Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-3116/2008

{T 0/2}

Zwischenverfügung vom 29. Mai 2008

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz), Richter Hans Urech, Richter Marc Steiner;
Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher.

In der Beschwerdesache

Parteien

V._____,
vertreten durch Herr Rechtsanwalt Pierre André Rosselet, Trittligasse 30, Postfach 208, 8024 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. B._____,
2. C._____,
3. D._____,
4. E._____,
5. F._____,

Nr. 1-5 vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Willi Egloff, Zinggstrasse 16, 3007 Bern,

6. G._____,
7. H._____,
8. I._____,

9. J._____,
Nr. 9 vertreten durch Advokat Dr. Peter Mosimann,
Wenger Plattner, Aeschenvorstadt 55, 4010 Basel,
10. K._____,
11. L._____,
12. M._____,
13. N._____,
14. O._____,
15. P._____,
16. Q._____,
17. R._____,
18. S._____,
19. T._____,
Beschwerdegegner,

und
Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten,
Bundesrain 20, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Beschluss der ESchK vom 8. April 2008 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3c (GT 3c): aufschiebende Wirkung,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Die Beschwerdegegnerinnen 1-5 sind konzessionierte Schweizerische Verwertungsgesellschaften im Sinne von Art. 41 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1). Sie schlossen am 2. Mai 2007 mit der Beschwerdeführerin eine "*Vereinbarung betreffend das Wahrnehmbarmachen von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ('Public Viewing') anlässlich der UEFA Euro 2008™*", der zufolge die Geltendmachung des Rechts Fernsehsendungen zeitgleich und unverändert ausserhalb eines privaten Kreises wahrnehmbar zu machen zwar den konzessionierten Verwertungsgesellschaften vorbehalten sei, die Beschwerdeführerin aber davon ausgegangen sei, dass sie solche Rechte in Bezug auf Fernsehsendungen auf Bildschirmen und Projektionsflächen von über drei Metern Bilddiagonale (ausgenommen Werke der nichttheatralischen Musik) selbst geltend machen dürfe. Ihr werde darum erlaubt, für die zeitgleiche und unveränderte Wahrnehmbarmachung von Fernsehsendungen im Zusammenhang mit der Fussball-Europameisterschaft 2008 auf Grossbildschirmen und Projektionsflächen von über drei Metern Bilddiagonale an den von ihr erworbenen Urheberrechten Lizenzen zu erteilen. Die Vereinbarung wurde von einer späteren Genehmigung der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ("Vorinstanz") abhängig gemacht.

B.
Am 31. Oktober 2007 unterbreitete die Beschwerdegegnerin 5 der Vorinstanz im Namen der Beschwerdegegnerinnen 1-5 einen neuen *Gemeinsamen Tarif 3c ("GT 3c") betreffend den Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ("Public Viewing")* mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Mai 2008 bis 31. Dezember 2010 zur Genehmigung. Die Vereinbarung vom 2. Mai 2007 war diesem Gesuch beigefügt.

Der Tarif sieht pauschale Entschädigungszahlungen für das zeitgleiche, unveränderte Wahrnehmbarmachen von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen und Projektionsflächen von über drei Metern Diagonale ausserhalb eines privaten Kreises vor, und zwar wahlweise i) pro Tag, ii) für bis zu 30 aufeinander folgende Tage und iii) für bis zu 365 aufeinander folgende Tage (Ziff. 2.1 und 6.1 des Tarifs). Wird kein Eintrittsgeld erhoben, beträgt die Entschädigung die Hälfte (Ziffer 6.2

des Tarifs). Nach einer Übergangsbestimmung werden Entschädigungen für die zeitgleiche und unveränderte Wahrnehmbarmachung von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen und Projektionsflächen von mehr als drei Metern Diagonale während der UEFA Euro 2008, die an die Beschwerdeführerin oder von dieser ermächtigte Dritte bezahlt wurden, auf die Entschädigungspflicht nach dem GT 3c angerechnet.

