

- 2 Privatrecht – Zivilrechtspflege – Vollstreckung
 Droit privé – Procédure civile – Exécution
 Diritto privato – Procedura civile – Esecuzione

37

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. A. und weitere gegen Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der
Urheber musikalischer Werke und
Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum
B-7467/2006 vom 23. Juli 2007

Urheberverwertungsrecht. Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften. Genehmigung einer Verteilreglementsänderung. Beschwerdefrist. Grundsätze der Verteilung des Erlöses.

Art. 38, Art. 47 Abs. 2, Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c, Art. 50 Abs. 1, Art. 57, Art. 71 Abs. 1 VwVG. Art. 45 Abs. 2, Art. 48 Abs. 2, Art. 49, Art. 52 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 URG.

1. Für (Sprung-)Aufsichtsbeschwerden gegen « Verfügungen » von Verwertungsgesellschaften anstelle des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum als deren Aufsichtsbehörde ist das Bundesverwaltungsgericht mangels Aufsichtsfunktion unzuständig (E. 4).
2. Gegen Entscheidungen der privatautonomen Verwertungsgesellschaften, namentlich deren Abrechnungen an die Urheber, steht die Verwaltungsbeschwerde nicht zur Verfügung (E. 5).
3. Für Urheber, welchen der Genehmigungsentscheid für eine Verteilreglementsänderung weder eröffnet noch publiziert worden ist, beginnt die 30-tägige Beschwerdefrist erst zu laufen, wenn sie die materiellen Auswirkungen der Änderung erfahren (E. 8).
4. Eine Beschwerdegegnerin kann sich, wenn sie zu einer umfassenden Stellungnahme aufgefordert ist, eine Äusserung zu materiellen Punkten nicht wirksam vorbehalten, indem sie ihre Vorbringen auf Sachverhalts- und Eintretensfragen beschränkt (E. 10).
5. Vom Grundsatz einer Verteilung des Verwertungserlöses nach Massgabe der Tariferträge darf ein Verteilreglement nur in den drei gesetzlichen Ausnahmefällen abweichen, nämlich wenn

Tarifeinnahmen zum Zweck der Sozialvorsorge und Kulturförderung verwendet werden, wenn ursprünglichen Rechteinhabern, die ihre Urheberrechte übertragen haben, dennoch Anteile ausgerichtet werden, und wenn Vergütungen angesichts eines unzumutbaren Aufwands pauschaliert werden dürfen (E. 13 und 14).

6. In einem Verteilreglement vorgesehene Umverteilungen und Pauschalierungen zu kulturpolitischen Zwecken sind urheberrechtswidrig, wenn sie das Gleichbehandlungsgebot verletzen oder dadurch das zulässige Total an kulturpolitischen Abzügen überschritten wird (E. 16).

Exploitation de droits d'auteur. Surveillance des sociétés de gestion. Approbation d'une modification d'un règlement de répartition. Délai de recours. Principes de répartition du produit de la gestion.

Art. 38, art. 47 al. 2, art. 48 al. 1 let. b et c, art. 50 al. 1, art. 57, art. 71 al. 1 PA. Art. 45 al. 2, art. 48 al. 2, art. 49, art. 52 al. 1, art. 74 al. 1 LDA.

1. N'ayant pas une fonction de surveillance, le Tribunal administratif fédéral n'a pas compétence pour juger de plaintes à l'autorité de surveillance qui sont portées devant lui par recours « sautant » contre des « décisions » de sociétés de gestion au lieu d'être portées devant l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle, qui est l'autorité de surveillance (consid. 4).
2. Le recours administratif n'est pas ouvert contre des décisions de sociétés de gestion dotées de l'autonomie privée, en l'espèce contre leurs décomptes adressés aux auteurs (consid. 5).
3. Pour les auteurs auxquels la décision d'approbation d'une modification du règlement de répartition n'a été ni notifiée ni publiée, le délai de recours de 30 jours ne commence à courir que lorsqu'ils ont pris connaissance des effets matériels de la modification (consid. 8).
4. Une intimée qui est invitée à présenter une prise de position complète ne peut pas réserver pour plus tard sa position sur le fond et limiter son argumentation aux questions de fait et de recevabilité (consid. 10).
5. En ce qui concerne la répartition du produit de la gestion, un règlement de répartition ne peut s'écarter du principe de la ré-

partition proportionnelle aux recettes tarifaires que dans les trois cas de dérogation prévus par la loi, à savoir lorsque des recettes tarifaires sont affectées à des fins de prévoyance sociale ou d'encouragement d'activités culturelles, lorsqu'une part du produit est versée au titulaire originaire qui a cédé ses droits d'auteur, et lorsqu'une répartition forfaitaire est justifiée par les frais excessifs qu'entraînerait une répartition proportionnelle (consid. 13 et 14).

