

# **BVGer B-3812/2016 vom 22. Oktober 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-10-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3812\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3812_2016)

FR: TAF B-3812/2016 du 22 octobre 2018

IT: TAF B-3812/2016 del 22 ottobre 2018

## **Regeste**

Urheberrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Genehmigungsbeschluss vom 18. Dezember 2015 der Vorinstanz bildet eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung dagegen gerichteter Beschwerde zuständig (Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes [VGG, SR 173.32]; Art. 74 Abs. 1 URG). Ein Ausnahmefall nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Als Verfügungsadressatinnen sind beide Beschwerdeführerinnen zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Eingabefrist und -form wurden gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), beide Kostenvorschüsse rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 48 ff. VwVG). Auf die Beschwerden ist damit grundsätzlich einzutreten.

### **E. 1.2**

Wie die Vorinstanz ist auch das Bundesverwaltungsgericht an das Dispositiv seines Urteils B-1298/2014 vom 30. März 2015 gebunden, mit dem es hälftig zugunsten und zulasten der Beschwerdeführerin entschieden und dabei die Sache zu neuer Prüfung von Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 zurückgewiesen hat. Das vorliegende Beschwerdeverfahren ist auf den Umfang dieser Rückweisung beschränkt (BGE 143 IV 214, 220 f.; BGE 135 III 334, 335 f.; BGE 99 Ib 519, 520). Die Vorinstanz hat diesen verfahrensrechtlichen Streitrahmen eingehalten, als sie in der angefochtenen Verfügung erstmals eine Deckelung der jährlichen Vergütungsbeträge für synchronisierte geschützte Handelstonträger in Ziff. 9.2 des Tarifs einfügte. Denn wie der prozentuale Vergütungsfaktor dient auch diese Deckelung allein der Berechnung der geschuldeten Vergütung. Ihre Angemessenheit war bereits Gegenstand des Beschlusses vom 4. November 2013 (E. 3.4) und von der Vorinstanz wiederum zu prüfen. Die Beschwerdeführerin B stellt dies zurecht nicht in Abrede.

### **E. 1.3**

Den Rahmen der Rückweisung wahrt jedoch auch Rechtsbegehren 1.3 der Beschwerdeführerin A, das für Tarifziff. 7.2 die Ergänzung verlangt, diese Vergütung sei erst ab 2016 geschuldet. Die Tarifbestimmung regelt die Nutzung durch Handelstonträger, die mit eigenem Bildmaterial des Senders synchronisiert wurden. Ihren materiellen Umfang, den Begriff der Synchronisierung, hat das Urteil B-1298/2014, E. 5 abschliessend beurteilt. Jenes Urteil wurde, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin A, vom Bundesgericht nicht mit Bezug auf Ziff. 7.2 als Zwischenentscheid qualifiziert, die

Beurteilung im Gesamtzusammenhang vielmehr ausdrücklich vorbehalten (Urteil des BGer 2C\_394/2015 vom 4. Juni 2015, E. 2.2.2). Indessen bestand für das Bundesverwaltungsgericht im ersten Urteil noch gar kein Anlass, den Tarif auch unter dem Gesichtspunkt der Rückwirkung zu prüfen. Ein rückwirkender Sachverhalt hat sich erst mit dem zweiten, angefochtenen Beschluss vom 18. Dezember 2015 realisiert. Die Vorinstanz hatte dessen Genehmigung mit ihrer ersten Verfügung vor seinem Inkrafttreten beschlossen und den Parteien im Dispositiv mitgeteilt. Ein Begehren aus unzulässiger Rückwirkung wurde nicht erhoben.

#### **E. 1.4**

Noven, die mit dem Streitgegenstand in einem engen Zusammenhang stehen, hat das Bundesverwaltungsgericht in der Regel zu berücksichtigen (Urteile des BVerfG A-453/2013 vom 16. September 2013, E. 1.4; B-3328/2015 vom 18. Oktober 2017 E. 2.1.2 m.w.H.; André Moser und Madeleine Camprubi, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Art. 57 N. 11; Art. 62 N. 10; Alfred Kölz/Isabelle Häner/ Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. Zürich 2013, N. 1021; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.196 und 2.204). Im Unterschied zu einer Änderung der Rechtsprechungspraxis in der Zwischenzeit (vgl. BGE 135 III 334, 336 E. 2.1) sind Noven auch unter der Bindungswirkung einer Rückweisung zu berücksichtigen, wenn das anwendbare Verfahrensrecht dies erlaubt und der Grundsatz der Einheit des Verfahrens gewahrt bleibt (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N. 1158; Oscar Vogel, Die Bindung an den Rückweisungsentscheid, in: FS 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 133 ff., 143 f.). Da die Erwägungen des Urteils B-1298/2014 durch die Beurteilung des Begehrens der Beschwerdeführerin A über die zeitliche Wirkung von Tarifziff. 7.2 weder tangiert noch infrage gestellt werden, ist auch diese Rüge zulässig. Auf die Beschwerden ist damit einzutreten.

#### **E. 2**

Streitgegenstand bildet damit, auf die Rückweisung vom 30. März 2015 (Urteil B-1298/2014) und die gestellten Anträge beschränkt, erneut die Frage der Angemessenheit der Tarifvergütung nach Ziff. 9 Lemma 2, die für gesendete geschützte Handelstonträger zu zahlen ist, welche mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen incl. Werbespots synchronisiert wurden (Ziff. 7.2). Die Beschwerde der Beschwerdeführerin B ist gegen die neu eingefügten Deckelungsbeträge pro Jahr für diese Entschädigung, aber nicht gegen den Vergütungssatz von 1,6575 % gerichtet, der nur von der Beschwerdeführerin A als unangemessen hoch angefochten wird.

