



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

**Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ESchK**

Beschluss vom 18. Dezember 2015 betreffend Tarif A Fernsehen (Swissperform)

Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die
Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen

Versand: 19. Mai 2016

**Dieser Beschluss ist nicht rechtskräftig, sondern unter der
Verfahrensnummer 2C_1056/2018 am Bundesgericht hängig.**

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Mit Eingabe vom 18. Juni 2013 beantragte die Verwertungsgesellschaft Swissperform die Genehmigung eines neuen *Tarifs A Fernsehen (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Fernsehen)* mit einer vorgesehenen Gültigkeitsdauer von vier Jahren, d.h. vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017 (vgl. Ziff. 41 des Tarifs). Mit Präsidialverfügung vom 30. März 2013 war die Frist zur Einreichung des Gesuchs bis zum genannten Datum verlängert worden. Die Swissperform wollte im Tarifgenehmigungsverfahren von der Schiedskommission insbesondere folgende Punkte klären lassen, in welchen laut ihren Angaben mit der SRG SSR keine Einigung erzielt werden konnte:
 - die Frage des Schutzes von Handelstonträgern, welche von der SRG SSR als Tonteil von eigenen oder in ihrem Auftrag produzierten Tonbildträgern verwendet werden (Ziff. 7.2 des Tarifs);
 - die Höhe der Vergütung für Handelstonträger, welche von der SRG SSR als Tonteil von eigenen oder in ihrem Auftrag produzierten Tonbildträgern verwendet werden (Ziff. 9 Lemma 2 des Tarifs);
 - die Meldepflichten bezüglich des «International Standard Recording Codes» (ISRC) und der «International Standard Audiovisual Number» (ISAN).
2. Mit Vernehmlassung vom 13. September 2013 verlangte und begründete die SRG SSR die Anpassung (Ziff. 5, Ziff. 7.4, Ziff. 9 Lemma 3, Ziff. 12 Lemma 5, Ziff. 24 Lemma 7) bzw. die Streichung (Ziff. 7.2, Ziff. 9 Lemma 2, Ziff. 12 Lemma 2, Ziff. 26 bis 29 sowie Ziff. 31 Lemma 8) einzelner Tarifbestimmungen unter Kostenfolge zulasten der Gesuchstellerin.
3. In ihrer Stellungnahme vom 11. Oktober 2013 gab die Preisüberwachung (PUE) die Empfehlung ab, eine Überschreitung des Regelhöchstsatzes von 3 Prozent für die Entschädigungen für Nutzungen gemäss Ziff. 7.2 und 7.4, wie in Ziff. 9 Lemma 2 und 3 des beantragten neuen *Tarifs A Fernsehen (Swissperform)* vorgeschlagen, sei nicht zu genehmigen.
4. Anlässlich der Sitzung vom 4. November 2013 bestätigte die Swissperform ihre Tarifeingabe. Auch die SRG SSR hielt an den von ihr beantragten Änderungen fest. Zu den Ziffern 9 Lemma 2 und Lemma 3 (Halbierung der jeweiligen Prozentsätze) sowie 27 Lemma 8 des Tarifs stellte sie Eventualanträge.
5. Mit Beschluss vom 4. November 2013, versandt am 7. Februar 2014, genehmigte die Schiedskommission den *Tarif A Fernsehen (Swissperform)*, wobei sie (nebst weiteren hier nicht im Einzelnen interessierenden Änderungen)
 - Ziff. 7.2 strich und wie folgt ersetzte: «Das Zugänglichmachen gesendeter Tonbildträger gemäss Art. 22c URG, die vom Sender oder in seinem Auftrag durch Synchronisierung eines geschützten Handelstonträgers produziert wurden.»

- Ziff. 9 Lemma 2 an die neue Ziff. 7.2 wie folgt anpasste: «0,015% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm.»
- den Abschnitt C.b: «Meldung der in selbst oder im Auftrag produzierten Sendungen und Werbespots verwendeten Handelstonträger gemäss Ziff. 7.2» enthaltend die Ziffern 26–29 strich.

Zur Begründung führte sie unter anderem aus, die Vergütung gemäss Ziff. 7.2 knüpfe fälschlicherweise beim Tonträger und nicht beim Tonbildträger an. Gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 20. August 2012 unterstehe die integrierte Tonaufnahme aber dem Tonbildträgerschutz. Der Tonbildträger wiederum sei vor der Sendung nicht im Handel erhältlich. Folglich kämen nicht die Vergütungsansprüche gemäss Art. 35 Abs. 1 und Art. 24b des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1), sondern die Regelung von Art. 33 Abs. 2 URG zum Tragen. Die Schiedskommission sei somit nicht zuständig, insoweit eine Angemessenheitskontrolle vorzunehmen. Die Grundlage für eine Vergütung nach Art. 35 bzw. Art. 24b URG entfalle und der Vergütungsansatz in Ziff. 9 Lemma 2, der sich aus diesen Nutzungen ergebe, sei entsprechend zu reduzieren. Damit erübrige sich eine Prüfung der Zulässigkeit des Überschreitens des Regelhöchstsatzes von 3 Prozent für die Leistungsschutzrechte gemäss Art. 60 Abs. 2 URG und auch die Meldepflichten gemäss den Ziffern 26–29 entfielen. Für das in Ziff. 7.2 verbleibende Zugänglichmachen genüge die Meldepflicht gemäss Ziff. 32 des Tarifs.

Mit Bezug auf die gemäss Ziff. 24 des Tarifs für geschützte Handelstonträger nach wie vor zu meldenden ISRC hielt die Schiedskommission fest, dass dieser grundsätzlich zu liefern sei. Ansonsten seien die in Ziff. 25 des Tarifs vorgesehenen Ersatzdaten mitzuteilen. Die Klammerbemerkung zu Ziff. 24 Lemma 7 wurde daher gestrichen.

[Der Beschluss der Schiedskommission vom 4. November 2013 sowie der gesamte Wortlaut des am 18. Juni 2013 vorgelegten *Tarifs A Fernsehen (Swissperform)* in beiden Sprachversionen ist einsehbar unter www.eschk.admin.ch > Dokumentation > Beschlüsse 2013.]

6. Am 12. März 2014 reichte Swissperform Beschwerde gegen den Beschluss der Schiedskommission beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie beantragte im Wesentlichen, der Beschluss der Vorinstanz vom 4. November 2013 sei mit Ausnahme der Dispositivziffern 2.5 und 2.7 aufzuheben und der *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* in seiner ursprünglichen Fassung zu genehmigen (mit Ausnahme der in Ziff. 27 enthaltenen Klammerbemerkung bezüglich des ISRC). Ausserdem stellte sie Eventualanträge zu den Ziffern 7.2 sowie 9 Lemma 2 des Tarifs. Eventualiter bzw. subeventualiter sei die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Zur Begründung machte Swissperform geltend, die Vorinstanz habe den relevanten Sachverhalt unvollständig erhoben und Art. 24b URG, Art. 33 Bst. a und b URG sowie Art. 35 URG verletzt, indem sie die Einräumung und Entschädigung dieser Rechte aus den Ziffern 7.2, 7.4 und 9 der Tarifvorlage gestrichen und lediglich das Recht des Zugänglichmachens als unter

den Tarif fallend betrachtete habe. Sie habe übersehen, dass ein Handelstonträger auch zur Vorbereitung seiner Integration in einen Film und für das Zugänglichmachen einer Sendung im Sinne von Art. 24b und 22c Abs. 2 URG kopiert werde, was nicht unter die Tonbildträgerkopie falle und darum im Tarif geregelt werden müsse. Es bestehe eine entsprechende Pflicht zu entsprechenden Nutzungsmeldungen nach den Ziffern 26–29 des Tarifs. Darüber hinaus sei die verfügte Reduktion der Vergütung auch unangemessen im Sinne von Art. 60 Abs. 1 und 2 URG. Im Übrigen verwies Swissperform auf ihre Tarifeingabe vom 18. Juni 2013.

7. Mit Vernehmlassung vom 6. Mai 2014 beantragte die Schiedskommission, die Beschwerde sei abzuweisen. Sie hielt an ihrem Beschluss vom 4. November 2013 und den darin enthaltenen rechtlichen Erwägungen fest.
8. In ihrer Beschwerdeantwort vom 4. Juni 2014 beantragte auch die SRG SSR die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Swissperform. Im Unterschied zu ihrer Rechtsauffassung habe die Schiedskommission eine ausdrückliche Bewilligung der ausübenden Künstler und der Hersteller eines integrierten Handelstonträgers für notwendig gehalten und daraus korrekt geschlossen, dass ein Vergütungsanspruch für den integrierten Tonträger als solchen mit den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zum *Tarif A Fernsehen (Swissperform) 2010–2012* unvereinbar wäre. Die Vorinstanz habe Ziff. 7.2 des Tarifs folgerichtig neu formuliert. Dabei habe sie einzig das Zugänglichmachen von Sendungen vorbereitenden Vervielfältigungen vergessen. Diese seien zwar nachzutragen, eine Anpassung der geschuldeten Vergütung sei deswegen aber nicht erforderlich.
9. Mit Urteil B-1298/2014 vom 30. März 2015 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Swissperform teilweise gut. Es hob die Ziffern 2.1, 2.3 und 2.6 des angefochtenen Beschlusses auf und wies die Sache zur neuen Prüfung von Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 an die Vorinstanz zurück. Gleichzeitig genehmigte das Bundesverwaltungsgericht die Ziffern 7.2, 26 und 28 f. des Tarifs in der Fassung vom 18. Juni 2013 und setzte diese «rückwirkend» per 1. Januar 2014 in Kraft. In der Urteilsbegründung hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, Art. 24b und Art. 35 URG seien entgegen der Ansicht der Schiedskommission auch auf Sendungen synchronisierter Handelstonträger anwendbar und Nutzungen nach Ziff. 7.2 des Tarifs entsprechend zu entschädigen. Dabei ging das Bundesverwaltungsgericht auf die Rüge der SRG SSR hinsichtlich der Unangemessenheit der Entschädigung nicht ein, da der Schiedskommission Prüfungsspielraum zu wahren sei, soweit die Höhe der Vergütung, und damit die Angemessenheit des Tarifs im engeren Sinne, ausdrücklich von rechtlichen Argumenten abhängig gemacht worden war (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1298/2014 vom 30. März 2015 E. 6.4 *Tarif A Fernsehen*).
10. Am 8. Mai 2015 erhob die SRG SSR Beschwerde gegen dieses Urteil beim Bundesgericht. Darin beantragte sie, das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und der *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* sei mit den von der Schiedskommission angebrachten Änderungen zu genehmigen. Eventualiter beantragte sie zumindest eine Rückweisung zur

Überprüfung der Angemessenheit von Ziff. 2.3. des Genehmigungsbeschlusses an die Schiedskommission.

