



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Beschluss vom 29. Juni 2015 betreffend Tarif A Radio (Swissperform)

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

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Mit Eingabe vom 18. Juni 2012 beantragte die Verwertungsgesellschaft Swissperform die Genehmigung eines neuen *Tarifs A Radio (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Radio)* mit einer Gültigkeitsdauer von vier Jahren, d.h. vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 (vgl. Ziffer 35 des Tarifs). Die Swissperform teilte mit, dass insbesondere in folgenden Punkten wie bereits früher unterschiedliche Auffassungen zwischen ihr und der SRG SSR als einziger Verhandlungspartnerin bestünden:

- So habe die Swissperform bereits bei dem (letztlich von der Schiedskommission abgelehnten) Tarif AS die Meinung vertreten, dass das US-amerikanische Repertoire auch angesichts des Gegenseitigkeitsvorbehalts nach Art. 35 Abs. 4 des Urheberrechtsgesetzes in der Schweiz geschützt sei, sobald das entsprechende Programm im Internet verbreitet werde.
- Nach dem Inkrafttreten des WIPO-Vertrags vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger («WPPT») am 1. Juli 2008 würden sich nun weitere Fragen zum Schutz des US-amerikanischen Repertoires in der Schweiz stellen. Da die Schweiz dieses Abkommen ohne Vorbehalt zu Art. 15 WPPT ratifiziert habe, würden die Aufnahmen von US-amerikanischen Künstlern bzw. Produzenten in der Schweiz vollen Schutz geniessen, wenn sie in einem Mitgliedsstaat des WPPT im Sinne von Art. 2 Abs. 1 WPPT in Verbindung mit Art. 5 des Rom-Abkommens erstveröffentlicht worden seien.

Da mit der SRG SSR keine Einigung über diese Rechtsfragen habe erzielt werden können, wollte die Swissperform diese vorfrageweise in einem Tarifgenehmigungsverfahren von der Schiedskommission klären lassen. 80 Prozent des nach dem Rom-Abkommen in der Schweiz als ungeschützt betrachteten US-Repertoires erfülle das Merkmal der Erstveröffentlichung in einem Mitgliedstaat des WPPT. Art. 3 Abs. 2 WPPT verweise auf die Schutzkriterien des Rom-Abkommens. Diese seien somit auch für den WPPT massgebend. Auffallend sei allerdings, dass der WPPT und insbesondere Art. 15 Abs. 3 WPPT die in Art. 16 Abs. 1 Bst. a des Rom-Abkommens vorgesehenen weiteren Einschränkungsmöglichkeiten nicht mehr nenne.

2. Die SRG SSR verlangte in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2012 die vollständige Streichung der Ziffern 8, 10 und 24 des *Tarifs A Radio (Swissperform)* sowie weitere, hier nicht näher interessierende Änderungen hinsichtlich der Ziffern 22 und 23. Die beiden Ziffern 8 und 10 betreffen nach Auffassung der SRG SSR den Repertoireschutz und seien gemäss ständiger Praxis der Schiedskommission zu streichen. Dies mit der Begründung, dass bei einem Sendetarif mit einem linearen Prozentsatz die Rechtsfrage, inwieweit die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken vergütungspflichtig sei, keine zur Angemessenheitsprüfung notwendige Vorfrage darstelle und daher auch nicht im Tarifgenehmigungsverfahren zu entscheiden sei. Eventualiter nahm die SRG SSR zur Frage des Schutzes des US-Repertoires Stellung, wobei sie sich auf den Standpunkt stellte, dass hier auf das Merkmal der Staatsangehörigkeit und nicht auf dasjenige der

Erstveröffentlichung abzustellen sei. Zur Frage des Schutzes von Handelstonträgern mit Bezug auf einzelne sogenannte Verbreitungsvektoren folgerte die SRG SSR mit Hinweis auf den WPPT (namentlich Art. 15 Abs. 1 WPPT) wie auch auf das nationale Recht (Art. 35 Abs. 4 des Urheberrechtsgesetzes), dass in der Schweiz für zu Sendezwecken verwendete Aufnahmen, an welchen ausschliesslich ausübende Künstler und Tonträger-Hersteller aus den USA beteiligt seien, weiterhin kein Vergütungsanspruch gewährt werden müsse. Damit erweise sich die Bestimmung in Ziffer 10 des Tarifs als konventionswidrig und mit dem nationalen Recht unvereinbar und müsse in der Folge gestrichen werden.

3. Mit Stellungnahme vom 13. September 2012 verzichtete die Preisüberwachung (PUE) auf die Abgabe einer formellen Empfehlung zum *Tarif A Radio (Swissperform)* (vgl. Art 15 Abs. 2bis des Preisüberwachungsgesetzes), da die strittigen Punkte keinen direkten Bezug zum Preisüberwachungsgesetz erkennen liessen.
4. Anlässlich der Sitzung der Schiedskommission zur Behandlung der Tarifeingabe vom 29. Oktober 2012 bestätigten sowohl die Swissperform als auch die SRG SSR ihre bereits gestellten Anträge. Swissperform verlangte die Genehmigung des vorgelegten Tarifs und lehnte die Streichungs- und Änderungsanträge der SRG SSR ab. Diese hielt an ihren Anträgen gemäss ihrer Stellungnahme vom 15. August 2012 fest.
5. Mit Schreiben vom 16. Januar 2013 stellte Swissperform nachträglich fest, dass im eingereichten französischen Tariftext Abs. 2 von Ziffer 13 fehle. Swissperform legte daher einen entsprechend korrigierten Tariftext vor.
6. Mit Beschluss vom 29. Oktober 2012, versandt am 14. März 2013, genehmigte die Schiedskommission den *Tarif A Radio (Swissperform)*, wobei sie nebst anderen hier nicht näher interessierenden Änderungen die Ziffer 8, die insgesamt drei Lemmata umfasst, und die Ziffer 10 des Tarifs ersatzlos strich. Zur Begründung dieser Streichungen erklärte die Schiedskommission im Wesentlichen, die Ziffern 8 und 10 würden verwandte Schutzrechte des sogenannten US-Repertoires betreffen. Für die entsprechenden Rechtsfragen sei sie als Tarifgenehmigungsbehörde jedoch nicht zuständig. Ziffer 8 Abs. 1 Lemma 1 und Lemma 2 des beantragten Tarifs hätten hingegen unbestrittene Sachverhalte zum Gegenstand, die nicht eigens im Tarif erwähnt werden müssten. Mit Ziffer 8 Lemma 3 solle eine Vorfrage geregelt werden, die die Schiedskommission nicht zu prüfen habe. Sie müsse Fragen des materiellen Rechts nur insoweit vorfrageweise prüfen, als diese für die Angemessenheitsprüfung eines Tarifs relevant seien. Mit darüber hinausgehenden Rechtsfragen habe sich die Schiedskommission nicht zu befassen und sie sei auch nicht zuständig, Entscheide zu treffen, die grundsätzlich den Zivilgerichten vorbehalten seien. Damit erübrige sich eine weitere Prüfung gestützt auf den von der Schweiz ratifizierten WPPT (Beschluss der ESchK vom 29. Oktober 2012 betreffend den *Tarif A Radio [Swissperform]*, E. II./3.3, S. 27). Bei Ziffer 10 des Tarifs gehe es um eine Frage der effektiven Nutzung, die die Tarifierung und nicht die Tarifgenehmigung betreffe.

7. Am 29. April 2013 reichte Swissperform Beschwerde gegen diesen Beschluss beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie beantragte im Wesentlichen, der Beschluss der Schiedskommission vom 29. Oktober 2012 sei aufzuheben und der *Tarif A Radio (Swissperform)* sei in der Fassung vom 18. Juni 2012 (Beilage 1, Seite 8 ff.) mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 ohne Änderungen zu genehmigen.
8. Mit Urteil B-2429/2013 vom 28. November 2013 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von Swissperform ab.
9. Am 18. Januar 2014 erhob Swissperform Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2013. Darin beantragte sie, das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und der Tarif sei unter Einfügung der gestrichenen Ziffern 8 und 10 zu ergänzen und zu genehmigen.
10. Im Urteil des Bundesgerichts 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 (teilweise veröffentlicht in BGE 140 II 483) wurde die Beschwerde von Swissperform gutgeheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2013 wurde aufgehoben und die Sache wurde zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Schiedskommission zurückgewiesen. In den Erwägungen hielt das Bundesgericht im Wesentlichen fest, dass Ziffer 8 Lemmata 1 und 2 des *Tarifs A Radio (Swissperform)* zu genehmigen seien. Mit Bezug auf Ziffer 8 Lemma 3 erklärte das Bundesgericht die Schiedskommission für zuständig zu prüfen, ob die Bestimmung der Rechtslage entspreche. Ziffer 10 sei einer Angemessenheitsprüfung zu unterziehen. Ferner wies das Bundesgericht die Sache zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurück.
11. Mit dem Urteil B-6298/2014 vom 10. Dezember 2014 regelte das Bundesverwaltungsgericht die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht neu.
12. Mit Verfügung vom 17. Dezember 2014 forderte die Schiedskommission die Parteien dazu auf, zu den Fragen, ob Ziffer 8 Lemma 3 des Tarifs der Rechtslage entspreche und ob Ziffer 10 des Tarifs im Sinne von Art. 60 des Urheberrechtsgesetzes angemessen sei, Stellung zu nehmen.
13. Swissperform stellt in ihrer Stellungnahme vom 2. Februar 2015 folgende Anträge:
 1. Ziff. 8 Lemma 3 sei mit folgendem Wortlaut zu genehmigen:
«die Aufnahme wurde zuerst oder gleichzeitig in einem anderen Mitgliedland des WPPT veröffentlicht, das dieses Abkommen ohne Vorbehalt zu Art. 15 WPPT ratifiziert hat, welcher eine Vergütungspflicht oder ein exklusives Recht an der Sendung im Handel erhältlicher Tonträger zugunsten schweizerischer Berechtigter ausschliesst.»
 2. Ziff. 10 des Tarifs sei mit folgendem Wortlaut zu genehmigen:
«Wird ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet und ist eine Aufnahme nur bezüglich einzelner Verbreitungsvektoren geschützt, so wird der Vergütungssatz für diese Aufnahme im Verhältnis der Kosten dieses Verbreitungsvektors zu den Gesamtverbreitungskosten gekürzt.»
 3. Die entsprechenden Tarifergänzungen seien nach Ziff. 35 des Tarifs rückwirkend auf den 1. Januar 2013 anwendbar zu erklären.