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hatte einen unter die Bundesaufsicht fallenden Anspruch für das Senden (Art. 35 Abs. 1 URG) und Vervielfältigen (Art. 24b URG) bezüglich dieser Nutzung erst verneint und die geschuldete Vergütung auf das Zugänglichmachen der Darbietung (Art. 22c URG) reduziert (E. 3.4 des Beschlusses der Vorinstanz vom 4. November 2013; vgl. für alle Beschlüsse der Vorinstanz: [www.eschk.admin.ch](http://www.eschk.admin.ch) Dokumentation Beschlüsse, besucht am 12. Juli 2018). Nach Aufhebung der Verfügung erwog sie, gemessen an ihrer Nutzungsintensität sei die Vergütung für synchronisierte Handelstonträger angemessen zu verringern. Zur Vermeidung sprunghafter Erhöhungen sei sie zudem abzufedern, nämlich

jährlich abnehmend zu deckeln. Zur Begründung führte sie aus, mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen inkl. Werbespots synchronisierte Handelstonträger verdienten auf Grund ihrer geringeren Komplexität und ihres tieferen Herstellungsaufwands eine niedrigere Vergütung als Tonbildträger. Die Nutzungsintensität von Ton- und Tonbildträgern sei grundsätzlich ähnlich, da es nicht darauf ankomme, ob das Filmpublikum, das nicht als Nutzer gelte, stärker auf das Bild oder den Ton achte, und da der Synchronisations- und Integrationsaufwand der Tonträger aussertariflich vergütet werde. Ein im Vergleich zur Tonbildträgerentschädigung von Ziff. 9 Lemma 3 halbiertes Satz von 1,6575 % sei darum für die Tonträgenutzung von Ziff. 9 Lemma 2 angemessen. Zusätzlich sei die Vergütung von Ziff. 9 Lemma 2 auf Maximalwerte von Fr. 100'000.- im Jahr 2014, Fr. 200'000.- im Jahr 2015, Fr. 300'000.- im Jahr 2016 und Fr. 400'000.- im Jahr 2017 zu beschränken, denn der erwartete Anstieg der jährlichen Tarifabgabe um 40 % im Vergleich zu den bisherigen jährlichen Pauschalzahlungen von Fr. 1,2 Mio., unter Berücksichtigung ihrer rückwirkenden Inkraftsetzung, wäre nicht nutzerverträglich (Verfügung vom 18. Dezember 2015, E. 3).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin A beantragt nun beschwerdehalber, Ziff. 7.2 durch den Zusatz zu ergänzen, die Vergütung für diese Aufnahmen werde erst ab dem 1. Januar 2016 geschuldet, und den Vergütungssatz von Ziff. 9 Lemma 2 auf 0,82875 % zu senken. Sie macht geltend, erstens verletze die Anwendung der Genehmigung vom 18. Dezember 2015 auf die Jahre 2014 und 2015 das Rückwirkungsverbot. Zweitens sei der Vergütungssatz analog zum Satz von 1,6575 % für die Sendung nichtsynchronisierter Handelstonträger nach Ziff. 7.1 bzw. Ziff. 9 Lemma 1, der einvernehmlich festgelegt worden sei, zu berechnen und nicht im Vergleich zur Vergütung von 3,315 % für die Sendung von Handelstonbildträgern nach Ziff. 7.3 bzw. Ziff. 9 Lemma 3. Er sei zu halbieren, da nichtsynchronisierte Handelstonträger im Unterschied zu synchronisierten nicht mit anderen Werken oder Leistungen kombiniert gesendet würden ("Ballettregel", vgl. E. 4.2). Die Beschwerdeführerin B hält dem entgegen, unterschiedliche Vergütungssätze für die Sendung integrierter Handelstonträger, ob synchronisiert oder nicht, wären unbegründet. Musik und Bild würden als Einheit wahrgenommen und ihre Wahrnehmungs- und Nutzungsintensität sei dieselbe. Obwohl der Satz schon 2009 auf 1,6575 % festgelegt worden sei, stelle die Beschwerdeführerin A ihre Vergütungspflicht für die Nutzung nach Ziff. 7.2 vorliegend erstmals infrage. Eine Senkung auf 0,82875 % werde den Tarifertrag sprunghaft und unangemessen reduzieren.

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin B beantragt sodann, die jährlichen Obergrenzen (Deckelung für 2014-2017) aus Ziff. 9 Lemma 2 zu streichen. Sie macht geltend, die Vorinstanz sei von einer sprunghaften Erhöhung der aus dem Tarif zu leistenden Gesamtvergütungen ausgegangen, doch würde die für dieses Lemma zu bezahlende Entschädigung mit der Deckelung sinken und im Jahr 2014 nur noch ca. zwei Fünftel der für das Jahr 2013 bezogenen Entschädigung betragen. Die Beschwerdeführerin B habe die bisher kassierten Pauschalen nämlich zu 98 % den Nachbarberechtigten auf Tonträgern ("Phonoberechtigten") zugewiesen (vgl. E. 6.1).

### **E. 3**

Im ersten Schritt ist die Rüge der unzulässigen Rückwirkung durch Tarifziff. 7.2 und der in diesem Zusammenhang erhobenen Rüge der Rechtsverweigerung zu prüfen.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin A verlangt mit ihrem Rechtsbegehren 1, Ziff. 7.2 sei zu ergänzen durch den Satz: "Die Vergütung für diese Aufnahmen ist ab dem 1. Januar 2016 geschuldet". Sie begründet diese zeitliche Beschränkung mit dem Verbot rückwirkender Erlasse. Die Rückwirkungsregel von Art. 83 Abs. 2 URG, führt sie aus, sei auf das erste Inkrafttreten eines Tarifs seit Erlass des URG und Anwendbarkeit des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger (WPPT, SR 0.231.171.1) beschränkt, vorliegend also unwirksam. Eine Rückwirkung setze die Berücksichtigung der konkreten Rechts-, Interessen- und Sachlage, Vorherseh- und Zumutbarkeit und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit voraus und wäre hier unbegründet. Eine Rückweisung zur Neubeurteilung an sie sei jedoch nicht sinnvoll; das Bundesverwaltungsgericht habe die Beurteilung aus prozessökonomischen Gründen reformatorisch nachzuholen.