6. Des redistributions ou des forfaits qui seraient prévus dans un règlement de répartition à des fins de politique culturelle sont illégaux s'ils enfreignent le principe d'égalité de traitement ou s'ils portent le total des prélèvements de politique culturelle au-delà du maximum permis (consid. 16).

Gestione dei diritti d'autore. Vigilanza sulle società di gestione. Approvazione di una modifica del regolamento di ripartizione. Termine di ricorso. Principi della ripartizione del prodotto della gestione.

Art. 38, art. 47 cpv. 2, art. 48 cpv. 1 lett. b e c, art. 50 cpv. 1, art. 57, art. 71 cpv. 1 PA. Art. 45 cpv. 2, art. 48 cpv. 2, art. 49, art. 52 cpv. 1, art. 74 cpv. 1 LDA.

1. Non avendo la funzione di sorveglianza, il Tribunale amministrativo federale non ha la competenza per statuire – al posto dell'Istituto federale della proprietà intellettuale, che è l'autorità di vigilanza delle società di gestione – sui reclami che gli sono sottoposti direttamente come ricorsi contro delle « decisioni » di tali società di gestione (consid. 4).
2. Il ricorso amministrativo non può essere interposto contro le decisioni delle società di gestione autonome private, segnatamente contro i loro rendiconti all'autore (consid. 5).
3. Se la decisione di approvare una modifica del regolamento di ripartizione non è stata notificata all'autore o non è stata pubblicata, per l'autore il termine di ricorso di 30 giorni decorre da quando viene a conoscenza delle ripercussioni materiali della modifica (consid. 8).
4. Se viene invitato a prendere posizione in modo esauriente, l'istituto opponente che limita le sue osservazioni alle sole questioni legate ai fatti e all'entrata nel merito non può poi pretendere

che l'autorità giudicante gli accordi un ulteriore termine per esprimersi sul merito della causa (consid. 10).

5. **Un regolamento di ripartizione può divergere dal principio di ripartizione del prodotto della gestione conforme agli importi delle tariffe solo nei tre casi eccezionali previsti dalla legge, segnatamente se gli introiti derivanti dalle tariffe possono essere utilizzati per fini di previdenza sociale e di promozione della cultura, se le quote possono comunque essere versate agli aventi diritto iniziali che hanno ceduto i loro diritti d'autore e se le indennità per le spese eccessive possono essere stabilite forfaitariamente (consid. 13 e 14).**
6. **Le ripartizioni e i forfait previsti in un regolamento di ripartizione per fini di politica culturale sono contrari ai diritti d'autore quando violano il principio della parità di trattamento o se causano il superamento del totale ammesso per le deduzioni in ambito di politica culturale (consid. 16).**

Der « Tarif R » der Schweizerischen Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke (SUISA, 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 Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK), separate Tarife für Senderechte einerseits und für Vervielfältigungsrechte andererseits einzuführen.

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 « Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft 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.

In der Folge kam es zu einer Revision des Verteilungsreglements der Beschwerdegegnerin 1 (im Folgenden: 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 « Verteilungsklasse 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. Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (Beschwerdegegner 2) genehmigte mit Verfügung vom 18. August 2003 diese Verteilreglementsänderung und ihre rückwirkende Inkraftsetzung per 1. Januar 2003.

Am 1. Juni 2006 genehmigte der Beschwerdegegner 2, mit Wirkung ab 1. Januar 2005, erneut eine Revision des Verteilreglements, die ihr die Beschwerdegegnerin 1 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.