[Der Wortlaut von Ziffer 8 Lemma 3 und von Ziffer 10 entspricht demjenigen im ursprünglichen Gesuch vom 18. Juni 2012.]

In prozessualer Hinsicht beantragt Swissperform, die Kosten des Verfahrens seien hälftig der SRG SSR aufzuerlegen.

Sie macht im Wesentlichen geltend, die Rechtsgrundlage für Ziffer 8 Lemma 3 des Tarifs sei bereits in der Tarifeingabe vom 18. Juni 2012 (N 21 bis 34) sowie anlässlich der mündlichen Anhörung vom 29. Oktober 2012 in ihrem Plädoyer (N 8 bis 13) ausführlich begründet worden. Bereits in den Tarifverhandlungen sei der SRG SSR am 1. September 2011 ein ausführliches Memorandum zum Schutz des US-Repertoires aufgrund des Anknüpfungskriteriums der «Erstveröffentlichung» vorgelegt worden (Beilagen 5 und 6 zur Tarifeingabe vom 18. Juni 2012). Zu N 26.2 und 32.1 der Tarifeingabe vom 18. Juni 2012 macht Swissperform ergänzende Ausführungen.

14. Am 13. Februar 2015 erhält die Schiedskommission ihre erstinstanzlichen Akten vom Bundesverwaltungsgericht zurück.
15. Mit ihrer Stellungnahme vom 13. April 2015 beantragt die SRG SSR, Ziffer 8 Lemma 3 des Tarifs sei zu streichen, weil die Bestimmung nicht der Rechtslage entspreche. Hinsichtlich Ziffer 10 des Tarifs bestreitet die SRG SSR zwar nicht, dass diese angemessen sei, behält sich aber im Hinblick auf künftige Tarifverhandlungen – je nach den Entwicklungen im Bereich des sogenannten Digital Audio Broadcasting (DAB+) – vor, auf Ziffer 10 zurückzukommen.
16. Die offenen Punkte im Tarif werden von der Schiedskommission anlässlich ihrer Sitzung vom 29. Juni 2015 geprüft. Dabei wird den Parteien mit Bezug auf die Besetzung der eingesetzten Spruchkammer das rechtliche Gehör gewährt. In materieller Hinsicht erhalten Swissperform und die SRG SSR nochmals Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme. Swissperform stellt als Rechtsbegehren die Genehmigung des mit Eingabe vom 18. Juni 2012 eingereichten Tarifs mit folgenden Änderungen: Ziffer 22 Lemma 7: Die Klammerbemerkung nach ISRC wird gestrichen / Ziffer 24 wird gestrichen. Ferner beantragt Swissperform, der Tarif sei mit der beantragten Tariffdauer vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2016 in Kraft zu setzen und unterbreitet einen hier nicht näher interessierenden Eventualantrag zur Formulierung von Ziffer 8 Lemma 3.

Die SRG SSR beantragt ihrerseits nach wie vor, Ziffer 8 Lemma 3 des Tarifs sei zu streichen, der Antrag von Swissperform auf rückwirkende Anwendung der strittigen Tarifbestimmungen per 1. Januar 2013 sei abzuweisen, ebenso der Antrag von Swissperform auf Beteiligung der SRG SSR an den Verfahrenskosten. Mit Blick auf die Frage nach dem Zeitpunkt der Inkraftsetzung der umstrittenen Tarifbestimmungen meint die SRG SSR, es müsse heute neu über die betreffenden Klauseln entschieden werden und ebenfalls, ab wann die unter Umständen neu eingeführten Tarifbestimmungen zu gelten hätten. Die SRG SSR habe im Hinblick auf eine rückwirkende Inkraftsetzung keine entsprechenden Rückstellungen getätigt und dies sei ihr auch nicht zuzumuten gewesen.

Schliesslich fragt der Vorsitzende der Spruchkammer der Schiedskommission die Parteien mit Blick auf Ziffer 10 des Tarifs in der Fassung vom 18. Juni 2012, ob dessen deutscher Wortlaut sprachlich korrekt sei oder ob er nicht vielmehr wie folgt zu ändern wäre:

«Wird ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet und ist eine Aufnahme nur bezüglich einzelner Verbreitungsvektoren geschützt, so wird der Vergütungssatz für diese Aufnahme im Verhältnis der Kosten dieser Verbreitungsvektoren zu den Gesamtverbreitungskosten gekürzt.»

Die französische Fassung des Tarifs weicht zwar von der deutschen Version leicht ab, ist hingegen im Gegensatz zur deutschen Fassung in sich schlüssig:

«Si un programme est diffusé via plusieurs canaux et si un enregistrement n'est protégé qu'en ce qui concerne l'un d'entre eux, le taux de rémunération pour cet enregistrement est réduit proportionnellement aux coûts de ce canal par rapport aux coûts de diffusion totaux.»

Swissperform räumt ein, dass Ziffer 10 des Tarifs auf Deutsch wie vorgeschlagen neu formuliert werden müsste und erklärt sich mit dem vorgeschlagenen Wortlaut einverstanden. Auch die SRG SSR hält eine entsprechende Neuformulierung für sprachlich richtig.

Die SRG SSR geht davon aus, dass eine rückwirkende Inkraftsetzung der umstrittenen Ziffer 8 Lemma 3 und Ziffer 10 per 1. Januar 2013 gemäss Ziffer 35 des Tarifs jährliche Mehrvergütungen in der Höhe von zirka 1,5 Millionen Franken nach sich ziehe. Swissperform meint, sie gehe eher von 1,3 Millionen Franken aus. Ein Teil des bisher ungeschützten Repertoires sei mehr als 50 Jahre alt. Was Ziffer 10 anbelange, so seien ihr die Zahlen des Verbreitungsvektors «*Simulcasting*» nicht bekannt.

17. Auf weitere von den Verfahrensbeteiligten vorgebrachte Argumente wird (soweit erforderlich) im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.
18. Der gesamte Wortlaut des am 18. Juni 2012 vorgelegten *Tarifs A Radio (Swissperform)* (*Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Radio*) kann in beiden Sprachversionen im Beschluss der Schiedskommission vom 29. Oktober 2012, abrufbar unter www.eschk.admin.ch / «Dokumentation» / «Beschlüsse 2012», eingesehen werden.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat die Beschwerde von Swissperform in seinem (Sprung-)Rückweisungs-urteil 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 (teilweise veröffentlicht in BGE 140 II 483) gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2013 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Schiedskommission zurückgewiesen. Aufgrund von Art. 107 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) ist der Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2014 für die Schiedskommission bindend. Schliesst das Dispositiv eines Rückweisungsentscheids wie vorliegend die Formel «im Sinne der Erwägungen» ein, ergibt sich auch eine Bindung an die Urteils-erwägungen (ULRICH MEYER/JOHANNA DORMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage 2011, Art. 107 N 18, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Aus den Erwägungen des genannten Urteils geht einerseits hervor, dass die Schiedskommission vorfrage-weise (vgl. E. 5.3 des Urteils) zu prüfen habe, ob Ziffer 8 Lemma 3 des *Tarifs A Radio (Swissperform)* der Rechtslage entspreche (vgl. E. 8.4 und 10 des genannten Urteils). Andererseits könne Ziffer 10 des Tarifs von der Schiedskommission nur gestrichen werden, falls sie sich als unangemessen im Sinne von Art. 60 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1) erweise. Die Schiedskommission habe daher die Regelung in Ziffer 10 des Tarifs auf ihre Angemessenheit zu prüfen (vgl. E. 9.4 und 10 des genannten Urteils). Den Urteils-erwägungen ist zu entnehmen, dass Ziffer 8 Lemmata 1 und 2 von der Schiedskommission zu Unrecht aus dem Tarif gestrichen wurden und daher zu genehmigen sind (vgl. E. 7.4 des genannten Urteils).
2. Als Erstes wird geprüft, ob Ziffer 8 Lemma 3 der Rechtslage entspricht. Dabei handelt es sich um eine abstrakte Rechtsfrage nach dem rechtlich geltenden Schutzzumfang, nicht um eine konkrete Tarifierungsfrage.
 - 2.1 Die SRG SSR ist der Auffassung, es gehe um die Klärung der Frage, ob sich ausübende Künstler bzw. Hersteller für den Anspruch auf eine Vergütung nach Art. 15 des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger, abgeschlossen in Genf am 20. Dezember 1996 (WPPT, SR 0.231.171.1), wahlweise sowohl auf das Merkmal der Staatsangehörigkeit als auch auf dasjenige der Erstveröffentlichung berufen können, obschon es sich um Staatsangehörige eines Vertragsstaates handelt.