### **E. 3.2**

Wie die Beschwerdeführerin A mit dieser letzten Anmerkung sinngemäss klarstellt, rügt sie eine Rechtsverweigerung nur in materiellem Sinn, denn die Bejahung einer formellen Rechtsverweigerung würde ohne weiteres erneut zur Rückweisung führen (Art. 46a VwVG; BGE 102 Ib 231, 237 f. E. 2b). Sie macht zudem keine Gehörsverletzung geltend. Die Vorinstanz hat die Rüge im Beschluss vom 18. Dezember 2015 im Gegenteil sorgfältig materiell geprüft, auch wenn sie zum Schluss gelangt ist, schon die Bindungswirkung der Rückweisung verunmögliche die verlangte Ergänzung von Tarifziff. 7.2 aus formellen Gründen (angefochtene Verfügung, E. 5; vgl. dazu vorne, E. 1.4). Das Bundesverwaltungsgericht kann die Rüge der verbotenen Rückwirkung darum uneingeschränkt überprüfen.

### **E. 3.3**

Materiell hat das Bundesgericht über die Frage der Rückwirkung von Tarifen mit Urteil vom 13. Dezember 2017 grundsätzlich entschieden, nachdem der Schriftenwechsel im vorliegenden Verfahren bereits abgeschlossen war (BGE 143 II 617, nicht veröffentlichte E. 8, vgl. BGer 2C\_685/2016, 2C\_806/2016 vom 13. Dezember 2017 "GT 3a Zusatz"). Als massgeblich beurteilte es den Beginn der Tarifwirkung, den es von der Frage der aufschiebenden Wirkung des Tarifs unterschied (Urteil 2C\_685/2016, 2C\_806/2016, E. 8.6 "GT 3a Zusatz"). Nach der von der Beschwerdeführerin A beantragten Lösung würde hingegen weder der ganze Tarif A Fernsehen noch die gesamte in Tarifziff. 7.2 und 9 Lemma 2 genannte Nutzung mit entsprechender Vergütung, sondern nur die einseitige Vergütungspflicht der Nutzerseite auf einen späteren Zeitpunkt verschoben, während die Rechtseinräumung nach Tarifziff. 2 und die übrigen Rechtswirkungen des Tarifs vom Rückwirkungsverbot unangetastet blieben soll. Ein solches Vorgehen widerspräche dem genannten Urteil wie dem synallagmatischen Verhältnis der Tarifleistungen (vgl. hinten, E. 4.1). Vielmehr ist mit der Aufhebung der rückwirkenden Vergütungspflicht die rückwirkende Tarifbelastung der Berechtigten ebenfalls aufzuheben (Urteil 2C\_685/2016, 2C\_806/2016, E. 8.5.1 "GT 3a Zusatz").

### **E. 3.4**

Im vorliegenden Fall war der gesamte strittige Tarif seit Beginn der genehmigten Laufzeit ohne Unterbruch rechtswirksam, da keine Beschwerdeführerin die aufschiebende Wirkung

ihrer Beschwerde beantragt hat und von Amtes wegen keine solche angeordnet wurde (Art. 74 Abs. 2 URG). Diese Wirksamkeit änderte sich nicht damit, dass das Bundesverwaltungsgericht am 30. März 2015 einzelne Ziffern angepasst und die Sache zur neuen Prüfung von Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27, ohne die Bestimmung über die Gültigkeitsdauer zu ändern, an die Vorinstanz zurückgewiesen hat. Die Anfechtung eines Tarifgenehmigungsentscheids wegen einer zu tiefen Vergütung würde teilweise illusorisch, fiele auch die gerichtliche Tarifierhöhung auf dem Beschwerdeweg unter das Rückwirkungsverbot. Denn in der Frist von höchstens einem Jahr, die das Bundesgericht für eine rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs als möglicherweise gerechtfertigt bezeichnet (vgl. Urteil 2C\_685/2016, 2C\_806/2016, E. 8.5.1 "GT 3a Zusatz"), lässt sich ein Beschwerdeverfahren am Bundesverwaltungsgericht unter Einhaltung der geltenden Verfahrensgarantien in der Regel kaum erledigen. Ein Weiterzug ans Bundesgericht würde noch zusätzliche Zeit beanspruchen. Anstelle eines höheren Tarifertrags resultierte somit bei Tarifen mit kurzer Gültigkeitsdauer selbst im Erfolgsfall regelmässig eine niedrigere, nämlich um mehrere Ertragsjahre gekürzte Vergütung. Die ausgiebige Werknutzung der Beschwerdeführerin A seit dem 1. Januar 2013 liesse sich zudem nicht mehr rückgängig machen und würde durch eine Verkürzung ohne gültigen Tarif für jene Jahre nachträglich unerlaubt. Sie hätte umfangreiche und teure Schadenersatzverhandlungen zwischen den Tarifpartnern zur Folge, was ebenfalls gegen die Berücksichtigung relativer Änderungen eines geltenden Tarifs während seiner Laufzeit bei der Beurteilung seiner zeitlichen Wirkung spricht (vgl. Urteil 2C\_685/2016, 2C\_806/2016, E. 8.6.4 "GT 3a Zusatz"). Die Beschwerdeführerin A hat denn die Erhöhung der Vergütungssätze durch das Bundesverwaltungsgericht zurecht auch nicht als Rückwirkung beanstandet. Indessen wurde die Rechtswirksamkeit des Tarifs aus den gleichen Gründen auch nicht dadurch beeinflusst und ist auch darin keine Rückwirkung zu sehen, dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 18. Dezember 2015 die Vergütung von Ziff. 9 Lemma 2 reduziert hat. Auch Tarifziff. 7.2 in Verbindung mit Ziff. 9 Lemma 2 ist vielmehr seit dem 1. Januar 2014 ohne Unterbruch, aber mit Änderungen in Kraft, worin nach dem Gesagten keine unzulässige Rückwirkung zu sehen ist. Der vorliegende Fall unterscheidet sich vielmehr grundlegend vom Sachverhalt des Urteils 2C\_685/2016, 2C\_806/2016 = BGE 143 II 617 "GT 3a Zusatz", wo der strittige Tarif nach Gewährung und späterer Aufhebung der aufschiebenden Wirkung erstmals in Kraft gesetzt wurde. Der Einwand der Rückwirkung der Beschwerdeführerin A ist somit abzuweisen.

