

ESCHK tarif-a-radio vom 23. November 2016

Eschk, 2016-11-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/eschk_tarif-a-radio

FR: ESCHK tarif-a-radio du 23 novembre 2016

IT: ESCHK tarif-a-radio del 23 novembre 2016

Volltext

Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ESchK

B e s c h l u s s v o m 2 3 . N o v e m b e r 2 0 1 6 Tarif A Radio [SWISSPERFORM]
Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Radio

Bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2C_306/2019 vom 27. April 2020

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 2 I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben: A. Die Gültigkeitsdauer des Tarifs A Radio [SWISSPERFORM], zuletzt genehmigt mit konnexen Beschlüssen vom 29. Oktober 2012 bzw. vom 29. Juni 2015, läuft am 31. Dezember 2016 aus. Nach zweimaliger Verlängerung der in Art. 9 Abs. 2 der Urheberrechtsverordnung genannten Frist durch die Schiedskommission mit Präsidialverfügungen vom 20. Mai bzw. 20. Juni 2016 beantragt SWISSPERFORM mit Eingabe vom 14. Juli 2016 die Genehmigung eines neuen Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2019. SWISSPERFORM stellt ferner den Beweisantrag, die Schiedskommission habe eine Befragung von Herrn X._____, Geschäftsführer der Y._____, anzuordnen und durchzuführen. Hinsichtlich der Tarifeinnahmen gibt SWISSPERFORM an, während der Geltungsdauer des geltenden Tarifs habe die SRG SSR die folgenden Entschädigungen in Schweizerfranken bezahlt (vgl. Gesuchsbeilagen 2 f.; Anmerkung der Schiedskommission: Die für die Entschädigungen aus dem Tarif A Radio [SWISSPERFORM] im Jahr 2015 entscheidende Seite 22 des als Beilage 3 auszugsweise eingereichten Jahresberichts 2015 von SWISSPERFORM fehlt im Gesuch, kann aber ohne weiteres unter http://www.swissperform.ch/uploads/media/2015_SWISSPERFORM_Jahresbericht_04.pdf eingesehen werden): Jahr Betrag

2014 5 970 289

2015 6 469 000

Die im Jahresbericht von SWISSPERFORM ausgewiesenen Vergütungen des Tarifs A Fernsehen [SWISSPERFORM] würden die Einnahmen nach gebuchtem Rechnungsjahr einschliessen. Diese wichen von den Einnahmen nach Nutzungsjahr ab: So entrichtete die SRG SSR jeweils einerseits Akontozahlungen, andererseits werde eine Schlussabrechnung zuhanden der SRG SSR erstellt. Diese sei vom Anteil der im Nutzungsjahr verwendeten geschützten Handelstonträger abhängig und stelle auf die Teilkostenrechnungen der SRG SSR ab, das heisse auf die klar einem Programm zuordenbaren Kosten. Da die entsprechenden Informationen erst im auf das Nutzungsjahr folgenden Jahr oder gar später bekannt würden, seien die für ein Nutzungsjahr eingezogenen Vergütungen schliesslich

unterschiedlichen Verteilungsjahren zuzuordnen.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 3 Vor diesem Hintergrund seien die Akontozahlungen für die Jahre 2014 und 2015 wie folgt aufzuschlüsseln (vgl. Gesuchsbeilage 4 [Tarif A Radio nach gebuchtem Rechnungsjahr 2007 bis 21.06.2016]):
Rechnungsjahr Akonto Nachabrechnung Nachabrechnung Total Jahr Betrag Jahr Betrag
2014 5 850 000 2012 120 289

5 970 289 2015 5 850 000 2013 269 000 2014 350 000 6 469 000 Bezüglich der beiden Schlussabrechnungen für die Jahre 2013 und 2014 habe mit der SRG SSR noch keine Einigung erzielt werden können. Entsprechend handle es sich dabei um provisorische Teilrechnungen. Zur Begründung ihres Gesuchs führt SWISSPERFORM aus, zwischen ihr und der SRG SSR herrsche im Bereich des vorliegenden Tarifs seit jeher Uneinigkeit über zahlreiche (Rechts-)Fragen. Weil diese Probleme nicht alle auf einmal gelöst werden konnten, hätten sich die Verhandlungspartner in der Vergangenheit verschiedentlich auf die Eingabe von Einigungstarifen oder auf gemeinsame Anträge zur Verlängerung bereits genehmigter Tarife verlegen müssen. Der vorliegende Tarif behandle nun einige der offen gebliebenen Streitpunkte, andere hätten jedoch – teilweise im gegenseitigen Einvernehmen – abermals ausgeklammert bleiben müssen. SWISSPERFORM habe im Rahmen des Vollzugs des geltenden Tarifs festgestellt, dass die Sendemeldungen der SRG SSR Lücken und Unstimmigkeiten aufwiesen, sodass deren Kontrolle sehr zeit- aufwendig sei. Die im geltenden Tarif enthaltene Prüffrist von dreissig Tagen habe sich als zu kurz erwiesen. SWISSPERFORM sei daher unbedingt darauf angewiesen, dass diese Frist angepasst werde. Hinsichtlich der Meldung des International Standard Recording Code (ISRC) habe SWISSPERFORM festgestellt, dass die SRG SSR die entsprechenden Daten nach wie vor bloss in sehr wenigen Fällen melde. Auch in diesem Bereich seien Verbesserungen für SWISSPERFORM von herausragender Bedeutung. Nebst dem Meldewesen seien auch folgende Verhandlungspunkte umstritten gewesen: Von SWISSPERFORM angestrebte Anpassungen an den Gemeinsamen Tarif S (GT S) und an den Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM] würden unter anderem die Abzüge für die Akquisition von Werbe- und Sponsoringaufträgen betreffen sowie die Berechnungsmodalitäten für die relevanten Einnahmen der SRG SSR (etwa die Einnahmen für Programmverwertungen durch Dritte) und die Anpassung der Vergütung für die Nutzung gemäss Art. 24b des Urheberrechtsgesetzes («Vervielfältigung zu Sendezwecken»). Das Simulcasting habe in den letzten Jahren enorm an Bedeutung gewonnen, weshalb für die dadurch gesteigerte Nutzungsintensität eine zusätzliche Vergütung zu entrichten sei. Anpassungen seien auch bei der Vergütung für das Vervielfältigen gemäss

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 4 Art. 24b des Urheberrechtsgesetzes vorzunehmen. Es habe sich gezeigt, dass die SRG SSR ihre Sendungen annähernd vollumfänglich online stelle und dies fast durchwegs ohne zeitliche Befristung. Einmal ausgestrahlte Sendungen könnten somit de facto sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht jederzeit unlimitiert abgerufen werden. Damit stelle sich im Bereich des Online-Zugänglichmachens die Frage nach einer zeitlichen Beschränkung im Rahmen von Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes sowie nach einer angemessenen Abgeltung für diese Form des Zugänglichmachens. Im Einzelnen begründet SWISSPERFORM ihr Gesuch hinsichtlich der Tarifbestimmungen, die gegenüber dem bisher geltenden Tarif A Radio [SWISSPERFORM] geändert wurden und/oder Gegenstand der Verhandlungen zwischen ihr und der SRG SSR bildeten. Zu erwähnen sind folgende Punkte: In Ziffer 2 Lemma 1 sei gegenüber

dem aktuell geltenden Tarif der letzte Satz mit den Begriffen «zeitgleiche unveränderte» Verbreitung ergänzt worden. Nach Ansicht von SWISSPERFORM handle es sich bei dieser Ergänzung nicht um eine materielle Änderung, sondern lediglich um eine Klarstellung, dass das Webcasting bloss von Einzelereignissen durch den vorliegenden Tarif nicht erfasst sei, also die Übertragung eines Einzelereignisses per Internet nicht unter den sachlichen Geltungsbereich des Tarifs falle. Zu Tarifziffer 7 allgemein: Nach dem geltenden Tarif A Radio (SWISSPERFORM) werde für alle vergütungspflichtigen Nutzungen (gemäss Art. 22c, 24b und 35 URG des Urheberrechtsgesetzes) ein Gesamtvergütungssatz von 3,33 Prozent festgelegt. Den einzelnen Nutzungsformen werde keine gesonderte Vergütung zugeordnet. Ebenso wenig werde den unterschiedlichen Repertoires Rechnung getragen. Bei den Vervielfältigungs- und Online-Rechten sei aber nicht dasselbe Repertoire geschützt wie beim Senderecht. Dies habe für SWISSPERFORM zum Ergebnis geführt, dass die gemäss dem Verteilreglement vorzunehmende (Fein-)Verteilung an die einzelnen Gruppen von Berechtigten, nicht nutzungs- und repertoirebezogen habe vorgenommen werden können. Zudem habe SWISSPERFORM ihren gestützt auf Gegenseitigkeitsverträge bestehenden Abrechnungspflichten nur in beschränktem Mass nachkommen können. Durch eine Aufteilung der einzelnen Vergütungspositionen, die klare Zuordnung von Vergütungssätzen und durch die Festschreibung der Repertoirebasis würden diese Probleme nun weitgehend behoben, da es SWISSPERFORM möglich sein werde auszuweisen, welche Einnahmen für welche Rechte bzw. Nutzungen anfielen. Ziffer 7 des Tarifs behandle die drei unter den Tarif fallenden Nutzungen separat, nämlich in Lemma 1 das Senden (Art. 35 des Urheberrechtsgesetzes), in Lemma 2 das Vervielfältigen (Art. 24b des Urheberrechtsgesetzes) und in Lemma 3 das Online-Zugänglichmachen