Bereits in Kraft stehen ein *Gemeinsamer Tarif 3a* ("GT 3a"), der den Empfang von Fernsehsendungen auf Bildschirmen mit bis zu drei Metern Diagonale sowie ein *Gemeinsamer Tarif T* ("GT T"), der den Empfang von Musik im Rahmen von Fernsehsendungen auf Bildschirmen mit über drei Metern Diagonale einer Entschädigungspflicht unterstellt.

C.

Die Vorinstanz lud sämtliche Nutzerorganisationen, die nach Angabe der Beschwerdegegnerinnen 1-5 an Verhandlungen über die GT 3a und GT T beteiligt gewesen waren, zu Verhandlungen über den GT 3c ein. Zwei der Angeschriebenen erklärten ihr Desinteresse, fünf nahmen zustimmend Stellung und neun reagierten nicht. Nicht eingeladen wurden die Beschwerdeführerin, die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR idée suisse ("SRG") und die Swiss Olympic Association, die sich dennoch mit Schreiben vom 27. November, 28. November und 3. Dezember 2007 zu Wort meldeten und beantragten, dem GT 3c sei die Genehmigung zu verweigern. Die Beschwerdeführerin als betroffenes Sendeunternehmen und die SRG begründeten ihre Stellungnahmen im Wesentlichen damit, "Public Viewing" werde vom Verwertungsmonopol nach Art. 22 Abs. 1 URG nicht erfasst, da sich die Nutzungshandlungen des "Wahrnehmbarmachens" und des "Vorführens" im Sinne des Gesetzes unterschieden. Der Tarif erwecke den unzutreffenden Eindruck, dass mit seiner Abgeltung alle für ein "Public Viewing" erforderlichen Lizenzrechte erworben werden könnten, also auch das Vorführungsrecht, das jedoch der individuellen Verwertung und nicht dem Monopol der Verwertungsgesellschaften unterliege. Der Tarif lade darum zu einer Verletzung ihrer Senderechte ein, werde zahlreiche Rechtsstreitigkeiten entfachen und sei aufzuheben.

D.

Mit Beschluss vom 8. April 2008 genehmigte die Vorinstanz den GT 3c betreffend den Empfang von Fernsehsendungen auf Grossbildschirmen ("Public Viewing") mit einer Gültigkeitsdauer vom 15. Mai 2008 bis zum 31. Dezember 2010 ohne seine Angemessenheit näher zu prüfen,

da ihm alle am Verfahren beteiligten Nutzerverbände zugestimmt hätten. Sie erwog und verwarf die von der Beschwerdeführerin und der SRG vertretene These eines Vorführungsrechts mit individueller Verwertung und unterliess es, die Vereinbarung vom 2. Mai 2007 zwischen der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnerinnen 1-5 zu genehmigen. Der Swiss Olympic Association, der Beschwerdeführerin und der SRG verweigerte sie die Teilnahme als Parteien am Tarifgenehmigungsverfahren.

E.
Am 13. Mai 2008 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen:

1. *Es sei der Beschluss der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheber- und verwandten Schutzrechten vom 8. April 2008 aufzuheben;*

2. *Dem Gemeinsamen Tarif 3c (GT 3c) sei die Genehmigung zu verweigern;*

3. *Es sei der Beschwerde im Sinne eines dringlichen verfahrensrechtlichen Antrages die aufschiebende Wirkung zu erteilen; diesem Antrag sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Beschwerdegegnerinnen stattzugeben;*

4. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerinnen.*

Eine Beschwerde mit denselben Anträgen (Fallnummer B-3113/2008) wurde gleichentags von der SRG erhoben.