11. Mit Urteil 2C_394/2015 vom 4. Juni 2015 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde der SRG SSR nicht ein. Für den strittig gebliebenen Bereich liege lediglich ein Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vor. Dieses sei zur Auffassung gekommen, dass Art. 24b und Art. 35 URG, wie im Tarif von der Swissperform vorgeschlagen, auch auf Sendungen synchronisierter Handelstonträger anwendbar und entsprechende Nutzungen nach Ziff. 7.2 des Tarifs zu entschädigen seien. Die Schiedskommission werde durch den Rückweisungsentscheid beauftragt, beschränkt auf Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 des Tarifs die Entschädigung festzulegen bzw. deren Angemessenheit zu prüfen. Einzig soweit das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde abgewiesen habe, sei über einzelne Belange des Tarifs abschliessend entschieden worden. Die SRG SSR habe das Urteil der Vorinstanz in diesen Punkten jedoch nicht angefochten (vgl. E. 2.2.1 f. des genannten Urteils des Bundesgerichts).
12. Mit Schreiben vom 10. August 2015 wurden der Schiedskommission ihre erstinstanzlichen Akten vom Bundesverwaltungsgericht zurückgesandt.
13. Mit Verfügung vom 24. August 2015 fordert die Schiedskommission die Parteien auf, zu der Angemessenheit von Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 Stellung zu nehmen. [Auf Gesuch der SRG SSR vom 16. September 2015 wurde dieser die auf den 25. September 2015 angesetzte Frist zur Stellungnahme auf den 16. Oktober 2015 verlängert.]
14. Swissperform stellt in ihrer Stellungnahme vom 24. September 2015 folgende Anträge:
 1. Ziffer 9 Lemma 2 des Tarifs sei mit dem folgenden Wortlaut zu genehmigen:
«3,315% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm.»
 2. Ziffer 27 des Tarifs sei mit dem folgenden Wortlaut zu genehmigen:
«27 Die Meldungen nach Ziff. 26 umfassen die folgenden Daten:
 - Name der Sendung oder des Werbespots, in welcher der integrierte Tonträger verwendet wird
 - Sendedatum (TT.MM.JJJJ)
 - Sendezeitpunkt (hh.mm.ss)
 - Sendedauer (hh.mm.ss)
 - Titel der Aufnahme
 - Name des Komponisten
 - Name, evtl. Künstler- oder Gruppenname, des bzw. der Hauptinterpreten
 - ISRC»

Zur Begründung macht Swissperform im Wesentlichen geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe Ziff. 7.2 des Tarifs in der ursprünglich beantragten Fassung genehmigt, woraus sich auch für Ziff. 9 Lemma 2 der ursprünglich beantragte Entschädigungsansatz ergebe. Dieser setze sich aus der Summe von 3 Prozent für das Senden, 0,3 Prozent für das Vervielfältigen und

0,015 Prozent für das Zugänglichmachen zusammen. Die Ausschöpfung und geringfügige Überschreitung des Regelhöchstsatzes sei bereits in der Tarifeingabe vom 18. Juni 2013 begründet worden, woran die Swissperform festhalte. Wenn die Senderechte und Vervielfältigungsrechte unter den Tarif fielen und nach diesem abzugelten seien, so bestehe automatisch die entsprechende Pflicht zu entsprechenden Nutzungsmeldungen. Das Rechtsbegehren Ziff. 2 weiche insofern vom ursprünglichen Tarifantrag ab, als in dessen Ziff. 27 nicht mehr die Bedingungen aufgezählt seien, unter welchen eine Verpflichtung zur Meldung des ISRC bestehe. Analoge Bedingungen seien vom Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-2429/2013 zum *Tarif A Radio (Swissperform)* mit Urteil vom 28. November 2013 inzwischen zurückgewiesen worden. Die Schiedskommission habe die nun beantragte Formulierung bereits für die Meldungen nach Ziff. 24 Lemma 7 des Tarifs vorgesehen (vgl. Beschluss der Schiedskommission vom 4. November 2013 betreffend den *Tarif A Fernsehen (Swissperform)*, Dispositivziff. 2.5). Hingegen sei es für die Swissperform klar, dass die SRG SSR in Bezug auf die Meldung des ISRC mit den Privatsendern mindestens schritthalten müsse. Für diese seien gemäss dem aktuellen Gemeinsamen *Tarif S* keine Alternativmeldungen für den ISRC mehr vorgesehen. Dies sei auch der SRG SSR als Marktführerin in diesem Bereich zumutbar.

15. Am 16. Oktober 2015 reicht die SRG SSR ihre Stellungnahme ein, wobei sie später, nämlich am 14. Dezember 2015 mitteilt, dass sie ihre Hauptanträge zurückziehe und die bisherigen Eventualanträge neu zu Hauptanträgen erhebe. Die SRG SSR beantragt demnach aktuell:

1. Ziffer 7.2 der Tarifeingabe der Gesuchstellerin vom 18. Juni 2013 sei wie folgt zu ändern:
«Gesendete geschützte Handelstonträger, die [mit] vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen incl. Werbespots synchronisiert wurden. Die entsprechende Vergütung schliesst die entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b und Art. 22c URG ein. *Die Vergütung ist ab dem 1. Januar 2016 geschuldet.*»

2. Ziffer 9 Lemma 2 der Tarifeingabe der Gesuchstellerin vom 18. Juni 2013 sei wie folgt zu ändern: «~~3.315%~~ 0.82875 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm. *Während der Geltung des Tarifs darf die Entschädigung nicht mehr als CHF 110'000.00 betragen.*»

3. Ziffern 26 bis 29 der Tarifeingabe der Gesuchstellerin vom 18. Juni 2013 seien wie folgt zu ändern:

«26 Die SRG meldet SWISSPERFORM ~~monatlich bis zum Ende des Folgemonats~~ *innert vier Monaten* diejenigen im Handel erhältlichen Tonträger, die sie in selbst produzierten Sendungen oder in Werbespots verwendet.

27 Die Meldungen nach Ziff. 26 umfassen die folgenden Daten:

- Sendedatum (TT.MM.JJJJ)
- Sendezeitpunkt (hh.mm.ss)
- Sendedauer (hh.mm.ss)
- Titel der Aufnahme
- Name der Sendung oder des Werbespots, in welcher der integrierte Tonträger verwendet wird
- ~~Name des Komponisten~~

- ~~– Name, evtl. Künstler oder Gruppenname, des bzw. der Hauptinterpreten~~
 - ~~– ISRC (sofern dokumentiert oder ab Inkrafttreten des Tarifs vom Lieferanten zusammen mit der Lieferung der Aufnahme der SRG in lesbarer Form mitgeteilt.)~~
- 28 Bei Meldungen ohne ISRC sind zusätzlich die nachfolgend aufgeführten Angaben mitzuteilen:
- Label (sofern bekannt)
 - *Name des Komponisten (sofern bekannt)*
 - *Name, evtl. Künstler- oder Gruppenname, des bzw. der Hauptinterpreten (sofern bekannt)*
 - Katalog Nummer (sofern bekannt)
 - interne Nummer der Aufnahme in einer Datenbank der SRG
 - Datum oder Jahr der Aufnahme (sofern bekannt)
 - Werkverzeichnisangaben (sofern bekannt)
 - Titel des Musikwerks (in Originalsprache gemäss Tonträger, ggf. inklusive Versionsangaben („live“, „remix“, etc.) zum Werktitel) (sofern bekannt)
 - Bei Klassikaufnahmen ist zusätzlich der gesendete Satz in üblicher Form anzugeben.
- 29 Bei Handelstonträgern, die von der SRG in audiovisuelle Trailer oder Sendeeinleitungen integriert werden, ist eine Liste der dazu verwendeten Original-Tonaufnahmen mit den obigen Angaben zu liefern.»

Zur Begründung macht die SRG SSR geltend, dass sich eine rückwirkende Inkraftsetzung von Ziff. 7.2 des Tarifs auf den 1. Januar 2014 gemäss Ziff. 41 des Tarifs auf über zwei Jahre erstrecken würde. Dies wäre unverhältnismässig. Die SRG SSR habe auf die bisherige Rechtsauffassung der Schiedskommission vertrauen dürfen, weshalb sie nicht mit der Aufnahme der entsprechenden Bestimmung in den Tarif habe rechnen und keine Rücklagen habe bilden müssen. Zum Antrag betreffend Ziff. 9 Lemma 2 führt sie aus, dass der Vergütungssatz für die Verwendung von Handelstonträgern in Eigenproduktion von demjenigen für Musikfilme abweichen müsse. So stehe in Eigenproduktionen nicht die Musik im Vordergrund, sondern vielmehr die visuelle Wahrnehmung des Geschehens. Zudem müssten die Kosten für die Entlohnung und den Rechteerwerb von Schauspielern, Moderatoren usw. bereits aus den Einnahmen erfolgen, was den Ertrag wesentlich beeinflusse und daher in Abzug zu bringen sei. Es rechtfertige sich daher, den Vergütungssatz zweifach um je 50 Prozent zu kürzen. Ferner sei eine Höchstvergütung festzulegen, da die Höhe für die Vergütung der Nutzung gemäss Ziff. 7.2 des Tarifs bisher unbekannt sei und gemäss langjähriger und konstanter Praxis der Schiedskommission allzu sprunghafte Tariferhöhungen zu vermeiden seien. Mit Bezug auf die Höhe des beantragten Kostendachs verwies sie auf die bisherige Pauschale von 1,2 Millionen Franken (vgl. Beschluss der Schiedskommission vom 9. November 2009 betreffend den *Tarif A Fernsehen [Swissperform]*, E. II./6. d)). Die SRG SSR gehe davon aus, dass nur eine Erhöhung der Vergütung um 10 Prozent im Vergleich zu den Vorjahren noch als vertretbar betrachtet werden könne. In Anlehnung an die Meldepflichten gegenüber der SUISA beantragt die SRG SSR auch für den *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* eine Meldefrist von vier Monaten und die Streichung von Ziff. 27 Lemmata 6 und 7.