Nach Auffassung der SRG SSR richtet sich die Auslegung des WPPT und des Internationalen Abkommens über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, abgeschlossen in Rom am 26. Oktober 1961 (Rom-Abkommen, RA, SR 0.231.171), nach Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, abgeschlossen in Wien am 23. Mai 1969 (VRK, SR 0.111). Die Bestimmungen von Staatsverträgen seien demnach nach Treu und Glauben und im Kontext mit den anderen Bestimmungen eines Regelwerks sowie im Lichte von dessen Ziel und

Zweck auszulegen. Der für die Sinnermittlung erforderliche Zusammenhang könne sich aus weiteren Staatsverträgen ergeben. Um eine Auslegung nach Treu und Glauben garantieren zu können, seien gemäss dem Schrifttum bei der Auslegung des WPPT auch die Bestimmungen des RA und der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, abgeschlossen in Paris am 24. Juli 1971, revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (RBÜ, SR 0.231.15) heranzuziehen, obschon Art. 1 Abs. 3 WPPT festhalte, dass der WPPT in keiner Verbindung zu anderen Staatsverträgen stehe.

Nach Art. 3 Abs. 1 WPPT gewährten die Vertragsparteien den ausübenden Künstlern und Tonträgerherstellern, die Angehörige anderer Vertragsparteien seien, den in diesem Vertrag vorgesehenen Schutz. Als Angehörige anderer Vertragsparteien würden nach Art. 3 Abs. 2 WPPT die ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller gelten, die nach den Kriterien des RA schutzberechtigt seien.

Die Schutzkriterien für die ausübenden Künstler seien in Art. 4 des RA, diejenigen für die Tonträgerhersteller in Art. 5 des RA geregelt. Mit Bezug auf die hier interessierenden Aufnahmen von Darbietungen verweise Art. 4 Bst. b RA auf die Schutzvoraussetzungen für Tonträgerhersteller nach Art. 5 RA. Eine auf einem Tonträger festgelegte Darbietung sei demnach zu Gunsten eines Künstlers geschützt, wenn der Tonträgerhersteller nach Art. 5 RA Schutz geniesse. Nach Art. 5 Abs. 1 des RA habe ein Mitgliedstaat den Herstellern von Tonträgern Inländerbehandlung zu gewähren, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt sei: a) Der Hersteller sei Angehöriger eines anderen vertragschliessenden Staates. b) Die erste Festlegung des Tons sei in einem anderen vertragschliessenden Staat vorgenommen worden. c) Der Tonträger sei erstmals in einem anderen vertragsschliessenden Staat veröffentlicht worden. Die Vertragsparteien könnten nach Art. 3 Abs. 3 WPPT von den Möglichkeiten des Art. 5 Abs. 3 RA Gebrauch machen, das heisse beim «Generaldirektor der WIPO» [*recte*: «beim Generalsekretär der Organisation der Vereinten Nationen», siehe Art. 5 RA in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 RA, Anmerkung der Schiedskommission] eine Notifikation einreichen mit der Erklärung, dass sie entweder das Merkmal der Veröffentlichung oder dasjenige der Festlegung nicht anwenden werden. Die Schweiz habe gemäss Art. 3 Abs. 3 WPPT erklärt, dass sie von den Möglichkeiten nach Art. 5 Abs. 3 RA Gebrauch mache, und anstelle des Merkmals der ersten Festlegung das Merkmal der ersten Veröffentlichung anwenden werde. Damit habe die Schweiz – wie gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits unter dem RA – das Merkmal der Festlegung ausgeschlossen. Die Anknüpfungskriterien nach Art. 5 Abs. 1 RA seien nach dem Schrifttum in dem Sinne «alternativ», als es genüge, wenn eines dieser Kriterien erfüllt sei (Stellungnahme der SRG SSR vom 13. April 2015, N 8). Beim Merkmal der Staatsangehörigkeit handle es sich um das Basiskriterium, das im Unterschied zu den anderen beiden in Art. 5 Abs. 1 RA aufgeführten Kriterien nicht durch eine Vorbehaltserklärung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 RA ausgeschlossen werden könne. Das Merkmal der Erstveröffentlichung sei gemäss der Lehre bloss sekundärer

Anknüpfungspunkt, der nur zum Tragen komme, wenn das primäre Merkmal der Staatsangehörigkeit nicht greife. Dies sei dann der Fall, wenn ausübende Künstler und Tonträgerhersteller keinem Vertragsstaat angehörten. Dies erschliesse sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. c) RA, ergebe sich aber aus dem Zweck dieser Bestimmung. Das Anknüpfungsmerkmal der Erstveröffentlichung in einem Vertragsstaat könne einzig dazu dienen, ausübenden Künstlern und Tonträgerherstellern, die nicht Staatsangehörige einer Vertragspartei seien, dennoch die Rechte nach WPPT zu gewähren. Auch die Präambel des WPPT, die als Auslegungshilfe heranzuziehen sei, lasse lediglich den Schluss zu, dass primär auf die Staatsangehörigkeit abzustellen sei. Gemäss der Präambel hegten die Vertragsstaaten den Wunsch, den Rechtsschutz für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller fortzuentwickeln und aufrechtzuerhalten und zwar *«d'une manière aussi efficace et uniforme que possible»*. Das Ziel sei somit ein möglichst einheitliches Schutzniveau zwischen den Vertragsstaaten des WPPT zu erlangen.

Ginge man davon aus, dass der Schutz des WPPT gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. c) RA auch dann greifen würde, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaats in einem anderen Vertragsstaat erstmals veröffentliche, so hätte dies zur Folge, dass dessen Heimatstaat kein Interesse mehr daran haben könnte, den Schutz im eigenen Land an das internationale Abkommen anzupassen. Denn bei einer weltweiten Veröffentlichung, z.B. über das Internet, könnten Staatsangehörige eines Vertragsstaates von den Vergütungen anderer Staaten profitieren, ohne dass die Rechtsordnung des Heimatstaates umgekehrt eine entsprechende Vergütung ermögliche. Dies würde dem Ziel eines weltweit einheitlichen Schutzes zuwiderlaufen und einer Auslegung der einschlägigen Bestimmungen nach Treu und Glauben widersprechen.

Das Anknüpfungsmerkmal der Erstveröffentlichung sei zudem aus der RBÜ übernommen worden, bei der sich gemäss der Lehre bereits aus dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Bst. b) RBÜ ergebe, dass der Anknüpfungspunkt der Erstveröffentlichung nur Urhebern aus einem «Nicht-Verbandsland» zustehe. Bei der RBÜ handle es sich um das älteste und fundamentalste Regelwerk aus der komplexen Struktur der Staatsverträge zum internationalen Urheberrecht. Genau wie die RBÜ seien deshalb auch das RA und – damit zusammenhängend – der WPPT zu verstehen. Dass ein enger Bezug zwischen dem WPPT und der RBÜ bestehe, ergebe sich auch aus dem ersten Punkt der Präambel, welcher im WPPT beinahe wortgleich von der RBÜ übernommen worden sei. Wie bereits vorhergehend ausgeführt, lasse dies einzig den Schluss zu, dass das Kriterium der Erstveröffentlichung – wie es in der RBÜ explizit festgehalten werde – beim WPPT und dem RA bloss sekundär zur Anwendung gelangen könne. Schliesslich bleibe hinzuzufügen, dass die Verwertungsgesellschaften nach Art. 45 Abs. 2 URG verpflichtet seien, die Verwertung nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung vorzunehmen. Werde Ziffer 8 Lemma 3 wie von der Gesuchstellerin vorgeschlagen in den Tarif aufgenommen, bleibe unklar, in welchen Fällen auf die Erstveröffentlichung und in welchen

Fällen auf die Staatsangehörigkeit abzustellen sei. Diese Unklarheit könne nur beseitigt werden, indem die Staatsangehörigkeit generell als primärer Anknüpfungspunkt angenommen werde.