#### **E. 4.1**

Tarife sollen die Werknutzung im Interesse der Berechtigten- wie der Nutzerseite durch eine einheitliche, vorhersehbare und praktikable Vergütung erleichtern und den Verwertungsgesellschaften ermöglichen, diese Vergütung von den Nutzern auch zu erheben. Die Vorinstanz bestimmt ihre Höhe nach dem Ziel eines sachgerechten Interessenausgleichs zwischen Rechteinhabern und Nutzern (BGE 135 II 172 E. 2.3.4 "GT 3c") und wahrt die Tarifautonomie der antragstellenden Verwertungsgesellschaften. Eine erhöhte Mitwirkungspflicht verpflichtet die Parteien, die erforderlichen Zahlen und Statistiken für die Angemessenheitsprüfung beizubringen (vgl. BGE 133 II 263, 272 E. 5.2 und 5.4; Urteil des BGer 2A.491/1998 vom 1. März 1999, E. 2b "Tarif D [Konzertgesellschaften]", publiziert in sic! 1999, S. 265). Das Bundesverwaltungsgericht urteilt von Gesetzes wegen mit voller Kognition, auferlegt sich jedoch Zurückhaltung, wo die Vorinstanz als unabhängiges Fachgericht komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts oder Interessenabwägungen zwischen Berechtigten- und

Nutzergruppen beurteilt hat, und prüft damit im Ergebnis, ob sie ihren Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht hat (vgl. Urteil B-1298/2014 vom 30. März 2015, E. 2.1-2.3 "Tarif A Fernsehen" mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Das Gesetz begrenzt die Tarifentschädigung auf "in der Regel höchstens zehn Prozent" des Ertrags für Urheberrechte und drei Prozent für verwandte Schutzrechte (Art. 60 Abs. 2 URG). Die Vorinstanz hat sie in diesem Rahmen näher festzulegen. Als Parameter für die Berechnung und Angemessenheit der Entschädigung erwähnt Art. 60 Abs. 1 Bst. a-c URG: a.den aus der Nutzung erzielten Ertrag oder hilfsweise den damit verbundenen Aufwand, b.die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton-, Tonbildträger oder Sendungen, c.das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträgern oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen. Gilt der massgebliche Ertrag nach Bst. a noch weitere Leistungen neben der relevanten Nutzung ab, verwendet die Rechtsprechung Teilnutzungsregeln: i)Die "Pro-rata-temporis-Regel" als Teilanrechnung, falls der Ertrag nach einer Nutzungsdauer bemessen ist, wovon ein Teil der geschützten Nutzung entspricht (vgl. Urteil des BVGer Nr. B-1769/2010 vom 3. Januar 2012, E. 3.4.1 "Tarif A Fernsehen Swissperform"); ii)die "Ballettregel" als Teilanrechnung, falls ungeschützte Leistungen, die gleichzeitig erbracht werden, den Ertrag mitbestimmen (Urteil B-1769/2010, E. 3.4.2 "Tarif A Fernsehen Swissperform"); iii)Anrechnung des ganzen Tonträgers, wenn mindestens eine der an den davon verwendeten Werken und Darbietungen beteiligten Personen die Schutzkriterien erfüllt (Urteil B-1769/2010, E. 3.4.3 "Tarif A Fernsehen Swissperform"; zu Ausnahmen im Verhältnis von Künstler und Produzent vgl. das Urteil des BVGer B-1359/2016 vom 24. April 2017, E. 6.5 "Tarif A Radio Swissperform").

#### **E. 4.3**

Masstab der Angemessenheit ist ein sachgerechter Ausgleich, der nicht erheblich von einer Regelung abweicht, die sich unter Wettbewerbsbedingungen ergäbe, wenn alle Betroffenen sich einigen könnten (Urteil des BVGer B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 5.4 "GT Z"; Denis Barrelet/Willi Egloff, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 60 Rz. 1; vgl. Reto M. Hilty, Urheberrecht, 2011, Rz. 391). Der Aufbau der Tarifbestimmungen ist zu den Gesamteinnahmen oder hilfsweise zum Aufwand der Nutzung (Art. 60 Abs. 1 und 2 URG) sowie zur Begründung der Bemessungsgrundlage ins Verhältnis zu setzen, wobei praktischen Schwierigkeiten bei der Nutzungserhebung und -kontrolle Rechnung zu tragen ist. Pauschalisierungen und Annäherungen sind wo nötig hinzunehmen, um vergütungspflichtige Nutzungen möglichst vollständig erfassen und praktikabel entschädigen zu können (BGE 125 III 141 E. 4a-4b; Urteil des BVGer B-8558/2010 E. 5.4 "GT Z"). Aus dem Anspruch auf eine "einzige angemessene Vergütung" in Art. 12 des Abkommens vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen ("Rom-Abkommen", SR 0.231.171) und Art. 15 des WIPO-Vertrags vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (SR 0.231.171.1) folgt nichts anderes. Insbesondere kann aus diesen Bestimmungen keine Mindestgrenze für alle Einzelfälle abgeleitet werden (Urteil des BVGer B-2612/2011 vom 2. Juli 2013, E. 3.1.2 "GT S").

