind von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) zu genehmigen. Für die Verteilung der Tarifeinnahmen an die Berechtigten müssen Verwertungsgesellschaften ein Verteilreglement aufstellen, welches von ihrer Aufsichtsbehörde, dem Beschwerdegegner 2, zu genehmigen ist.

B. Die Beschwerdeführer sind auf das Komponieren von Werbefilmmusik spezialisierte Musiker, welche die Verwertung ihrer Urheberrechte mittels so genannter Wahrnehmungsverträge auf die Beschwerdegegnerin 1 übertragen haben.

C. Der "Tarif R" der Beschwerdegegnerin 1 diente bis Ende 2002 als Grundlage von Vergütungen für die Verwendung von Musik in der Fernsehwerbung (Senderechte und Vervielfältigungsrechte). Im Hinblick auf eine Neuregelung der Vergütungspflicht ab jenem Datum empfahl die ESchK, separate Tarife für Senderechte einerseits und für Vervielfältigungsrechte andererseits einzuführen.

D. Die Beschwerdegegnerin 1 führte mit Wirkung ab 1. Januar 2003 den "Tarif W Werbesendungen der SRG SSR idée suisse" betreffend die Senderechte ein und passte den bestehenden "Tarif VN Aufnehmen von Musik auf Tonbild-Träger, die nicht ans Publikum abgegeben werden" mit Bezug auf Vervielfältigungsrechte entsprechend an. Diese Tarife wurden anstelle des nicht mehr verlängerten Tarifs R von der ESchK genehmigt. Der neue Tarif W sah eine Urheberrechtsentschädigung von pauschal 2,65% der jährlichen Einnahmen der SRG für den Verkauf von Werbezeit in Fernsehprogrammen vor. Der Tarif R hatte die Werbeveranstalter noch zur Bezahlung eines Prozentsatzes des Einschaltpreises jedes einzelnen Werbespots verpflichtet.

E. In der Folge kam es zu einer Revision des Verteilungsreglements der Beschwerdegegnerin 1 (im Folgenden: "das Verteilreglement"). Diese beschloss, dass mit den Neuerungen des Tarifs W auch die Verteilung der Entschädigungen an die Berechtigten nicht mehr pro Werbefilm, sondern aufgrund eines einheitlichen Ansatzes pro Sendezeit berechnet werden sollten. Die Verteilungsklasse 1F "Tonträger der Werbesendungen im Fernsehen" wurde mit der Verteilklasse 1E "Werbesendungen im Fernsehen" zusammengelegt, und 25% der Einnahmen unter dem Tarif W wurden von der Verteilungsklasse 1E zur Verteilungsklasse 1C "Fernsehsendungen ohne Werbung" umgeleitet, während die Verteilungsklasse 1C unter dem Tarif R von den Einnahmen aus Werbung noch 15% erhalten hatte.

F. Der Beschwerdegegner 2 genehmigte mit Verfügung vom 18. August 2003 diese Verteilreglementsänderung und ihre rückwirkende Inkraftsetzung per 1. Januar 2003. Diese Änderung wurde den Wahrnehmungsberechtigten der Beschwerdegegnerin 1 nicht persönlich mitgeteilt, ein Mitarbeiter erläuterte die Änderungen aber kurz in der Firmenzeitschrift "Suisa Info" vom März 2003, die den Wahrnehmungsberechtigten zugestellt wurde.

G. Mit Datum vom 14. Juni 2004 stellte die Beschwerdegegnerin 1 ihren Wahrnehmungsberechtigten, darunter den Beschwerdeführern 1-7, erstmals "Abrechnungen über Aufführungen und Sendungen in der Schweiz im Jahr 2003" aus, die auf dem revidierten Verteilungsreglement beruhten.

H. Am 16. Juli 2004 reichten die Beschwerdeführer eine als "Verwaltungsbeschwerde (Sprungbeschwerde)" bezeichnete Rechtsschrift bei der Rekurskommission für geistiges Eigentum (RKGE) ein. In ihrer Eingabe stellten sie folgende Rechtsbegehren:

"1. Die SUISA Abrechnungsverfügungen der Parteien 1, 2, 3, 4, 5, 6 und 7 vom 14. Juni 2004 seien aufzuheben.

2. Es seien an die Beschwerdeführer neue Abrechnungsverfügungen zu erlassen, die auf dem am 31. Dezember 2002 gültigen Verteilungsreglement und den Tarifbestimmungen der SUISA beruhen.

3. Eventualiter sei die Berechnung mit den am 1.1.2003 gültigen Tarifen aber mit dem am 31.12.2002 gültigen Verteilungsreglement durchzuführen, subeventualiter analog dazu, proportional zu den Sendeerträgen der einzelnen Werbesendungen, subsubeventualiter proportional zu den Kosten der einzelnen Werbesendungen.

4. Subsubsubsubeventualiter [recte: subsubsubeventualiter] sei die Beschwerde gegnerin 1 zu verpflichten, den Beschwerdeführern einen Schadenersatz in der Höhe von:

Beschwerdeführer 1: CHF	*200'000.00*
Beschwerdeführer 2: CHF	*41'153.00*
Beschwerdeführer 3: CHF	*33'000.00*
Beschwerdeführer 4: CHF	*33'000.00*
Beschwerdeführer 5: CHF	*30'000.00*
Beschwerdeführer 6: CHF	*50'000.00*
Beschwerdeführer 7: CHF	*42'000.00*

für das Jahr 2003 zu bezahlen.

5. Es sei festzustellen, dass das bei den Abrechnungen vom 14.06.2004 der Beschwerdegegnerin 1 an die Beschwerdeführer verwendete Verteilungsreglement und seine rückwirkende Inkraftsetzung ungültig und widerrechtlich ist.

6. Die Verfügung des Beschwerdegegners 2 vom 18. August 2003 sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin 1 sei zu verpflichten, ein gesetzkonformes-Verteilungsreglement unter Einbezug von Werbemusikkomponisten zu schaffen.

7. Das vorliegende Verfahren sei zu sistieren bis die Aufsichtsbeschwerde in der gleichen Sache erledigt ist, und es sei danach den Beschwerdeführern

Frist anzusetzen darüber, ob sie die Beschwerde zurückziehen oder eine Antrags- und Begründungsergänzung sowie weitere Unterlagen nachreichen. Eventualiter, falls keine Sistierung erfolgt, sei den Beschwerdeführern sofort eine Frist zur Ergänzung der Anträge und der Begründung und zur Nachreichung von Unterlagen anzusetzen.

8. *Die Verfahren der Beteiligten seien zu vereinen, eventualiter falls keine Vereinigung erfolgt, sei den Beschwerdeführern eine Frist anzusetzen um getrennte Eingaben nachzureichen.*

   Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 unter solidarischer Haftung."

Zur Begründung führten die Beschwerdeführer an, die Verteilung ausschliesslich nach der Sendedauer zu berechnen, bedeute, Werbesendungen, die zu "billigeren" Sendezeiten mit entsprechend niedrigeren Einschaltquoten ausgestrahlt wurden, gleich zu behandeln wie solche im ungleich teureren Abendprogramm. Die von der Beschwerdegegnerin 1 bei der Abrechnung praktizierte Vorgehensweise hätte bei den Beschwerdeführern 1-4 und 6-7 Einnahmeverluste von über 75% zur Folge gehabt, da sie die Musik für "Primetime Kunden" komponiert hätten, die sich Werbesendungen zu den teuersten Sendezeiten leisten könnten. Nur Beschwerdeführer Nr. 5 zähle nicht ausschliesslich Primetime-Kunden zu seinen Auftraggebern, habe aber aufgrund des geänderten Verteilungsmodus immer noch einen sechzigprozentigen Verdienstausfall hinnehmen müssen. Die rückwirkende Inkraftsetzung des revidierten Verteilungsreglements per 1. Januar 2003 missachte das Rückwirkungsverbot. Der Beschwerdegegner 2 habe die Änderungen des Verteilungsreglements unsorgfältig geprüft.

I. Mit Datum vom 11. August 2004 richteten die Beschwerdeführer 1-7 zusätzlich ein gegen die Abrechnungen gerichtetes Wiedererwägungsgesuch an die Beschwerdegegnerin 1. Dieses wurde am 24. August 2004 abschlägig beantwortet.