Was die Frage anbelangt, ob eine Notifikation im Sinne von Art. 15 Abs. 3 WPPT angebracht wurde, bringt die SRG SSR vor, Swissperform erwähne in ihrer Tarifeingabe vom 18. Juni 2012, N 26 ff. sowie in ihrer Vernehmlassung vom 2. Februar 2015, N 7 mehrere Staaten, die gestützt auf Art. 15 Abs. 3 entsprechende Vorbehalte zur Anwendung von Art. 5 RA angebracht hätten. Swissperform argumentiere, die Schweiz habe keine solche Notifikation hinterlegt, weshalb neben der Nationalität auch die Erstveröffentlichung des Tonträgers als Anknüpfungskriterium gelte. Swissperform versuche mit diesem Argument, Voraussetzungen und Folgen der Qualifikation des Verhältnisses des Kriteriums der Staatsangehörigkeit zum Kriterium der Erstveröffentlichung als alternativ oder als sekundär zu vermischen. Erst wenn die richtige Auslegung von Art. 5 des RA gefunden sei, könne die Frage beantwortet werden, weshalb die Schweiz keine Notifikation hinterlegt habe. Wenn man davon ausgehe, dass das Kriterium der Erstveröffentlichung auch gegenüber Vertragsstaatenangehörigen gelte, würde sich eine allfällige Notifikation auf alle Staaten beziehen. Gehe man jedoch davon aus, dass die Erstveröffentlichung nur für Nichtvertragsstaaten gelte, dann würde sich eine allfällige Notifikation nur auf Staaten beziehen, die den WPPT nicht ratifiziert hätten. Die SRG SSR gehe davon aus, dass sich das Schutzkriterium der Erstveröffentlichung nur auf Staaten beziehe, die den WPPT nicht ratifiziert hätten. Eine Notifikation hätte somit dazu geführt, dass sich auch Nichtvertragsstaaten nicht auf dieses Kriterium berufen könnten. Da aber alle wichtigen und grossen «Musikstaaten» Vertragsstaaten des WPPT seien, habe der Bundesrat darauf verzichtet, eine entsprechende Notifikation anzubringen.

Im Ergebnis ist die SRG SSR der Auffassung, wenn die USA nur für den digitalen Verbreitungsvektor Vergütungen gewährten, hätten ausübende amerikanische Künstler für die (terrestrische) Verbreitung von in Rundfunkprogrammen enthaltenen Darbietungen auch keinen Anspruch auf Vergütung.

- 2.2 Gemäss Swissperform sind vorliegend die folgenden Rechtsfragen zu beurteilen:
- 1) «Kann sich ein Künstler eines Mitgliedlandes, dessen Heimatstaat einen Vorbehalt zum WPPT erklärt hat, auf die Erstveröffentlichung oder gleichzeitige Veröffentlichung seines Tonträgers in einem anderen Mitgliedstaat berufen, welcher den WPPT ohne Vorbehalt unterzeichnet hat?» und
 - 2) «Entfalten die Vorbehaltserklärungen der Schweiz zum RA auch Wirkung für den WPPT, ohne dass sie unter Art. 15 Abs. 3 WPPT ausdrücklich erklärt wurden?»
- Swissperform macht geltend, die SRG SSR nehme im vorliegenden Verfahren lediglich zur ersten Frage Stellung. Insbesondere behaupte sie nicht, dass der von der Schweiz erklärte Vorbehalt zu Art. 12 RA automatisch auch Wirkung für die Anwendung von Art. 15 Abs. 1 WPPT entfalte. Swissperform teilt die Rechtsauffassungen der SRG SSR nicht.

3. Die Schiedskommission beurteilt die Rechtslage mit Blick auf Ziffer 8 Lemma 3 des Tarifs wie folgt:
 - 3.1 Gemäss Art. 1 Abs. 2 URG bleiben völkerrechtliche Verträge den Bestimmungen des URG vorbehalten. Private können sich allerdings nur auf die unmittelbar anwendbaren («*self-executing*») Bestimmungen des Staatsvertragsrechts berufen. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist direkt anwendbar, wenn er hinreichend bestimmte und klare Regelungen enthält, auf deren Grundlage im Einzelfall ein Entscheid getroffen werden kann, nicht aber, wenn er den Vertragsstaaten lediglich vorschreibt, wie eine Materie zu regeln ist und damit nicht die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern den Gesetzgeber anspricht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6540/2012 vom 14. März 2014, E. 3.2, *GT 3a Zusatz*, mit weiteren Hinweisen).
 - 3.2 Bis zum Inkrafttreten des WPPT am 1. Juli 2008 war das US-amerikanische Repertoire in der Schweiz angesichts des Vorbehalts der Schweiz gemäss Art. 16 RA zu Art. 12 RA (http://www.wipo.int/treaties/fr/remarks.jsp?cnty_id=1149C) gemäss dem Urteil des Bundesgerichts 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997, *Tarif S*, teilweise veröffentlicht in Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic! 1998, S. 33 ff., E. 5 b) dd) nur zum Teil geschützt (vgl. auch WILHELM NORDEMANN/KAI VINCK/PAUL W. HERTIN, Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, Deutsche Ausgabe, Düsseldorf 1977, RA, Art. 16 N 3). Die USA sind nicht Mitglied des RA (vgl. http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?lang=fr&treaty_id=17). Mit dem Inkrafttreten des RA hatte die Schweiz von der Vorbehaltsmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 RA Gebrauch gemacht, das Kriterium der Festlegung als Anknüpfungspunkt ausgeschlossen und das Kriterium der ersten (bzw. gleichzeitigen) Veröffentlichung für massgebend erklärt (vgl. http://www.wipo.int/treaties/fr/remarks.jsp?cnty_id=1149C).
 - 3.3 Art. 35 URG regelt den Vergütungsanspruch für die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern. Art. 35 Abs. 4 URG enthält einen Gegenrechtsvorbehalt mit Bezug auf ausländische ausübende Künstler und Künstlerinnen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz haben. Demnach steht diesen ein Anspruch auf Vergütung nur dann zu, wenn der Staat, dem sie angehören, schweizerischen Staatsangehörigen ein entsprechendes Recht gewährt. REHBINDER/VIGANÒ sprechen in diesem Zusammenhang davon, aus den Vorbehalten des Bundesrates zum RA sowie dem Vorrang des Staatsvertragsrechts vor dem nationalen Recht in Art. 1 Abs. 2 URG einerseits und fehlender Koordination von Bundesrat und dem Eidgenössischen Parlament im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens andererseits habe sich eine verworrene Gesetzeslage ergeben, welche auf einen Nenner gebracht zur Folge gehabt habe, dass der Vorbehalt in Art. 35 Abs. 4 zu weiten Teilen wirkungslos geblieben sei (MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, Urheberrecht, Kommentar, 3. Auflage 2008, Art. 35 N 7; siehe auch RETO M. HILTY, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997, in: sic! 1998

S. 38 ff., S. 39, mit weiteren Hinweisen). ROLF AUF DER MAUR, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, URG, 2. Auflage 2012, Art. 35 N 15 differenziert: Anders als im audiovisuellen Bereich habe der Gegenrechtsvorbehalt im Audiobereich seine praktische Bedeutung weitgehend verloren, da sich die Vergütungsberechtigung der ausländischen Künstler aus dem RA bzw. dem WPPT ergebe.

- 3.4 Seit dem Inkrafttreten des WPPT per 1. Juli 2008 stellt sich in der Praxis insbesondere mit Blick auf das US-amerikanische Repertoire (vgl. oben E. II./3.2) die Frage, ob dieses aufgrund der Bestimmungen dieses Staatsvertrags in der Schweiz geschützt ist.

Art. 4 Abs. 1 WPPT – systematisch angesiedelt im Kapitel «*Dispositions générales*» – in der unter anderem verbindlichen französischen (vgl. Art. 32 Abs.1 WPPT) Fassung bestimmt unter dem Titel «*Traitement national*», «*chaque Partie contractante accorde aux ressortissants d'autres Parties contractantes, au sens de l'article 3.2), le traitement qu'elle accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne les droits exclusifs expressément reconnus dans le présent traité et le droit à rémunération équitable prévu à l'article 15 de ce traité*». Art. 4 Abs. 2 WPPT macht dazu eine Einschränkung: Die in Abs. 1 vorgesehene Verpflichtung gilt demnach nicht, soweit eine andere Vertragspartei von der Vorbehaltsmöglichkeit von Art. 15 Abs. 3 WPPT Gebrauch macht.

Art. 15 Abs. 1 und Abs. 3 WPPT lauten:

«1) Les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes ont droit à une rémunération équitable et unique lorsque des phonogrammes publiés à des fins de commerce sont utilisés directement ou indirectement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public.»

«3) Toute Partie contractante peut déclarer, dans une notification déposée auprès du directeur général de l'OMPI, qu'elle n'appliquera les dispositions de l'alinéa 1) qu'à l'égard de certaines utilisations, ou qu'elle en limitera l'application de toute autre manière, ou encore qu'elle n'appliquera aucune de ces dispositions.»

Die USA haben einen Vorbehalt nach Art. 15 Abs. 3 WPPT bezüglich aller Rechte an der «*communication au public*» erklärt, die nicht ausdrücklich durch die anwendbaren US-amerikanischen Gesetze geschützt sind. Zu den schutzlosen Nutzungen gehört die traditionelle terrestrische Radiosendung.