#### **E. 5.1**

Der Tarif konkretisiert leistungsschutzrechtliche Vergütungsansprüche, die nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können, im Zusammenhang mit der Nutzung von Handelston- und Handelstonbildträgern in TV-Sendungen bzw. der Nutzung von Darbietungen theatralischer und nichttheatralischer Werke der Musik. Die Rechte, die mit der Bezahlung der Tarifvergütung erworben werden, sind auf die Sendenutzung beschränkt und schliessen weder die vorgängige technische Anpassung der Aufnahme noch ihre Zusammenführung mit der Bildspur mit ein. Wie das Bundesverwaltungsgericht durch eine von der Ansicht der Vorinstanz abweichende Auslegung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung befand, setzt der Tarif, auch wenn er es nur durch Vorbehalte erwähnt (vgl. Tarifziff. 4-5), vielmehr voraus, dass Sendeunternehmen bei den Berechtigten allfällig erforderliche Rechte separat einholen, um Handelstonträger mit einer Bildspur synchronisieren zu dürfen. Die Geltendmachung solcher Aufnahme- und Bearbeitungsrechte, wozu auch das Synchronisationsrecht zählt, ist der Bundesaufsicht nicht unterstellt (Urteil des BVGer B-1298/2014, E. 4.2 und 5 m.w.H.; vgl. Art. 24b Abs. 2 URG). Die Nutzungen nach Ziff. 7.1 und 7.2 sind auf die Nutzung von Handelstonträgern und nichttheatralischen Werken der Musik beschränkt, die dazu vom Tarif eingeräumten Rechte also nicht davon abhängig, ob die Inhalte einer allenfalls mitgesendeten Bildspur urheberrechtlich geschützt sind. Solche Bildrechte müssten vorliegend individuell erworben werden. Durch die Beschränkung auf Tonträger und nichttheatralische Musikwerke sind keine durch die Tarifzahlung miterworbenen Bildbeiträge denkbar. Weitere, der Bundesaufsicht unterstellte Vergütungsrechte an solchen Bildinhalten sind zumindest nicht ersichtlich und werden in Tarifziff. 2 nicht erwähnt. Dass die Vorinstanz für beide Ziffern denselben Vergütungssatz gewählt hat, erscheint daher nachvollziehbar.

## **E. 5.2**

Die Integrationsvorgänge nach Tarifziff. 7.1 und 7.2 unterscheiden sich in der technischen Verwendung, Herkunft und Auftraggeberschaft des (allenfalls) verwendeten Bildmaterials, nicht aber massgeblich in der Sendenutzung des anspruchgebenden Tonträgers. Da Vergütungsrechte an den Bildinhalten wie erwähnt fehlen, vermögen sie keinen Unterschied der Tarifvergütung zu begründen. Eine allgemein niedrigere Nutzungsintensität der synchronisierten gegenüber der nichtsynchronisierten Nutzung, wie sie die Beschwerdeführerin A vorbringt, lässt sich nicht feststellen und verfängt auch nicht im angeblichen Gegensatz der Nutzung als Radio und Fernsehen. Denn Bildinhalte können auch unter Ziff. 7.1 asynchron mit der geschützten Tonaufnahme kombiniert werden, und die Nutzungsweise als Sendung bleibt dabei im Wesentlichen dieselbe. Hierzu kann auf die Ausführungen der Urteile B-1298/2014 E. 3.3 und 5 "Tarif A Fernsehen (Swissperform)" des Bundesverwaltungs- und 2C\_146/2012 E. 4.2 "Tarif A Fernsehen (Swissperform)" des Bundesgerichts verwiesen werden. Dem Antrag der Beschwerdeführerin A, die Nutzung synchronisierter Handelstonträger nach Ziff. 7.2, in Anwendung der Ballettregel, als Teilleistung zu würdigen und den Vergütungssatz von Tarifziff. 9 Lemma 2 ein zweites Mal zu halbieren, ist darum nicht Folge zu geben. Eine unangemessene Gleichbehandlung der Nutzungsformen von Tarifziff. 7.1 und 7.2 in der Übereinstimmung der Vergütungssätze von Tarifziff. 9 Lemma 1 und 2 ist nicht erkennbar. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin A ist deshalb abzuweisen.

## **E. 6**

Auch die Beschwerdeführerin B beruft sich auf die Angemessenheitspflicht von Art. 60 URG für ihren Antrag, die Deckelung aus Tarifiziff. 9 Lemma 2 zu streichen. Die Vorinstanz erwog hierzu, grössere Erhöhungen der Vergütung gegenüber dem Vorgängertarif seien nur zu genehmigen, wenn die frühere Entschädigung offensichtlich ungenügend war oder die Erhöhung auf einer sachlich gerechtfertigten Umstellung auf ein neues Berechnungssystem beruhe und eine gerechtere Urheberrechtsentschädigung bewirke. Andernfalls suche sie allzu sprunghafte Erhöhungen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu vermeiden und grössere Erhöhungen zu staffeln (vgl. E. II.3.6 der angefochtenen Verfügung). Eine solche Staffelung ordnete sie darum für die gesamte Tariflaufzeit, 2014-2017, an und führte sie mit Beschluss vom 26. Oktober 2017, unter Vorbehalt des vorliegenden Urteils, bei Genehmigung des Tarifs A Fernsehen (Swissperform) [2018] in der Form einer Höchstvergütung von Fr. 500'000.- für das Jahr 2018 linear fort.