J. Mit einem zweiten Wiedererwägungsgesuch, kombiniert mit einer Aufsichtsbeschwerde gegenüber der Beschwerdegegnerin 1, richteten sich die Beschwerdeführer am 2. September 2004 an den Beschwerdergegner 2. Diesen ersuchten sie, die Genehmigungsverfügung vom 18. August 2003 zu widerrufen.

K. Auf Antrag aller Parteien sistierte die RKGE das Verfahren am 6. Oktober 2004 bis zum Entscheid über das zweite Wiedererwägungsgesuch und die Aufsichtsbeschwerde. Am 13. Dezember 2005 beantragten die Beschwerdeführer, entgegen einem Antrag der Beschwerdegegnerin 1 auf Verlängerung dieser Sistierung, die Sistierung aufzuheben, Gerichtsakten aus einem arbeitsrechtlichen Verfahren als Beweismittel beizuziehen und den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Ergänzung ihrer Anträge zu geben. Mit Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2005 wurde die Sistierung aufgehoben.

L. Darauf reichte die Beschwerdegegnerin 1 am 31. Januar 2006 ihre Stellungnahme zur Beschwerde vom 16. Juli 2004 und zur Eingabe der Beschwerdeführer vom 13. Dezember 2005 ein. Sie stellte folgende Anträge:

"1. Die Anträge Nr. 7, soweit nicht gegenstandslos geworden, und 8 der Verwaltungsbeschwerde seien gutzuheissen.

2. Auf die Anträge Nr. 1 bis 6 der Verwaltungsbeschwerde sei nicht einzutreten.

3. Eventualiter für den Fall, dass die Rekurskommission Eintreten auf einzelne oder alle Anträge Nr. 1 bis 6 der Verwaltungsbeschwerde beschliessen sollte, sei der Beschwerdegegnerin 1 eine neue Frist zur materiellen Stellungnahme anzusetzen.

Unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführer."

Ihre Anträge begründete die Beschwerdegegnerin 1 im Wesentlichen mit der Unzuständigkeit der RKGE zur Beurteilung einerseits der Abrechnungen, die keine verwaltungsrechtlichen Verfügungen seien, und andererseits der zivilrechtlichen Schadenersatzbegehren. Für den Feststellungsantrag fehle ein Feststellungsinteresse. Zur Anfechtung des Genehmigungsbeschlusses des Beschwerdegegners 2 seien die Beschwerdeführer 1-7 nicht legitimiert und sei die Beschwerdefrist verpasst worden.

M. Der Beschwerdegegner 2 wies das Wiedererwägungsgesuch und die Aufsichtsbeschwerde vom 2. September 2004 mit Verfügung vom 1. März 2006 vollumfänglich ab.

N. Mit Stellungnahme gleichen Datums beantragte der Beschwerdegegner 2 der RKGE, unter Kosten- und Entschädigungsfolge nicht auf die Beschwerdeanträge Nr. 5 und 6 einzutreten und sie eventuell im Sinne seines Wiedererwägungsentscheids abzuweisen.

O. Am 1. Juni 2006 genehmigte der Beschwerdegegner 2, mit Wirkung ab 1. Januar 2005, erneut eine Revision des Verteilungsreglements der Beschwerdegegnerin 1, die ihr diese am 9. Februar 2005 und 29. Mai 2006 unterbreitet hatte. Die Dauer der Werbesendungen wurde nach dieser neuen Regelung bei der Bemessung der Vergütung ab der 61. Sekunde nur noch zu einem Fünftel angerechnet, so dass kürzere Beiträge gegenüber längeren bevorzugt wurden. Gleichzeitig wurde die Umleitung von 25% der Einnahmen aus dem Tarif W an die Verteilungsklasse 1C für eine Übergangszeit von drei Jahren wieder auf 15% reduziert.

P. Mit Replik vom 16. August 2006 hielten die Beschwerdeführer an allen Anträgen mit Ausnahme der ersten Halbsätze der Beschwerdeanträge Nr. 7 und 8 fest, die gegenstandslos geworden seien. Die Replik stelle zugleich, "nebst der Replik in der Sprungbeschwerde gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 und in der Beschwerde gegenüber dem Beschwerdegegner 2 auch eine Ergänzung zur zusätzlich als Aufsichtsbeschwerde zu verstehenden Eingabe vom 16. Juli 2004 hinsichtlich der beschriebenen Handlungen und Unterlassungen im Rahmen der Aufsichtsfunktion des Instituts für geistiges Eigentum gegen dieses und zur Sprungaufsichtsbeschwerde hinsichtlich der beschriebenen Handlungen und Unterlassungen der SUISA" dar. Die Beschwerdeführer erklärten, auf eine formelle Anfechtung der

vom Beschwerdegegner 2 am 1. März 2006 erlassenen Verfügung betreffend das Wiedererwägungsgesuch und die Aufsichtsbeschwerde zu verzichten.

Q. Am 3. Oktober 2006 folgte eine neue Beschwerde der Beschwerdeführer gegen die Verfügung, mit welcher die Vorinstanz am 1. Juni 2006 die zweite Revision des Verteilungsreglements genehmigt hatte, an die RKGE. Diese Eingabe enthielt die folgenden Anträge:

"Es sei die Verfügung des Eidgenössischen Instituts für geistiges Eigentum vom 1. 6. 2006 für ungültig zu erklären, und es seien Massnahmen zu treffen, damit rückwirkend, gegenwärtig und für die Zukunft ein Verteilungsreglement besteht, welches die Erträge aus dem Tarif W proportional zu den Ausstrahlungskosten resp. Ausstrahlungserträgen der Publisuisse/SRG der Werbespots mit der geschützten Musik berücksichtigt und die einzelnen Urheber ihren marktgerechten Anteil am Gesamterlös aus dem Tarif W erhalten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegner."

R. Am 24. Oktober 2006 nahm die Beschwerdegegnerin 1 zur Eingabe der Beschwerdeführer 1-7 vom 3. Oktober 2006 Stellung. Sie beantragte:

"1. Die Eingabe vom 3. Oktober 2006 sei vom Verfahren UE 01/04 abzutrennen und es sei über die Anfechtung der Verfügung des IGE vom 1. 6. 2006 betreffend Genehmigung der Änderung des Verteilungsreglements vom 16. 12. 2004 ein separates Verfahren durchzuführen.

2. Das (abgetrennte, neue) Verfahren sei zu sistieren, bis das Verfahren UR 01 / 04 rechtskräftig entschieden ist.

3. Eventualiter für den Fall, dass der Antrag 1 und/oder 2 abgelehnt wird, sei auf die Rechtsbegehren der Eingabe vom 3. Oktober 2006 nicht einzutreten.

4. Eventualiter für den Fall, dass der Antrag 3 abgelehnt wird, sei der Beschwerdegegnerin 1 eine neue Frist zur materiellen Stellungnahme anzusetzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführer."

Die Beschwerdegegnerin 1 argumentierte, die Beschwerdeführer seien zur Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 1. Juni 2006 mangels materieller und formeller Beschwer nicht legitimiert. Das zweite gestellte Rechtsbegehren sei inhaltlich deckungsgleich mit dem Antrag Ziff. 6 der Beschwerde vom 16. Juli 2006 und damit bereits rechtshängig. Die beantragte Verfahrensabspaltung sei verfahrensökonomisch angezeigt.

S. Ebenfalls am 24. Oktober 2006 duplizierte die Beschwerdegegnerin 1 auf die Beschwerden vom 16. Juli 2004, wobei sie im Wesentlichen an den in ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2006 gestellten Anträgen festhielt, neu jedoch eine Entschädigung zulasten der Beschwerdeführer 1-7 beantragte.

T. Am 13. November 2006 folgte eine unaufgeforderte Eingabe der Beschwerdeführer 1-7, mit der sie die Rechtsschrift vom 3. Oktober 2006 ergänzten. Sie begründeten ihre Beschwer damit, die angefochtene Verfügung vom 1. Juni 2006 hebe die auf den 1. Januar 2003 eingeführte Neuordnung jedenfalls nicht auf, und die Berechnung der Vergütungen könne unter der neuen Ordnung nicht mehr überprüft werden. Die Diskriminierung

von Werbesendungen ab 61 Sekunden Dauer sei unzulässig. Die Verringerung der Zuweisung an die Verteilungsklasse 1C von 25% auf 15% sei zwar richtig, doch bestehe kein Grund für eine zeitliche Limitierung. Zusätzlich stellten die Beschwerdeführer 1-7 ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (Rechtsverbeiständung), da sie durch die negativen finanziellen Auswirkungen der Verteilungsreglementsänderung nicht mehr über die Mittel verfügen würden, die vorliegenden Verfahren zu finanzieren.