F.
Mit Präsidialverfügung vom 14. Mai 2008 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

G.
An einer Instruktionsverhandlung vom 29. Mai 2008 zur Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragten die Beschwerdegegnerinnen 1-5, 9 und 11, die aufschiebende Wirkung aufzuheben. Die Beschwerdeführerin und im Parallelverfahren B-3113/2008 die SRG hielten an ihren Beschwerdebegehren fest. Auf die an dieser Ver-

handlung gemachten Ausführungen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021, vgl. Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32]). Der angefochtene Beschluss der Vorinstanz vom 8. April 2008 ist eine solche Verfügung (Art. 74 Abs. 1 URG). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist damit erstellt. Über ein Begehren um Wiederherstellung – oder hier analog um Wiederentziehung – der aufschiebenden Wirkung ist ohne Verzug zu entscheiden (Art. 55 Abs. 3 VwVG). Mit der vorliegenden Verfügung ist darum dringlich ein Zwischenentscheid zur Frage der aufschiebenden Wirkung zu fällen. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen können mit dem Entscheid zur Hauptsache später geprüft werden.

2.
Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz haben nur aufschiebende Wirkung, wenn der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts dies anordnet (Art. 74 Abs. 2 URG, Art. 55 Abs. 5 VwVG), was vorliegend mit Verfügung vom 14. Mai 2008 superprovisorisch geschehen ist (Art. 39 Abs. 1 VGG). Aufgrund der Vorbringen der Parteien in der Beschwerdeschrift und an der Instruktionsverhandlung ist dieser Entscheid neu zu prüfen.

Für den Entscheid über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung sind die auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen an einer vorläufigen Vollstreckung der angefochtenen Regelung abzuwägen (BGE 110 V 40 S. 45 E. 5b, Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regula Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 123 f.), während die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache nur ins Gewicht fallen, wenn sie eindeutig sind (BGE 130 II 149 S. 155 E. 2.2, relativierend Xaver Baumberger, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 2006, 131 ff.). Die aufschie-

bende Wirkung ist auf positive Anordnungen im angefochtenen Entscheid beschränkt, da es ihrem nicht-präjudizierenden Zweck in der Regel zuwiderliefe ein im Streit stehendes Rechtsverhältnis umzugestalten und höchstens der vorbestehende Rechtszustand für die Dauer des Beschwerdeverfahrens erhalten bleiben soll (BGE 126 V 407 S. 408 E. 3, ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, S. 121). Die vorliegende Prüfung ist somit auf die (positive) Genehmigung des GT 3c in Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung beschränkt, während auf die (negative) Verweigerung der Verfahrensteilnahme der Beschwerdeführerin nach Ziff. 3 der Verfügung nicht eingegangen zu werden braucht. In der Beschwerdebegründung wird dieser auch nicht widersprochen.

3.

An der Aufstellung und Inkraftsetzung von Verwertungstarifen und an der Durchsetzung von Urheberrechten zur individuellen Verwertung bestehen ähnliche öffentliche Interessen, da den Berechtigten durch beide Verwertungsformen ein Erlös zugute kommt und dadurch ein Anreiz für die Kreation von neuer Literatur und Kunst geschaffen wird. Der Gesetzgeber hat eine Behinderung von Nutzungshandlungen wie "Public Viewing" für diesen kulturpolitischen Zweck in Kauf genommen. Zwar kann an einer Kollektivverwertung ein höheres öffentliches Interesse bestehen als einer Individualverwertung, wenn Rechtsverkehr und Werknutzung durch letztere stärker behindert werden, doch wurden diese Interessenabwägungen in den Art. 13 Abs. 3, 20 Abs. 4, 22 Abs. 1, 35 Abs. 3 und 38 URG abschliessend getroffen und die zivilrechtlichen Befugnisse der Beschwerdeführerin von Gesetzes wegen entsprechend beschränkt. Deshalb können sich weder der Entscheid der Vorinstanz noch jener des Bundesverwaltungsgerichts rechtsgestaltend auf die zivilrechtliche Stellung der Beschwerdeführerin oder bindend für ein Zivilgericht auswirken. Ein solches könnte von der Beschwerdeführerin jederzeit gegen eine Lizenzerteilung der Beschwerdegegnerinnen 1-5 an einen "Public Viewing"-Veranstalter oder gegen eine solche Veranstaltung wegen Verletzung von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG angerufen werden. Auf die strittige Auslegungsfrage von Art. 22 Abs. 1 URG ist darum auch die Verbindlichkeitsregel für genehmigte Tarife nach Art. 59 Abs. 3 URG nicht anwendbar. Für oder gegen das Bestehen eines Vorführungsrechts, das nach Ansicht der Beschwerdeführerin der individuellen Verwertung unterliegt, muss im Hinblick auf die aufschiebende Wirkung der Beschwerde somit nicht entschieden werden.