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin B macht geltend, die Staffelung reduziere die Tarifentschädigungen für 2014 gegenüber 2013 sprunghaft um etwa drei Fünftel und lasse darum den Tarif erst unangemessen werden. Den "Grundsatz des Verbots der sprunghaften tariflichen Erhöhung" stelle sie nicht infrage, er sei aber nach dem Wortlaut von Art. 60 Abs. 2 URG zu präzisieren, nämlich am Entgelt zu bemessen, das die Rechtsinhaber unter dem vorhergehenden Tarif für dieselbe Nutzung erhalten hätten. Den Verlauf der von 2005 bis 2015 an die Berechtigtengruppen "Phono-Interpreten", "Audiovisions-Interpreten", "Phono-Produzenten" und "Audiovisions-Produzenten" weitergegebenen Vergütungen erläutert sie anhand ihrer jährlichen, internen Verteilzahlen. Insbesondere wurden bis 2009 je 49 % der Verteilsumme an die "Phono-Interpreten" und "Phono-Produzenten" verteilt, während die Audiovisionsberechtigten nur je 1 % erhalten hatten. Seit 2010 seien die Gelder hingegen gleichmässig auf alle vier Gruppen, bzw. jedenfalls seit 2014 hälftig auf die Phono- und Audiovisionsseite verteilt worden. Weil die Vorinstanz stattdessen auf die zu leistende Gesamtentschädigung durch die Nutzerseite abgestellt und nicht berücksichtigt habe, an welche Rechtsinhaber diese bisher in welchem Verhältnis weitergegeben worden sei, sei diese zu Unrecht von einer sprunghaften Erhöhung im beantragten Tarif ausgegangen. Die Beschwerdeführerin A bestreitet die von der Beschwerdeführerin B genannten Verteilsummen, da ihre Ausführungen widersprüchlich seien und sie weder die Gründe für die asymmetrische Verteilung bis 2009, noch für die symmetrische ab 2010 offengelegt habe. Auf die interne Weiterverteilung der Gelder komme es allerdings gar nicht an. Das Bestehen einer sprunghaften Erhöhung bemesse sich vielmehr an der gesamten Tarifleistung der Nutzerseite. Für 2014 würde diese Seite ohne Deckelung eine Vergütung von Fr. 1,6 Mio., also einen Drittel mehr als die bisherigen Fr. 1,2 Mio. bezahlen müssen. Die Vorinstanz hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Im Genehmigungsentscheid vom 4. November 2013, Ziff. II.4, hatte sie noch keinen Anlass gesehen zu prüfen, ob eine sprunghafte Erhöhung der Vergütung bevorstehe. Sie stützte sich im hier angefochtenen Entscheid vom 18. Dezember 2015, E. II.3.8, als Richtwert auf die gesamthaft bezahlte Tarifleistung der Nutzerseite, nämlich eine bis Ende 2009 geltende, jährliche Pauschalzahlung von Fr. 1,2 Mio. Mit dieser hatte sie im Beschluss vom 9. November 2009 (Ziff. II.6) eine Reduktion des Vergütungssatzes von 3,315 % auf 1,6575 % und eine Deckelung auf eine Erhöhung um maximal 10 % in drei Jahren begründet, ohne die von der Beschwerdeführerin B geltend gemachten Berechtigtengruppen und Verteilwege dabei zu berücksichtigen.

## **E. 6.2**

Hierzu ist vorab festzuhalten: Verwandte Schutzrechte sind in der Schweiz seit dem Inkrafttreten des URG am 1. Juli 1993 geschützt; einen Tarif für eine umsatzabhängige Vergütung für die Verwendung im Handel erhältlicher Ton- und Tonbildträger zu Sendezwecken im öffentlichen Fernsehen genehmigte die Vorinstanz aber nach sechzehn Jahren erstmals am 9. November 2009 (Art. 35 Abs. 1 URG; Beschluss der Vorinstanz vom 9. November 2009; für die Vorgeschichte vgl. den Nichtgenehmigungs-Beschluss der Vorinstanz vom 19. Dezember 1996 und das Urteil des BGer 4C.290/2001 vom 6. November 2002). Für die Jahre von 1995 bis Ende 2009 vergütete die Beschwerdeführerin A der Beschwerdeführerin B stattdessen jährliche Pauschalbeträge. Sie beliefen sich seit 2005 konstant auf Fr. 1,2 Mio. (vgl. Beschlüsse der Vorinstanz betreffend den Tarif A [Swissperform] vom 8. Dezember 1995, 20. September 1999 und 21. September 2004). Auch für das Jahr 2009 wurde an der Höhe von Fr. 1,2 Mio. festgehalten, obwohl neu auch die Vervielfältigung zu Sendezwecken damit abgegolten wurde (vgl. Genehmigungsbeschluss der Vorinstanz vom 16. September 2008, Ziff. I.2 und Art. 24b URG, in Kraft seit 1. Juli 2008). Am 20. August 2012, mit Urteil des BGer 2C\_146/2012, wurden der Beschluss der Vorinstanz vom 9. November 2009 und der erste Tarif mit einer nutzungsabhängigen Vergütungsbemessung rechtskräftig. Seit dem 3. Januar 2012 war dieser Tarif mangels aufschiebender Wirkung der Beschwerde ans BGer vollstreckbar gewesen, die Beschwerdeführerinnen A und B verzichteten aber darauf, ihn anzuwenden, und fuhren stattdessen mit jährlichen Pauschalzahlungen von Fr. 1,2 Mio. fort (vgl. Beschlüsse der Vorinstanz vom 18. September 2012, Ziff. I und vom 4. November 2013, Ziff. I.2). Diese jährlichen Pauschalzahlungen wurden von allen Tarifen, Tarifeingaben der Beschwerdeführerinnen und von der Vorinstanz stets als "unpräjudizierbar" bzw. "ohne Präjudiz für spätere Tarife" bezeichnet (vgl. den Tarif A Fernsehen (Swissperform) [2005] in der Präambel und in Ziff. 14 und die Beschlüsse der Vorinstanz vom 8. Dezember 1995, Ziff. II.2, 21. September 2004, Ziff. I.2, 9. November 2009, Ziff. I.1 und I.2, 4. November 2013, Ziff. I.2). Für private Fernsehsender wurde die Vergütung derselben Nutzungsweise schon seit 1995 in Prozenten der Sendereinnahmen pro Sendeminute berechnet (vgl. GT S [1995-1997], Ziff. 8; Beschluss vom 21. November 1995). Bei einem relativ konstanten Vergütungssatz wuchsen die Tarifeinnahmen der Beschwerdeführerin B unter diesem Tarif dabei von Fr. 1,117 Mio. im Jahr 1999 auf 2,662 Mio. im Jahr 2009. Die relevante Ton- und Tonbildträger-Nutzung durch private Fernsehsender hat sich in diesem Zeitraum mithin mehr als verdoppelt (vgl. die Beschlüsse der Vorinstanz vom 27. Oktober 2003, Ziff. I.2, 10. November 2004, Ziff. I.2, 23. November 2009, Ziff. I.2 und 4. November 2010, Ziff. I.2, "GT S"), während die Vergütung derselben Nutzung im öffentlichen Fernsehen konstant blieb.