U. Der Beschwerdegegner 2 nahm in seiner Duplik vom 24. November 2006 gleichzeitig zur Eingabe der Beschwerdeführer 1-7 vom 3. Oktober 2006 Stellung. Er beantragte, auf diese nicht einzutreten oder sie unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführer 1-7 abzuweisen. Im Übrigen hielt er an seinen Anträgen zu den Beschwerdebegehren Ziff. 5 und 6 vom 16. Juli 2004 fest. Mit seiner unangefochten gebliebenen Abweisung der Aufsichtsbeschwerde vom 1. März 2006 sei die Genehmigung der Änderung des Verteilreglements vom 18. August 2003 rechtskräftig geworden. Gegenstand des Verwaltungsverfahrens sei die Verfügung vom 18. August 2003, eine Erweiterung auf die Verfügung vom 1. Juni 2006 darum unzulässig. Auch er bestritt die Beschwer der Beschwerdeführer 1-7 in Bezug auf diese letztere Verfügung.

V. Mit Verfügung vom 15. November 2006 wurden die Verfahren per 1. Januar 2007 an das Bundesverwaltungsgericht überwiesen. Mit Verfügung vom 5. Dezember 2006 vereinigte die RKGE die Beschwerden vom 16. Juli 2004 und 3. Oktober 2006 zu einem Verfahren. Mit Schreiben vom 30. Januar 2007 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht die Übernahme dieses Verfahrens.

W. Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt (Art. 40 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32]).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesverwaltungsgericht hat das vorliegende Verfahren von der RKGE am 1. Januar 2007 übernommen und beurteilt es nach revidiertem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 VGG). Der von der RKGE verlangte Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, VwVG; SR 172.021).

I. Eintreten

2. Die Beschwerdeführer 1-7 haben parallel mehrere Beschwerden vorgebracht, indem sie ihre materiellen Beschwerdeanträge Nr. 1-6 einerseits als Sprungbeschwerde gegen die Beschwerdegegnerin 1 und andererseits als Verwaltungsbeschwerde gegen den Beschwerdegegner 2 sowie mit Replik vom 16. August 2006 auch noch als Sprungaufsichtsbeschwerde

gegen die Beschwerdegegnerin 1 und als Aufsichtsbeschwerde gegen den Beschwerdegegner 2 bezeichnet haben.

Als erstes sind die Eintretensvoraussetzungen dieser Beschwerdeformen und der einzelnen Beschwerdeanträge zu prüfen.

3. Die Beschwerdebegehren Nr. 1-6 sind gegen die Beschwerdegegnerin 1 gerichtet, als Sprungbeschwerde aber nicht zulässig. Eine Sprungbeschwerde im Sinne von Art. 47 Abs. 2 VwVG gegen die Beschwerdegegnerin 1 würde unter anderem voraussetzen, dass eine oberste Verwaltungsinstanz (vgl. BGE 108 Ib 416 E. 2b) der Beschwerdegegnerin 1 als Erstinstanz eine Weisung erteilt hat, wie die Verteilung durchgeführt werden müsse. Diese Instanz wollen die Beschwerdeführer 1-7 im Beschwerdegegner 2 erblicken. Als so genannte Aufsichtsbehörde nach Art. 52 Abs. 1 URG sowie als Genehmigungsbehörde gemäss Art. 48 Abs. 1 URG hat der Beschwerdegegner 2 ein solches Weisungsrecht gegenüber einer schweizerischen Verwertungsgesellschaft aber nicht (vgl. CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: Roland von Büren/Lucas David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Band II/1, 2. Aufl. Basel 2006, S. 483 f.). Zudem setzt Art. 47 Abs. 2 VwVG voraus, dass zwei Beschwerdeinstanzen nacheinander über denselben Streitgegenstand wie die mit Beschwerde angefochtene Verfügung urteilen könnten. Nur so kann die Verfügung zum Beschwerdeobjekt des zweiten anstelle des ersten Beschwerdeverfahrens werden (ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGULA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 64). Beim Beschwerdegegner 2 können die Handlungen der Beschwerdegegnerin 1 aber nur mit dem unvollkommenen Rechtsmittel der Aufsichtsbeschwerde angefochten werden (Art. 53 Abs. 1 URG, Art. 71 VwVG). Auf Art. 74 Abs. 1 URG gestützt, hätte die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht darum nicht die Geschäftsführung der Beschwerdegegnerin 1 oder ein Verteilergebnis im Rahmen dieser Geschäftsführung, sondern die Aufsichtsführung des Beschwerdegegners 2 zum Streitgegenstand. Die Sprungbeschwerde kann darum auch nicht, wie in BGE 102 Ib 236 E. 1c, aus prozessökonomischen Gründen an die Hand genommen werden. Schliesslich sind Verwertungsgesellschaften private Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, weshalb sie auch nicht der Aufsicht einer hierarchisch übergeordneten Verwaltungseinheit über eine ihr unterstellte Behörde unterstehen, sondern einer staatlichen Aufsicht über Private (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 224). Gemäss Lehre und Rechtsprechung findet Art. 71 VwVG zwar analoge Anwendung (RKGE in sic! 1998 S. 182 E. 1 *Verteilreglement Suissimage;* BARRELET/EGLOFF, a. a. O. Art. 53, N. 3; GOVONI/STEBLER, a. a. O., S. 506, mit Hinweisen). Als Aufsichtsinstanz gegen Beschlüsse der Beschwerdegegnerin 1 kann der Beschwerdegegner 2 aber nicht auf dem Wege von Art. 47 Abs. 2 VwVG umgangen werden.

Die Beschwerdeführer 1-7 wären stattdessen berechtigt gewesen, gegen den Aufsichtsentscheid des Beschwerdegegners 2 vom 1. März 2006 Be-

schwerde zu führen, worauf sie bewusst verzichtet haben. Auf die Sprungbeschwerde gegen die Beschwerdeführerin 1 ist darum nicht einzutreten.

4. Auch als Sprungaufsichtsbeschwerde gegen die Beschwerdeführerin 1 und als Aufsichtsbeschwerde gegen den Beschwerdeführer 2 ist auf die Beschwerden nicht einzutreten. Das Bundesverwaltungsgericht ist weder Aufsichtsinstanz der Beschwerdegegnerin 1 noch des Beschwerdegegners 2. Eine Aufsichtsbeschwerde ist der "formlose Rechtsbehelf, durch den eine Verfügung oder eine andere Handlung einer Verwaltungsbehörde bei deren Aufsichtsbehörde beanstandet und darum ersucht wird, die Verfügung abzuändern, aufzuheben oder eine andere Massnahme zu treffen" (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a. a. O., S. 355). Aufsichtsbehörde über die Beschwerdegegnerin 1 ist gemäss Art. 52 Abs. 1 URG der Beschwerdegegner 2. Aufsichtsbehörde über den Beschwerdegegner 2 ist laut Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 24. März 1995 (IGEG; SR 172.010.31) der Bundesrat. Justizbehörden sind dagegen nur ausnahmsweise mit Aufsichtsfunktionen betraut. Das Bundesverwaltungsgericht ist darum zur Beurteilung der Aufsichtsbeschwerden unzuständig. Eine Weiterleitung der Beschwerdeschrift von Amtes wegen an den Bundesrat (Art. 21 Abs. 2 VwVG) kann unterbleiben, da die Aufsichtsbeschwerde an keine Frist gebunden ist (Art. 71 Abs. 1 VwVG). Sie kann von den Beschwerdeführern 1-7 im gewünschten Umfang direkt gestellt werden.

5. Damit ist noch die Zulässigkeit der Beschwerdebegehren Nr. 1-6 vom 16. Juli 2004 und der Beschwerde vom 3. Oktober 2006 als Verwaltungsbeschwerden zu prüfen. Wie erwähnt ist gegen Entscheidungen der Beschwerdegegnerin 1 keine Verwaltungsbeschwerde gegeben (E. 3). Gegen Verfügungen des Beschwerdegegners 2 steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht dagegen offen (Art. 74 Abs. 1 und 2 URG), doch beziehen sich die Beschwerdebegehren 1-4 ausschliesslich auf den Bereich der Beschwerdegegnerin 1. Soweit sie gegen die Beschwerdegegnerin 1 gerichtet sind, ist daher mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts auf die Beschwerdebegehren Ziff. 1-6, und, soweit sie gegen den Beschwerdeführer 2 gerichtet sind, mangels Zuständigkeit des Beschwerdeführers 2 auf die Beschwerdebegehren Ziff. 1-4 vom 16. Juli 2004 nicht einzutreten.