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 5 (Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes). Die SRG SSR sei lediglich mit der Erhöhung der Vergütung für Nutzungen nach Art. 24b des Urheberrechtsgesetzes auf 0,6 Prozent und der zeitlichen Befristung von Nutzungen gemäss Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes nicht einverstanden gewesen. Die Einführung einer separaten Vergütung für das Simulcasting habe SWISSPERFORM aufgrund des Widerstands seitens der SRG SSR (unpräjudiziell) aufgegeben. Ziffer 7 Lemma 2: Im Zusatztarif A Radio aus dem Jahr 2008 bzw. den Folge-tarifen sei die Vergütung für das Vervielfältigen gemäss Art. 24b des Urheberrechtsgesetzes mit 10 Prozent der Sendevergütung, also auf 0,3 Prozent festgelegt worden. Die Parteien und die Schiedskommission seien sich damals darin einig gewesen, dass es sich dabei um einen provisorischen Vergütungssatz handle. Weil zahlreiche weitere strittige Punkte zur Diskussion gestanden hätten, habe SWISSPERFORM darauf verzichtet, im bisher geltenden Tarif A Radio (SWISSPERFORM) eine Erhöhung der Vergütung zu beantragen. Heute lasse sich ein solcher Verzicht aber nicht länger rechtfertigen. Daher verlange SWISSPERFORM eine Erhöhung des Vergütungssatzes von 0,3 auf 0,6 Prozent. Der Gemeinsame Tarif S sehe im Vergleich dazu einen Zuschlag von zwanzig Prozent und nicht bloss von zehn Prozent vor. Für eine entsprechende Bevorzugung der SRG SSR gegenüber den privaten Sendeunternehmen gebe es keine sachlichen Gründe. Die Schiedskommission habe bereits in ihrem Beschluss vom 4. November 2010 betreffend den GT S, E. 5, ausgeführt, gar die vorgesehenen zwanzig Prozent für die Privatsender seien eigentlich zu tief angesetzt. Die von der SRG SSR bezahlten zehn Prozent erschienen daher erst recht unangemessen. Zudem habe sich die Ausgangslage seit dem insoweit massgeblichen Beschluss aus dem Jahre 2008 wesentlich geändert: Das Simulcasting habe stark an Bedeutung gewonnen. Heute würden fast hundert Prozent der

Inhalte der SRG SSR via Simulcasting verbreitet. Dabei fielen mehr relevante Vervielfältigungshandlungen an als früher. Dies sei im Jahr 2008 unberücksichtigt geblieben, und die alten Verträge mit dem Verband der Tonträgerproduzenten der Schweiz (IFPI Schweiz), die im Jahre 2008 als Basis für die Berechnung der 0,3 Prozent herangezogen worden seien, hätten insofern auf einer anderen Ausgangslage beruht. Der genannte Vertrag mit IFPI Schweiz (bzw. auch ein weiterer Vertrag mit der Schweizerischen Interpreten- genossenschaft [SIG]) habe noch in einem weiteren Punkt auf einer anderen Ausgangslage beruht: Heute würden nämlich Handelstonträger nur noch selten als solche gesendet. Die SRG SSR sei gemäss ihren eigenen Aussagen sogar darum bemüht, diese Technik soweit wie möglich einzustellen und das direkte Abspielen nur noch in Ausnahmefällen zuzulassen. Im Ergebnis werde daher heute fast ausschliesslich Musik aus Play-out-Systemen gespielt. Im Vergleich zur Ausgangslage anfangs der 2000er-Jahre würden daher zusätzliche und vor

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 6 allem nicht nur ephemere Vervielfältigungshandlungen vorgenommen, die unter dem Regime von Art. 24b des Urheberrechtsgesetzes auch entsprechend zu entschädigen seien. Die SRG SSR setze die Digitalisierung nun flächendeckend um, und Aufnahmen würden konsequent in die Server der SRG SSR eingespeist. Damit könnten Sendungen automatisch programmiert werden, was bei ihr zu Kosteneinsparungen führe. Die SRG SSR verfüge – anders als die Privatsender – über ein grosses Archiv mit analogen Aufnahmen. Diese seien bereits teilweise digitalisiert und würden im Verlauf der kommenden Jahre noch weiter digitalisiert werden. Dadurch fielen zusätzliche Vervielfältigungen an, die zu entschädigen seien. Schliesslich sei man unter den alten IFPI/SIG-Verträgen auch von einem beschränkteren Repertoire ausgegangen. Aufgrund der Unterstellung der Vervielfältigungsrechte unter Art. 24b des Urheberrechtsgesetzes seien heute zum Beispiel auch Rechte von Nicht-Mitgliedern der SIG erfasst. Auch hier habe die SRG SSR gegenüber der früheren Situation Vorteile verbuchen können, die ihr praktische und pekuniäre Gewinne brächten. Mit der geforderten Erhöhung der Vervielfältigungsvergütung auf 0,6 Prozent würde sich eine Erhöhung der Gesamtvergütung von 3,33 Prozent unter dem geltenden Tarif A Radio [SWISSPERFORM] um knappe 10 Prozent ergeben. Eine solche Erhöhung würde sich immer noch innerhalb des Angemessenheitsrahmens bewegen. Zu Tarifziffer 7 Lemma 3: Wie schon im 2008 anlässlich der Genehmigung des Zusatztarifs A Radio sei zwischen den Tarifparteien auch heute noch umstritten, inwieweit das Recht des Online-Zugänglichmachens gemäss Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes einer zeitlichen Beschränkung unterliege. SWISSPERFORM überzeuge die einschlägige Rechtsprechung der Schiedskommission nicht, wonach Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes kein offensichtliches zeitliches Kriterium enthalte. Ziffer 7 Lemma 3 des zur Genehmigung vorgelegten Tarifs sehe entsprechend eine zeitliche Limitierung von 7 Tagen vor. Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes bestimme, dass in Radio- oder Fernsehsendungen enthaltene nichttheatralische Werke der Musik «in Verbindung mit ihrer Sendung» zugänglich gemacht werden dürften. Für SWISSPERFORM ergebe sich sowohl aus den Gesetzesmaterialien als auch aus dem Normzweck, dass das genannte Kriterium sehr wohl eine zeitliche Komponente einschliesse. Es existiere kein Präjudiz der Beschwerdeinstanzen zu dieser Frage. Die «7-Tage-Regel» stehe im Einklang mit der im von der Schiedskommission genehmigten Gemeinsamen Tarif 12 (Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR) statuierten zeitlichen Limitierung. Falls die Schiedskommission und die Beschwerdeinstanzen die Auffassung

von SWISSPERFORM nicht teilen, könnten die Rechte jedenfalls bloss für die Gültigkeitsdauer des Tarifs und nicht darüber hinaus gewährt werden. Zudem sei

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 7 auf die Ausführungen der Schiedskommission aus dem Jahre 2008 zurückzukommen und eine Erhöhung der Entschädigung aufgrund der längeren Nutzungsdauer und starken Nutzungsintensität zu prüfen. Tariffziffer 11: Bei den umstrittenen Formulierungen in Ziffer 11 Lemmata 3 und 4 des Tarifs gehe es um Anpassungen an den Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM] sowie an den Gemeinsamen Tarif S. Umstritten sei in Ziffer 11 Lemma 3 die Frage betreffend den Abzug der Kosten für Werbe- und Sponsoringakquisition, die bereits Gegenstand der Genehmigungsverfahren betreffend den Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM] und betreffend die Gemeinsamen Tarife S (2010–2013) sowie S (2014–2017) gewesen seien. Die betreffenden Beschlüsse der Schiedskommission seien teilweise aber noch nicht rechtskräftig. Gemäss der einschlägigen Rechtsprechung der Schiedskommission teile diese die Auffassung von SWISSPERFORM, dass der Abzug der Kosten für Werbe- und Sponsoringakquisition gegen das Bruttoprinzip verstosse und damit systemwidrig sei. In Abweichung von den analogen Bestimmungen des Tarifs A Fernsehen [SWISSPERFORM] und des GT S werde der maximale Abzug im vorliegenden Tarif jedoch noch auf fünfzehn Prozent festgesetzt. In der nächsten Tarifperiode müsse der Abzug für Werbe- und Sponsoringakquisitionskosten entsprechend der Rechtsprechung zu den genannten anderen Tarifen dann vollständig gestrichen werden. Die vorliegende Regelung stelle demnach lediglich eine Übergangslösung dar. Die Abweichung in der Höhe des Abzugs (gegenüber 20 Prozent in den genannten Tarifen) liege darin begründet, dass sich die SRG SSR aufgrund ihrer Kenntnis der Verfahren betreffend den Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM] und den GT S bereits auf eine totale Streichung des Abzugs für Werbe- und Sponsoringakquisitionskosten habe vorbereiten können. Diese Abzüge seien für die SRG SSR im Bereich Radio ohnehin nur im Zusammenhang mit Sponsoring relevant, da ihr hier Werbeeinnahmen aus konzessionsrechtlichen Gründen verwehrt blieben. Die Sponsoringakquisition der SRG SSR laufe ausschliesslich über das Unternehmen publisuisse, das fünfzehn Prozent der Einnahmen verrechne. Demgemäss belaste die von SWISSPERFORM vorgelegte Reduktion des maximalen Abzugs auf fünfzehn Prozent die SRG SSR in keiner Weise. Ziffer 11 Lemma 4: Dazu bringt SWISSPERFORM vor, die SRG SSR bestreite zwar nach wie vor, dass ihre Einnahmen aus der Lizenzierung bzw. dem Verkauf ihrer Programme und ihre Einnahmen über die Verwertungsgesellschaften zu den Gesamteinnahmen zu zählen seien. Die Bestimmung sei aber in der nun vorgelegten Fassung aufgenommen worden, weil im Beschluss der Schiedskommission betreffend den Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM] aus dem Jahr 2013 bereits rechtskräftig über die entsprechende Frage entschieden