- 3.5 Massgebend für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge sind für die schweizerischen Verwaltungsbehörden und Gerichte die Auslegungsregeln der VRK. Als völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Interpretationshilfe entfalten die in ihr festgehaltenen Auslegungsregeln auch für die Zeitspanne vor ihrem Inkrafttreten gewohnheitsrechtliche Bindung (BGE 138 II 524 E. 3.1, mit weiteren Hinweisen). Entsprechend der vertraglichen Natur des klassischen Völkerrechts ist dabei nach Art. 31 VRK in erster Linie auf den Wortlaut abzustellen, dessen Sinn nach Treu und Glauben, im Kontext und unter Be-

rücksichtigung von Ziel und Zweck der Norm zu ermitteln ist. Für die kontextuelle Auslegung sind dabei auch die einschlägigen Präambeln, weitere Anlagen sowie anderweitige Vereinbarungen, die in Zusammenhang mit dem Vertrag abgeschlossen wurden, beizuziehen. Anders als im Verfassungsrecht kommt den Materialien («*travaux préparatoires*») und damit einer historischen Auslegung nach Art. 32 VRK eine selbständige Bedeutung nur zu, wenn die textuelle Auslegung mehrdeutig bleibt oder zu offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnissen führt (zum Ganzen: THOMAS COTTIER/CHRISTOPHE GERMANN, Die Bedeutung und Wirkung der Staatsverträge im Immaterialgüterrecht, in: Lucas M. David/ Roland von Büren, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I/1, 2. Auflage, Basel 2002, S. 55; ANTHONY AUST, Modern Treaty Law and Practice, 3. Auflage, Cambridge 2013, S. 208 f.).

3.6 Art. 1 Abs. 3 WPPT bestimmt:

«Le présent traité n'a aucun lien avec d'autres traités et s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité. »

Art. 3 Abs. 1 WPPT definiert die Schutzberechtigten nach dem Staatsvertrag:

« Les Parties contractantes accordent la protection prévue par le présent traité aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes qui sont ressortissants d'autres Parties contractantes »

Art. 3 Abs. 2 WPPT verweist für die Definition der Angehörigen anderer Vertragsstaaten auf das RA:

«[...] les artistes interprètes ou exécutants ou les producteurs de phonogrammes qui répondraient aux critères requis pour bénéficier de la protection prévue par la Convention de Rome si toutes les Parties contractantes dans le cadre du présent traité étaient des États contractants au sens de cette convention. [...]»

Art. 4 Bst. b) des RA verweist mit Bezug auf die im Rahmen des vorliegenden *Tarifs A Radio (Swissperform)* interessierende Gewährung der Leistungsschutzrechte für auf Tonträgern festgelegte Darbietungen zu Gunsten ausländischer ausübender Künstler auf Art. 5 des RA. Art. 5 des RA hat den folgenden Wortlaut:

«1. Jeder vertragsschliessende Staat gewährt den Herstellern von Tonträgern Inländerbehandlung, wenn eine der folgenden Voraussetzungen vorliegt:

- a) der Hersteller von Tonträgern ist Angehöriger eines anderen vertragsschliessenden Staates (Merkmal der Staatsangehörigkeit);
- b) die erste Festlegung des Tons ist in einem anderen vertragsschliessenden Staat vorgenommen worden (Merkmal der Festlegung);
- c) der Tonträger ist erstmals in einem anderen vertragsschliessenden Staat veröffentlicht worden (Merkmal der Veröffentlichung).

2. Wenn die erste Veröffentlichung in keinem vertragsschliessenden Staat stattgefunden hat, der Tonträger jedoch innerhalb von dreissig Tagen seit der ersten Veröffentlichung auch in einem vertragsschliessenden Staat veröffentlicht worden ist (gleichzeitige Veröffentlichung), gilt dieser Tonträger als erstmals in dem vertragsschliessenden Staat veröffentlicht.

3. Jeder vertragsschliessende Staat kann durch eine beim Generalsekretär der Organisation der Vereinten Nationen hinterlegte Mitteilung erklären, dass er entweder das Merkmal der Veröffentlichung oder das Merkmal der Festlegung nicht anwenden wird. Diese Mitteilung kann bei der Ratifikation, der Annahme oder dem Beitritt oder in jedem späteren Zeitpunkt hinterlegt werden; im letzten Fall wird sie erst sechs Monate nach ihrer Hinterlegung wirksam.»

Art. 3 Abs. 3 WPPT hält demgegenüber fest, dass *«Toute Partie contractante qui fait usage de la faculté prévue à l'article 5.3) de la Convention de Rome ou, aux fins de l'article 5 de cette convention, à son article 17 adresse une notification dans les conditions prévues dans ces dispositions au directeur général de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)»*. Demnach haben Vertragsparteien des WPPT, die angesichts des Verweises von Art. 3 Abs. 2 WPPT auf Art. 4 und 5 des RA beabsichtigen, von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, einen Vorbehalt gemäss Art. 5 Abs. 3 des RA anzubringen, ihre entsprechende Notifikation an den Generaldirektor der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) und nicht – wie in Art. 5 Abs. 3 des RA vorgesehen – an den Generalsekretär der Organisation der Vereinten Nationen zu richten. Die Schweiz hat gestützt auf Art. 3 Abs. 3 WPPT den Vorbehalt angebracht, für Tonträger das Kriterium der Fixierung nicht anzuwenden (vgl. http://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1564C).

Die SRG SSR vertritt nun (stellenweise) die Rechtsauffassung, das in Art. 5 Abs. 1 Bst. a) des RA enthaltene Anknüpfungskriterium der Staatsangehörigkeit sei gegenüber den beiden anderen in den Bst. b) und c) formulierten Anknüpfungsmerkmalen der «Festlegung» bzw. der erstmaligen oder gleichzeitigen «Veröffentlichung» insofern vorrangig, als sich Angehörige von vertragsschliessenden Staaten nicht alternativ auf die Anknüpfungsmerkmale von Art. 5 Abs. 1 Bst. b) und c) des RA berufen könnten, auch wenn das Merkmal der Staatsangehörigkeit nicht zu ihren Gunsten zum Tragen komme, beispielweise aufgrund eines Gegenrechtsvorbehalts. Dieser Rechtsauffassung kann allerdings nicht gefolgt werden. Denn Art. 5 Abs. 1 garantiert die Inländerbehandlung durch die Vertragsstaaten des RA, wenn eine der in den Bst. a) bis c) genannten Voraussetzungen erfüllt ist, ohne dabei eine Priorisierung eines einzelnen Anknüpfungskriteriums vorzunehmen. Dies entspricht der Rechtsprechung und dem Schrifttum (Urteil des Bundesgerichts 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997, *Tarif S*, teilweise veröffentlicht in sic! 1998, S. 33 ff., E. 5 b) aa) S. 36; PAUL GOLDSTEIN/BERNT HUGENHOLTZ, *International Copyright, Principles, Law, and Practice*, 3. Auflage., New York 2012, S. 171 f.; SILKE VON LEWINSKI, in: Reinbothe/Lewinski (Hrsg.), *The WIPO Treaties on Copyright, a Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, 2. Auflage, Oxford 2015, WPPT, Art. 3 N 8.3.14 ff.,

insbesondere N 8.3.20; DIES., Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (GRUR Int) 1997, S. 667 ff., S. 672). NORDEMANN/VINCK/HERTIN sprechen zwar davon, bei Art. 5 des RA werde «in erster Linie» an die Staatsangehörigkeit angeknüpft, fügen aber sogleich an, dass «daneben» die Merkmale der körperlichen Festlegung und der Erstveröffentlichung bestehen (vgl. NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., RA, Art. 5 N 2). Diese Autoren vertreten denn auch die Auffassung, Staaten, die keine Vorbehaltserklärung abgeben, müssten Tonträgerhersteller schützen, wenn eines der drei Merkmale von Art. 5 Abs. 1 RA, nämlich Nationalität, Festlegung oder Veröffentlichung zutrefte (NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., RA, Art. 5 N 2; zum Ganzen: ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI) (Hrsg.), *Droits voisins, Guide de la Convention de Rome et de la Convention des Phonogrammes*, Genève 1981, S. 36). Einzig insoweit könnte man das Anknüpfungsmerkmal der Staatsangehörigkeit gegenüber den andern beiden Merkmalen als privilegiert ansehen, als es im Gegensatz zu diesen nicht gemäss Art. 5 Abs. 3 WPPT durch einen Vorbehalt wegbedungen werden kann. Die Möglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 WPPT, entweder das Kriterium der Veröffentlichung oder dasjenige der Fixierung durch Erklärung eines entsprechenden Vorbehalts nicht anzuwenden stellt allerdings nichts anderes als einen Kompromiss dar zwischen den Vertragsstaaten, die gegen das Kriterium der Veröffentlichung waren, und den Vertragsstaaten, die gegen das Kriterium der Fixierung waren (vgl. GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, a.a.O., S. 170 f.).