16. Die offenen Punkte im Tarifgenehmigungsverfahren werden von der Schiedskommission anlässlich ihrer Sitzung vom 18. Dezember 2015 geprüft. Die Swissperform und die SRG SSR erhalten nochmals Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme.

Swissperform bestätigt dabei ihre Anträge vom 24. September 2015 und auch die SRG SSR beantragt nach wie vor, eine rückwirkende Anwendung von Ziff. 7.2 auszuschliessen, den Vergütungssatz von Ziff. 9 Lemma 2 auf 0,82875 Prozent einschliesslich eines Kostendaches festzulegen, sowie die Meldepflichten gemäss ihrem Antrag vom 16. Oktober 2015 bzw. vom 14. Dezember 2015 festzulegen.

Die Parteien werden gefragt, wie sich die Höhe der Vergütung mit der neuen Ziff. 9 Lemma 2 gemäss der Tarifvorlage entwickeln würde. Die SRG SSR geht davon aus, dass eine (rückwirkende) Inkraftsetzung der umstrittenen Ziff. 9 Lemma 2 gemäss Ziff. 41 des Tarifs jährliche Mehrvergütungen in der Höhe von circa 800 000 bis zu 1 Million Franken nach sich ziehen würde. Daher sei ihr das Kostendach sehr wichtig. Die Swissperform kann keine konkreten Zahlen angeben, weist aber darauf hin, dass die Werte unter dem entsprechenden SUISA-Tarif nicht vergleichbar seien. Auf Nachfrage, ob sich auch die Swissperform die Festlegung eines Kostendachs vorstellen könne, meint diese zwar ja, bei 120 000 Franken liege ein solches jedoch zu tief.

17. Auf weitere von den Verfahrensbeteiligten vorgebrachte Argumente wird (soweit erforderlich) im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts und Bindung der Schiedskommission
 - 1.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Rückweisungsentscheid die Beschwerde der Swissperform teilweise gutgeheissen, die Dispositivziffern 2.1, 2.3 und 2.6 (bezüglich der Ziffern 7.2, 9 Lemma 2 und Abschnitt C.b [enthaltend die Ziffern 26–29] des Tarifs) des Beschlusses der Schiedskommission vom 4. November 2013 betreffend den *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung von Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 des Tarifs an die Schiedskommission zurückgewiesen (vgl. Dispositivziff. 1 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichtes B-1298/2014 vom 30. März 2015).
 - 1.2 Das Bundesgericht trat auf die gegen das soeben genannte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gerichtete Beschwerde der SRG SSR mit Urteil 2C_394/2015 vom 4. Juni 2015 nicht ein. Zur Begründung führte es aus, dass Rückweisungsentscheide grundsätzlich als Zwischenentscheide gelten. Anders verhalte es sich bloss, wenn der unteren Instanz, an welche die Sache zurückgewiesen werde, kein Entscheidungsspielraum mehr verbleibe und die Rückweisung bloss der (rein rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten diene. Diesfalls liege ein Endentscheid vor. Ausgehend vom Zweck von Art. 93 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) stelle ein Rückweisungsentscheid nur dann keinen Zwischenentscheid dar, wenn ausgeschlossen werden könne, dass das Bundesgericht sich ein zweites Mal mit der Streitsache befassen müsse (E. 2.1 des genannten Urteils). Zwar sei in dem Ausmass, in welchem das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde abgewiesen habe (also bezüglich der Dispositivziffern 2.2 und 2.4 des Beschlusses der Schiedskommission vom 4. November 2013), über einzelne Belange des Tarifs abschliessend entschieden worden. Für die strittig gebliebenen Begehren liege aber gerade kein abschliessender Entscheid, sondern ein Rückweisungsentscheid vor (E. 2.2.2). Die Aufgabe, beschränkt auf Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 des Tarifs die Entschädigung festzulegen bzw. deren Angemessenheit zu prüfen, gehe offensichtlich über eine bloss rechnerische Umsetzung hinaus (E. 2.2.1). Ziff. 7.2 des Tarifs hänge zudem mit Ziff. 9 Lemma 2 eng zusammen. Der Prozessstoff liesse sich daher nicht im Sinne von Art. 91 BGG weiter aufsplintern und unabhängig voneinander beurteilen. Insofern liege diesbezüglich ein Zwischenentscheid vor, gegen welchen eine Beschwerde nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG zulässig sei. In casu seien diese jedoch nicht erfüllt.
 - 1.3 Die SRG SSR meint, die Schiedskommission sei nach wie vor frei, Ziff. 7.2. des Tarifs zu prüfen und gegebenenfalls abzuändern. Dem kann infolge der ausdrücklichen Weisungen des Bundesverwaltungsgerichts (wie auch der Ausführungen des Bundesgerichts im genannten Nichteintretensurteil) nicht gefolgt werden. Aufgrund von Art. 61 des Bundesge-

setzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) ist der Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. März 2015 für die Schiedskommission bindend. Die Tatsache, dass mit diesem Urteil Dispositivziff. 2.1 des Beschlusses der Schiedskommission vom 4. November 2013 zwar aufgehoben, eine Rückweisung betreffend der mit Dispositivziff. 2.1 des Beschlusses der Schiedskommission vom 4. November 2013 geänderten Ziff. 7.2 des Tarifs jedoch nicht erfolgte, bewirkt, dass diese durch das Bundesverwaltungsgericht in der von der Swissperform beantragten Fassung genehmigt wurde. Dasselbe gilt für Ziff. 2.6 des Dispositivs des Beschlusses der Schiedskommission betreffend den Abschnitt C.b. des Tarifs mit Ausnahme von Ziff. 27, die zur neuen Prüfung an die Schiedskommission zurückgewiesen wurde. Dabei erfolgte eine rückwirkende Inkraftsetzung per 1. Januar 2014, da das Bundesverwaltungsgericht für die (nachträglich unverändert genehmigte) Ziff. 7.2 und den Abschnitt C.b. (vorbehältlich der Ziff. 27) des Tarifs keine von Ziff. 41 abweichende Geltungsdauer angeordnet hat. Die Schiedskommission hat daher vorliegend ausschliesslich Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 des Tarifs neu zu beurteilen. Der vom Rückweisungsurteil definierte Streitgegenstand kann aus Gründen der Verfahrenseinheit nicht ausgeweitet werden. Dies verkennt die SRG SSR, wenn sie der Schiedskommission vorwirft, ihr gegenüber durch Beschränkung der Stellungnahmen auf die entsprechenden Punkte eine Rechtsverweigerung zu begehen.

- 1.4 Auf die Anträge der SRG SSR zu den Ziffern 7.2 sowie 26, 28 und 29 des Tarifs ist deshalb nicht einzutreten. Sie sind gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. März 2015 und angesichts des Nichteintretensurteils des Bundesgerichts vom 4. Juni 2015 nicht mehr Gegenstand des Verfahrens vor der Schiedskommission. Im Folgenden ist die Angemessenheit von Ziff. 9 Lemma 2 sowie von Ziff. 27 des Tarifs zu prüfen.
2. Argumente von Swissperform und SRG SSR zur Angemessenheit von Ziff. 9 Lemma 2 des Tarifs
 - 2.1 Swissperform verlangt den ursprünglich in Ziff. 9 Lemma 2 beantragten Entschädigungsansatz, der sich aus der Summe von 3 Prozent für das Senden, 0,3 Prozent für das Vielfältigen und 0,015 Prozent für das Zugänglichmachen ergebe. Dies auf Grundlage von Ziff. 7.2 des Tarifs, die vom Bundesverwaltungsgericht in ihrer ursprünglichen Fassung genehmigt worden sei. Weiter verweist sie auf die Begründung der Tarifeingabe vom 18. Juni 2013 und bezüglich der Überschreitung des Regelhöchstsatzes auf den Beschluss der Schiedskommission vom 30. Juni 2008 betreffend den Zusatztarif zum *Tarif A Radio (Swissperform)*. Darin habe die Schiedskommission festgehalten, dass eine Abgeltung von mehreren miteinander verbundenen Rechten die Überschreitung des Höchstsatzes ausnahmsweise rechtfertigen könne. Bei Alleinstellung der einzelnen Rechte gelte nach Praxis der Schiedskommission bei Sendetarifen der Regelhöchstsatze von 3 Prozent, soweit keine gesetzlichen Reduktionsgründe vorlägen. Die Nutzung eines Handelstonträgers bei der Schaffung eines audiovisuellen Werkes lasse sich von der Zahl

und Intensität der zu entschädigenden Nutzungsvorgänge insbesondere nicht mit der Übernahme von Radioprogrammen auf Fernsehkanäle oder der sporadischen nicht synchronisierten Nutzung im Fernsehstudio vergleichen, wie sie gemäss Ziff. 9 Lemma 1 abzugelten seien und für welche die Schiedskommission nach bisheriger Praxis lediglich eine Vergütung in der Höhe der Hälfte des Regelhöchstsatzes für angemessen erachtete. Auch im Vergleich zu Musikfilmen sei die Nutzungsintensität bei Nutzungen im Sinne von Ziff. 7.2 höher, da die Synchronisation und Integration von Handelstonträgern in Fernsehproduktionen mehrfache Bearbeitungs- und Kopiervorgänge erforderlich mache. Die Swissperform macht geltend, dass der *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* der SRG SSR nicht weniger als vier Teilrechte einräume, nämlich die Vervielfältigung des Tonträgers, die Sendung, die Vervielfältigung im Rahmen der Vorbereitung und Umformatierung für die Online-Verbreitung und das Zugänglichmachen des selbst produzierten Tonbildträgers über das Internet. Deshalb liege bei der Verwendung von Handelstonträgern als akustischer Teil eines von der SRG SSR oder einer von dieser beauftragten Unternehmung produzierten Tonbildträgers eine Nutzung von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung vor. Dies rechtfertige die Anwendung der auch für andere Nutzungen im Bereich des Fernsehens als angemessen eingestuftem Höchstsätze. Der Vergütungssatz sei auch angesichts von Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG nicht zu reduzieren, da die tiefe gesetzliche Regelobergrenze von 3 Prozent gerade dem Umstand Rechnung tragen solle, dass neben den Leistungsschutzrechteinhabern viele andere Beteiligte zum Nutzungsertrag beitragen würden.