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 8 worden sei und deshalb auch im Tarif A Radio [SWISSPERFORM] entsprechend geregelt sein müsse. Gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a des Urheberrechtsgesetzes habe sich die Höhe der zu entrichtenden Entschädigung nach dem mit der Nutzung von Darbietungen erzielten Ertrag zu richten. Mit dem Begriff Ertrag sei nach ständiger Rechtsprechung der Bruttoertrag gemeint. Es sei offensichtlich, dass die Lizenz- und Verkaufseinnahmen sowie die über die Verwertungsgesellschaften erzielten Einnahmen in einem direkten kausalen Zusammenhang zur Sendetätigkeit der SRG SSR stünden. Ziffern 20–35: Das Meldewesen im Bereich des Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] bereite erhebliche Probleme. Zu den weiterhin umstrittenen Punkten gehörten hier

die Übermittlung des ISRC (Tarifziff. 22 ff.) sowie das Vorgehen bei mangelhaften Meldungen. Die Schiedskommission habe sich in ihrem Beschluss betreffend den Tarif A Radio [SWISSPERFORM] aus dem Jahr 2012 hinsichtlich der Verpflichtung der SRG SSR zur Lieferung des ISRC dahingehend geäußert, dass die Einführung eines direkten Zwangs zu dessen Meldung nicht erforderlich erscheine. In einem späteren Beschluss betreffend den Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM] aus dem Jahr 2013, in welchem sich die Sachlage analog präsentiert habe, habe die Schiedskommission dann festgehalten, die Situation habe sich nicht so wesentlich verändert, als dass auf den Beschluss aus dem Jahre 2012 zurückzukommen wäre. Nach Auffassung von SWISSPERFORM genüge ein bloss indirekter Zwang in Form einer Pflicht zur vergleichsweise aufwendigeren Meldung von Ersatzdaten, falls der ISRC nicht gemeldet wird, allerdings nicht, um die SRG SSR zur Meldung des Codes in grösserem Umfang als bisher zu bewegen. Für gewisse Sender/Programme seien die Meldungen des ISRC durch die SRG SSR in den letzten Jahren im Gegenteil sogar rückläufig gewesen. Die Sender Swiss Pop, Swiss Jazz und Swiss Classic wiesen die höchste Rate an ISRC-Meldungen auf. Dies illustriere, dass in den drei Musiksparten Pop, Jazz und Klassik, also in einem sehr breiten Repertoire, Informationen zum ISRC vorhanden seien. Dennoch fehlten entsprechende Hinweise in den Meldungen anderer Sender der SRG SSR weitgehend. Für die drei genannten Sender habe sich die Melderate für das Jahr 2014 im Vergleich zum Jahr 2013 aber verschlechtert und bei keinem Programm der SRG SSR (mit einer einzigen Ausnahme) sei eine substantielle Verbesserung der Melderate für diesen Zeitraum feststellbar. Ferner gelte es zu beachten, dass die SRG SSR Musik heutzutage zu einem grossen Teil in digitaler Form online beziehe, so etwa über die Y._____ und deren «Music Promotion Network» (MPN). Dabei handle es sich um ein Portal

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 9 für die elektronische Bemusterung von Neuveröffentlichungen der Musikindustrie. Entsprechende Lieferanten stellten heute die Musik mehrheitlich einschliesslich des zugehörigen ISRC zur Verfügung. Im Bereich der kommerziellen Singles sei dies bei beinahe hundert Prozent der Titel der Fall. Viele Anbieter verfügten über Systeme, die eine Lieferung von Tonaufnahmen ohne ISRC gar nicht mehr zulassen. Dies zeige auf, dass die SRG SSR in grossem Masse, zumindest aber bezüglich der in den letzten drei Jahren bezogenen Musik im Besitz des ISRC sei, diesen aber nicht an SWISSPERFORM übermittle. Es gelte ferner zu beachten, dass der Code für fast jegliche Art von Musik zum etablierten Standard geworden sei. Damit bestätige es sich, dass das von der SRG SSR (bereits in früheren Tarifverfahren) vorgebrachte Argument, wonach der ISRC in der Musikindustrie kaum verbreitet sei und von den Lieferanten häufig nicht mitgeliefert werde, zumindest veraltet sei. Auch die Auffassung der Schiedskommission, dass sich die Situation seit dem Jahr 2013 nicht wesentlich verändert habe, treffe heute nicht mehr zu. Für die SRG SSR läge der Aufwand für eine gesteigerte Melderate für den ISRC lediglich in einer einmaligen Systemanpassung, die zudem mit einem vertretbaren Aufwand vollzogen werden könnte. Dessen ungeachtet fahre die SRG SSR mit ihrer angestammten Praxis einfach weiter. Dies alles führe auf Seiten der SWISSPERFORM zu einer aufwendigen Auswertung der Sendeergebnisse und einem ebensolchen «Matching» mit den in der Aufnahmedatenbank von SWISSPERFORM enthaltenen Daten zu den Berechtigten. Ein Abgleich auf Basis des ISRC sei einfacher und ungleich zuverlässiger als auf der Basis von anderen, weniger eindeutigen Informationen, die unklar und fehlerhaft sein könnten. Wo ein erstes automatisiertes Vorgehen nicht zu eindeutigen Resultaten führe, müssten die von der SRG SSR gespielten Musiktitel in

einem zweiten Schritt mit grossem Arbeitsaufwand von Hand abgeglichen werden. Teilweise führe nicht einmal dies zum Erfolg, weil die von der SRG SSR gelieferten Informationen jedenfalls keine eindeutige Zuordnung zulassen. So habe SWISSPERFORM anlässlich der Verhandlungen aufgezeigt, dass die Anzahl nicht zuordenbarer Sendeergebnisse bei den Sendern «Rete 2» und «Espace 2» bei 3000 bis 4000 Titeln liege, was bloss zehn Prozent der gespielten Titel entspreche. Dies sei für SWISSPERFORM nicht akzeptabel. Zu den im vorgelegten Tarif enthaltenen Bestimmungen, die sich auf den ISRC bezögen, sei festzuhalten, dass SWISSPERFORM nach wie vor keine lückenlose Meldung des ISRC fordere. Insbesondere werde der SRG SSR keine Pflicht auferlegt, den ISRC selbst zu recherchieren. Die von SWISSPERFORM vorgelegte Regelung gehe geringfügig über die im genehmigten GT S enthaltene Regelung hinaus, indem der SRG SSR eine Pflicht zur Meldung auch im