4.
Die Unsicherheit der betroffenen "Public Viewing"-Veranstalter, bei welchem Lizenzgeber sie namentlich im Hinblick auf die bevorstehende Fussball-Europameisterschaft ihre Bewilligung einholen müssen, kann im vorliegenden Verfahren, unabhängig vom bevorstehenden Entscheid, somit gar nicht beseitigt werden. Entgegen der Vorbringen beider Seiten an der Instruktionsverhandlung wird die unerwünschte allgemeine Rechtsunsicherheit weder mit noch ohne aufschiebende Wirkung erheblich verbessert, zumal auch unter Beibehaltung der aufschiebenden Wirkung für viele Betroffene eine Tarifpflicht aufgrund der GT 3a und GT T bestünde und der GT 3c, falls die Beschwerde im Endentscheid nicht durchdringt, in der genehmigten Fassung per 15. Mai 2008 rückwirkend in Kraft treten könnte, die Unsicherheit also auch nicht vorübergehend beseitigt wäre. Immerhin würden allfällige "fehlgeleitete" Zahlungen an die Beschwerdeführerin nach der Übergangsbestimmung des GT 3c auf eine Tarifentschädigung angerechnet und dürften allfällige "fehlgeleitete" Tarifentschädigungszahlungen im umgekehrten Fall an diese herausgegeben werden, wenn die zivilrechtliche Streitfrage einmal gelöst ist. Bis dahin ist deshalb sicherzustellen, dass keine Seite daran gehindert ist, Rechte zu verwerten, zu deren Verwertung sie möglicherweise ein Recht hat.

5.
Wie dargelegt wird die Beschwerdeführerin durch die Genehmigung des GT 3c nicht rechtsgestaltend daran gehindert, Lizenzverträge mit "Public Viewing"-Veranstaltern abzuschliessen. Demgegenüber können die Beschwerdegegnerinnen 1-5 unter dem GT 3c nur dann Lizenzen erteilen, wenn dieser Tarif in Kraft steht. Da die Nutzungshandlungen unter dem GT 3c über diejenigen der in Kraft stehenden Tarife GT 3a und GT T hinausgehen, würden die Beschwerdegegnerinnen 1-5 durch eine Beibehaltung der aufschiebenden Wirkung vorläufig an der Ausübung allfälliger Lizenzierungsrechte gehindert, so dass das Interesse am Entzug der aufschiebenden Wirkung überwiegt.

6.
Nach dem Gesagten ergibt sich aufgrund der Interessenabwägung, dass das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist, wodurch der GT 3c rückwirkend per 15. Mai 2008 einstweilen in Kraft gesetzt wird. Die Erfolgsprognose ist aufgrund fehlender Eindeutigkeit nicht zu berücksichtigen. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin, die vor

der Vorinstanz weder als Nutzerverband noch als Verwertungsgesellschaft aufgetreten ist, nicht gesichert ist.

7.
Die Kosten des vorliegenden Entscheids und allfällige Parteientschädigungen sind mit dem Entscheid in der Hauptsache zu verlegen.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Der Beschwerde wird die mit Verfügung vom 14. Mai 2008 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung entzogen.

2.
Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
- die Beschwerdegegner 1-19 (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. GT 3c; Einschreiben mit Rückschein)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter: Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann Philipp J. Dannacher

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind, der Entscheid insbesondere einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 5. Juni 2008