   Abschliessend ist noch die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der Beschwerdebegehren Ziff. 5 und 6 vom 16. Juli 2004 sowie der Beschwerde vom 3. Oktober 2006 gegenüber dem Beschwerdegegner 2 zu prüfen.

6. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig, Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz hinsichtlich der Genehmigung von Verteilungsreglementen schweizerischer Verwertungsgesellschaften zu beurteilen (Art. 31, 32 und 33 lit. d VGG). Verfügungen sind individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, mit welchen eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und

erzwingbarer Weise geregelt wird (Art. 5 Abs. 1 VwVG, BGE 131 II 13 E 2.2). Diese Voraussetzungen sind bei den Genehmigungsentscheiden des Beschwerdegegners 2 vom 18. August 2003 und vom 1. Juni 2006 zweifellos erfüllt (Art. 48 Abs. 1 URG). Beschwerdebegehren Ziff. 6 vom 16. Juli 2004, soweit damit die Aufhebung des Genehmigungsentscheids vom 18. August 2003 des Beschwerdegegners 2 verlangt wird, hat somit ein taugliches Anfechtungsobjekt gemäss Art. 5 VwVG und 31 VGG. Auch das Begehren vom 3. Oktober 2006 um Aufhebung der Genehmigungsverfügung vom 1. Juni 2006 des Beschwerdegegners 2 verfügt über ein taugliches Anfechtungsobjekt. Dagegen ist Beschwerdebegehren Ziff. 5 vom 16. Juli 2004 als Feststellungsbegehren zu Beschwerdebegehren Ziff. 6 vom 16. Juli 2004 subsidiär, da das Ergebnis der Feststellung durch eine Aufhebung der Genehmigungsentscheide ebenso gut erreicht werden kann und jener nichts mehr beifügen würde (BGE 108 Ib 546 E. 3). Es ist daher auch auf Beschwerdebegehren Ziff. 5 vom 16. Juli 2004 nicht einzutreten.

7. Mit Bezug auf die beiden noch offenen Begehren ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer 1-7 im Sinne von Art. 48 VwVG und die Einhaltung der dreissigtägigen Beschwerdefrist nach Art. 50 Abs. 1 VwVG zu prüfen. Rechtsbegehren Ziff. 6 wurde am 16. Juli 2004 eingereicht. Es richtet sich gegen die Genehmigung der Änderung des Verteilungsreglements der Beschwerdegegnerin 1 durch den Beschwerdegegner 2 vom 18. August 2003. Das Rechtsbegehren vom 3. Oktober 2006 ist gegen die Genehmigung der erneuten Änderung des Verteilreglements durch den Beschwerdegegner 2 vom 1. Juni 2006 gerichtet. Beide Rechtsbegehren sind zum Teil im kassatorischen Sinn gegen den Beschwerdegegner 2 und zum Teil im reformatorischen Sinn auf Anordnungen gegenüber der Beschwerdegegnerin 1 gerichtet, wobei auf die reformatorischen Anträge, wie ausgeführt, nicht eingetreten werden kann und nur noch die kassatorischen Anträge zu prüfen sind. Die Beschwerdeführer 1-7 sind nicht Adressaten dieser Verfügungen und haben keine Möglichkeit erhalten, an den Genehmigungsverfahren teilzunehmen. Die Verfügungen wurden nicht veröffentlicht und ihnen vom Beschwerdegegner 2 auch nicht mitgeteilt. Es ist darum zu prüfen, ob die Beschwerdeführer 1-7 durch die Verfügungen besonders berührt sind und an ihrer Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse haben (Art. 48 Abs. 1 lit. b und c VwVG).

7.1 In der Beschwerdeschrift wird einlässlich ausgeführt, dass die Beschwerdeführer 1-7 ihre der kollektiven Verwertung unterliegenden Urheberrechte der Beschwerdegegnerin zur Wahrnehmung abgetreten haben und dass sie beruflich als Komponisten von Werbemusik in TV-Spots arbeiten, so dass sie jedenfalls in besonderem Mass an der rechtmässigen Verteilung der Einnahmen aus dem Tarif W aktuell und persönlich interessiert sind, also von beiden Verfügungen im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG persönlich berührt werden (vgl. RKGE in sic! 1997 S. 182 E. 2 *Verteilreglement Suissimage*).

7.2 Zusätzlich verlangt Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführer 1-7 an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügungen. Ein solches besteht nach der bisherigen Rechtspre-

chung "im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für ihn zur Folge hätte" (BGE 120 Ib 379 E. 4b S. 387). Allerdings wurde Art. 48 Abs. 1 VwVG per 1. Januar 2007 revidiert. In der Botschaft zur Justizreform wird ausgeführt, dass die Voraussetzung des persönlichen Betroffenseins in dieser Bestimmung durch die Revision bewusst verschärft worden sei (BBl 2001, S. 4329 und 4409). Es ist also mehr als nur ein bloss praktischer Nutzen der Beschwerdeführer 1-7 zu verlangen. Das System der kollektiven Verwertung des Urheberrechts wird durch verschiedene Behörden überwacht. Die Kontrolle der Regeln, wie die Entschädigungen bei den Werknutzern erhoben werden, liegt vor allem bei der ESchK. Zur Durchsetzung der Auszahlung von Urheber- und Leistungsrechtsvergütungen in Anwendung der Verteilungsreglemente und Wahrnehmungsverträge sind sodann vor allem die Zivilgerichte zuständig (Art. 62 Abs. 2 URG). Um jedoch sicherzustellen, dass auch beim *Erlass* dieser Verteilungsreglemente die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden, wurde in Art. 48 Abs. 1 URG die Genehmigung durch den Beschwerdegegner 2 vorgesehen. Welche Wirkung diese Genehmigung hat, ist zwar nicht klar geregelt. Ein Zivilrichter könnte ein vom Beschwerdegegner 2 genehmigtes Verteilungsreglement trotzdem für ungültig erklären. Dennoch sollten sich Verwertungsgesellschaften in der Regel auf einen Genehmigungsbeschluss gemäss Art. 48 Abs. 1 URG verlassen können, wird dieser also gegenüber einem später angerufenen Zivilrichter gewisse Rechtswirkungen haben. Zumindest im Fall, dass Vergütungsansprüche noch nicht fällig und auszahlbar geworden sind, wenn nicht auch in anderen Fällen, wird eine Genehmigung nach Art. 48 Abs. 1 URG darum den zivilgerichtlichen Schutz beschränken. Ausserdem kann die Anfechtung von Verteilregeln vor einem Zivilgericht für einen einzelnen Berechtigten ein unverhältnismässig hohes Prozesskostenrisiko bedeuten. Der zivilrechtliche Schutz allein genügt daher nicht, um eine zwar formell korrekt genehmigte aber mit den gesetzlichen Vorschriften nicht im Einklang stehende Verteilungsbestimmung im Interesse eines Berechtigten zu ändern. Auch das Instrument der Aufsichtsbeschwerde, auf das die Beschwerdegegner hinweisen, verleiht keinen vollkommenen Rechtsschutz, da sie dem Beschwerdeführer keine Parteirechte gibt (Art. 71 Abs. 2 VwVG). Zumindest im Licht der neuen Rechtsweggarantie von Art. 29a BV ist unmittelbar betroffenen Berechtigten darum die Möglichkeit einzuräumen, gegen einen Genehmigungsbeschluss des Beschwerdegegners 2 gemäss Art. 48 Abs. 1 URG mit Verwaltungsbeschwerde vorzugehen. Da die Art. 48 ff. hauptsächlich den Schutz der Interessen der Berechtigten gegenüber den Verwertungsgesellschaften bezwecken (vgl. Denis Barrelet/Willi Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl. Bern 2000, N. 1 zu Art. 48 URG; Art. 44 URG), ist ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführer 1-7 an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Genehmigungsentscheide darum zu bejahen, falls das genehmigte Verteilungsreglement den gesetzlichen Vorgaben widerspricht. Dies gilt, entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegner, gleichermassen für die Genehmigung vom 1. Juni 2006. Es ist für die

Eintretensprüfung unmassgeblich, ob eine zweite Verteilungsänderung im Verhältnis zur ersten Fassung die Beschwerdeführer noch zusätzlich oder wieder etwas weniger beschwert hat. Eine unzulässige Verteilordnung kann der gerichtlichen Überprüfung nicht dadurch entzogen werden, dass ihre Folgen in einem zweiten Schritt gemildert werden. Vielmehr ist jede Verteilungsordnung für sich allein auf ihre Übereinstimmung mit den gesetzlichen Bestimmungen zu überprüfen.