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 10 Falle einer nachträglichen Übermittlung des Codes durch den Lieferanten oder durch SWISSPERFORM auferlegt werde. Eine entsprechende Zusatzverpflichtung erscheine mit Blick auf Art. 51 des Urheberrechtsgesetzes aber ohne weiteres zumutbar. Der SRG SSR werde es als Marktführerin im Bereich des Rundfunks gewiss möglich sein, den ISRC unter vergleichbaren Bedingungen zu melden, wie sie den Privatsendern durch den GT S auferlegt worden seien. Es sei nicht mehr als folgerichtig, dass dieser unnötige Zusatzaufwand, der bei Nichtmeldungen allein von der SRG SSR verursacht werde, von ihr mitgetragen werden müsse. Diesem Zweck diene Ziffer 24 des Tarifs. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seiner Rechtsprechung ausgeführt, dass eine Regelung, wie sie im vorgelegten Tarif vorgesehen sei, dann genehmigt werden könne, wenn daraus einerseits Kostenersparnisse bei der Verwertungsgesellschaft resultierten und andererseits bei der SRG SSR als Nutzerin keine unzumutbaren Kosten anfielen. In verschiedenen Bereichen sehe der Tarif dafür für die SRG SSR erleichterte Meldepflichten vor. Dies betreffe Programmübernahmen (Ziff. 20), Trailer (Ziff. 25), kurze Audioelemente (Ziff. 26) und Verwendungen nach Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes (Ziff. 28). Aufgrund der insoweit einvernehmlichen Regelung könne auf die Erörterung der entsprechenden Punkte verzichtet werden. Zu erwähnen bleibe aber, dass es sich im Bereich der Verwendungen nach Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes gleich um eine doppelte Erleichterung zu Gunsten der SRG SSR handle: Einerseits aufgrund der vereinfachten Meldepflicht nach Ziffer 28, andererseits dadurch, dass die SRG SSR nach Ziffer 20 nur die Verwendung von Handelstonträgern melden müsse, obschon sich Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes nicht bloss auf Handelstonträger beziehe, sondern generell auf nichttheatralische Musik; unabhängig davon, ob sie auf einem Handelstonträger festgehalten sei. SWISSPERFORM behalte sich denn auch vor, auf diese der SRG SSR zugestandenen Erleichterungen zu einem späteren Zeitpunkt zurückzukommen. Ziffern 29–33: Die im geltenden Tarif enthaltenen Bestimmungen zur Kontrolle der Sendemeldungen der SRG SSR hätten sich als nicht praktikabel erwiesen. Dies gelte insbesondere für die zu kurze Rügefrist für SWISSPERFORM von bloss dreissig Tagen. Im GT S seien denn auch weniger strenge Rügemodalitäten für die am Tarif beteiligten Verwertungsgesellschaften statuiert. Die meisten Meldungen der SRG SSR seien fehlerhaft, für einzelne Sender werde generell nur sehr lückenhaft gemeldet. Dies führe zu einer chronischen Überlastung des Kontrollapparats der SWISSPERFORM. Grosse Meldelücken, die nicht innert Frist gerügt und verbessert werden könnten, führten zu namhaften finanziellen Einbussen bei der Verwertungsgesellschaft.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 11 Zur Angemessenheit des Tarifs in pekuniärer Hinsicht bringt SWISSPERFORM vor, der Tarif enthalte unter Vorbehalt der bereits erwähnten Ausnahme von Nutzungen gemäss Art. 24b des Urheberrechtsgesetzes keine Vergütungserhöhungen. Anzumerken bleibe, dass das nun vorgelegte Vergütungssystem durch die Schiedskommission bereits im Rahmen des GT S genehmigt worden sei. B. Nach Gewährung einer einmaligen Fristverlängerung bis zum 6. Oktober 2016 mittels Präsidialverfügung vom 14. September 2016 stellt die SRG SSR in ihrer Eingabe vom 5. Oktober 2016 folgende Rechtsbegehren: „1. Ziffer 2 Lemma 1 des Tarifentwurfs sei wie folgt zu ändern: «[...] Zu den Sendewecken gehört auch die zeitgleiche unveränderte Verbreitung von Radiosendungen im Internet.» 2. Ziffer 7 Lemma 1 sei wie folgt zu ergänzen: «[...] Für geschützte Aufnahmen, die überwiegend gleichzeitig mit einer redaktioneller Eigenleistung der SRG gesendet werden, halbiert sich der Tarifsatz.» 3. Ziffer 7 Lemma 2 sei wie folgt zu ändern: «für das Vervielfältigungsrecht zu Sendezwecken (Art. 24b URG) 0.6% 0.3% der Einnahmen [...]» 4. Ziffer 7 Lemma 3 sei wie folgt zu ändern: «[...] Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verwendung erfolgen.» 5. Ziffer 11 Lemma 3 sei wie folgt zu ändern: «Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering von Musiksendungen im Radio, abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch abzüglich 15% der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen. Zu den entsprechenden Einnahmen zählen auch Einnahmen von Drittfirmen, insbesondere von Produktionsfirmen oder Werbeakquisitionsfirmen, soweit sie aufgrund der Sendemittelteilnahme der SRG eingenommen werden. Massgebend sind die Bruttoeinnahmen dieser Drittfirmen. Als Bruttoeinnahmen gelten die den Werbetreibenden bzw. Kunden von diesen Firmen in Rechnung gestellten Beträge; 6. Ziffer 11 Lemma 4 sei wie folgt zu ändern: «Erträge aus Leistungsschutzrechten und Urheberrechten an Sendungen und darin enthaltenen Werken, inkl. dem Verkauf von Musik-Programmen und Vergütungen von Verwertungsgesellschaften.»

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 12 7. Ziffer 22 sei zu streichen. 8. Ziffer 23 sei wie folgt zu ändern: «Besteht nach Ziffer 22 keine Pflicht zur Meldung des ISRC, Bei Meldung ohne ISRC sind zusätzlich die nachfolgend aufgeführten Angaben mitzuteilen [...]» 9. Ziffer 24 sei zu streichen. 10. Ziffer 29 sei wie folgt zu ersetzen: «SWISSPERFORM kontrolliert die eingegangenen Meldungen. Ohne Beanstandung oder konkrete Nachfragen innert 60 Tagen nach Zustellung gelten die Meldungen als korrekt und vollständig. SWISSPERFORM kann im Falle von vermuteten Lücken in den Meldungen ferner verlangen, dass von der SRG für gewisse Sendezeiten eine Kopie der in diesem Zeitraum veranstalteten Sendungen sowie weitere Informationen zu diesen Sendungen zu Kontrollzwecken herausgegeben werden.» 11. Ziffer 30 sei zu streichen.“ Zur Begründung ihrer Anträge bringt die SRG SSR vor: SWISSPERFORM habe zunächst auf einer Zusatzvergütung für das Simulcasting beharrt. Erst in der Verhandlungssitzung vom 1. April 2016 habe sie ihre Forderung fallen lassen, jedoch unter der Bedingung, dass die SRG SSR einer Erhöhung der Vergütung für das Vervielfältigen zustimme. Es habe sich also insofern um einen Kompromissvorschlag gehandelt, den die SRG SSR jedoch nicht akzeptiert habe. Bei dem in Ziffer 2 Lemma 1 neu eingefügten letzten Satz handle es sich entgegen den Aussagen von SWISSPERFORM nicht um eine blosser Klarstellung. SWISSPERFORM beabsichtige mit dieser Formulierung, die ausschliessliche Internetsendung, also Sendungen, die nicht im Rahmen eines Radioprogramms über die

Verbreitungsvektoren UKW, T-DAB und Satellit, sondern im Sinne von Art. 9 Abs. 1 bis der der SRG SSR erteilten Konzession «originär über das Internet» verbreitet würden, vom Tarif auszuschliessen. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Verwendung von Handelstonträgern für ausschliessliche Internetsendungen nicht dem Tarif unterstellt sein solle. In diesem Sinne müsse in Ziffer 2 Lemma 1 des Tarifentwurfs die Ergänzung «zeitgleich und unverändert» gestrichen werden. Zu Tarifziffer 7 im Allgemeinen bringt die SRG SSR vor, die Verhandlungspartner hätten sich in den Vorjahren auf ein Zuschlags-System geeinigt, wonach die Parteien für das Senden einen Tarifsatz von drei Prozent, für das Vielfältigen zu Sendezwecken einen Zuschlag von zehn Prozent und für das