Im Zusammenhang mit den Verteilreglementsänderungen ergriffen die wahrnehmungsberechtigten Beschwerdeführer (7 Parteien) am 16. Juli 2004 und am 3. Oktober 2006 verschiedene Rechtsmittel und Rechtsbehelfe gegen die Abrechnungen der Beschwerdegegnerin 1 und gegen die Genehmigungsverfügungen des Beschwerdegegners 2 bei der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum (RKGE). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2006 vereinigte die RKGE die Beschwerden vom 16. Juli 2004 und 3. Oktober 2006 zu einem Verfahren.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) heisst die Beschwerden gut, soweit es darauf eintritt.

Das Bundesgericht (BGer) nimmt eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde als Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten entgegen und weist sie mit Urteil 2C_527/2007 vom 13. Mai 2008 ab.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführer haben parallel mehrere Beschwerden vorgebracht, indem sie ihre materiellen Beschwerdeanträge (vgl. Urteil des BVGer B-7463/2006 vom 23. Juli 2007) 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 sind gegen die Beschwerdegegnerin 1 gerichtet, als Sprungbeschwerde aber nicht zulässig. Eine Sprungbeschwerde im Sinne von Art. 47 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) 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 im Beschwerdegegner 2 erblicken. Als so genannte Aufsichtsbehörde nach Art. 52 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1) 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 [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Bd. 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 BVGer darum nicht die Geschäftsführung der Beschwerdegegnerin 1 oder ein Verteilergesamt 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. Aufl., Bern 1983, S. 224). Gemäss Lehre und Rechtsprechung findet Art. 71 VwVG zwar analoge Anwendung (RKGE in sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 1998 S. 182 E. 1 « Verteilreglement Suissimage »; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl., Bern 2000, N 3 zu Art. 53; 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 wären stattdessen berechtigt gewesen, gegen den Aufsichtsentscheid des Beschwerdegegners 2 vom 1. März 2006 Beschwerde zu führen, worauf sie bewusst verzichtet haben. Auf die Sprungbeschwerde gegen die Beschwerdegegnerin 1 ist darum nicht einzutreten.

4. Auch als Sprungaufsichtsbeschwerde gegen die Beschwerdegegnerin 1 und als Aufsichtsbeschwerde gegen den Beschwerdegegner 2 ist auf die Beschwerden nicht einzutreten. Das BVGer 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, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006 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 vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG, SR 172.010.31) der Bundesrat (BR). Justizbehörden sind dagegen nur ausnahmsweise mit Aufsichtsfunktionen betraut. Das BVGer ist darum zur Beurteilung der Aufsichtsbeschwerden unzuständig. Eine Weiterleitung der Beschwerdeschrift von Amtes wegen an den BR (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 im gewünschten Umfang direkt gestellt werden.

5. Damit ist noch die Zulässigkeit der Beschwerdebegehren 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 BVGer dagegen offen (Art. 74 Abs. 1 und 2 URG), doch beziehen sich Beschwerdebegehren (teilweise) ausschliesslich auf den Bereich der Beschwerdegegnerin 1. Soweit sie gegen die Beschwerdegegnerin 1 gerichtet sind, ist daher mangels Zuständigkeit des BVGer auf bestimmte Beschwerdebegehren, und, soweit sie gegen den Beschwerdegegner 2 gerichtet sind, mangels Zuständigkeit des Beschwerdegegners 2 auf weitere Beschwerdebegehren vom 16. Juli 2004 nicht einzutreten.

Abschliessend ist noch die Zuständigkeit des BVGer zur Beurteilung der restlichen Beschwerdebegehren vom 16. Juli 2004 sowie der Beschwerde vom 3. Oktober 2006 gegenüber dem Beschwerdegegner 2 zu prüfen.

6. Das BVGer ist zuständig, Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz hinsichtlich der Genehmigung von Verteilungsreglementen schweizerischer Verwertungsgesellschaften zu beurteilen (Art. 31, Art. 32 und Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). 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). Das Beschwerdebegehren 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 Art. 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 das Beschwerdebegehren vom 16. Juli 2004 als Feststellungsbegehren zum entsprechenden Begehren 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 diesen Verfahrensantrag vom 16. Juli 2004 nicht einzutreten.