2.2 Die SRG SSR begründet ihren Antrag, die Ziff. 9 Lemma 2 wie folgt zu ändern:

«~~3.345%~~ 0.82875 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm. *Während der Geltung des Tarifs darf die Entschädigung nicht mehr als CHF 110'000.00 betragen.*»

damit, dass der Vergütungssatz im Vergleich zu demjenigen für Musikfilme tiefer anzusetzen sei, da bei diesen eine Vielzahl von Akteuren von der Vergütung profitiere. Zudem stehe die Musik bei Musikfilmen im Vordergrund. Die SRG SSR verweist auf den Beschluss der Schiedskommission vom 9. November 2009 betreffend den *Tarif A Fernsehen (Swissperform)*, in welchem diese den Satz für Tonbildträger für die Tonträger halbiert habe. Es rechtfertige sich darüber hinaus eine weitere Reduktion um 50 Prozent, da die Kosten für die Entlohnung verschiedener Akteure bereits aus den Einnahmen der SRG SSR erfolge und in den betroffenen Eigenproduktionen die visuelle Wahrnehmung des Geschehens und nicht die Musik im Vordergrund stehe.

3. Beurteilung der Angemessenheit von Ziffer 9 Lemma 2 durch die Schiedskommission

3.1 Gemäss Art. 59 Abs. 1 URG genehmigt die Schiedskommission einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er im Aufbau und seinen einzelnen Bestimmungen angemessen ist, wobei sich die Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet: Demnach ist bei

der Festlegung der Entschädigung der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand (Abs. 1 Bst. a), die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Abs. 1 Bst. b) sowie das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträgern oder Sendungen (Abs. 1 Bst. c) zu berücksichtigen. Die Entschädigung ist ferner so festzulegen, dass sie in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder des Nutzungsaufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte beträgt, wobei die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung Anspruch auf ein angemessenes Entgelt haben (Abs. 2).

Art. 35 sowie die Art. 22c und 24b i.V.m. Art. 38 URG schreiben für das Verwenden zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung und für das Vervielfältigen sowie das Zugänglichmachen von Ton- und Tonbildträgern die kollektive Verwertung vor. Nutzerin kann dabei nur ein Sendeunternehmen sein. Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um die SRG SSR. Zuschauer sind keine Nutzer im Sinne dieser Gesetzesbestimmungen. Bei der Berücksichtigung der Nutzungsintensität ist somit die Frage, ob der Schwerpunkt der «kognitiven Konzentration» des Publikums eher auf die Musik oder den visuellen Teil einer Sendung gerichtet ist, für die Berechnung der Vergütungsansätze nicht relevant.

Art. 35 URG unterscheidet zwei Kategorien von Festlegungen: Einerseits Ton- und andererseits Tonbildträger. Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass die Synchronisierung eines (Handels-)Tonträgers individuell zu verwerten sei, nicht unter die Nutzerprivilegien der Art. 24b und 35 URG falle und Ziff. 7.2 des Tarifs zu Recht an der Sendung des Tonträgers anknüpfe (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-129872014 vom 30. März 2015 E. 5 *Tarif A Fernsehen [Swissperform]*). Es stellte jedoch auch fest, dass Art. 35 und 24b URG dennoch auf die Sendung des mittels der Synchronisierung entstandenen Films anwendbar seien. Gemäss Praxis der Schiedskommission gilt für (Handels-)Tonbildträger ein anderer Vergütungssatz als für (Handels-)Tonträger, da den beiden Kategorien eine unterschiedliche Qualität zukommt (Beschluss der ESchK vom 9. November 2009 betreffend den *Tarif A Fernsehen [Swissperform]*, E. II./6. d)). Angesichts der Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts ist diese Praxis der Schiedskommission betreffend die Handelstonträger hier anwendbar.

Die Swissperform bringt zwar vor, die Nutzungsintensität für in Fernsehprogrammen der SRG SSR verwendete Handelstonträger sei wesentlich höher als jene für Musikfilme, weil die Synchronisation und Integration von Handelstonträgern in Fernsehproduktion mehrfache Bearbeitungs- und Kopiervorgänge verlangten. Diesbezüglich kann jedoch auf das

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1298/2014 vom 30. März 2015 verwiesen werden, wonach der Vorgang der Synchronisation ausserhalb des Tarifs zu entschädigen ist (vgl. oben unter E. I./9.).

- 3.2 Zu berücksichtigen ist gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. b. URG neben der Nutzungsintensität auch die Art des benutzten Werkes bzw. der benutzten Darbietung oder Festlegung. Die Schiedskommission reduzierte bereits in ihrem Beschluss vom 9. November 2009 betreffend den *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* den Vergütungssatz für Tonträger gegenüber dem Vergütungssatz für Tonbildträger um die Hälfte und legte ihn auf 1,6575 Prozent fest. Sie verwies dabei auf ein Verfahren betreffend den *GT A* aus dem Jahr 1996, in welchem die Verwertungsgesellschaften Swissperform und SUISA für gesendete Tonträger einen Satz von 1,5 Prozent und für die Verwendung geschützter Tonbildträger einen Satz von 3 Prozent beantragt hatten (Beschluss der ESchK vom 19. Dezember 1996 betreffend den *GT A SRG [Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft]* E. II./ C. 6., Ziff. 16 des Tarifs). Weiter begründete sie ihren Entscheid damit, dass allzu sprunghafte Erhöhungen zu vermeiden seien, was gegenüber der damals herkömmlichen Pauschalabgeltung von 1,2 Millionen Franken jährlich ansonsten gedroht hätte (vgl. zum Ganzen: Beschluss der ESchK vom 9. November 2009 betreffend den *Tarif A Fernsehen [Swissperform]* E. II./ 6. d)).
- 3.3 Entgegen der Auffassung von Swissperform (vgl. Stellungnahme vom 24. September 2015 N 4) betraf die Reduktion nicht bloss Nutzungen gemäss Ziff. 7.2 des vorliegenden *Tarifs A Fernsehen (Swissperform)*. Ziff. 3 des mit Beschluss vom 9. November 2009 genehmigten *Tarifs A Fernsehen (Fernsehen)* bestimmte zwar, dass mit der Bezahlung der tarifmässigen Vergütungen die Sendungen der SRG SSR über ihre konzessionierten Fernsehprogramme einschliesslich der auf den entsprechenden Adressierungsmitteln verbreiteten Radioprogramme abgegolten seien. Allerdings bezog sich Ziff. 3 auch auf die weiteren in Ziff. 2 des Tarifs genannten Nutzungen (Verwendung, Vervielfältigung und Zugänglichmachung nach Art. 22c, 24b und 35 URG). Dabei unterschied der damalige Tarif nicht zwischen gesendeten geschützten Handelstonträgern, die mit Bildaufnahmen synchronisiert wurden, und solchen, die nicht mit Bildaufnahmen synchronisiert wurden. Dies lässt den Schluss zu, dass beide abgedeckt waren. Dafür spricht auch, dass in Ziff. 2 Lemma 3 des damaligen Tarifs vom Zugänglichmachen und Vervielfältigen von «in Fernsehsendungen enthaltene[n] Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik in Verbindung mit ihrer Sendung» die Rede war.

Bei der Prüfung des Angemessenheitskriteriums der Art des benutzten Werkes gemäss Art. 60 Abs.1 Bst. b URG sind die Komplexität und der Herstellungsaufwand bei einer Werkkategorie mit zu berücksichtigen (DIETER MEIER, *Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht*, 2012, N 158). Demnach gilt beispielsweise ein audiovisuelles Werk als komplexer Schutzgegenstand (vgl. CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, *Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten*, in: von Büren/David

[Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Auflage 2014, N 1465, Fn. 2683). Gleichzeitig wird im Schrifttum aber auch darauf hingewiesen, dass dieses Kriterium nur ausnahmsweise eine Rolle spiele, weil davon ausgegangen werden könne, dass sich die Art und somit auch der Wert eines Werks im Nutzungsertrag widerspiegeln (ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Müller/Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz, URG, 2. Auflage 2012, Art. 60 N 10).

Das Bundesgericht bezeichnete es als vertretbar, wenn die Bemessung für die Leerträgernutzung audiovisueller Werke höher angesetzt wird als für akustische Werke, da die ersteren meistens komplexer seien und mehr Berechtigte vereinigten (vgl. das [unveröffentlichte] Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994; 2A.173/1994; 2A.174/1994 vom 24. März 1995 betreffend den *GT 4*, E. 9 a).