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 13 Zugänglichmachen einen solchen von einem Prozent vereinbart hätten. Somit sei bereits unter dem geltenden Tarif klar gewesen, welche Vergütungen für welche Nutzungen geleistet worden seien. Neu werde das im Tarif entsprechend wiedergegeben. Da es für SWISSPERFORM mit Blick auf die Verteilung wichtig sei, habe sich die SRG SSR mit einer entsprechenden Aufteilung den- noch einverstanden erklärt. Mit Blick auf Ziffer 7 Lemma 1 rügt die SRG SSR, der Tarif unterscheide nicht, wie eine Aufnahme verwendet werde. Dabei habe sie beantragt, für Aufnahmen, die als Hintergrundmusik zu einem gesprochenen Beitrag verwendet würden, einen tieferen Ansatz festzusetzen. Die SRG SSR habe dieses Anliegen mit der geringeren Nutzungsintensität begründet. Im Urteil B-1736/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. September 2015 GT H habe dieses die Angemessenheit eines Tarifsatzes für die Musiknutzung durch Gastgewerbetreiber beurteilt. Es habe seine Entscheidung insbesondere auf zwei Argumentationsstränge abgestellt: Einerseits ökonomische Argumente (wonach beispielsweise dank der im Gastgewerbe gespielten Musik regelmässig mehr Erträge erwirtschaftet werden könnten, als der verwendete Ertragskoeffizient zum Ausdruck bringe) und ein rechtliches Argument (das kollektive Kunsterlebnis und die besondere Nutzungsintensität des Anlasses). Die ökonomischen Argumente seien im Fall der Nutzung durch die SRG SSR unter dem Tarif A Radio [SWISSPERFORM] zwar nicht einschlägig, da diese dank der Musik nicht mehr Erträge erwirtschaftete. Sie werde mittels Gebühreneinnahmen finanziert, die unabhängig von der Anzahl Nutzungen als Vergütungsbasis herangezogen würden. Das rechtliche Argument sei hingegen auch im vorliegenden Fall zu beachten. Bei der Beurteilung der Nutzungsintensität habe das Bundesverwaltungsgericht im genannten Urteil nicht bloss auf die Gastgewerbetreiber als Nutzer abgestellt, vielmehr habe es auch das Empfinden der Zuhörer und deren kognitive Konzentration in seine Erwägungen mit einbezogen. Ein unterschiedlicher Stellenwert der Musik in den verschiedenen Programnteilen der SRG SSR puncto Musikwahrnehmung seitens der Zuhörer müsse sich auch in den Vergütungssätzen des vorliegenden Tarifs widerspiegeln. Die Nutzungsart der Musik und die Details, wie diese beim Zuhörer wahrgenommen würden, seien auch gemäss dem Schrifttum relevante Kriterien für die Bemessung von Entschädigungen. Hinzu komme, dass gleichzeitig mit der entschädigungspflichtigen Handlung, nämlich dem Senden von Handelstonträgern, weitere geschützte Leistungen erbracht würden [sog. Ballettregel], die unter dem Tarif nicht entschädigungspflichtig seien. Somit müsse der Tarif A Radio [SWISSPERFORM] für Aufnahmen, die gleichzeitig mit einer redaktionellen Eigenleistung der SRG SSR gesendet würden, einen günstigeren Tarifsatz vorsehen.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 14 Mit Ziffer 7 Lemma 2 beantrage SWISSPERFORM eine Verdoppelung der Ver- vielfältigungsvergütung. Ihre Behauptung, aufgrund des Simulcastings würden Vervielfältigungshandlungen zunehmen, sei nicht substantiiert. Die SRG SSR sende entsprechend den Vorgaben in der ihr erteilten Konzession (Verweis auf Art. 4 in Verbindung mit Art. 9 der Konzession) zeitgleich über die folgenden vier Verbreitungsvektoren: UKW, T-DB, Satellit und Internet. Die Aufbereitung des Sendesignals für die Verbreitung über die genannten Vektoren sei aber keine urheberrechtlich relevante Handlung. Auch die Behauptungen von SWISSPERFORM über den Einsatz von Playout-Systemen seien unzutreffend. Die SRG SSR habe solche Systeme anfangs der 2000er-Jahre eingeführt. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Zusatztarifs zum Tarif A Radio im 2008 habe sie die Umstellung bereits vollzogen gehabt. Heute werde Musik nicht in grösserem Umfang aus Playout-Systemen abgespielt, als dies zum Zeitpunkt der Festsetzung der Vergütung für das Vervielfältigen im Tarif A Radio [SWISSPERFORM] bereits der Fall gewesen sei. Im Gegenteil kämen die Radiohörer zurzeit wieder vermehrt auf den Geschmack von Schallplatten, sodass in bestimmten Sendungen wieder bewusst Schallplatten abgespielt würden. Die vorgesehene Verdoppelung der Vergütung hätte eine Überschreitung des Regelhöchstsatzes sowie eine unzulässige sprunghafte Erhöhung der Vergütung zur Folge. Mit Ziffer 7 Lemma 3 des zur Genehmigung vorgelegten Tarifs beabsichtige SWISSPERFORM erneut, das Online-Zugänglichmachen gestützt auf Art. 22c des Urheberrechtsgesetzes zeitlich zu beschränken. Dieser schliesse aber gemäss dem Beschluss der Schiedskommission betreffend den Zusatztarif zum Tarif A Radio aus dem Jahr 2008 keine zeitliche Komponente mit ein. Das EU-Recht verfolge mit der Strategie zum digitalen Binnenmarkt ebenfalls den Ansatz, dass keine zeitliche Beschränkung in diesem Bereich existieren solle. Zum Bruttoeinnahmenprinzip bzw. generell zu Tarifziffer 11 bringt die SRG SSR vor, SWISSPERFORM beabsichtige, die von Drittfirmen erzielten Bruttoerlöse der SRG SSR als Einnahmen zu qualifizieren. Dies entspreche aber einem falsch verstandenen Bruttoprinzip. Richtigerweise dürften lediglich die an die SRG SSR ausbezahlten Sponsoringumsätze als Berechnungsgrundlage für die Vergütungen herangezogen werden. Die Parteien hätten sich trotz des vorgesehenen Vierzig-Prozent-Abzugs unter dem geltenden Tarif auf pauschale fünfzehn Prozent Akquisitionskostenabzug geeinigt. Die SRG SSR sei mit diesen fünfzehn Prozent einverstanden, sofern der Abzug wie bisher pauschal geltend gemacht werden könne.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 15 Die SRG SSR beantrage zudem, dass nur diejenigen Erträge aus Werbung, Sponsoring und Programmverkäufen zu den Gesamteinnahmen gezählt würden, die sie mit der Nutzung von Handelstonträgern erzielt habe. Mit diesem Antrag ziele die SRG SSR nicht darauf ab, dass diese Erträge überhaupt nicht zu den Gesamteinnahmen zählten. Vielmehr müsse die zusätzliche Voraussetzung gemäss der Praxis der Schiedskommission nämlich Erträge im Zusammenhang «mit der damit verbundenen Werknutzung» im Tarif abgebildet sein. Diesen Aspekt habe die Schiedskommission in ihrem Beschluss vom 4. November 2013 betreffend Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM] nicht berücksichtigt. Sie habe lediglich festgehalten, dass die Erträge in Zusammenhang mit der Sendetätigkeit stünden und im Grundsatz zu den Gesamteinnahmen zu zählen seien. Die SRG SSR produziere Nachrichtensendungen und könne diese an Privatradios verkaufen. Diese Nachrichtensendungen enthielten keine Musik ab Handelstonträger, sondern gesprochene und von der SRG SSR selbst erstellte Beiträge. Die Erträge aus dem Verkauf solcher Programme sei somit nicht mit der Nutzung von

Handelstonträgern erzielt worden. Entsprechend dürften sie auch nicht für die Berechnung der Vergütung für die vorliegend relevanten Nutzungen berücksichtigt werden. Dasselbe müsse für das Sponsoring von Quiz- oder Spielsendungen gelten, die keine Musik enthielten. Auch hier werde der Ertrag mit selbst produzierten Inhalten der SRG SSR ohne Verwendung von Handelstonträgern erzielt. Anders verhalte es sich mit dem Sponsoring von Musiksendungen. Dort werde spezifisch dank der Nutzung von Handelstonträgern ein Ertrag erwirtschaftet. Entsprechend seien diese Erträge auseinanderzuhalten. Diesem Umstand müsse im Tarif Rechnung getragen werden. Die SRG SSR beantrage aus den genannten Gründen die Ergänzung «Musiksendung» bzw. «Musik-Programmen» in Ziffer 11 Lemmata 3 und 4. Ziffer 11 Lemma 3 sei unklar formuliert und könne deshalb auf die SRG SSR nicht angewendet werden. Die SRG SSR vermarkte ihre Programme über die Z._____. Diese Drittfirma erbringe verschiedene Zusatzdienstleistungen, die mit der Sendetätigkeit der SRG SSR und mit der Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten nichts zu tun hätten. Für Werbeplatzierung auf verschiedenen Plattformen einschliesslich Beratung, Aufschaltung, Hosting etc. erhielten die Kunden von Z._____ eine Gesamtrechnung. Diese Rechnung könne nicht als Basis dafür herangezogen werden, dass SWISSPERFORM die Sponsoringeinnahmen der SRG SSR aus der Nutzung von Musik ab Handelstonträgern am Radio berechne. Relevant sei vielmehr nur der an die SRG SSR ausbezahlte Betrag, da bloss dieser als «in unmittelbarem Zusammenhang mit der Sendetätigkeit eingenommen» gelten könne. Schliesslich habe die SRG SSR keinen Zugang zu den Geschäftsbüchern von Z._____.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 16 Ein Tarif dürfe Dritten, die am Tarifverfahren nicht beteiligt seien, keine Pflichten auferlegen, also auch nicht Z._____ die Pflicht, ihre Bücher gegenüber der SRG SSR offenzulegen. Hinsichtlich des in den Tarifziffern 20–35 geregelten Meldewesens bringt die SRG SSR vor, die Verhandlungspartner hätten die Punkte Trailer, Online-Zugänglichmachen und Programmübernahmen der Praxis angepasst, wie sie unter dem geltenden Tarif A Radio [SWISSPERFORM] existiere. Für «kurze Audioelemente» hätten sie sich einvernehmlich einigen können. Die übrigen von SWISSPERFORM vorgelegten Änderungen am Tarif würden der SRG SSR eine sehr weitgehende und letztlich unzumutbare Meldepflicht für den ISRC auferlegen. Bei in dieser Hinsicht mangelhaften Meldungen drohten ihr erhebliche Konsequenzen mit eigentlichem Strafcharakter. Beides habe die Schiedskommission in ihrem Beschluss vom 29. Oktober 2012 betreffend Tarif A Radio [SWISSPERFORM] bereits als rechtswidrig und unangemessen eingestuft. Das Bundesverwaltungsgericht habe dies in einem Urteil vom 28. November 2013 bestätigt. Die SRG SSR arbeite an einem neuen Meldesystem namens «PlayinfoPlus.net» oder «Pip.net» (PIP). Eine Tatsache, die SWISSPERFORM in ihrem Gesuch unterschlagen habe. Die derzeitigen automatischen Meldesysteme der Radioprogramme könnten den ISRC teilweise aus einer Aufnahme nicht herauslesen und in die Excel-Tabelle einfügen, die die SRG SSR an SWISSPERFORM schicken müsse. Das System PIP, an dessen Einführung die SRG SSR derzeit noch arbeite, füge auch den ISRC automatisch in die Sendemeldungen ein. Die SRG SSR habe demnach die Handlungsanweisung der Schiedskommission aus dem Beschluss vom 29. Oktober 2012 betreffend den Tarif A Radio [SWISSPERFORM] befolgt und ihr System im Hinblick auf eine künftige Meldung des ISRC angepasst. Dafür habe sie erhebliche Investitionen tätigen müssen. Dass das neue System funktioniere, anerkenne offenbar selbst SWISSPERFORM: Die «Swiss Satellite Radios» wiesen gemäss den Ausführungen der Verwertungsgesellschaft den höchsten Anteil an ISRC-Meldungen auf.