## **E. 6.3**

Die Vorinstanz pflegt sprunghafte Erhöhungen der Tarifvergütung gegenüber dem Vorgängertarif in der Regel zu vermeiden, nämlich entweder den Vergütungssatz zu reduzieren, die jährlich zu bezahlende Vergütung zu deckeln oder die antragstellende Verwertungsgesellschaft anzuhalten, der Nutzerseite entgegenzukommen (angefochtene Verfügung, Ziff. II.3.6; Dieter Meier, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, S. 72). Zur Erzielung eines besseren Bemessungssystems, zum Ausgleich der Teuerung, wenn die bisherigen Entschädigungen zu niedrig waren oder wenn die beantragte Vergütung aus anderen Gründen gerechtfertigt erschien, hat sie aber auch

grosse Erhöhungen zuweilen akzeptiert (vgl. ESchK, Entscheide und Gutachten Bd. III / 1981-1990, S. 22 E. 1 "Tarif B", S. 84 E. 3-5 "Tarif M", S. 92 E. 2 "Tarif HM" S. 99 E. 5 "Tarif K", S. 127 E. 2 "Tarif PA", S. 132 E. 1 "Tarif B"). Dass die Vorinstanz beim Kriterium der sprunghaften Erhöhung ausschliesslich auf die Tarifbelastung der Nutzerseite und nicht auch auf die ausbezahlten Verteilbeträge an Berechtigte oder Berechtigengruppen abstellt (vgl. vorne, E. 6.1), erscheint nachvollziehbar, da die Nutzer die Tarifbelastung in ihrem Marktangebot und ihrer Preiskalkulation stets einkalkulieren müssen (vgl. Meier, a.a.O., S. 58, N 119), diese die an Nachbarberechtigte bezahlten Gagen im Regelfall hingegen kaum beeinflusst. Dennoch macht die Beschwerdeführerin B zurecht geltend, dass die Vorinstanz sprunghafte Erhöhungen nur einseitig zugunsten der Nutzerseite meidet und nicht auch die Kontinuität der Tarifeinnahmen zugunsten der Berechtigenseite bezweckt, z.B. um tariflose Perioden und prozessuale Verzögerungen im Genehmigungsablauf zu vermeiden (vgl. z.B. ESchK, Beschluss vom 8. Dezember 2016, E. 4 "GT 4i"). So verstanden kann das Kriterium der Vermeidung sprunghafter Erhöhungen darum nicht zur Prüfung der Angemessenheit nach Art. 60 URG gezählt werden. Eine Stetigkeit oder Kontinuität der Vergütung wird im Gesetz auch nicht als Kriterium der Angemessenheit genannt (vgl. E. 4.2), sie wird in der Literatur aber teilweise als solches bezeichnet (vgl. Mathis Berger, Ist das Verwertungssystem (noch) gerecht?, in: Mathis Berger/Werner Stauffacher, Wege zum idealen Verwertungssystem, 2014, S. 116; Ernst Brem/Vincent Salvadé/Gregor Wild, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli, Urheberrechtsgesetz [URG], 2. Aufl. 2012, Art. 60 N. 5). Demgegenüber hat das Bundesgericht mehrfach erwogen, eine erhebliche Abgabenerhöhung, die auf eine sachlich gerechtfertigte Umstellung der Berechnungsgrundlage zurückgehe, könne zulässig und gar Beleg dafür sein, dass die bisher entrichteten Entschädigungen zu tief waren (Urteile des BGer vom 16. Februar 1998, 2A.248/1997, veröffentlicht in sic! 1998, 387 E. 2c/bb "Tarif Z", und vom 17. Februar 2000, 2A.253/1999, veröffentlicht in sic! 2000, S. 374, E. 1d "Technoparty", vgl. auch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, E. II.3.6). So verstanden dient das Kriterium der Kontinuität nicht zur Unterscheidung angemessener von unangemessenen Tarifbelastungen im Sinne von Art. 60 URG, sondern erst im Anschluss an jene Unterscheidung zur Auswahl einer gewünschten unter mehreren angemessenen Tariflösungen. Es ist mithin dort zulässig und kann durch jährlich abgestufte Vergütungssätze oder Maximalbeträge erzielt werden, wo der Vorinstanz eine solche Auswahl angemessener Lösungen zur Verfügung steht.