- 3.4 Vorliegend ist der in Ziff. 9 Lemma 3 des Tarifs gemäss dem ursprünglichen Genehmigungsgesuch vom 18. Juni 2013 für gesendete geschützte Musikfilme als Tonbildträger festgehaltene Vergütungsansatz von 3,315 Prozent der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen die Basis für die Berechnung der geschuldeten Vergütung für die gesendeten geschützten Handelstonträger. Aufgrund des Gesagten erscheint eine Reduktion des Satzes um 50 Prozent auf 1,6575 Prozent angemessen.
- 3.5 Der Regelhöchstsatz von 3 Prozent gemäss Art. 60 Abs. 2 URG für die Leistungsschutzrechte wird damit nicht überschritten, womit von der Schiedskommission auch nicht zu prüfen ist, ob dessen Überschreitung vorliegend ausnahmsweise zulässig wäre.
- 3.6 Ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit zu prüfen ist die Frage der Festlegung eines Kostendachs für die geschuldeten Vergütungen. Gemäss einer langjährigen Praxis der Schiedskommission sind allzu sprunghafte Erhöhungen zu vermeiden. Gelegentlich werden grössere Erhöhungen jedoch genehmigt, falls sie gestaffelt erfolgen. Auf eine gestaffelte Umsetzung kann unter Umständen verzichtet werden, wenn frühere Entschädigungen offensichtlich ungenügend waren oder wenn eine Erhöhung auf einer sachlich gerechtfertigten Umstellung auf ein neues Berechnungssystem beruht bzw. die Folge einer gerechteren Urheberrechtsentschädigung ist (vgl. Beschluss der Schiedskommission vom 10. Dezember 2012 betreffend *GT Y*, E. II./8., mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).
- 3.7 Im Jahr 2013 bezahlte die SRG SSR gemäss eigenen Angaben eine Pauschalvergütung von 1,2 Millionen Franken. Für das Jahr 2014 bezahlte sie der Swissperform für Handelstonbildträger 1 050 000 Franken und insgesamt für den *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* eine Vergütung von aufgerundet 1,2 Millionen Franken (vgl. Beilage 4 zum Protokoll der Verhandlung vom 18. Dezember 2015 «Vergütung Tarif A Fernsehen 2014»). Die SRG SSR bringt vor, sie habe bis zum heutigen Zeitpunkt die in Eigenproduktionen integrierten Handelstonträger nicht melden müssen. Daher seien diese nicht systematisch erfasst,

sodass die Höhe der effektiven Vergütung für die Nutzung gemäss Ziff. 7.2 in der von der Swissperform mit Gesuch vom 18. Juni 2013 beantragten Tarifversion unbekannt sei. Bisher habe die SRG SSR lediglich entsprechende Meldungen an die SUIZA vornehmen müssen. Gemäss vorsichtigen Schätzungen gehe die SRG SSR von zusätzlichen 800 000 bis 1 Million Franken aus, falls Ziff. 9 Lemma 2 in der von der Swissperform beantragten Fassung genehmigt würde. Die SRG SSR erachte es als angemessen, für die Dauer der Tarifperiode eine jährliche Höchstvergütung in der Höhe von 120 000 Franken für die gesamte Dauer des Tarifs festzulegen, um eine sprunghafte Erhöhung zu vermeiden. Damit werde ihr einerseits die Möglichkeit gegeben, die maximale Höhe künftiger Zahlungen in der Budgetplanung angemessen zu berücksichtigen. Andererseits könne so verhindert werden, dass eine unvorhergesehene hohe Vergütung in Rechnung gestellt werde. Die SRG SSR gehe davon aus, dass eine Erhöhung der Vergütung im Vergleich zu den Vorjahren um 10 Prozent noch als vertretbar betrachtet werden könne. Somit dürfe die Gesamtvergütung unter dem *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* 1,32 Millionen Franken nicht übersteigen.

- 3.8 Als Richtwert für die Beurteilung des Anstiegs der Vergütung kann die bisherige Vergütung von 1,2 Millionen Franken herangezogen werden (vgl. Beschluss der ESchK vom 9. November 2009 betreffend *Tarif A Fernsehen*, E. II./6. d)). Würde die von der SRG SSR geschuldete Vergütung um 800 000 bis 1 Million Franken pro Jahr ansteigen, entspräche dies einer Erhöhung um 67 bis 83 Prozent im Vergleich zur bisherigen Vergütung. Eine solche Erhöhung wäre sprunghaft und als solche nicht zulässig. Denn die genannten Voraussetzungen für einen Ausnahmefall, in welchem eine gestaffelte Umsetzung der Erhöhung nicht erforderlich wäre, liegen nicht vor.

Angesichts der Halbierung des von Swissperform unter Ziff. 9 Lemma 2 des Tarifs beantragten Vergütungssatzes von 3,315 Prozent (vgl. oben unter E. 3.4), halbieren sich jedoch auch die zu erwartenden Mehrkosten, weshalb hierfür noch von 400 000 bis 500 000 Franken auszugehen ist, was einer Erhöhung um 33 bis 42 Prozent entspräche. Aber auch eine Erhöhung von rund 40 Prozent hielt die Schiedskommission mit Beschluss vom 10. November 2014 betreffend den *GT S* für unangemessen, da sie zu einer allzu sprunghaften Erhöhung der Vergütung führen würde, die mit der einschlägigen Rechtsprechung unvereinbar wäre (Beschluss der ESchK vom 10. November 2014 betreffend den *GT S* E. II./3.3 c)). Eine Abstufung der Erhöhung erscheint unter Berücksichtigung der sich daraus ergebenden Abfederung angesichts der Anforderungen einer stufenweisen und massvollen Erhöhung der Vergütung notwendig. Somit kann die vorliegend zu beurteilende Ziff. 9 Lemma 2 des Tarifs nur genehmigt werden, falls die Erhöhung unter Festlegung eines (gestaffelten) Kostendachs erfolgt.

- 3.9 Zwar legte die Schiedskommission in ihrem Beschluss vom 9. November 2009 betreffend den *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* fest, dass die Entschädigung während der Gel-

tungsdauer des Tarifs um maximal 10 Prozent gegenüber der damals geltenden Pauschale (1,2 Millionen Franken pro Jahr) erhöht werden dürfe. Die Tarifparteien hätten es unterlassen, im Hinblick auf einen neuen Prozenttarif die Auswirkungen dieser neuen Regelung konkret darzulegen. Die Schiedskommission schloss indes nicht aus, dass nach Ablauf der Geltungsdauer des Tarifs und beim Vorliegen entsprechender Erfahrungswerte der Tarifansatz für geschützte Tonaufnahmen entsprechend angepasst werden könne. Der neue *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* geht zwar wieder von dieser Pauschale als Grundlage aus, dies jedoch nur, weil Swissperform aufgrund der lange ausgebliebenen Rechtskraft des am 9. November 2009 genehmigten *Tarifs A Fernsehen (Swissperform)* bis zur rechtskräftigen Genehmigung eines neuen Tarifs Nutzungserlaubnisse gegen Akontozahlungen in der Höhe des bisherigen Tarifs erteilte, was mit Beschluss der Schiedskommission vom 18. September 2012 genehmigt wurde. Die Parteien haben auf eine Rekonstruktion der Nutzungen verzichtet und stattdessen pauschale Zahlungen im Rahmen der bisherigen Höchstvergütung vereinbart. Dasselbe gilt für das Jahr 2013.

- 3.10 Nach der Festlegung des Vergütungssatzes in Ziff. 9 Lemma 2 auf 1,6575 Prozent rechtfertigt sich die gestaffelte Einführung dieses Vergütungssatzes. Dabei entspricht ein Kostendach für die Vergütung von Nutzungen gemäss Ziff. 7.2. des Tarifs in der Höhe von
- Fr. 100 000.– für das Jahr 2014
 - Fr. 200 000.– für das Jahr 2015
 - Fr. 300 000.– für das Jahr 2016
 - Fr. 400 000.– für das Jahr 2017
- einer stufenweisen und angemessenen Vergütung.

- 3.11 Als Teilergebnis ist demnach festzuhalten, dass Ziff. 9 Lemma mit einem Satz von 1,6576 Prozent und einem Kostendach in der Höhe von 100 000 Franken, das während der Geltungsdauer des Tarifs (2014–2017) jährlich um 100 000 Franken steigt, angemessen ist. Dies gilt vorbehältlich der Frage der rückwirkenden Inkraftsetzung der Tarifbestimmung (s. dazu unten unter E. 5).

4. Beurteilung der Angemessenheit von Ziff. 27 des Tarifs

- 4.1 Die SRG SSR beantragt die Streichung der Urheber- und Interpreteninformationen in Ziff. 27 des Tarifs. Werde der ISRC gemeldet, wie dies in Ziff. 27 Lemma 8 vorgesehen sei, könne die Gesuchstellerin diese weiteren Informationen ohne nennenswerten Aufwand selbst ausfindig machen. Die SRG SSR strebe eine Harmonisierung der Meldungen von SUIISA und Swissperform an. Der SUIISA müssten die Interpreteninformationen nicht gemeldet werden. Eine entsprechende tarifliche Verpflichtung aufgrund des vorliegenden Genehmigungsverfahrens würde dementsprechend zu einem erheblichen Mehraufwand führen, da sämtliche SUIISA-Meldungen teilweise manuell bearbeitet und ergänzt werden

müssten. Die Informationen hinsichtlich der Komponisten und Interpreten müssten hingegen gemeldet werden, wenn der ISRC fehle. Deshalb beantrage die SRG SSR, die diesbezügliche Meldepflicht in Ziff. 28 des Tarifs vorzusehen.