Dabei handle es sich um diejenigen Radiosender, die bereits automatisch über das neue System meldeten. Es sei aber offensichtlich, dass nur eine Tarifperiode für eine flächendeckende Umsetzung der Handlungsanweisung der Schiedskommission nicht genügen könne. Auch stimme die Aussage von SWISSPERFORM nicht, wonach eine einmalige Systemanpassung für die Erfassung des ISRC und dessen Meldung genügen würde. So sei beispielsweise bei iTunes der ISRC nicht ohne weiteres herauslesbar. Vielmehr müsse das System der SRG SSR, das derzeit für die Erfassung des ISRC über MPN ausgerichtet sei, für jedes Online-Portal angepasst werden, was Kosten im fünfstelligen Bereich nach sich ziehe. Auch eine nachträgliche Meldung des Codes könne nur integriert werden, nachdem die

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 17 Schnittstellen der Systeme aufeinander abgestimmt worden seien. Dies sei wiederum mit erheblichem finanziellen und personellen Aufwand verbunden. Die SRG SSR bestreitet ferner den von SWISSPERFORM geltend gemachten Zusammenhang zwischen der Nichtmeldung des ISRC und dem Verwaltungsaufwand von SWISSPERFORM bei der Verarbeitung der Meldungen und versucht, dies mit Beispielen zu stützen. Der ISRC habe nichts mit dem automatischen «Matching» zu tun. Einen Zusammenhang zwischen den Recherchekosten von 333 055.91 Franken und dem fehlenden ISRC habe SWISSPERFORM nicht nachweisen können. Insbesondere die Zweiten Programme der SRG SSR enthielten viel Musik, die in der Datenbank von SWISSPERFORM nicht enthalten sei und entsprechend überhaupt nicht automatisch «gematched» werden könne. Zudem gehe aus den Ausführungen von SWISSPERFORM nicht hervor, wie viele Meldungen trotz Vorliegens des ISRC nicht «gematched» werden könnten. Selbst wenn der ISRC gemeldet werde, sei es offenbar nicht möglich, Künstler und Komponisten zu identifizieren, weil dieser Code nicht Informationen zu einzelnen Aufnahmen, sondern zu einer gesamten CD enthalte. Wenn die SRG SSR somit einen Tonträger mit zehn Tracks mit unterschiedlichen Künstlern erwerbe und einen der Tracks am Radio abspiele, genügten die im ISRC enthaltenen Informationen demnach nicht, um eine Aufnahme eindeutig zu identifizieren. Die SRG SSR sei dennoch nach wie vor bereit, den ISRC zu melden, sofern ihre Meldesysteme diesen automatisch erfassen und weiterleiten könnten. Dies, obwohl sie dazu rechtlich nicht verpflichtet wäre. Sie komme SWISSPERFORM insoweit entgegen und habe auch ihr neues Meldesystem entsprechend angepasst. Die Vorwürfe von SWISSPERFORM, wonach sie sich nicht kooperativ verhalten habe, weise die SRG SSR zurück. Gestützt auf Art. 51 des Urheberrechtsgesetzes habe die Schiedskommission eine obligatorische Meldung des ISRC, sogar wenn er der Nutzerin geliefert worden sei, für unangemessen erklärt. Diese Rechtsauffassung habe das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 29. November 2013 bestätigt. Seither habe sich die rechtliche Lage nicht geändert. Die Meldung des ISRC sei zudem nicht erforderlich, sofern die SRG SSR der SWISSPERFORM alle notwendigen Informationen zur eindeutigen Identifikation einer Aufnahme mitteile. Genau dies tue sie aber, indem sie gemäss Tarif standardmässig umfassende Angaben zu einer Aufnahme melde: Deren Titel, den Namen des Komponisten, die Namen der Hauptinterpreten, das Label, die Katalog-Nummer, das Jahr oder Datum der Aufnahme, die Werkverzeichnisangaben, den Titel des Musikwerks sowie bei Klassikaufnahmen den gesendeten Satz. Aus den in Randziffer 47 ihrer Stellungnahme angeführten Beispielen gehe hervor, dass SWISSPERFORM über 95 Prozent der Titel gewisser Programme auch ohne ISRC eindeu-

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 18 tig zuweisen könne. Ausserdem verfüge die Mehrzahl der Titel in der Musikdatenbank der Programme der SRG SSR über keinen ISRC. Es handle sich um Tausende von Titeln, die vor dem Aufkommen des ISRC eingelesen worden seien. Ferner arbeite die Mehrheit der Programme derzeit noch mit älteren Systemen, die den ISRC aus neuen Tonträgern nicht herauslesen könnten. Selbst wenn die Programme dies könnten, wäre je nach Bezugsquelle der Aufnahme eine geeignete Schnittstelle zu erstellen. Damit wären Kosten im fünfstelligen Bereich verbunden. Wo der ISRC «physisch angegeben oder anderweitig mitgeteilt» werde, müsste ihn die SRG SSR schliesslich von Hand in die Meldeformulare übertragen. Insgesamt sei die in Ziffer 22 statuierte Pflicht zur Meldung des ISRC rechtswidrig und unzumutbar. Die SRG SSR beantrage deshalb die Streichung von Ziffer 22 des Tarifs. In der Folge müsse auch Ziffer 23 gemäss ihrem Antrag angepasst werden. Ziffer 24 des Tarifenwurfs überwälze die Recherchekosten für alle nicht gemeldeten ISRC auf die SRG SSR. Die Bestimmung entspreche Ziffer 24 eines früher vorgelegten Tarifs, wie sie die Schiedskommission mit ihrem Beschluss vom 29. Oktober 2012 gestrichen habe. Die Schiedskommission habe dabei festgehalten, dass die Kontrollmöglichkeiten von SWISSPERFORM gemäss Ziffern 28 ff. des Tarifs genügen. Zudem müsste die SRG SSR bei Androhung der Überwälzung von Recherchekosten gemäss Ziffer 24 des Tarifs für jede Aufnahme einzeln prüfen, wann und auf welchem Weg sie sie bezogen habe, und nachweisen, dass der konkrete Tonträger zum besagten Zeitpunkt keinen oder noch keinen ISRC enthalten habe. Ein solches Vorgehen wäre aber unverhältnismässig. Dies habe das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung festgehalten. SWISSPERFORM verweise in ihrem Genehmigungs-gesuch auf ihre Pflicht zu einer wirtschaftlichen Verwaltung gemäss Art. 45 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes. Eine gesetzliche Pflicht zur wirtschaftlichen Geschäftsführung treffe aber gemäss Art. 31 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 des Radio- und Fernsehgesetzes auch die SRG SSR. Mit Blick auf Ziffer 29 des Tarifs hält die SRG SSR fest, die fehlende Praktikabilität der bisherigen Beanstandungsfrist von dreissig Tagen für SWISSPERFORM sei nicht erstellt, bzw. SWISSPERFORM habe ihre bisherigen Bemühungen, diese bestmöglich auszunutzen, nicht hinreichend belegt. Vielmehr wolle sie der SRG SSR nun eine unbeschränkte Beanstandungsmöglichkeit aufbürden. Dies, aber auch nur schon eine Ausdehnung der Beanstandungsfrist auf neunzig Tage, sei für die SRG SSR unzumutbar. Was schliesslich Ziffer 30 des Tarifs anbelangt, äussert die SRG SSR die Auffassung, SWISSPERFORM ziele nicht darauf ab, finanzielle Folgen für mangelhafte Meldungen einzuführen. Vielmehr solle die rechtliche Qualifikation von

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 19 Aufnahmen durch eine Fiktion bestimmt werden. Eine Vergütung gemäss Art. 35 des Urheberrechtsgesetzes sei für im Handel erhältliche Tonträger geschuldet, die gemäss dem Urheberrechtsgesetz und/oder internationalen Abkommen geschützt seien. Beweispflichtig sei hierfür gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuchs die Verwaltungsgesellschaft [sic!], die einen Tonträger als geschützt qualifiziere. Das Gesetz sehe nirgendwo eine Schutzfiktion für den Fall vor, dass ein Nutzer unvollständig melde. Die Bestimmung sei unvereinbar mit dem geltenden Urheberrechtsgesetz und daher zu streichen. C. Am 7. Oktober 2016 wird die Tarifvorlage der Preisüberwachung PUE gemäss Art. 15 Abs. 2bis des Preisüberwachungsgesetzes zur Stellungnahme unterbreitet. D. Mit Antwort vom 8. November 2016 gibt die Preisüberwachung PUE die Empfehlung ab, die Erhöhung der Vergütung für das Vervielfältigungsrecht an Handelstonträgern zu Sendezwecken nicht zu genehmigen. Eine

allfällige Erhöhung der Vergütung wäre bloss dann gerechtfertigt, wenn eine nennenswerte Veränderung der Einnahmen festgestellt werden könnte und diese in objektiver und womöglich quantifizierbarer Weise mit dem Anstieg der Vervielfältigung von Handelstonträgern in einen Zusammenhang gestellt werden könnte. E. Schliesslich wird der Tarif A Radio [SWISSPERFORM] von der Schiedskommission anlässlich ihrer Sitzung vom 23. November 2016 geprüft, wobei die Verwertungsgesellschaften und die Nutzerverbände nochmals Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme erhalten. Dem Beweisantrag von SWISSPERFORM (vgl. oben unter Bst. B) wird ebenfalls stattgegeben und Herr X. _____ als Auskunftsperson einvernommen. Gestützt auf Art. 59 Abs. 2 des Urheberrechtsgesetzes in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 der Urheberrechtsverordnung erhalten die Parteien anlässlich der heutigen Sitzung auch Gelegenheit, zu den von der Schiedskommission vorgesehenen Änderungen Stellung zu nehmen. SWISSPERFORM hält anlässlich der Sitzung an ihrem Begehren auf Genehmigung der Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] gemäss Eingabe vom 14. Juli 2016 fest. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen dieselben Argumente wie bereits im Genehmigungsgesuch vor. Auch die SRG SSR bestätigt ihre Anträge gemäss Eingabe vom 5. Oktober 2016. Zur Begründung führt sie ebenfalls im Wesentlichen dasselbe an wie bereits in ihrer schriftlichen Stellungnahme. Ergänzend macht sie mit Blick auf