Eine wie auch immer geartete Priorität des Merkmals der Staatsangehörigkeit von Art. 5 Abs. 1 Bst. a) im Rahmen der Auslegung des WPPT lässt sich entgegen der Auffassung der SRG SSR auch nicht aus der Präambel des WPPT ableiten. Im ersten Teil der Präambel *«Désireuses de développer et d'assurer la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes d'une manière aussi efficace et uniforme que possible»* kommt in erster Linie der Wille zum Ausdruck, den ausübenden Künstlern und den Tonträgerherstellern nicht bloss einen einheitlichen, sondern auch einen möglichst weitreichenden Schutz zu ermöglichen (vgl. VON LEWINSKI, a.a.O., WPPT, Preamble N 8.0.4). Eine möglichst restriktive Anwendung des Merkmals der erstmaligen oder gleichzeitigen Veröffentlichung gegenüber demjenigen der Staatsangehörigkeit würde diesem Ansinnen grundlegend widersprechen. Ferner ist die Argumentation der SRG SSR in sich widersprüchlich, bezeichnet sie die drei Anknüpfungskriterien in Art. 5 Abs. 1 RA stellenweise selbst als «alternativ», während sie andernorts von der «Priorität» des Staatsangehörigkeitsmerkmals ausgeht.

Insgesamt gibt es für die Schiedskommission keinen Grund, vom klaren Wortlaut von Art. 5 RA abzuweichen, insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern dies einer Auslegung nach Treu und Glauben zuwiderlaufen würde.

- 3.7 Entgegen der Meinung der SRG SSR lässt sich die Auffassung, das Merkmal der Erstveröffentlichung aus Art. 5 Abs. 1 RA stehe im Geltungsbereich des WPPT nur den Angehörigen von Nichtvertragsstaaten zur Verfügung, auch nicht aus einem (wie auch immer gearteten) Zusammenhang mit der RBÜ herleiten. Zwar sieht Art. 3 Abs. 1 Bst. b RBÜ gemäss dem amtlichen deutschen Text (vgl. Art. 37 Abs. 1 Bst. b) RBÜ) vor, dass Urheber, die keinem «Verbandsland» angehörten, für die Werke, die sie zum ersten Mal in einem Verbandsland oder gleichzeitig in einem verbandsfremden und in einem Verbandsland veröffentlichen, aufgrund der RBÜ geschützt seien. Eine entsprechende Auslegung von Art. 5 Abs. 1 RA – entgegen dessen klaren und im Schrifttum entsprechend ausgelegten Wortlaut (vgl. oben E. 3.6.) in Anlehnung an die RBÜ wäre aber unstatthaft, zumal sie Art. 1 Abs. 3 WPPT seines Sinnes entleeren würde.
- 3.8 Die Schweiz hat beim Beitritt zum WPPT in Anwendung von Art. 3 Abs. 3 WPPT erklärt [Notification Nr. 69], das Merkmal der Festlegung mit Bezug auf den Schutz von Tonträgern nicht anzuwenden (vgl. oben E II./3.6.). Dagegen hat sie keine Vorbehalte im Rahmen von Art. 15 WPPT angebracht. Entgegen der Auffassung der SRG SSR, lässt sich die ausgebliebene Vorbehaltserklärung durch die Schweiz aufgrund des oben Gesagten (vgl. E. II./3.6. f.) nicht durch die von der SRG SSR vertretene Auslegung des Merkmals der Staatsangehörigkeit in Art. 5 Abs. 1 RA erklären. Da die Schweiz gemäss Art. 3 Abs. 3 WPPT einen Vorbehalt hinsichtlich der Festlegung und nicht hinsichtlich der Veröffentlichung angebracht hat, kann dieses Anknüpfungskriterium von Vertragsstaatsangehörigen des WPPT angerufen werden. Entgegen der Argumentation der SRG SSR können sich jedoch nicht Angehörige beliebiger Drittstaaten (wie z.B. Indien) auf dieses Kriterium berufen, sondern nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 WPPT lediglich Staatsangehörige von Vertragsparteien des WPPT. Auch weist VON LEWINSKI darauf hin, dass eine «Veröffentlichung» in einem Vertragsstaat minimalen qualitativen Anforderungen zu genügen habe, um als Anknüpfungskriterium gelten zu können, und postuliert beispielsweise das Erfordernis eines bestehenden Vertriebszentrums im betreffenden Vertragsstaat (VON LEWINSKI, a.a.O., WPPT, Art. 3 N 8.3.19).
- 3.9 Art. 45 Abs. 2 URG verpflichtet die Verwertungsgesellschaften, die Verwertung nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung vorzunehmen. Die SRG SSR argumentiert, die Genehmigung von Ziffer 8 Lemma 3 des *Tarifs A Radio (Swissperform)* gemäss dem Gesuch vom 18. Juni 2012 lasse sich damit nicht vereinbaren, weil diesfalls unklar bleibe, in welchen Fällen auf die Erstveröffentlichung und in welchen Fällen auf die Staatsangehörigkeit abgestellt werde. Vorliegend kann aber bereits offen gelassen werden, ob sich diese Dualität der Anknüpfung mit dem Gebot einer Verwertung nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 45 Abs. 2 URG tatsächlich nicht vereinbaren lässt, weil Staatsverträgen Vorrang vor den Bestimmungen des URG zukommt (Art. 1 Abs. 2 URG, s. oben E. II./3.1.). Dies ist auch in der Rechtewahr-

nehmung durch die Swissperform zu beachten. Die wahlweise Anknüpfung an das Merkmal der Staatsangehörigkeit bzw. der Veröffentlichung (bzw. der Fixierung) ist aber durch den WPPT bzw. das RA staatsvertraglich vorgesehen.

- 3.10 Als Teilergebnis ist demnach festzuhalten, dass Art. 8 Lemma 3 des *Tarifs A Radio (Swissperform)* aus den oben genannten Gründen mit der Rechtsordnung im Einklang steht. Allenfalls daraus resultierende einseitige Geldabflüsse aus der Schweiz mögen zwar nicht wünschenswert sein, sind aber hinzunehmen. Dies jedenfalls solange nicht (nachträglich) ein entsprechender Vorbehalt gestützt auf Art. 15 WPPT Abs. 3 angebracht werden kann bzw. wird.
4. Im Folgenden ist die Angemessenheit von Ziffer 10 des Tarifs zu prüfen.
 - 4.1 Mit Bezug auf die Angemessenheit von Ziffer 10 des *Tarifs A Radio (Swissperform)* im Sinne von Art. 60 URG bringt die SRG SSR vor, es sei ihr nicht möglich, ihre Einnahmen den einzelnen Verbreitungsvektoren zuzuteilen. Daher könne gestützt auf Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand berücksichtigt werden. Die Berechnung nach Ziffer 10 könne nur erfolgen, wenn die Kosten der einzelnen Verbreitungsvektoren bekannt bzw. einfach auszumachen seien. Aus bestimmten Meldungen an Bundesbehörden sowie internen Rechnungsausweisungen könne die SRG SSR die Gesamtverbreitungskosten ins Verhältnis zu den Kosten der einzelnen Verbreitungsvektoren – beispielsweise den Kosten für das sogenannte Simulcasting – setzen und so die in Ziffer 10 des Tarifs vorgesehene Kürzung des Vergütungssatzes durch Multiplikation des Verhältnisses mit dem Vergütungssatz von 3,33% vornehmen. Diese Berechnungsweise sei als angemessen zu betrachten. Es sei allerdings zu beachten, dass die Kosten für die terrestrische Verbreitung von Radioprogrammen mit der Umstellung von UKW auf DAB+ in Zukunft sinken würden. Das Verhältnis zwischen den Gesamtkosten und den Kosten der einzelnen Vektoren könnte dann allenfalls weit entfernt von den effektiven Nutzungsverhältnissen liegen. Die SRG SSR behalte sich daher vor, bei den nächsten Tarifverhandlungen auf diese Bestimmung zurückzukommen und eine alternative Berechnungsweise vorzuschlagen. Für den vorliegenden Tarif erachte sie die Vorgaben gemäss Art. 60 URG jedoch als erfüllt.
 - 4.2 Gemäss Art. 59 Abs. 1 URG genehmigt die Schiedskommission einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den 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).