- 4.2 Die Swissperform argumentiert, eine Pflicht zu entsprechenden Nutzungsmeldungen bestehe automatisch, wenn die Senderechte und Vervielfältigungsrechte unter den Tarif fielen und nach diesem abzugelten seien. Ihr Rechtsbegehren weiche insofern vom ursprünglichen Tarifantrag ab, als in dessen Ziff. 27 nicht mehr die Bedingungen aufgezählt würden, unter welchen eine Verpflichtung zur Meldung des ISRC bestehe. Diese ursprüngliche Formulierung habe Swissperform bereits nicht mehr zum Gegenstand des Verwaltungsgerichtsverfahrens B-1298/2014 gemacht. Entsprechend werde sie vorliegend von ihr auch nicht mehr beantragt. Hingegen sei es für sie klar, dass die SRG SSR in Bezug auf die Meldung des ISRC mit den Privatsendern zumindest schritthalten müsse. Unter dem geltenden Gemeinsamen Tarif S seien als Vergleich keine Alternativmeldungen für den ISRC mehr vorgesehen. Voraussetzung der Pflicht zu dessen Meldung sei die standardisierte und importierbare Mitteilung des Codes durch den Lieferanten der Aufnahme zum Zeitpunkt des Erhalts der Aufnahme. Der SRG SSR als Marktführerin sei es ebenfalls zuzumuten, den ISRC unter vergleichbaren Bedingungen zu liefern.
- 4.3 In E. II./3.7 b) des diesem Verfahren zugrundeliegenden Beschlusses der ESchK vom 4. November 2013 betreffend den *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* hat sich die Schiedskommission bereits zu den Meldepflichten geäussert und strich die Klammerbemerkung hinter «-ISRC» in Ziff. 24 Lemma 7 des Tarifs. Obwohl infolge der von ihr vorgenommenen Streichung von Ziff. 7.2 auch die Ziffern 26–29 des Tarifs hinfällig wurden hielt sie bereits damals fest, dass dies auch für die Klammerbemerkung von Ziff. 27 Lemma 8 gelte. Es kann auf die dortigen Erwägungen verwiesen werden sowie auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2429/2013 vom 28. November 2013 betreffend den *Tarif A Radio (Swissperform)*, in welchem das Gericht entschieden hat, dass eine entsprechende Klammerbemerkung gestrichen werden müsse. Folglich hat die Swissperform die im ursprünglichen Tarif beantragte Klammerbemerkung hinter «-ISRC» in Ziff. 27 mit ihrer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht fallen lassen und beantragt diese konsequenterweise auch im laufenden Verfahren nicht mehr.
- 4.4 Ziff. 27 reiht sich in den Abschnitt C.b. des Tarifs ein, der die Ziffern 26–29 umfasst und die «Meldung der in selbst oder im Auftrag produzierten Sendungen und Werbespots verwendeten Handelstonträger gemäss Ziff. 7.2» regelt. Dabei stellt Ziff. 26 die Pflicht zur Meldung auf. Deren Inhalt ist in Ziff. 27 und (für den Fall von Meldungen ohne ISRC) zusätzlich in Ziff. 28 geregelt. Gemäss Ziff. 29 ist zudem bei Handelstonträgern, die von der SRG SSR in audiovisuelle Trailer oder Sendeeinleitungen integriert werden, eine Liste der dazu verwendeten Original-Tonaufnahmen mit den Angaben gemäss den Ziffern 27 und 28 zu liefern. Für die Meldung der geschützten Handelstonträger gemäss

Ziff. 7.1 des Tarifs sieht der Tarif im Abschnitt C.a. in den Ziffern 23 bis 25 analoge Meldemodalitäten vor.

Im Gegensatz zu Ziff. 27, die angesichts der eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts von diesem an die Schiedskommission zurückgewiesen wurde, hat das Bundesverwaltungsgericht die Ziffern 26, 28 und 29 bereits genehmigt. Die Meldung der Urheber und Interpreten kann deshalb nicht mehr – wie von der SRG SSR beantragt – in Ziff. 28 eingebracht werden, die die zu meldenden Daten bestimmt, falls der ISRC nicht angegeben werden kann. Würde man die Meldung des Namens des Komponisten und des bzw. der Hauptinterpreten (evtl. Künstler- oder Gruppennamen), aus Ziff. 27 dennoch streichen, müssten diese der Swissperform in keinem der Fälle mehr gemeldet werden. Die Swissperform könnte sich der Situation ausgesetzt sehen, in der ihr weder der ISRC noch die Urheber- und Interpreteninformationen gemeldet werden. Dies erscheint unannehmbar, weil die Verwertungsgesellschaften verpflichtet sind, die Vergütungen aus einem Tarif an die richtigen Personen zu verteilen. Zudem ist auf eine Harmonisierung der Bestimmungen innerhalb des Tarifs zu achten. Der *Tarif A Fernsehen* sieht in Ziff. 24 dieselben Meldemodalitäten vor wie in Ziff. 27 (mit Ausnahme des Namens der Sendung oder des Werbespots, in welcher der integrierte Handelstonträger verwendet wird). Die Urheber- und Interpreteninformationen aus Ziff. 27 zu streichen würde folglich auch nicht mit analogen bereits genehmigten Bestimmungen des Tarifs in Einklang stehen und ist auch deshalb abzulehnen.

Entsprechende Meldungen der Komponisten und der Hauptinterpreten (evtl. Künstler- oder Gruppennamen) sind auch in Ziff. 22 des *Tarifs A Radio (Swissperform)* (mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016) genehmigt worden. Im Beschluss der Schiedskommission vom 29. Oktober 2012 betreffend den *Tarif A Radio (Swissperform)*, erachtete diese in E. II./4.2 die Belassung der weiteren Meldepflichten neben dem ISRC in Ziff. 22 des damaligen Tarifs im Sinne einer möglichen Fehlerkontrolle als sinnvoll.

Ziff. 27 des *Tarifs A Fernsehen (Swissperform)* ist aufgrund des Gesagten mit dem von der Swissperform beantragten Wortlaut zu genehmigen.

5. Im Folgenden ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens der nachträglich genehmigten Ziffern 9 Lemma 2 und 27 des Tarifs zu prüfen.
 - 5.1 Die SRG SSR beantragt die Inkraftsetzung der Ziff. 7.2 in der ursprünglichen Version auf den 1. Januar 2016. Für eine rückwirkende Inkraftsetzung fehle es vorliegend an einer gesetzlichen Grundlage, da Art. 83 Abs. 2 URG nur für die jeweils ersten für Vergütungen nach Art. 35 URG genehmigten Tarife gelte. Hier handle es sich jedoch bereits um den zweiten Tarif, der seit Inkrafttreten des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger,

abgeschlossen in Genf am 20. Dezember 1996 (WPPT, SR 0.231.171.1), und des total-revidierten URG zu genehmigen sei. Des Weiteren hätte die SRG SSR ein legitimes schutzwürdiges Interesse daran, dass Ziff. 7.2 nicht bereits auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt werde. Eine solche rückwirkende Genehmigung würde sich auf einen Zeitraum von beinahe zwei Jahren erstrecken, was nicht mehr als zeitlich mässig angesehen werden könne. Auch sei die SRG SSR bisher davon ausgegangen, dass die entsprechende Bestimmung nicht in den Tarif aufgenommen werde und hätte nicht mit der Einführung der entsprechenden Vergütungspflicht rechnen müssen. Im Gegenteil hätte sie auf die bisherige Rechtsauffassung der Schiedskommission vertrauen dürfen und sei in diesem Vertrauen zu schützen. Eine rückwirkende Genehmigung würde auch das Gebot der Rechtssicherheit in grober Weise verletzen. Ferner sei es ihr angesichts der bestehenden Unsicherheiten nicht zumutbar gewesen, Rücklagen für den gesamten Zeitraum bereit zu stellen. Ebenfalls macht sie geltend, dass der Aufwand, rückwirkend Meldeblätter zu generieren, unverhältnismässig sei.

- 5.2 Die Swissperform verweist anlässlich der Sitzung vom 18. Dezember 2015 auf den Beschluss der Schiedskommission aus dem Jahr 2015 zum *GT 3a*, in welchem jene die von Nutzerseite vorgebrachten Argumente gegen eine rückwirkende Inkraftsetzung von Tarifen bereits zu Recht abgelehnt habe. Im vorliegenden Fall gäbe es zudem nur einen vom Tarif betroffenen Nutzer, weshalb die regelmässig gegen eine rückwirkende Inkraftsetzung vorgebrachte Dogmatik des allgemeinen Rückwirkungsverbots hier umso weniger stichhaltig sei. Die SRG SSR habe mit einer rückwirkenden Inkraftsetzung rechnen müssen.
- 5.3 Aufgrund der klaren Weisung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil B-1298/2014 ist vorliegend lediglich über die Ziffern 9 Lemma 2 und 27 neu zu entscheiden. Wie oben ausgeführt, ist Ziff. 7.2 nicht mehr Gegenstand des Rückweisungsverfahrens. Ziff. 7.2 des Tarifs wurde vom Bundesverwaltungsgericht bereits rückwirkend per 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt, ohne dass das Gericht die rückwirkende Inkraftsetzung in Frage gestellt hätte.
- 5.4 Die Schiedskommission hat im Beschluss vom 2. März 2015 betreffend den *GT 3a Zusatz E. II./16* (nicht rechtskräftig) unter Hinweis auf ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, URG, 2. Auflage 2012, Art. 46 N 8 entschieden, dass die Frage der rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen ein Bestandteil der Angemessenheitskontrolle ist. Sie hat diese Frage folglich mit Bezug auf die Ziffern 9 Lemma 2 und 27 des Tarifs unabhängig von den Anträgen der SRG SSR zu den entsprechenden Ziffern des Tarifs zu prüfen. Der *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* vom 18. Juni 2013 sieht in Ziff. 41 ein Inkrafttreten ab dem 1. Januar 2014 vor.

- 5.5 Das Bundesgericht hat in BGE 133 II 263 E. 11.3 die abstrakte Frage nach einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen zwar offen gelassen, eine solche im konkreten Verfahren freilich nicht angeordnet. Bei der Entscheidung seien sowohl die Sach- als auch die Rechts- und Interessenlage im Einzelfall zu berücksichtigen (BGE 133 II 263 E. 11.2). In diesem Urteil hat das Bundesgericht die Prüfkriterien der sogenannten echten Rückwirkung von Erlassen des allgemeinen Verwaltungsrechts (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, N 270) nicht explizit angewandt. Vielmehr scheint es sich um eine Prüfung *sui generis* zu handeln, bei der im Rahmen der Rechts-, Interessen- und Sachlage namentlich zwei Kriterien massgeblich sind: Einerseits dasjenige der Vorhersehbarkeit der Vergütungspflicht, andererseits das Kriterium der Zumutbarkeit für die (nach Durchlaufen des Instanzenzugs) vergütungspflichtigen Rechtssubjekte, die erforderlichen Rückstellungen zu tätigen. Die Prüfkriterien, wonach Rückwirkungen keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirken und keinen Eingriff in wohlverworbene Rechte darstellen dürfen, sind auch im verwertungsrechtlichen Verfahren zu beachten, da sie Grundsätzen entspringen, die im gesamten Verwaltungsrecht gelten (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 270). Aus dem Erfordernis, Rückwirkungen zeitlich mässig zu halten, ergibt sich das Kriterium der Vorhersehbarkeit, wobei auch hier die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls massgebend sind (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 270). Schliesslich ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) als eines der Grundprinzipien des Verwaltungsrechts (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 270) auch im Rahmen der rückwirkenden Inkraftsetzung von urheberrechtlichen Tarifen oder deren einzelner Bestimmungen durch die Schiedskommission zu beachten.
- 5.6 Auch wenn ein Beschluss der Schiedskommission angefochten und einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt wird (Art. 74 Abs. 2 URG), müssen der oder die Nutzer ab dem Zeitpunkt des Entscheids der Schiedskommission grundsätzlich mit der Möglichkeit der Einführung des betreffenden Tarifs rechnen und für den «verfahrensrechtlich verpassenen Bezug» hat in irgendeiner Form ein Ausgleich zu Gunsten der Berechtigten stattzufinden (BGE 133 II 263 E. 11.4 f.). Dies muss auch gelten, wenn die Schiedskommission einen Tarif erstinstanzlich zugunsten der Nutzer geändert hat und dieser von der oder den beteiligten Verwertungsgesellschaften weitergezogen wird.