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 20 das Webcasting geltend, entgegen der Ansicht von SWISSPERFORM seien Programme und Sendungen gleich zu behandeln. SWISSPERFORM habe zu Recht gesagt, die SRG SSR sei nicht zu einem Webradio berechtigt. Mit Blick auf Ziffer 7 Lemma 2 des Tarifs bringt sie vor, die historischen Ausführungen von SWISSPERFORM zum Unterschied zwischen den Privatsendern und der SRG SSR seien nicht bewiesen und würden seitens der SRG SSR bestritten. Simulcasting stelle eben keinen Kopiervorgang dar. Gegebenenfalls sei darüber Beweis zu führen. Eine intensivere Nutzung vereinfache zwar die Prozesse. Dafür käme es aber zu weniger Vervielfältigungen, was sich unter dem Gesichtspunkt einer angemessenen Vergütung gegenseitig aufhebe. Man habe sich auf ein Zuschlagssystem geeinigt, weshalb das Abstellen auf die Vervielfältigung nun einen Systemwechsel bedingen würde. Hinsichtlich einer allfälligen Meldepflicht für den ISRC frage sich die SRG SSR, weshalb sie nicht ausschliesslich den ISRC melden könne, wenn dieser derart aussagekräftig sei, wie SWISSPERFORM behaupte. Dies sei für die SRG SSR nicht schlüssig. Die Melderate habe sich dort bereits verbessert, wo die SRG SSR mit PIP arbeite. Gemäss ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2016 sei die SRG SSR dabei, dieses System bei allen Sendern zu implementieren. Weiter nehme sie die Aussagen von Herrn X. _____ hinsichtlich des ISRC zwar gern zur Kenntnis, aber mit MPN sei das einfacher, als wenn die SRG SSR über iTunes Musiktitel einkaufe. Da sei es verschachtelt, iTunes sei weniger restriktiv zu handhaben, weil Apple nicht alles offen lege. Bei iTunes sei eine Nachbearbeitung durch die SRG SSR nötig. Bei der allfälligen Einführung einer Meldepflicht für den ISRC handle es sich auch um eine kulturpolitische Frage. Nur die populären grossen Labels verfügten über einen ISRC. Es bestehe die Gefahr, dass die SRG SSR nur noch die grossen Labels im Rahmen der Redaktion von Musik berücksichtigen könnte, wenn sie verpflichtet würde, den ISRC ausnahmslos zu melden. Zur Ballettregel und der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Nutzungsintensität habe SWISSPERFORM heute vorgebracht, die SRG SSR habe ihr Anliegen, die Nutzungsintensität im Sinne des oben genannten Urteils betreffend den GT H zu berücksichtigen, zu spät vorgebracht. Dies sei jedoch spätestens am 1. April 2016 klar

gewesen. SWISSPERFORM habe ihrerseits ihre Forderung nach einer Verdopplung der Vergütung gemäss Art. 24b des Urheberrechtsgesetzes auch erst an diesem Datum vorgebracht. Es sei nicht nachvollziehbar, warum das eine zu spät und das andere rechtzeitig erfolgt sein solle. Zum Gebührenanteil bringt die SRG SSR schliesslich vor, es sei nicht möglich herauszufiltern, welcher Franken nicht mit der Sendung von Handelstonträgern erzielt worden sei. Anders verhalte es sich, wenn der Verkauf von Informationssendungen dies klar erkennbar werden lasse.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 21 SWISSPERFORM führt anlässlich der Sitzung weiter aus, ein Vergleich mit dem GT S in Bezug auf die Differenzierung zwischen Webcasting und Simulcasting sei nicht sachgemäss, da dort ein 24-Stunden-Internetradio gerechnet werde. Tatsache sei ferner, dass gemäss Leitlinien der SRG SSR nicht mehr ab Tonträger gespielt werde. Dies finde sich in den Protokollen der Tarifverhandlungen bestätigt. Bezüglich der Meldung des ISRC sei klar, dass die SRG SSR kämpfe. Es treffe aber nicht zu, dass die SRG SSR nur noch bei den grossen Anbietern Musik beziehen könne, wenn sie zur Meldung des ISRC verpflichtet werde. Wenn der SRG SSR kein ISRC für einen Aufnahme vorliege, müsse sie diesen gemäss den Tarifbestimmungen auch nicht melden. Ebenso unzutreffend sei es, wenn die SRG SSR behaupte, sie hätte in den Verhandlungen angeboten, inskünftig ausschliesslich den ISRC zu liefern. Unter diesen Umständen sei es für SWISSPERFORM nicht nachvollziehbar, warum die SRG SSR nun so grosse Mühe bekunde, diesen Code zu melden. Sie habe seitens der SRG SSR kein überzeugendes Argument dafür gehört. Schliesslich hätten beide Parteien kein Interesse daran, in das Papierzeitalter zurückzukehren. Zur Relevanz der «Musik-Programme» merkt SWISSPERFORM noch an, dass ein Tarif ein «Gesamtgefüge» darstelle. Man habe sich beim vorliegenden Tarif dafür entschieden, das Gesamtbild vor Augen zu haben, anstatt bei jedem Musikstück einzeln zu schauen, wie viel Einnahmen es erziele. Des Weiteren könne man Beschlüsse der Schiedskommission nicht einseitig beiziehen. Es bleibe auch unklar, wie man das Vorbringen der SRG SSR bezüglich der Handhabung von Hintergrundmusik umsetzen wolle, unabhängig davon, wer was zu spät in die Verhandlungen eingebracht habe. Eine entsprechende Tarifbestimmung wäre fahrlässig und würde zu einer Flut unnötiger Zivilprozesse führen. Die SRG SSR fügt ihrem Plädoyer ihrerseits an, der gute Wille, den ISRC zu melden, sei bei der SRG SSR durchaus vorhanden. Nur hätten die letzten vier Jahre nicht ausgereicht, um die erforderlichen Systeme zu implementieren. Das Argument der Durchsetzbarkeit sei im Tarifgenehmigungsverfahren jedoch nicht relevant. F. Auf weitere von den Verfahrensbeteiligten vorgebrachte Argumente und auf die von der heute befragten Auskunftsperson gemachten Aussagen wird soweit erforderlich im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen. G. Der am 14. Juli 2016 zur Genehmigung unterbreitete Tarif A Radio [SWISSPERFORM] ist diesem Beschluss in einer deutschen und einer französischsprachigen Fassung beigelegt [eine italienische Fassung existiert nicht].

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 22 II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung: 1. SWISSPERFORM hat ihren Antrag auf Genehmigung des Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Radio) am 14. Juli 2016 und damit innerhalb der mittels Präsidialverfügungen vom 20. Mai 2016 bzw. vom 20. Juni 2016 zwei Mal erstreckten Eingabefrist von Art. 9 Abs. 2 der Urheberrechtsverordnung vom 26. April 1993 (URV, SR

231.11) eingereicht. 2. Aus dem Genehmigungsgesuch von SWISSPERFORM (vgl. N 18–32 des Genehmigungsgesuchs vom 14. Juli 2016) geht hervor, dass die Verhandlungen im Sinne von Art. 46 Abs. 2 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1) ordnungsgemäss durchgeführt worden sind. Allerdings findet sich darin auch bestätigt, dass umstrittene Rechtsfragen offenbar ausgeklammert geblieben sind. Dies ist zur Vermeidung eines tariflosen Zustands in Kauf zu nehmen. 3. Die Schiedskommission ist gemäss Art. 55 Abs. 1 URG für die Genehmigung der von den Verwertungsgesellschaften aufgestellten Tarife (vgl. Art. 46 Abs. 1 URG) zuständig. Das Verfahren richtet sich dabei nach Art. 57–59 URG, Art. 1–16d URV sowie (aufgrund des in Art. 55 Abs. 2 URG enthaltenen Verweises) nach den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). 3.1 Wurden umstrittene Fragen nicht bereits anlässlich der dem Genehmigungsverfahren vor der Schiedskommission vorgelagerten Tarifverhandlungen thematisiert, stellt dies kein formelles Hindernis dafür dar, dass sie eine Partei im Verfahren vor der Schiedskommission noch vorbringt. Da es sich beim Tarifgenehmigungsverfahren um ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren handelt, ist davon auszugehen, dass dessen Streitgegenstand nachträglich noch erweitert werden darf (PATRICK SUTTER in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 32 VwVG N 8 f.; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 32 VwVG N 16). Allerdings schliesst die Praxis der Schiedskommission nicht aus, dass «verspätete» Vorbringen im Einzelfall Kostenfolgen nach sich ziehen können (vgl. Beschluss der ESchK vom 30. November