#### **E. 6.4**

Dass die Vorinstanz zur Beurteilung der Frage, ob der Tarif durch Tarifziff. 9.2 ab 2014 eine sprunghafte Erhöhung der Vergütung bewirken werde, auf die bis Ende 2009 bezahlte Jahrespauschale von Fr. 1,2 Mio. (Beschluss vom 9. November 2009 betreffend den Tarif A Fernsehen, E. II/6d) als Richtwert Bezug nahm, erweist sich nach dem Gesagten in mehrfacher Hinsicht als rechtswidrig:

##### **E. 6.4.1**

Erstens war jene Jahrespauschale noch nicht nach dem Bruttoprinzip berechnet worden, so dass der neue Tarif sich auf eine sachlich gerechtfertigte Umstellung der Berechnungsbasis stützt, die eine entsprechende Erhöhung rechtfertigt (vgl. E. 6.3).

##### **E. 6.4.2**

Zweitens hatten seit 1995 beide Parteien die Jahrespauschale stets als unpräjudizierbar bezeichnet, wovon auch die Vorinstanz Vorwerk genommen hatte (vorne, E. 6.2). Auch wenn sie an deren Anträge nicht gebunden ist (vgl. Art. 59 Abs. 2 URG), vermag sie daher aus dieser Übereinkunft kein Vertrauen der Beschwerdeführerin A und ihrer tarifbetroffenen Nutzer in die Kontinuität der Pauschale abzuleiten (vgl. Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung, SR 101).

#### **E. 6.4.3**

Drittens endete der Vergleichstarif im Jahr 2009. Während der Vorinstanz am 18. Dezember 2015 als jüngere, inzwischen rechtskräftige Richtwerte der GT A Fernsehen [2010-2012] und der GT S [2011-2013] zur Verfügung gestanden hätten, war die trotz Rechtskraft des GT A Fernsehen [2010-2012] nachträglich vereinbarte Pauschalentschädigung für das Jahr 2013, welche Ziff. II.3.7 der angefochtenen Verfügung erwähnt, nur akonto vereinbart. Auch sie konnte darum nicht als Richtwert dienen (vgl. Ziff. III.1 des Beschlusses der Vorinstanz vom 4. November 2013). Selbst eine als sprunghaft qualifizierte Erhöhung (vgl. aber E. 6.3) wäre vor dem beschriebenen Hintergrund hinzunehmen.

#### **E. 6.4.4**

Viertens hat die Vorinstanz die Höhe der Deckelung anhand einer Gesamtvergütung des Tarifs A Fernsehen berechnet, aber in Tarifziff. 9.2 auf Vergütungen aus der Nutzung von mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen inklusive Werbespots synchronisierte Handelstonträger im Sinne von Ziff. 7.2 beschränkt, was Interpretinnen und Interpreten solcher Werke willkürlich benachteiligen, andere Berechtigte an Handelstonträgern, z.B. nichtsynchronisierten Sendungen nach Ziff. 7.1, dagegen bevorzugen würde.

#### **E. 6.5**

Die Deckelung von Tarifziff. 9.2 erweist sich aus jedem dieser Gründe als unzulässig. Eine Abfederung der längst fälligen Erhöhung um rund Fr. 400'000.- pro Jahr, mit der die Parteien für den Tarif A Fernsehen übereinstimmend insgesamt rechnen, also eines Anteils von rund Fr. 100'000.- für die vorliegend noch strittige Tarifziffer, erschiene angesichts der überaus langen Einführungszeit eines nutzungsabhängigen Tarifs als unverhältnismässig und damit rechtswidrig. Die Einführung einer nutzungsproportionalen Vergütungsberechnung über zwanzig Jahre nach Inkrafttreten des URG rechtfertigt vielmehr eine sofortige Erhöhung auf angemessene Vergütungswerte (vorne, E. 6.3), womit sich eine zweite Rückweisung an die Vorinstanz erübrigt. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin B ist damit gutzuheissen und die Deckelung gemäss Ziff. 1.1 Satz 2 der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben.

#### **E. 7.1**

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin A aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die vorliegende Streitsache ist vermögensrechtlicher Natur (BGE 135 II 182 E. 3.2 "GT 3c"). Vor Bundesverwaltungsgericht ist ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE), wofür auf das Vermögensinteresse der Beschwerdeführerinnen an der noch

strittigen Ziff. 9.2 während der (verlängerten) Gültigkeitsdauer des Tarifs A Fernsehen von 2014-2018 abzustellen ist. Da beide Seiten von einer zusätzlichen Vergütung von Fr. 400'000.- pro Jahr ausgehen, die von der Beschwerdeführerin A zur Hälfte bestritten worden ist und den Umfang der Deckelung übersteigt, sind der Streitwert auf Fr. 1 Mio. und die Gerichtsgebühr auf Fr. 13'000.- festzulegen, die vom Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin A in gleicher Höhe bezogen werden. Der von der Beschwerdeführerin B geleistete Kostenvorschuss von Fr. 10'000.- ist dieser zurückzuerstatten.

#### **E. 7.2**

Die unterliegende Beschwerdeführerin A hat der obsiegenden Beschwerdeführerin B für die aus dem Verfahren erwachsenen, notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Angesichts des geleisteten Aufwands in einer anspruchsvollen Fachdiskussion mit einfachem Schriftenwechsel erscheint vorliegend eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 9'500.- angemessen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.