8. Die Beschwerdeführer 1-7 erweisen sich als materiell beschwerdelegitimiert. Die angefochtenen Verfügungen wurden ihnen deshalb mangelhaft eröffnet (Art. 34 Abs. 1 VwVG), woraus ihnen kein Nachteil erwachsen darf (Art. 38 VwVG). Die Frist von Art. 50 Abs. 1 VwVG beginnt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in solchen Fällen erst zu laufen, wenn die Beschwerdeführer nach dem Grundsatz "von Treu und Glauben im Besitze aller für die erfolgreiche Wahrung ihrer Rechte wesentlichen Elemente" sind (BGE 102 Ib 94 E. 3). Es ist zu prüfen, ob die Beschwerden unter diesen Voraussetzungen rechtzeitig erhoben worden sind.

8.1 Am 16. Juli 2004 haben die Beschwerdeführer 1-7 innert 30 Tagen Beschwerde erhoben, nachdem sie von der Beschwerdegegnerin 1 die erste nach der neuen Verteilordnung erstellte Abrechnung über Vergütungen für Werknutzungen im Jahr 2003 erhalten hatten. Die Beschwerdegegner bestreiten, dass damit die Beschwerdefrist von Art. 50 VwVG eingehalten worden sei. Sie berufen sich auf eine von den Beschwerdeführern 1-7 eingereichte Schilderung der geplanten Änderungen im Suisa Info vom März 2004 und telefonische Rückfragen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführer 1-7 im gleichen Zeitraum bei der Beschwerdegegnerin 1. Zu diesem Zeitpunkt wussten die Beschwerdeführer 1-7 jedoch noch nicht, ob sie unter dem neuen Verteilungsregime mehr oder weniger Vergütungen ausbezahlt erhalten würden als unter dem alten. Die Ausführungen im Suisa Info vom März 2004 erklären den "Systemwechsel" vor allem damit, dass neu nicht mehr der Auftraggeber einer Werbesendung, sondern diejenige Person für eine Sendung bezahlen müsse, welche die Senderechte auch nutze. Es kann diesen Darlegungen nicht entnommen werden, welche pekuniären Auswirkungen der Wechsel bringen würde. Diese Frage durften die Beschwerdeführer 1-7 nach Treu und Glauben aber zu Recht als wesentliches Element für ihren Entscheid zur Beschwerdeführung ansehen, da sie von einer Besserstellung unter der neuen Verteilarithmetik nicht beschwert gewesen wären. Es war ihnen nach Treu und Glauben nicht zuzumuten, vor Erhalt ihrer Abrechnungen Beschwerde zu erheben, weshalb mit der Eingabe vom 16. Juli 2004 die erste Beschwerdefrist gewahrt worden ist.

8.2 Am 3. Oktober 2006 reichten die Beschwerdeführer ihre zweite Beschwerde gegen den Genehmigungsbeschluss vom 1. Juni 2006 ein. Mit diesem war per 1. Januar 2005 rückwirkend eine zweite Änderung des Verteilungsreglements genehmigt worden. Schon am 19. Mai 2005 hatten die Beschwerdeführer 1-7 indessen Kenntnis, dass ein neuer Genehmigungsantrag der Beschwerdegegnerin 1 an den Beschwerdegegner 2 gestellt worden war. Sie sandten der RKGE damals nämlich eine Kopie davon. Die neue Verteilordnung wurde zudem schon ab dem Verteiljahr 2005 proviso-

risch angewendet, wie sich aus dem Genehmigungsentscheid ergibt. Im Jahr 2006 erhielten die Beschwerdeführer 1-7 also, unter Vorbehalt der späteren Genehmigung, bereits Abrechungen nach dem neuen Verteilungsreglement.

8.3 Die Beschwerdeführer 1-7 behaupten in ihrer Eingabe vom 3. Oktober 2006 allerdings, sie hätten erst am 7. September 2006 informell von der Beschwerdegegnerin 1 vom Genehmigungsentscheid des Beschwerdegegners 2 erfahren. Die Beschwerdegegnerin 1 hat dies mit Nichtwissen bestritten, doch zeigt die Stellungnahme des Beschwerdegegners 2 vom 24. Oktober 2006 immerhin, dass er den Beschwerdeführern 1-7 den Entscheid vom 1. Juni 2006 wiederum weder eröffnet noch mitgeteilt und diesen auch nicht öffentlich bekannt gegeben hatte, obwohl er wusste, dass die Beschwerdeführer 1-7 sich vom neuen Verteilsystem beschwert fühlten und dagegen Beschwerde führen wollten. Im Lichte der klaren Vorschrift von Art. 34 Abs. 1 VwVG und der Aufgabe des Beschwerdegegners 2, im Zusammenhang mit Art. 48 Abs. 1 URG gegenüber den Verwertungsgesellschaften die Interessen der Urheber zu wahren, erscheint ein solches Vorgehen unverständlich, mag der Beschwerdegegner 2, wie er ausführt, an der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer auch gezweifelt haben (vgl. BGE 116 Ib 326 E. 3a), da er die Beschwerdeführer 1-7 damit bei der Geltendmachung ihrer Rechte behindert hat. Mithin erscheint glaubhaft, dass die Beschwerdeführer 1-7 erst drei Monate später von dem nur der Beschwerdegegnerin 1 eröffneten Entscheid erfahren haben. Es kann ihnen jedenfalls kein Vorwurf gemacht werden, dass sie einen Entscheid, der ihnen zu Unrecht nicht eröffnet und auch nicht öffentlich bekannt gemacht wurde, erst am 3. Oktober 2006 angefochten haben (Art. 38 VwVG). Auch diese Beschwerdefrist ist somit gewahrt.

9. Auf das Beschwerdebegehren Ziff. 6 vom 16. Juli 2004 und auf das Beschwerdebegehren vom 3. Oktober 2006 – beide im kassatorischen Sinn auf den Beschwerdegegner 2 beschränkt, also ohne Begehren um direkte Anweisungen an die Beschwerdegegnerin 1 mit einzubeziehen – ist somit im Sinne der Erwägungen teilweise einzutreten.

10. Die Beschwerdegegnerin 1 hat in Ziff. 3 ihrer Anträge sowohl in der Beschwerdestellungnahme vom 31. Januar 2006 wie in der Replik vom 24. Oktober 2006 und ebenso in Ziff. 4 ihrer Anträge zur Stellungnahme vom 24. Oktober 2006 betreffend die Genehmigungsverfügung vom 1. Juni 2006 beantragt, erneut zu einer materiellen Stellungnahme zu den Beschwerden aufgefordert zu werden, sofern auf eines der Beschwerdebegehren eingetreten werde. Die Beschwerdegegnerin 1 wurde vom Präsidenten der Rekurskommission für geistiges Eigentum allerdings am 22. Dezember 2005 und 23. August 2006 mit Bezug auf die Beschwerde vom 16. Juli 2004 und am 6. Oktober 2006 mit Bezug auf die Beschwerde vom 3. Oktober 2006 aufgefordert, auch in materieller Hinsicht Stellung zu nehmen. In beiden Fällen beantragte sie auch in materieller Hinsicht die vollumfängliche Abweisung der Beschwerden. Sie beschränkte ihre fristgemäss eingereichten Stellungnahmen aus freien Stücken auf Sachverhalts- und Eintretensfragen. Auf eine materielle Stellungnahme hat sie also je-

weils freiwillig verzichtet. Äusserungen zur rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts werden von ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht geschützt (REGULA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 420). Ihren Nichteintretensanträgen, soweit sie als Beschwerdegegnerin direkt betroffen ist, wird überdies stattgegeben. Die Beschwerdegegnerin 1 ist darum nicht erneut zur materiellen Stellungnahme zum Beschwerdebegehren Nr. 6 vom 16. Juli 2004 gegenüber dem Beschwerdegegner 2 und zur Beschwerde vom 3. Oktober 2006 gegenüber dem Beschwerdegegner 2 aufzufordern, auf welche als einzige Beschwerdebegehren eingetreten wird.