- 4.3 Nach ständiger Rechtsprechung der Schiedskommission wird die Zustimmung der unmittelbar Betroffenen als Indiz für die Angemessenheit und damit für die Genehmigungsfähigkeit eines Tarifs aufgefasst. Im Falle der Zustimmung der hauptsächlichen Nutzerverbände verzichtet sie demnach auf eine eingehende Prüfung gemäss Art. 59 f. URG. Die Schiedskommission stützt ihre diesbezügliche Praxis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach im Falle der Zustimmung der Nutzerseite zu einem Tarif davon ausgegangen werden kann, dass dieser Tarif annähernd einem unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertrag entspreche (Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 1986, E. 5 b), veröffentlicht in: EIDGENÖSSISCHE SCHIEDSKOMMISSION FÜR DIE VERWERTUNG VON URHEBERRECHTEN [Hrsg.], Entscheide und Gutachten, 1981–1990, S. 183 ff., S. 190). Dies muss auch für einzelne Tarifbestimmungen gelten.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in BVGE 2011/2 E. 6.2., *GT 3c*, befunden, eine solche Vermutung könne nicht bedeuten, dass gewichtige Anzeichen, die gegen eine solche Annahme sprechen, ausser Acht gelassen werden dürfen. Die Zustimmung der Nutzerverbände sei gemäss dem Entscheid des Bundesgerichts nicht als Anlass für eine formelle Kognitionsbeschränkung, sondern als blosses Indiz für die wahrscheinliche Zustimmung aller massgeblichen Gruppen von Berechtigten unter Konkurrenzverhältnissen anzusehen. Gewichtige Indizien, die gegen diese Annahme sprechen, dürften darum nicht ausgeklammert werden.

Unter Berücksichtigung der Beurteilung der SRG SSR von Ziffer 10 des vorliegenden Tarifs als angemessen und des Umstands, dass der Schiedskommission keine weiteren Anhaltspunkte vorliegen, die dafür sprechen, dass die Tarifbestimmung nicht annähernd einer unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertragsklausel entspricht, ist von einer Einigungsklausel auszugehen. Da es zudem keine Indizien für eine Unangemessenheit im Sinne von Art. 59 f. URG gibt, geht die Schiedskommission davon aus, dass Ziffer 10 des Tarifs angemessen ist. Dies gilt vorbehältlich der Frage des Zeitpunkts der Inkraftsetzung der Tarifbestimmung (siehe dazu sogleich unten unter E. II./5.). Ziffer 10 des Tarifs ist daher mit dem geänderten deutschen Wortlaut (vgl. dazu oben E. I./16. S. 6 f.) zu genehmigen.

5. Im Folgenden ist der Zeitpunkt des Inkrafttretens der nachträglich zu genehmigenden Ziffern 8 (auch bezüglich deren Lemma 1 und 2) und 10 zu prüfen.

- 5.1 An der Sitzung vom 29. Juni 2015 hält die SRG SSR fest, sie richte sich gegen eine rückwirkende Inkraftsetzung von Ziffer 8 Lemma 3 und Ziffer 10 des Tarifs. Ein Tarif trete erst mit dessen rechtskräftiger Genehmigung in Kraft. Dies gelte auch für die einzelnen Tarifbestimmungen. Sollten einzelne Tarifbestimmungen rückwirkend in Kraft treten, müsse dies entsprechend angeordnet werden. Das bedeute, dass die in Ziffer 35 des Tarifs festgelegte Geltungsdauer nicht für nachträglich genehmigte Ziffern gelte. Wie die Schiedskommission im Beschluss vom 17. November 2011 betreffend den *Gemeinsamen Tarif 4e* ausgeführt habe, müssten für eine rückwirkende Anwendung folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die Rückwirkung sei ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt, zeitlich mässig und durch triftige Gründe gerechtfertigt, habe keine stossenden Rechtsungleichheiten zur Folge und stelle keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte dar.

Als gesetzliche Grundlage für eine rückwirkende Inkraftsetzung komme höchstens Art. 83 Abs. 2 URG in Frage. Nach der Lehre gelte Art. 83 Abs. 2 URG jedoch nur «für die jeweils ersten für Vergütungen nach [...] Artikel 35 genehmigten Tarife». Vorliegend handle es sich jedoch bereits um den zweiten Tarif, welcher seit Inkrafttreten des WPPT und des revidierten URG genehmigt werde. Somit fehle es bereits an einer gesetzlichen Grundlage für eine rückwirkende Inkraftsetzung. Des Weiteren würde sich eine rückwirkende Genehmigung auf eine Zeit von mehr als zweieinhalb Jahren erstrecken. Dies könne angesichts der Rechtsprechung der ehemaligen Rekurskommission für geistiges Eigentum (RKGE) nicht mehr als zeitlich mässig betrachtet werden. Die SRG SSR habe zudem bis zum Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2014 davon ausgehen dürfen, dass die entsprechenden Bestimmungen nicht in den Tarif aufgenommen würden und habe nicht mit der Einführung einer Vergütungspflicht für das US-amerikanische Repertoire oder für vom Verbreitungsvektor abhängige Vergütungen rechnen müssen. Sowohl die Schiedskommission als auch das Bundesverwaltungsgericht hätten die entsprechenden Bestimmungen des Tarifs gestrichen. Die SRG SSR habe auf die Rechtsauffassung dieser Instanzen vertrauen dürfen und sei in ihrem Vertrauen auch zu schützen. Insbesondere sei die SRG SSR während des Rechtsmittelverfahrens auch nicht in der Pflicht gestanden, im Zusammenhang mit der rückwirkenden Inkraftsetzung stehende Anträge zu stellen, wie dies die Gesuchstellerin offenbar verlange. Schliesslich sei es angesichts der Unklarheiten, insbesondere bezüglich der materiell-rechtlichen Grundlage für die entsprechenden Tarifbestimmungen, nicht zumutbar gewesen, Rücklagen für die gesamten zweieinhalb Jahre zu tätigen. Eine rückwirkende Genehmigung von zweieinhalb Jahren würde das Gebot der Rechtssicherheit in grober Weise verletzen. Die Voraussetzungen für eine rückwirkende Anwendung der nachträglich allenfalls zu genehmigenden Tarifziffern seien demnach nicht gegeben.

- 5.2 Demgegenüber bringt die Swissperform vor: Die im Verfahren beantragten Tarifbestimmungen bildeten Teil des *Tarifs A Radio (Swissperform)*, der mit Ausnahme der Ziffern 8 und 10 des Tarifs bereits in Kraft getreten sei. Die Geltungsdauer des Tarifs werde in

Ziffer 35 des Tarifs festgelegt. Die SRG SSR habe im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens keinerlei besonderen Anträge bezüglich der Geltungsdauer der von der Klägerin beantragten Tarifbestimmungen gestellt. Insofern bilde diese nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Rückweisungsverfahrens und könne in diesem Rahmen auch nicht mehr behandelt werden. Die Tarifbestimmungen bildeten die Grundlage der Wahrnehmung gesetzlich gewährter und konventionsrechtlich garantierter Leistungsschutzrechte, die von der Gesuchsgegnerin seit dem Inkrafttreten des Tarifs genutzt würden. Eine Verhinderung ihrer Wahrnehmung mittels Verweigerung der rückwirkenden Inkraftsetzung würde die Eigentumsgarantie der Rechteinhaber verletzen. Es lägen auch keine besonderen Gründe vor, welche eine Rückwirkung im konkreten Fall ausschliessen würden bzw. eine andere Form des Ausgleichs als angemessen erscheinen lassen würde. Die notwendigen Nutzungsdaten für eine nachträgliche Rechnungsstellung lägen der Swissperform bereits vor, es sei kein zusätzlicher rückwirkender Aufwand für Nutzungsmeldungen seitens der SRG SSR notwendig. Die nachträgliche Vorlage der Verbreitungskosten pro Verbreitungsvektor dürfte aufgrund der Buchhaltung keine besonderen Probleme verursachen. Im Übrigen fehle es an der bei den Leerträgerтарifen regelmässig gegebenen Voraussetzung des Auseinanderfallens von Zahlungspflicht und Nutzungsberechtigung, welche eine rückwirkende Inkraftsetzung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gegebenenfalls als unzumutbar erscheinen lassen könnten.

- 5.3 Die Schiedskommission hat in ihrem Beschluss vom 2. März 2015 betreffend den *GT 3a Zusatz* (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 (Beschluss der Schiedskommission vom 2. März 2015 betreffend den *GT 3a Zusatz* E. II./16). Die Schiedskommission hat diese Frage also mit Bezug auf die Ziffern 8 und 10 des Tarifs daher trotz der seitens Swissperform vorgebrachten Zweifel vorliegend zu prüfen, zumal sich das Bundesgericht zum Zeitpunkt der Inkraftsetzung von Ziffer 8 Lemma 1 und 2 nicht geäussert hat (vgl. oben E. II./1.). Der *Tarif A Radio (Swissperform)* vom 18. Juni 2012 sieht in Ziffer 35 ein Inkrafttreten ab dem 1. Januar 2013 vor.
- 5.4 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 des Einzelfalls 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, 6. Auflage 2010, N 331) 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 wohlerworbene 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 331). Das Kriterium der Vorhersehbarkeit ist ein Aspekt des Erfordernisses, Rückwirkungen zeitlich mässig zu halten, wobei auch hier die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls massgebend sind (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 331). 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 331) auch im Rahmen der rückwirkenden Inkraftsetzung von urheberrechtlichen Tarifen oder deren einzelner Bestimmungen durch die Schiedskommission zu beachten.