Schon in seinem Urteil betreffend den *Tarif A Radio (Swissperform)* hat das Bundesgericht festgehalten, das Fehlen eines gültigen Tarifs dürfe natürlich nicht dazu führen, dass gesetzlich vorgesehene Entschädigungen nicht bezahlt würden (Urteil des Bundesgerichts 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 6.4). In E.II./5.5 ihres Beschlusses vom 29. Juni 2015 betreffend den *Tarif A Radio (Swissperform)* hielt die Schiedskommission fest, dies müsse entsprechend auch für einzelne im Rechtsmittelverfahren umstrittene Tarifbestimmungen gelten, die einen Einfluss auf die Höhe der Vergütung hätten.

- 5.7 Vor der Totalrevision des URG waren sowohl die rückwirkende Inkraftsetzung als auch die rückwirkende Anwendung von Tarifen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hingegen noch ausgeschlossen (GOVONI/STEBLER, a.a.O., N 1490, mit weiteren Hinweisen; MEIER, a.a.O., N 269, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung in Fn. 85). Dies war darauf zurückzuführen, dass das alte Recht nur Nutzungen kannte, die ein ausschliessliches Recht betreffen. Damit war klar, dass Nutzungen nicht ohne Erlaubnis vorgenommen werden durften, solange kein Tarif bestand. Ein solches Vorgehen hätte zu einer Urheberrechtsverletzung geführt und einen von einem Zivilgericht zu beurteilenden Schadenersatzanspruch ausgelöst (Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 1986, E. 10 b), veröffentlicht in: EIDGENÖSSISCHE SCHIEDSKOMMISSION FÜR DIE VERWERTUNG VON URHEBERRECHTEN [Hrsg.], *Entscheide und Gutachten*, 1981–1990, S. 183 ff., S. 194).
- 5.8 Mit Inkrafttreten des totalrevidierten URG vom 9. Oktober 1992 hat sich die Rechtslage insofern geändert, als die Übergangsbestimmung in Art. 83 Abs. 2 URG vorsieht, dass die sich aus den sogenannten gesetzlichen Lizenzen ergebenden Vergütungen ab dem Inkrafttreten des Gesetzes geschuldet sind, aber erst nach der Genehmigung des entsprechenden Tarifs geltend gemacht werden können. Mit der betreffenden Bestimmung wollte der Gesetzgeber verhindern, dass zwischen dem Inkrafttreten des Gesetzes und dem Inkrafttreten entsprechender Tarife vergütungsfreie Perioden entstehen, beispielsweise aufgrund der Anfechtung von Genehmigungsbeschlüssen der Schiedskommission (GOVONI/STEBLER, a.a.O., N 1490, mit weiteren Hinweisen). Das Bundesgericht hat denn auch im (unveröffentlichten) Urteil 2A.142/1994, 2A.173/1994 und 2A.174/1994 vom 24. März 1995, E. 15, S. 62, *GT* 4, festgehalten, dass die Möglichkeit der Rückwirkung von Tarifen dem Wortlaut und dem sich aus der Entstehungsgeschichte ergebenden Sinn und Zweck von Art. 83 Abs. 2 URG entspricht. Gemäss BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 46 N 8 muss Art. 83 Abs. 2 URG auch für die Vergütungsbereiche ausserhalb der Art. 13, 20 und 35 URG gelten. Aus dieser Regelung sowie aus der vorerwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts kann jedenfalls abgeleitet werden, dass das Tarifgenehmigungsverfahren einschliesslich seines Instanzenzugs weder bei der Geltendmachung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen noch bei der Wahrnehmung ausschliesslicher Rechte zu vergütungsfreien Nutzungsperioden führen darf. Andernfalls würde das Verwertungsrecht mit der Angemessenheitskontrolle der Tarife in das materielle Urheberrecht eingreifen, das dem Schutz der Eigentumsgarantie von Art. 26 Abs. 1 BV untersteht (vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz, URG], zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen [Topographiengesetz, ToG] sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiete des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte [BBl 1989 III 477, Ziff. 214.3, S. 558]; RETO M. HILTY, *Urheberrecht*, 2011, N 74).

- 5.9 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* den betreffenden Tarif rückwirkend über die Dauer von zwei Jahren auf den 1. Januar 2010 (ohne nähere Begründung) in Kraft treten lassen. In den Zwischenverfügungen B-2210/2012 vom 24. Mai 2012, E. 9.2, *GT 4e [2010–2011]* und B-2099/2011 vom 13. Februar 2012, E. 2.2, *GT 3c [2011–2014]* erteilte das Bundesverwaltungsgericht jeweils die aufschiebende Wirkung mit der Begründung, eine Abrechnung über die geschuldeten Vergütungen für die Zeitspanne der aufschiebenden Wirkung könne selbst nach Ablauf der vorgesehenen Tariffdauer noch erfolgen. Es hat damit eine rückwirkende Inkraftsetzung zumindest nicht ausgeschlossen. Dasselbe gilt auch für das Verfahren B-6540/2012 *GT 3a Zusatz* vor dem Bundesverwaltungsgericht.
- 5.10 Die Schiedskommission hat die rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs in ihrem Beschluss vom 17. November 2011 betreffend den *GT 4e [2010–2011]*, N 152 ff. erstmals genehmigt. Nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts erfolgte ebenfalls eine rückwirkende Inkraftsetzung des *GT 3a Zusatz* durch die Schiedskommission (Beschluss der ESchK vom 25. März 2015 betreffend den *Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz*, E. II./17 ff. [nicht rechtskräftig]). Ebenso setzte sie mit Beschluss vom 29. Juni 2015 betreffend den *Tarif A Radio (Swissperform)* [nicht rechtskräftig] den *Tarif A Radio (Swissperform)* rückwirkend in Kraft (E. II./5).

Vor ihrem Beschluss vom 17. November 2011 betreffend den *GT 4e [2010–2011]* hatte die Schiedskommission die Praxis verfolgt, für vergangene, aufgrund eines tariflosen Zustands nicht vergütete Nutzungen einen Ausgleich in einem nachfolgenden Tarif vorzusehen. Der Grund für die Bevorzugung entsprechender Zuschläge lag darin, dass die Hersteller und Importeure die Vergütungen bei einer rückwirkenden Inkraftsetzung der sogenannten Leerträgertarife nicht mehr auf die eigentlichen Nutzer hätten überwälzen können (Beschluss der ESchK vom 17. November 2011 betreffend den *GT 4e [2010–2011]*, N 149). Aber auch diese Art der Kompensation für vergütungsfreie Nutzungsperioden wird sogar für den Bereich der Leerträgervergütung mitunter als unzulänglich kritisiert (vgl. VINCENT SALVADÉ, in: de Werra/Gilliéron [Hrsg.], *Commentaire Romand, Propriété intellectuelle*, 2013, Art. 46 URG N 17).

- 5.11 Das Schrifttum steht einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen bejahend gegenüber (vgl. DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, 3. Auflage 2008, Art. 46 N 11; GOVONI/STEBLER, a.a.O., N 1371, 1490; SALVADÉ, a.a.O., Art. 46 URG N 17). Dabei spielt es gemäss BREM/SALVADÉ/WILD eine Rolle, ob die Entschädigungen im Zeitpunkt der Nutzung für die Verpflichteten in ihrer Höhe schon vorhersehbar waren, und ob die Nutzer bzw. ihre Organisationen das Verfahren ungebührlich verzögert haben (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 46 N 8, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994; 2A.173/1994; 2A.174/1994 vom 24. März 1995, E. 15 *GT 4*). Gemäss MEIER wäre die grundsätzliche Ablehnung einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen

auch unvereinbar mit den konventionsrechtlichen Verpflichtungen, die die Schweiz eingegangen ist, sofern keine anderen Möglichkeiten bestehen, um eine entschädigungslose Nutzungsperiode auszugleichen (MEIER, a.a.O., N 275).