11. Die Beschwerdeführer 1-7 haben mit Eingabe vom 13. Dezember 2005 beantragt, Akten aus einem Zivilprozess vor dem Bezirksgericht Lausanne beizuziehen. Ihren Ausführungen zufolge soll jenes Verfahren zwischen der Beschwerdegegnerin 1 und einem ehemaligen Mitarbeiter mit Meinungsverschiedenheiten zusammenhängen, die mit dem Tarif W zu tun haben. Ein Beizug dieser Akten hätte auf die Beurteilung der Genehmigungsverfügungen des Beschwerdegegners 2 vom 1. August 2003 und vom 1. Juni 2006 über die Übereinstimmung der damit bewilligten Änderungen des Verteilungsreglements mit den gesetzlichen Vorgaben indessen keinen Einfluss, da die geschilderten Meinungsverschiedenheiten nicht das Tatsachenfundament der Verteilung von Verwertungserlösen, sondern höchstens Rechtsfragen betreffen, die das Bundesverwaltungsgericht unabhängig von Ansichten der ehemaligen Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin 1 beurteilt. Der Beizug der betreffenden Akten ist darum nicht erforderlich.

12. Die Beschwerdeführer 1-7 haben mit einer unverlangten Eingabe vom 13. November 2006 nochmals ausführlich zur Frage der Verfügbarkeit von Sendedaten bei Werknutzern Stellung genommen. Gemäss Art. 32 Abs. 2 VwVG sind verspätete Vorbringen nur entgegenzunehmen, wenn sie ausschlaggebend erscheinen. Die Ausführungen in der Eingabe vom 13. November 2006 enthalten im Hinblick auf die Beurteilung des Beschwerdebegehrens Ziff. 6 vom 16. Juli 2004 und der Beschwerde vom 3. Oktober 2006 keine ausschlaggebend erscheinenden, neuen Tatsachen. Die betreffenden Ausführungen sind darum nicht zu beachten, und eine Stellungnahme der Beschwerdegegner 1 und 2 zu dieser Eingabe kann unterbleiben. Über die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und um unentgeltliche Rechtsverbeiständung in derselben Eingabe ist beim Entscheid über die Kostenfolgen zu entscheiden (E. 19 f.).

II. Materielles

13. Gemäss Art. 49 Abs. 1 URG müssen die Verwertungsgesellschaften den Verwertungserlös nach Massgabe des Ertrags der einzelnen Werke und Darbietungen verteilen. Sie haben zur Feststellung der Berechtigten alle ihnen zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen. Auch wenn die Tarifeinnahmen, wie hier, in Form eines prozentualen Anteils der gesamten Werbeeinnahmen eines Werknutzers an die Verwertungsgesellschaft gelangen, hat diese gemäss dieser Bestimmung den Ertrag der einzelnen

Werke und Darbietungen festzustellen und die Verteilsumme nach Massgabe dieses Ertrags proportional auf die Berechtigten zu verteilen. Nur in gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen kommen andere Verteilungsmechanismen in Frage. Die Bestimmung von Art. 49 Abs. 1 URG wurde beim Erlass des URG fast unverändert von der Vorlage des Bundesrates vom 19. Juni 1989 übernommen. Dessen Botschaft zum URG führte als Begründung unter anderem aus: "*Wenn ein Pauschaltarif für eine bestimmte Nutzungsart verschiedene Werkkategorien umfasst, spielt nämlich neben dem messbaren Umfang der erfolgten Werknutzung auch die qualitative Gewichtung eine Rolle. So hat etwa die Weitersendung eines zweistündigen Spielfilms nicht die gleiche wirtschaftliche Relevanz wie die Weitersendung von zwei Stunden Musik. Auch innerhalb der von einer einzigen Verwertungsgesellschaft verwalteten Werke können Kategorien bestehen, deren Gewicht bei einzelnen Nutzungsarten nicht identisch ist.*" Der letzte Satz im Kontext der beiden ersten ist sowohl für den in Ziff. 4.2.2 des Verteilungsreglements eingeführten "einheitlichen Ansatz pro Musik-Sekunde" wie auch für die in Ziff. 5.4 des Verteilungsreglements verfügte Quersubventionierung an die Verteilklasse 1C "Fernsehsendungen ohne Werbung" massgeblich. Solche Pauschalisierungen und Umverteilungen zwischen Berechtigten und Berechtigtengruppen sind zwar unter Umständen zulässig, und die Verwertungsgesellschaften können privatautonom darüber beschliessen. Platz für solche Ausnahmen besteht aber nur, wo nach dem Gesetz vom Grundsatz von Art. 49 Abs. 1 URG abgewichen werden darf.

14. Erste Aufgabe der Verwertungsgesellschaften im Verteilbereich ist die korrekte und sparsame Weiterleitung der erhaltenen Tarifeinnahmen an die Berechtigten. Gemäss Art. 10 Abs. 1 und 2 lit. d URG hat die Urheberin oder der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird, und vorliegend insbesondere das Recht, das Werk durch Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen, auch über Leitungen, zu senden. Die Beschwerdegegnerin 1 hat sich in Wahrnehmungsverträgen zur Wahrnehmung dieses Rechts für jeden einzelnen der Beschwerdeführer 1-7 verpflichtet. Ihre Konzession als Verwertungsgesellschaft hängt davon ab, dass sie für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften Gewähr bietet und eine "wirksame und wirtschaftliche" Verteilung erwarten lässt (Art. 42 Abs. 1 lit. e und f URG). Der Beschwerdegegner 2 hat Verteilungsregeln, die ihm im Rahmen von Art. 48 Abs. 1 URG zur Genehmigung unterbreitet werden, besonders in Bezug auf die richtige Erfüllung dieser Pflicht zu prüfen. Er darf jene nur genehmigen, wenn sie dieser entsprechen. Das Gesetz sieht nur drei Ausnahmen vor, in welchen vom Grundsatz einer korrekten und sparsamen Weiterleitung abgewichen werden kann:

- Teile der Tarifeinnahmen dürfen zum Zweck der Sozialvorsorge und für eine angemessene Kulturförderung verwendet werden (Art. 48 Abs. 2 URG),
- Ursprünglichen Rechtsinhaberinnen und -inhabern, die ihre Urheberrechte weiterübertragen haben, darf dennoch ein angemessener Anteil der Tarifeinnahmen ausgerichtet werden (Art. 49 Abs. 3 URG).

- Vergütungen dürfen, nach überprüfbaren und sachgerechten Gesichtspunkten, geschätzt werden, wenn die Feststellung des Ertrags der einzelnen Beiträge mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden wäre (Art. 49 Abs. 2 URG).