- 5.5 Auch wenn ein Beschluss der Schiedskommission an die Beschwerdeinstanz(-en) weitergezogen wird und einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt wird (Art. 74 Abs. 2 URG), müssen Nutzer ab dem Zeitpunkt des Entscheids der Schiedskommission grundsätzlich mit der Möglichkeit der Einführung des betreffenden Tarifs rechnen und für den «verfahrensrechtlich verpassten Bezug» hat in irgendeiner Form ein Ausgleich zu Gunsten der Berechtigten stattzufinden (BGE 133 II 263 E. 11.4 f.). Dies muss analog auch gelten, wenn die Schiedskommission einen Entscheid zugunsten der Nutzerseite getroffen hat und dieser von der oder den beteiligten Verwertungsgesellschaften weitergezogen wird.

Auch im diesem Verfahren zugrundeliegenden (Sprung-)Rückweisungsurteil 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). Dies muss entsprechend auch für einzelne im Rechtsmittelverfahren umstrittene Tarifbestimmungen gelten, die einen Einfluss auf die Höhe der Vergütung haben.

- 5.6 Vor der Totalrevision des URG waren sowohl die rückwirkende Inkraftsetzung als auch die rückwirkende Anwendung von Tarifen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hingegen noch ausgeschlossen (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 1490, mit weiteren Hinweisen; DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, N 269, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung in Fn. 85). Dies ist darauf zurückzuführen, dass das alte Recht nur Nut-

zungen 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 würde einen von einem Zivilgericht zu beurteilenden Schadenersatzanspruch auslösen (Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 1986, E. 10 b), veröffentlicht in: EIDGENÖSSISCHE SCHIEDSKOMMISSION FÜR DIE VERWERTUNG VON URHEBERRECHTEN [Hrsg.], a.a.O., S. 183 ff., S. 194).

- 5.7 Mit Inkrafttreten des geltenden 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, die Möglichkeit der Rückwirkung von Tarifen entspreche dem Wortlaut und dem sich aus der Entstehungsgeschichte ergebenden Sinn und Zweck von Art. 83 Abs. 2 URG. Gemäss BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 46 N 8 muss Art. 83 Abs. 2 URG auch für die Bereiche 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 weder bei der Geltendmachung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen noch bei der Wahrnehmung ausschliesslicher Rechte zu vergütungsfreien Nutzungsperioden führen darf. Andernfalls würde das Verwertungsrecht in das materielle Urheberrecht eingreifen, das seinerseits 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, Ziffer 214.3, S. 558]; RETO M. HILTY, *Urheberrecht*, 2011, N 74).
- 5.8 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 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 bzw. schloss eine rückwirkende Inkraftsetzung zumindest nicht aus. Dasselbe gilt auch für das Verfahren B- 6540/2012 vor dem Bundesverwaltungsgericht.

- 5.9 Die Schiedskommission hat in ihrem Beschluss vom 17. November 2011 betreffend den *GT 4e [2010–2011]*, N 155 f. erstmals die rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs genehmigt (Beschluss der ESchK vom 17. November 2011 betreffend *GT 4e [2010–2011]*, N 152). 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]).

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 entsprechende 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 mitunter als unzulänglich kritisiert (vgl. VINCENT SALVADÉ, in: de Werra/Gilliéron [Hrsg.], *Commentaire Romand, Propriété intellectuelle*, 2013, Art. 46 URG N 17).

- 5.10 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*). Nach MEIER wäre die grundsätzliche Ablehnung einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen 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).

- 5.11 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 dogmatisch 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 Tarif(-bestimmung-)en übertragen werden kann.

- 5.12 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. Zumindest bei Tarifen, die einen neuen Nutzungsbereich erschliessen, wäre die Ausschöpfung aller Rechtsmittel im Tarifgenehmigungsverfahren die Regel. 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.
- 5.13 Trotz des Inhalts des Beschlusses der Schiedskommission vom 29. Oktober 2012 und des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B-2429/2013 vom 28. November 2013 musste die SRG SSR angesichts der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. oben E. II./23.) grundsätzlich noch mit einer (nachträglichen) Genehmigung der Ziffern 8 und 10 des *Tarifs A Radio (Swissperform)* rechnen, solange das von der Swissperform initiierte Rechtsmittelverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen war. Dies gilt umso mehr als die gesetzliche Grundlage für den Tarif als solche nicht umstritten gewesen ist und schon ein Vorgängertarif existierte, worauf die SRG SSR eigens hinweist. Die Bemessung der aufgrund der (nachträglich) genehmigten Ziffern 8 und 10 des Tarifs für die Zeit nach dem 1. Januar 2013 geschuldeten Mehrvergütung war kalkulierbar und wird von der SRG SSR und von Swissperform auf 1,5 bzw. 1,3 Millionen Franken pro Jahr geschätzt (vgl. oben E. I./16.). Die Notwendigkeit, dass die SRG SSR für die Jahre 2013 und 2014 entsprechende Rückstellungen hätte vornehmen müssen, kann nicht als unzumutbar bezeichnet werden. Im Gegenteil wäre die Vornahme entsprechender Rückstellungen mit dem in Art. 958c Abs. 1 Ziffer 5. des Bundesgesetzes

betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) formulierten Vorsichtsprinzip im Einklang gestanden. Ferner geht es hier bloss um die rückwirkende Inkraftsetzung einzelner Tarifbestimmungen. Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern eine rückwirkende Genehmigung der Ziffern 8 und 10 des *Tarifs A Radio (Swissperform)* zu Wettbewerbsverzerrungen oder stossenden Rechtsungleichheiten führen sollte. Auch ein Eingriff in wohlverworbene Rechte droht dadurch nicht. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits 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]*). Zumindest 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. Eine rückwirkende Inkraftsetzung per 1. Januar 2013 ist damit unter Würdigung der gesamten Rechts-, Sach- und Interessenlage des vorliegenden Einzelfalls zu gewähren.

6. Im Ergebnis sind die Ziffer 8 Lemmata 1, 2 und 3 sowie Ziffer 10 (mit geänderter Formulierung in der deutschen Fassung, vgl. dazu oben E. I./16.) des *Tarifs A Radio (Swissperform)* mit der ursprünglich vorgesehenen Geltungsdauer in Ziffer 35 des Tarifs vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 zu genehmigen.
7. Ziffern 1.3 und 1.4 des Dispositivs des Beschlusses der Schiedskommission vom 29. Oktober 2012 betreffend den *Tarif A Radio (Swissperform)* wurden mit dem (insoweit ungenutzten) Ablauf der Beschwerdefrist gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2429/2013 vom 28. November 2013 zwar bereits formell rechtskräftig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 E 1.2). Deren Inhalt betreffend Ziffer 22, Lemma 7 und Ziffer 24 des Tarifs wird im folgenden Dispositiv aber dennoch nochmals wiedergegeben, damit der vorliegende Beschluss bezüglich der Einzelheiten der Genehmigung des *Tarifs A Radio (Swissperform)* keinen irreführenden Eindruck hinterlässt.
8. Da der *Tarif A Radio (Swissperform)* in der Fassung vom 18. Juni 2012 in Ziffer 35 eine Geltungsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 vorsieht, und da für die mit dem vorliegenden Beschluss nachträglich zu genehmigenden Tarifziffern 8 und 10 keine besondere Geltungsdauer vorzusehen ist, träten die bisher umstrittenen Tarifbestimmungen sogleich 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 29. Juni 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 und c des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021], 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.

9. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV (in der Fassung vom 1. September 2014) und sind gemäss Art. 16b Abs. 1 URV von Swissperform zu tragen. Angesichts des Umstands, dass die Schiedskommission aufgrund des Rückweisungsurteils des Bundesgerichts lediglich die Genehmigung von Ziffer 8 Lemma 3 und Ziffer 10 des *Tarifs A Radio (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 Ziffer 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 7476.80 Franken (Auslagen).

III. Demnach beschliesst die Schiedskommission:

1. Der *Tarif A Radio (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Radio)* der Verwertungsgesellschaft Swissperform wird in der Fassung vom 18. Juni 2012 mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 mit den folgenden Änderungen genehmigt:
 - 1.1. Ziffer 10:

«Wird ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet und ist eine Aufnahme nur bezüglich einzelner Verbreitungsvektoren geschützt, so wird der Vergütungssatz für diese Aufnahme im Verhältnis der Kosten dieser Verbreitungsvektoren zu den Gesamtverbreitungskosten gekürzt.»
 - 1.2. Ziffer 22 Lemma 7: Die Klammerbemerkung nach ISRC wird gestrichen.
 - 1.3. Ziffer 24 wird gestrichen.
2. Dieser Beschluss entfaltet Rechtswirkung mit dem Ablauf der Beschwerdefrist.
3. Die Kosten des Genehmigungsverfahrens in der Höhe von 8976.80 Franken (1500 Franken plus 7476.80 Franken) werden der Verwertungsgesellschaft Swissperform auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Mitglieder der Spruchkammer
 - Swissperform, Zürich, vertreten durch PD Dr. Ernst Brem, Rechtsanwalt, Im Langacher 21, Postfach 10, 8805 Richterswil (Einschreiben mit Rückschein)
 - SRG SSR, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, Generaldirektion | Generalsekretariat, Rechtsdienst, Giacomettistrasse 1, 3000 Bern 31 (Einschreiben mit Rückschein)
 - Preisüberwachung PUE, Bern (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.