- 5.12 Die bereits erstinstanzliche Genehmigung von rückwirkenden Tarifen durch die Schiedskommission und die «rückwirkende» Anwendung von Tarifen oder deren einzelner Bestimmungen nach dem Abschluss eines Rechtsmittelverfahrens ist gedanklich auseinanderzuhalten. Während erstere Konstellation eine gewisse dogmatische Nähe zum Rückwirkungsverbot aufweist, ergibt sich letztere allein aus dem Instanzenzug. Daher ist auch die von der SRG SSR herangezogene Rechtsprechung der ehemaligen RKGE zur bereits erstinstanzlich rückwirkenden Genehmigung von Verteilreglementen durch das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) vorliegend nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragbar (vgl. Entscheid der RKGE UR 01/98 vom 25. März 1999, veröffentlicht in *sic!* 1999, 405 ff., [teilweise unveröffentlichte] E. 5, *Wörterbücher*). Dabei kann die Frage offen gelassen werden, ob und in wie weit die Rechtsprechung der rückwirkenden Genehmigung von Verteilreglementen der Verwertungsgesellschaften überhaupt auf die Frage der rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen oder einzelner Tarifbestimmungen übertragen werden kann.
- 5.13 Das Tarifgenehmigungsverfahren einschliesslich des Beschwerdeverfahrens ist nicht als Instrument gedacht, um selbst im Fall des Unterliegens vor Gericht eine Gratisnutzung zu erwirken. Davon abgesehen, dass eine Ausgestaltung der kollektiven Verwertung, die die rückwirkende Inkraftsetzung von Tarifen nach einem Beschwerdeverfahren ausschliesst, in einem krassen Widerspruch zur individuellen Verwertung durch die Berechtigten mit den Instrumenten des Privatrechts stünde, erschiene dies auch unter prozessökonomischen Gesichtspunkten widersinnig. Zumindes bei Tarifen, die einen neuen Nutzungsbereich erschliessen, würde die Ausschöpfung aller Rechtsmittel im Tarifgenehmigungsverfahren zum Regelfall. Andererseits müssen die Schiedskommission und gegebenenfalls die Beschwerdeinstanzen den besonderen Umständen eines jeden Einzelfalls Rechnung tragen (vgl. dazu BGE 133 II 263, in welchem Verfahren das Bundesgericht angesichts des bestehenden Zeitdrucks unter Verzicht auf eine Rückweisung an die Schiedskommission über die Rückwirkungsfrage gleich selbst entschieden hat). Dazu gehört etwa die Prüfung der Fragen, ob andere Formen des Ausgleichs sachgerechter sind, ob mit einem Zuschlag in einem Folgetarif anstelle der rückwirkenden Inkraftsetzung allenfalls unbeteiligte Nutzer belastet werden etc.
- 5.14 Trotz des Inhalts des Beschlusses der Schiedskommission vom 4. November 2013 musste die SRG SSR angesichts der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. oben E. II./5.6) grundsätzlich noch mit einer (nachträglichen) Genehmigung der Ziffern 9 Lemma 2 und 27 des *Tarifs A Fernsehen (Swissperform)* rechnen, solange das von der Swissperform initiierte Rechtsmittelverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen war.

Die Bemessung der aufgrund der (nachträglich) genehmigten Ziffern 9 Lemma 2 des Tarifs für die Zeit nach dem 1. Januar 2014 geschuldeten Mehrvergütung war für die SRG SSR offenbar in etwa kalkulierbar und wurde von ihr selbst auf 800 000 bis 1 Million Franken pro Jahr geschätzt (vgl. oben unter E. II./3.7). Das Erfordernis, dass die SRG SSR für die Jahre 2014 bis 2015 entsprechende Rückstellungen hätte vornehmen müssen, kann nicht als unzumutbar bezeichnet werden. Ferner steht vorliegend bloss die rückwirkende Inkraftsetzung einzelner Tarifbestimmungen zur Debatte. So ordnete auch das Bundesverwaltungsgericht für die (nachträglich unverändert genehmigte) Ziff. 7.2 des Tarifs keine von Ziff. 41 des Tarifs abweichende Geltungsdauer an, womit deren rückwirkende Inkraftsetzung per 1. Januar 2014 erfolgte. Die Ziffern 9 Lemma 2 und 27 des Tarifs hängen inhaltlich eng mit Ziff. 7.2 zusammen. Ohne Meldungen der Nutzungen gemäss Ziff. 7.2 können diese auch nicht nach Ziff. 9 Lemma 2 vergütet werden. Für diese Ziffern einen anderen Zeitpunkt der Inkraftsetzung zu bestimmen, erschiene kaum sachgerecht und widerspräche der Einheitlichkeit des Tarifs.

- 5.15 Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern eine rückwirkende Genehmigung der Ziffern 9 Lemma 2 und 27 des *Tarifs A Fernsehen (Swissperform)* zu Wettbewerbsverzerrungen oder stossenden Rechtsungleichheiten führen sollte. Auch ein Eingriff in wohlerworbene Rechte droht dadurch nicht. Schliesslich hat das Bundesverwaltungsgericht schon einmal eine rückwirkende Inkraftsetzung im Umfang von rund zwei Jahren gewährt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1769/2010 vom 3. Januar 2012, E. 1.2 *Tarif A Fernsehen [Swissperform]*).
 - 5.16 Unter Einbezug der Tatsache, dass der vorliegende Tarif einzig die SRG SSR und nicht eine Vielzahl von Nutzern betrifft, erscheint auch die rückwirkende Inkraftsetzung im vorliegenden Einzelfall über einen Zeitraum von zweieinhalb Jahren nicht unverhältnismässig. Dies gilt umso mehr, als das festgesetzte Kostendach (vgl. oben und E. 3.10 f.) die Auswirkungen der rückwirkenden Inkraftsetzung zusätzlich abfedert. Sinnvollere Alternativen zur rückwirkenden Inkraftsetzung als Ausgleich sind nicht ersichtlich. Eine rückwirkende Inkraftsetzung auf den 1. Januar 2014 ist damit unter Würdigung der gesamten Rechts-, Sach- und Interessenlage des vorliegenden Einzelfalls zu gewähren.
 - 5.17 Im Ergebnis sind Ziff. 9 Lemma 2 mit einem Satz von 1,6575 Prozent und einem Kostendach von 100 000 Franken für 2014, 200 000 Franken für 2015, 300 000 Franken für 2016 und 400 000 Franken für 2017 sowie Ziff. 27 ohne die Klammer im letzten Spiegelstrich mit der ursprünglich in Ziff. 41 des Tarifs vorgesehenen Geltungsdauer vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017 zu genehmigen.
6. Da der *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* in der Fassung vom 18. Juni 2013 in Ziff. 41 eine Geltungsdauer vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017 vorsieht, und da für die mit dem vorliegenden Beschluss nachträglich zu genehmigenden Ziffern 9 Lemma 2 und 27 keine

besondere Geltungsdauer vorzusehen ist, träten die bisher umstrittenen Tarifbestimmungen mit dem Datum des heutigen Beschlusses in Kraft. Dabei sähe sich die SRG SSR als einzige Nutzerin der unhaltbaren Situation ausgesetzt, dass sie den Beschluss mangels Vorliegens einer begründeten Fassung nur schwer anfechten kann (vgl. die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6540/2012 vom 24. Januar 2013, E. 3.2 *GT 3a Zusatz*). Es stellt sich daher die Frage, was im Zeitraum zwischen der Beschlussfassung vom 18. Dezember 2015, dem Vorliegen der begründeten Fassung dieses Beschlusses und dem Ablauf der entsprechenden Beschwerdefrist (vgl. Art. 16 Abs. 3 der Urheberrechtsverordnung vom 26. April 1993 [URV, SR 231.11]) gilt.

Vorbehältlich einer Anordnung im Gesetz ist es Sache der verfügenden Behörde, den Zeitpunkt für die Wirksamkeit einer Verfügung festzusetzen (vgl. Art. 39 Bst. b VwVG, Art. 55 Abs. 2 VwVG). Vorliegend fehlt eine entsprechende Norm in den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen. Die Schiedskommission nimmt daher im Sinne einer Nebenbestimmung in ihren Beschluss auf, dass er erst mit dem Ablauf der Beschwerdefrist Rechtswirkungen entfaltet.

7. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV und sind gemäss Art. 16b Abs. 1 URV von Swissperform zu tragen. Angesichts des Umstands, dass die Schiedskommission aufgrund des Rückweisungsurteils des Bundesverwaltungsgerichts die Genehmigung der Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 des *Tarifs A Fernsehen (Swissperform)* erneut zu beurteilen hatte, erscheint es gerechtfertigt, diese aufgrund von Art. 16a Abs. 1 URV in Verbindung mit Art. 13 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (VKEV, SR 172.041.0) auf 1500 Franken festzulegen. Die Gebühren und Auslagen betragen demnach 1500 Franken (Gebühr) plus 10 817.50 Franken (Auslagen).

III. Demnach beschliesst die Schiedskommission:

1. Der mit Eingabe vom 18. Juni 2013 beantragte *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG SSR) zu Sendezwecken im Fernsehen] wird mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017 nebst den sich aus dem Beschluss der Schiedskommission vom 4. November 2013 und dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1298/2014 vom 30. März 2015 ergebenden Änderungen mit folgenden Änderungen genehmigt:
 - 1.1. Ziffer 9 Lemma 2:

«1,6575% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm. Während der Geltungsdauer des Tarifs darf diese Entschädigung jedoch nicht mehr als

 - Fr. 100 000.– für das Jahr 2014
 - Fr. 200 000.– für das Jahr 2015
 - Fr. 300 000.– für das Jahr 2016
 - Fr. 400 000.– für das Jahr 2017

betragen.»
 - 1.2. Ziffer 27 letzter Spiegelstrich: «ISRC»
2. Dieser Beschluss entfaltet Rechtswirkung mit dem Ablauf der Beschwerdefrist.
3. Die Kosten des Genehmigungsverfahrens in der Höhe von 12 317.50 Franken (1500 Franken plus 10 817.50 Franken) werden der Verwertungsgesellschaft Swissperform auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Mitglieder der Spruchkammer
 - SRG SSR, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, Generaldirektion | Generalsekretariat, Rechtsdienst, Giacomettistrasse 1, 3000 Bern 31 (Einschreiben mit Rückschein)
 - Swissperform, Zürich, vertreten durch PD Dr. Ernst Brem, Rechtsanwalt, Im Langacher 21, Postfach 10, 8805 Richterswil (Einschreiben mit Rückschein)
 - Preisüberwachung PUE (zur Kenntnis)

Eidgenössische Schiedskommission

Armin Knecht
Präsident

Philipp Dannacher
Kommissionssekretär

Die **Rechtsmittelbelehrung** folgt auf der nächsten Seite.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht (Postfach, 9023 St. Gallen) Beschwerde geführt werden.¹ Die Rechtsschrift 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.²

¹ Art. 74 Abs. 1 URG in Verbindung mit Art. 33 Bst. f und Art. 37 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) sowie Art. 50 Abs. 1 VwVG.

² Art. 52 Abs. 1 VwVG.