15. Nach Art. 49 Abs. 1 URG sind in der Regel die Tarifeinnahmen massgeblich, um die Höhe der Vergütung eines Werks oder einer Darbietung an den Berechtigten zu bestimmen. Ihm ist nach dieser Vorschrift derjenige Anteil an der Verteilsumme auszubezahlen, der dem Ertrag seines einzelnen Werks oder seiner einzelnen Darbietung an den Tarifeinnahmen entspricht. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin 1 soll eine solche Proportionalität von Tarifeinnahmen und Verteilbeträgen zwar nur gelten, wenn die Höhe der Tarifeinnahmen von der urheberrechtsrelevanten Nutzung unmittelbar abhängig war. Ihr zufolge ist bei der Verteilung die Höhe des Ertrags dann nicht zu berücksichtigen, wenn urheberrechtsfremde Einflüsse auf die Tarifeinnahmen "die Konnexität zwischen Ertrag und Vergütung unterbrochen" haben. Art. 49 Abs. 1 URG setzt allerdings für die gesetzliche Pflicht der Verwertungsgesellschaft, alle zumutbaren Anstrengungen zur Ermittlung der Beiträge der Berechtigten zu unternehmen, keine bestimmte Bemessungsmethode des angewendeten Tarifs voraus. Vielmehr lässt das URG den Tarifbehörden bei der Wahl der Berechnungsweise von Tarifvergütungen freie Hand (Art. 46 Abs. 1 URG). Auch wenn ein Tarif eine pauschale Entschädigung vorschreibt, hat die Verwertungsgesellschaft die Beiträge der Berechtigten, welche diese Pauschale abdeckt, darum mit allem zumutbaren Aufwand zu ermitteln. Die Beschwerdegegnerin 1 ist vorliegend auch durchaus bereit, bei der SRG die Daten für jeden einzelnen Beitrag zu erheben, der unter dem Tarif W abgerechnet wird. Sie möchte die Beiträge nach ihrer zeitlichen Dauer anrechnen (Ziff. 4.2.2 des Verteilungsreglements), wofür sie Urheber und Länge jedes Werbespots einzeln feststellen muss. Nur weigert sie sich, jedem Werbespot denjenigen Anteil an den Tarifeinnahmen zuzumessen, für welchen er ihr gleichzeitig gegenüber der SRG als Rechtsgrund dient und kausal ist. Sie argumentiert, dass die bestehenden Preisunterschiede von Werbespots je nach Tageszeit und Einschaltquote auf keiner urheberrechtlich relevanten Nutzungsintensität beruhen würden. Die Kausalbeziehung sei deshalb durch urheberrechtsfremde Kriterien mitverursacht, und es sei "völlig unwesentlich für die Höhe der Einschaltpreise, ob und welche Musik ein Spot enthält" (Ausführungen der Beschwerdegegnerin 1 in Ziff. 22 ff. und 25.1-3 ihrer Stellungnahme vom 23. Dezember 2004 im Aufsichtsbeschwerdeverfahren der Beschwerdeführer 1-7 vor dem Beschwerdegegner 2). Selbst wenn das zuträfe, würde es aber nur bedeuten, dass der Tarif W urheberrechtsfremde Kriterien zur Bemessung der Nutzungsentschädigung anwendet. Doch sind die von der EschK rechtskräftig genehmigten Tarife für die Beschwerdegegner 1 und 2 wie auch für die Gerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG). Auch wenn die Berechnungsgrundlage eines Tarifs nicht urheberrechtskonform ist, ist die Beschwerdegegnerin 1 darum nicht berechtigt, die in dessen Anwendung erhobenen Einnahmen abweichend von Art. 49 Abs. 1 URG zu verteilen. Wurde das differenzierte Preisgefüge von Werbespots –

das durch die Berücksichtigung der Einschaltquoten der tatsächlichen Werknutzung vorliegend mindestens einigermassen entspricht – von der ESchK einmal als massgebliches Berechnungskriterium für den Tarif W gutgeheissen, hat die Beschwerdegegnerin 1 sich darum auch bei der Verteilung der Urhebervergütungen an dieses Kriterium zu halten und die Verteilsumme den einzelnen Werken proportional zum Ertrag anzurechnen, den diese bei ihr generiert haben. Stattdessen kann sie ihre Kritik bei der nächsten Verhandlung betreffend die Verlängerung des Tarifs W (der per Ende 2007 ausläuft, also ab 1. Januar 2008 neu verhandelt oder verlängert werden muss) vor der ESchK geltend machen. Die Verwertungsgesellschaft würde das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 45 Abs. 2 URG) verletzen, wenn sie die Einnahmen willkürlich anders verteilen würde. Nur die erwähnten gesetzlichen Ausnahmen bleiben diesem Grundsatz vorbehalten.

16. Somit ist zu prüfen, ob die angefochtenen Änderungen des Verteilungsreglements durch eine gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz der korrekten und sparsamen Weiterleitung gerechtfertigt sind.

16.1 Mit der Umverteilungsregel von Ziff. 5.4 ihres Verteilungsreglements verfolgt die Beschwerdegegnerin 1 einen kulturpolitischen Zweck. Dies ergibt sich aus ihrer Begründung in der Stellungnahme vom 23. Dezember 2004 an den Beschwerdegegner 2 betreffend die Aufsichtsbeschwerde der Beschwerdeführer 1-7 (S. 7). Sie führt dort aus, die Erhöhung der Zuweisung eines Teils der Einnahmen aus Werbung an die Fernsehsendungen des redaktionellen Programms (Verteilungsklasse 1C) von 15% auf 25% erfolge "im Bemühen, die unterschiedlichen Werte einer Minute Musik im Bereich der Werbung und im redaktionellen Program einander anzunähern".

Art. 48 Abs. 2 URG erlaubt den Verwertungsgesellschaften, einen Abzug vom Verwertungserlös der Sozialvorsorge oder der Kulturförderung zukommen zu lassen. Vom Grundsatz der Gleichbehandlung darf nach dieser Norm jedoch nicht abgewichen werden. Ein Sozial- und Kulturabzug, der einzelne Berechtigte in Bezug auf ein- und dieselben Tarifeinnahmen überproportional stärker belastet als andere, liesse sich mit Art. 45 Abs. 2 URG nicht vereinbaren (Govoni/Stebler, a. a. O. S. 457). Verteilungsregeln, die zur Berechnung des Verteilergebnisses auf künstlerische Kriterien abstellen, verletzen vielmehr den Grundsatz der Gleichbehandlung (Ernst Brem/Vincent Salvadé/Gregor Wild, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz (URG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2006, Art. 45, N. 9). Ausserdem wäre ein Abzug von über 60% nicht mehr "angemessen", wie Art. 48 Abs. 2 URG es voraussetzt, denn dadurch würde die Kulturförderung anstelle der Wahrung der Interessen der Berechtigten zum Hauptzweck der Verwertungsgesellschaft (Art. 42 Abs. 1 lit. b URG). Das Verteilungsreglement der Beschwerdegegnerin 1 sieht in Ziff. 5.2 vielmehr bereits einen Sozial- und Kulturabzug von 10% für sämtliche Tarifeinnahmen vor. Weder die Umverteilung an die Verteilungsklasse 1C, noch die einheitliche Gewichtung der Sendezeit oder die ungleiche Gewichtung der Werbesendungen von über

60 Sekunden lassen sich deshalb gestützt auf Art. 48 Abs. 2 URG rechtfertigen.

16.2 Auch aus Art. 49 Abs. 3 URG lässt sich kein Abweichen der Verteilungsregeln der Beschwerdegegnerin 1 von den Bemessungskriterien des Tarifs W rechtfertigen. Diese Bestimmung setzt voraus, dass die Urheberrechte auf spätere Erwerber übertragen worden sind, was bei den Beschwerdeführern 1-7 nicht der Fall ist.

16.3 Als dritte mögliche gesetzliche Ausnahme ist zu prüfen, ob es im Sinne von Art. 49 Abs. 1 URG unzumutbar wäre, von der Beschwerdegegnerin 1 den Beizug von Sendelisten der Werbespots von den betreffenden Nutzern zu verlangen. In ihrer Stellungnahme vom 23. Dezember 2004 im Aufsichtsbeschwerdeverfahren vor dem Beschwerdegegner 2 machte die Beschwerdegegnerin 1 geltend, im Tarif W sei nicht vorgesehen, dass die SRG Angaben über die Einschaltpreise der gesendeten Spots liefere. Und dass sie die Daten von den Werbeauftraggebern erhalte, sei "völlig ausgeschlossen", da diese unter dem Tarif W zu keinen Zahlungen mehr verpflichtet seien. Allerdings muss die Beschwerdegegnerin 1 von der SRG für jeden einzelnen Werbespot zumindest über dessen Gegenstand, die Berechtigten und die Sendedauer informiert werden, um ihre in der Übergangsbestimmung Ziff. 4.2.2 zum Verteilungsreglement vorgesehene Gewichtung der Werbespots anzuwenden. Da sie der Beschwerdegegnerin 1 sodann ihre Jahreseinnahmen mit Werbesendungen mitteilen muss, verfügt die SRG selbstverständlich auch über die Angaben, wie viel sie pro Werbespot und Sendung eingenommen hat. Gemäss Art. 51 URG ist die SRG als Werknutzerin verpflichtet, der Beschwerdegegnerin 1 diese Angaben zu liefern, wenn diese sie zur Verteilung des Erlöses benötigt. Entgegen den Argumenten der Beschwerdegegnerin 1 sind keine Gründe ersichtlich, weshalb der SRG eine solche Mitteilung nicht zugemutet werden könnte. Da sie ihr gewisse Daten pro gesendetem Werbespot ohnehin mitteilen muss und die benötigten Daten über die Höhe der Einnahmen pro Spot zur Hand hat, ist sie zu dieser Auskunft vielmehr auch ohne entsprechende Erwähnung im Tarif W auf Grund von Art. 51 URG verpflichtet.