7. Mit Bezug auf die beiden noch offenen Begehren ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 48 VwVG und die Einhaltung der dreissigtägigen Beschwerdefrist nach Art. 50 Abs. 1 VwVG zu prüfen. Das entsprechende Begehren wurde am 16. Juli 2004 eingereicht. Es richtet sich gegen die Genehmigung der Änderung des Verteilreglements 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 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 durch die Verfügungen besonders berührt sind und an ihrer Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse haben (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG).

7.1 In der Beschwerdeschrift wird einlässlich ausgeführt, dass die Beschwerdeführer ihre der kollektiven Verwertung unterliegenden Urheberrechte der Beschwerdegegnerin 1 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 Bst. b VwVG persönlich berührt werden (vgl. RKGE in sic! 1997 S. 182 E. 2 « Verteilreglement Suissimage »).

7.2 Zusätzlich verlangt Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführer an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügungen. Ein solches besteht nach der bisherigen Rechtsprechung « 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 4329 und 4409). Es ist also mehr als nur ein bloss praktischer Nutzen der Beschwerdeführer 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 *Erläss* dieser Verteilungsregle-

mente 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 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) 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. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 1 zu Art. 48 URG; Art. 44 URG), ist ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführer an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Genehmigungsentscheide darum zu bejahen, falls das genehmigte Verteilreglement 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 Verteilreglementsänderung 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 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 BGer 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 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 eingereichte Schilderung der geplanten Änderungen im SUIA info vom März 2004 und telefonische Rückfragen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführer im gleichen Zeitraum bei der Beschwerdegegnerin 1. Zu diesem Zeitpunkt wussten die Beschwerdeführer jedoch noch nicht, ob sie unter dem neuen Verteilungsregime mehr oder weniger Vergütungen ausbezahlt erhalten würden als unter dem alten. Die Ausführungen im SUIA 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 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 Verteilreglements genehmigt worden. Schon am 19. Mai 2005 hatten die Beschwerdeführer 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 provisorisch angewendet, wie sich aus dem Genehmigungsentscheid ergibt. Im Jahr 2006 erhielten die Beschwerdeführer also, unter Vorbehalt der späteren Genehmigung, bereits Abrechnungen nach dem neuen Verteilreglement.

8.3 Die Beschwerdeführer 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 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 sich vom neuen Verteilssystem 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 damit bei der Geltendmachung ihrer Rechte behindert hat. Mithin erscheint glaubhaft, dass die Beschwerdeführer 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 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 RKGE 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 Stellungnah-

men aus freien Stücken auf Sachverhalts- und Eintretensfragen. Auf eine materielle Stellungnahme hat sie also jeweils 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 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 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 Verteilreglements mit den gesetzlichen Vorgaben indessen keinen Einfluss, da die geschilderten Meinungsverschiedenheiten nicht das Tatsachengrundament der Verteilung von Verwertungserlösen, sondern höchstens Rechtsfragen betreffen, die das BVGer unabhängig von Ansichten der ehemaligen Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin 1 beurteilt. Der Beizug der betreffenden Akten ist darum nicht erforderlich.

12. Die Beschwerdeführer 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 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. (...)

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 Weiterleitung eines zweistündigen Spielfilms nicht die gleiche wirtschaftliche Relevanz wie die Weiterleitung 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 Verteilreglements eingeführten « einheitlichen Ansatz pro Musik-Sekunde » wie auch für die in Ziff. 5.4 des Verteilreglements verfügte Quersubventionierung an die Verteilklasse 1C massgeblich. Solche Pauschalierungen und Umverteilungen zwischen Berechtigten und Berechtigengruppen 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 Bst. 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 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 Bst. 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 geneh-

migen, 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 Verteilreglement), 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 » (...). 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 Verteilreglements durch eine gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz der korrekten und sparsamen Weiterleitung gerechtfertigt sind.

16.1 Mit der Umverteilungsregel von Ziff. 5.4 ihres Verteilreglements 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. 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 Programm 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 Bst. b URG). Das Verteilreglement 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 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 Verteilreglement vorgesehene Gewichtung der Werbespots anzuwenden. Da sie der Beschwerdegegnerin 1 so-

dann 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 Verteilreglements 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 Verteilreglements unterbreiten.

18. Damit kann die Frage offen bleiben, ob die von den Beschwerdeführern ebenfalls angefochtene Rückwirkung der Änderungen des Verteilreglements 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 Verteilreglements 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 S. 407 « Wörterbücher »).