17. Die Beschwerden sind daher gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann, die Genehmigungsentscheide des Beschwerdegegners 2 vom 18. August 2003 und 1. Juni 2006 sind aufzuheben, und die Anträge der Beschwerdegegnerin 1 vom 18. Juni 2003, 9. Februar 2005 und 29. Mai 2006 auf Genehmigung der Änderung des Verteilungsreglements sind abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin 1 kann dem Beschwerdegegner 2 für die Verteilung der Einnahmen unter dem Tarif W im Sinne der vorstehenden Erwägungen eine neue Änderung des Verteilungsreglements unterbreiten.

18. Damit kann die Frage offen bleiben, ob die von den Beschwerdeführern 1-7 ebenfalls angefochtene Rückwirkung der Änderungen des Verteilungsreglements mit den gesetzlichen Bestimmungen im Einklang steht. Der Beschwerdegegner 2 wird über eine allfällige rückwirkende Anwendung zu entscheiden haben, wenn ihm eine neue Änderung des Verteilungsregle-

ments unterbreitet wird. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass eine Rückwirkung zeitlich mässig anzuwenden ist und Treu und Glauben der Berechtigten nicht verletzen darf (RKGE in sic! 1999, 407 *Wörterbücher*).

III. Kosten und Entschädigung

19. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführer 1-7 für beide Beschwerdeverfahren teilweise kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 63 Abs. 1 und 64 Abs. 1 VwVG). Sie haben in der Eingabe vom 13. November 2006 allerdings ein Gesuch um unentgeltliche Rechstpflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung gestellt. Art. 65 Abs. 1 VwVG bestimmt, dass eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit wird, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Wenn es zur Wahrung der Parteirechte notwendig ist, kann ihr auch die unentgeltliche Rechtsverbeiständung gewährt werden (Art. 65 Abs. 2 und 3 VwVG). Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung befreit hingegen nicht von der Zahlung einer Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei (Pierre Tschannen/ Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, S. 137).

20. Die Beschwerdeführer 1-7 haben ihre behauptete Mittellosigkeit allerdings nur mit der Änderung des Verteilungsreglements der Beschwerdegegnerin 1 und den in diesem Zusammenhang ausgebliebenen Einnahmen begründet. Sie haben keinen Beweis dafür anerboten oder erbracht, dass sie tatsächlich mittellos seien. Dagegen verfügen die meisten von ihnen gemäss den Ausführungen auf S. 6 ff. der Beschwerdeschrift vom 16. Juli 2004 über teure eigene Tonstudios und/oder umfangreiche Aufträge grosser Firmen. Unter diesen Umständen erscheint die behauptete Mittellosigkeit der Beschwerdeführer 1-7 nicht glaubhaft, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung abzuweisen ist.

21. Die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens (Gerichtsgebühr) ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse wird dafür auf den Streitwert abgestellt (Art. 4 VKGE). Als streitwertrelevante Angaben dienen die als Schadenersatzbegehren formulierten Angaben der sieben Beschwerdeführer zu den Verlusten, die sie angeblich infolge der rückwirkenden Verteilungsreglementsänderung 2003 für die Abrechnungen eines Kalenderjahres hinnehmen mussten. Diese Verluste betragen gemäss eigenen Angaben bei

- Beschwerdeführer 1: Fr. 200'000.--
- Beschwerdeführer 2: Fr. 41'153.--
- Beschwerdeführer 3: Fr. 33'000.--
- Beschwerdeführer 4: Fr. 33'000.--
- Beschwerdeführer 5: Fr. 30'000.--

- Beschwerdeführer 6: Fr. 50'000.--
- Beschwerdeführer 7: Fr. 42'000.--

Total: Fr. 429'153.--

22. Der Umfang der Streitsache ist darum für beide Beschwerden gesamthaft auf Fr. 429'153.-- festzulegen. Die Beschwerdeführung erscheint mit Bezug auf einige der gestellten und offensichtlich unzulässigen Beschwerdeanträge mutwillig, weshalb die Gerichtsgebühr erhöht werden kann (Art. 2 Abs. 2 des Reglements über Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr ist darum auf Fr. 12'000.-- festzulegen. Darin sind auch die Kosten der Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2005 enthalten. Sie ist den zu etwa einem Achtel obsiegenden Beschwerdeführern somit, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, zu sieben Achteln, insgesamt Fr. 10'500.--, im Verhältnis zu ihrem Anteil am Umfang der Streitsache aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- zu verrechnen.

23. Die Beschwerdeführer 1-7 haben die Zusprechung einer Parteientschädigung beantragt. Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG kann einer obsiegenden Partei eine Entschädigung für ihr erwachsene, notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. Da die Beschwerdeführer 1-7 keine Kostennote eingereicht haben, ist ihre Entschädigung auf Grund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Die Eingaben der Beschwerdeführer 1-7 sind teilweise redundant und bei dieser Festsetzung deshalb nicht in vollem Umfang für gerechtfertigte Kosten der Vertretung anzurechnen. In Anbetracht des ausserordentlichen Umfangs des Verfahrens, aber auch des verhältnismässig geringen Obsiegens der Beschwerdeführer 1-7 gegenüber dem Beschwerdegegner 2 ist ihnen, im Verhältnis zu ihrem Anteil am Umfang der Streitsache, eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'600.-- zulasten des Beschwerdegegners 2 zuzusprechen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

24. Auch die Beschwerdegegnerin 1 hat mit Duplik vom 24. Oktober 2006 die Zusprechung einer Parteientschädigung beantragt. Nach Art. 8 VGKE umfasst die Parteientschädigung die Kosten der Vertretung und allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei. Die Beschwerdegegnerin 1 hat sich im vorliegenden Verfahren zu keinem Zeitpunkt vertreten lassen und keine weiteren Auslagen geltend gemacht. Ihr ist darum keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Beschwerdegegner 2 als Bundesbehörde hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Beschwerdebegehren Ziff. 6 der Beschwerdeführer 1-7 vom 16. Juli 2004, beschränkt auf den Beschwerdegegner 2, sowie die Beschwerde vom 3. Oktober 2006 der Beschwerdeführer 1-7, beschränkt auf den Beschwerdegegner 2, werden teilweise gutgeheissen, die Genehmigungsverfügungen

des Beschwerdegegners 2 vom 18. August 2003 und 1. Juni 2006 werden aufgehoben, und die Anträge der Beschwerdegegnerin 1 vom 18. Juni 2003, 9. Februar 2005 und 29. Mai 2006 an den Beschwerdegegner 2, die Änderungen des Verteilungsreglements zu genehmigen, werden abgewiesen.

2. Im Übrigen wird auf die Beschwerden nicht eingetreten.

3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 12'000.-- wird zu 7/8 den Beschwerdeführern auferlegt, mit dem erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- verrechnet und zu 1/8 (also Fr. 1'500.--) auf die Bundeskasse genommen. Die noch geschuldeten Fr. 7'000.-- werden den Beschwerdeführern 1-7 unter solidarischer Haftbarkeit für den Gesamtbetrag wie folgt auferlegt: Beschwerdeführer 1: Fr. 3'262.30, Beschwerdeführer 2: Fr. 671.25, Beschwerdeführer 3: Fr. 538.25, Beschwerdeführer 4: Fr. 538.25, Beschwerdeführer 5: Fr. 489.35, Beschwerdeführer 6: Fr. 815.60, Beschwerdeführer 7: Fr. 685.00. Die Bezahlung dieser Gerichtsgebühr wird nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils fällig.

4. Der Beschwerdegegner 2 hat den Beschwerdeführern 1-7 folgende Parteientschädigungen zu entrichten: Beschwerdeführer 1: Fr. 745.60, Beschwerdeführer 2: Fr. 153.45, Beschwerdeführer 3: Fr. 123.05, Beschwerdeführer 4: 123.05, Beschwerdeführer 5: Fr. 111.85, Beschwerdeführer 6: Fr. 186.40, Beschwerdeführer 7: Fr. 156.60. Weitere Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

5. Dieses Urteil wird eröffnet:

   - den Beschwerdeführern 1-7 (mit Gerichtsurkunde)
   - der Beschwerdegegnerin 1 (mit Gerichtsurkunde)
   - dem Beschwerdegegner 2 als Vorinstanz (mit Gerichtsurkunde)
   - dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (zur Kenntnis, mit A-Post)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann Philipp J. Dannacher

Rechtsmittelbelehrung
Dieses Urteil kann innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand am: 31. Juli 2007