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 23 bzw. 17. Dezember 2012 betreffend GT 12, E. II./2.6). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheint nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Bezug auf «materiellrechtliche» Fragen zu gelten, über welche die Schiedskommission nur dann befinden muss, wenn sie zwischen den Verhandlungspartnern bereits in den Verhandlungen umstritten gewesen sind (BGE 140 II 483 Tarif A Radio [SWISSPERFORM], E. 6.7). Eine Einschränkung gilt ferner auch mit Bezug auf das Einreichen von Beweismitteln im Verfahren vor der Schiedskommission: Unterlagen, die nicht bereits mit der Tarifeingabe oder im anschließenden Schriftenwechsel eingereicht wurden, sind spätestens fünf Tage vor einer Sitzung einzureichen. Ansonsten muss mit deren Rückweisung gerechnet werden (DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Basel 2012, N 226). 3.2 Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht im Tarifgenehmigungsverfahren eine im Vergleich zum gewöhnlichen Verwaltungsverfahren erhöhte Mitwirkungspflicht der Parteien gemäss Art. 13 Abs. 1 VwVG (vgl. BGE 133 II 263 E. 5.4, GT 4d). Diese Mitwirkungspflicht relativiert die Untersuchungsmaxime von Art. 12 VwVG und obliegt der mitwirkungspflichtigen Partei unabhängig davon, ob sie auch die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 Tarif AS Radio, E. 2.3, mit weiteren Hinweisen). Als Gesuchsteller tragen im Tarifgenehmigungsverfahren grundsätzlich die Verwertungsgesellschaften die (objektive) Beweislast ([analog zu] Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210], s. auch Art. 9 Abs. 1 URV), auch wenn die Nutzer gemäss Art. 51 URG eine Pflicht trifft, der Verwertungsgesellschaft alle Auskünfte zu erteilen, die diese für die Gestaltung und Anwendung eines Tarifs sowie für die Verteilung des Erlöses benötigt (vgl. Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 Tarif AS Radio, E. 3.2 f., mit weiteren Hinweisen). 3.3 Gemäss Art. 12 Bst. c VwVG kann sich die Schiedskommission zwecks Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts nötigenfalls der Auskünfte von Drittpersonen bedienen. Aufgrund dieser Bestimmung wurde dem entsprechenden Beweisantrag seitens SWISSPERFORM entsprochen und anlässlich der heutigen Verhandlung Herr X. _____ als Auskunftsperson befragt. 3.4 Weicht die Schiedskommission in einem Beschluss von der Empfehlung der Preisüberwachung PUE ab, hat sie dies gemäss Art. 15 Abs. 2ter des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) zu begründen.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 24 4. Die Schiedskommission prüft gemäss Art. 7 Abs. 1 VwVG ihre Zuständigkeit von Amtes wegen. Zuständig ist sie für die Genehmigung von Tarifen, soweit sie die Verwertung oder die Geltendmachung von ausschliesslichen Rechten oder Vergütungsansprüchen betreffen, die gemäss Art. 40 Abs. 1 und Abs. 3 URG der Bundesaufsicht unterstellt sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 2A.180/1994/szu vom 10. Mai 1995 GT 4 E. 3. c), S. 11). Die Prüfung der Unterstellung unter die Bundesaufsicht wird im soeben genannten Urteil des Bundesgerichts als von der Schiedskommission zu prüfende «Vorfrage» bezeichnet; als spezifische Frage der Zuständigkeit qualifiziert sie hingegen MEIER, a.a.O., N 222). Da sich der Tarif A Radio [SWISSPERFORM] auf Rechte gemäss Art. 22c Abs. 1 Bst. a–c, Art. 24b und Art. 35 Abs. 1 bezieht (vgl. Tarifziffer 2), ist die Schiedskommission für die Genehmigung des vorliegenden Tarifs zuständig. 5. Gemäss Art. 59 Abs. 1 URG genehmigt die Schiedskommission einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und 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 bzw. 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 -aufwands 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). Dabei ist es die spezifische Aufgabe der Schiedskommission, die Angemessenheit der Tarifvergütung als Ganzes zu würdigen, wofür alle einzelnen Komponenten gegeneinander abzuwägen sind (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1736/2014 vom 2. September 2015 GT H, E. 3.4). 5.1 Aus dem oben Gesagten folgt, dass der Bemessungsansatz im Rahmen von Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG grundsätzlich der Ertrag aus der vorgenommenen Nutzung ist. Abzustellen ist nach der Rechtsprechung auf den Bruttoertrag ([unveröffentlichtes] Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994; 2A.173/1994;

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 25 2A.174/1994 vom 24. März 1995, E. 7 b), GT 4; vgl. EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY/GREGOR WILD, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, N 431; MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, Urheberrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2008, Art. 60 URG N 2, mit weiteren Hinweisen). So hat das Bundesgericht etwa

festgehalten, dass der Preis für Eintrittstickets einschliesslich des Kostenanteils für den Vorverkauf für die Darbietung eines Werkes bezahlt werde, weshalb ein unmittelbarer Zusammenhang zur Werkverwendung bestehe, weil vom massgebenden Bruttoertrag für die Bemessung der urheberrechtlich geschuldeten Entschädigung auszugehen sei (Urteil des Bundesgerichts 2A.311/2002 vom 29. Januar 2003 GT K, E. 2.3.2 f., teilweise veröffentlicht in: sic! 2003 423 f.). Grundsätzlich gehören zu den Bruttoeinnahmen alle Beiträge, Zuschüsse und Zuwendungen, soweit diese im Hinblick auf die mit einer Veranstaltung verbundene Werknutzung eingenommen werden. Dazu zählen insbesondere auch die allenfalls auf die Kundschaft überwälzten Urheber- und Leistungsschutzentschädigungen, Subventionen sowie Werbe- und Sponsoringeinnahmen (vgl. Beschlüsse der ESchK vom 10. November 2014 betreffend den GT S, E. II./3.3 c) und vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM], E. II./3.5 b), mit weiteren Hinweisen [s. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 2C_394/2015 vom 4. Juni 2015 Tarif A Fernsehen]; MEIER, a.a.O., N 124). Eine umfassende Verwirklichung des Bruttoprinzips über alle von der Schiedskommission geprüften Tarife erweist sich trotz allem als langwierig, da der Einigungsgedanke in manchen Tarifen Vorrang genießt und zwischen den Verhandlungspartnern davon abweichende einvernehmliche Lösungen getroffen werden können (vgl. Beschluss der ESchK vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM], E. II./3.5 b) am Ende).

5.2 Die prozentuale Anteilhabe an dem aus der Nutzung fliessenden Ertrag entspricht dem Beteiligungsprinzip, wonach die Rechteinhaber an den wirtschaftlichen Früchten zu beteiligen sind, die andere aus der Verwertung ihrer Werke ziehen (vgl. MEIER, a.a.O., N 140 mit weiteren Hinweisen in FN 38).

5.3 Die oben unter E. 5 genannten Höchstsätze von zehn Prozent für die Urheberrechte bzw. von drei Prozent für die verwandten Schutzrechte stehen unter dem ebenfalls bereits genannten Vorbehalt von Art. 60 Abs. 2 URG, wonach die Entschädigung in jedem Fall so festzusetzen ist, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten (vgl. CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Ver-

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 26 wertung von Urheberrechten, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, N 1462 f.). Im Beschluss der ESchK vom 30. Juni 2008 betreffend den Zusatztarif zum Tarif A Radio [SWISSPERFORM], E. II./9. b) hat die Schiedskommission festgehalten, dass eine Zusammenfassung verschiedener Nutzungen in ein und demselben Tarif die Überschreitung des Regelhöchstsatzes grundsätzlich gestattet. Mit dem Beschluss der ESchK vom 29. Oktober 2012 betreffend den Tarif A Radio [SWISSPERFORM] wurde die Überschreitung des Höchstsatzes von drei Prozent angesichts der Einigung zwischen den Verhandlungspartnern denn auch ohne nähere Begründung genehmigt (vgl. E. 5 des genannten Beschlusses). Im Beschluss der ESchK vom 25. November 2013 betreffend den GT H, E. II./4. b) wurden die Voraussetzungen für eine Überschreitung des Höchstsatzes für die verwandten Schutzrechte nicht geprüft, unter Verweis darauf, dass eine entsprechende Vergütungserhöhung nicht genügend begründet worden sei. Eine Überschreitung des Regelhöchstsatzes für die verwandten Schutzrechte hat die Schiedskommission schliesslich in ihrem Beschluss vom 13. November 2011 betreffend GT Hb (s. auch Beschluss der ESchK vom 6. Oktober 2017 betreffend GT Hb) genehmigt. Dies ebenfalls ohne nähere Begründung, aber unter Verweis auf die zwischen den Verhandlungspartnern erzielte Einigung.

5.4 Gemäss einer langjährigen Praxis der

Schiedskommission sind allzu sprunghafte Erhöhungen der Vergütungen zu vermeiden. Gelegentlich werden grössere Erhöhungen jedoch genehmigt, falls sie gestaffelt erfolgen. Auf eine gestaffelte Umsetzung kann unter Umständen verzichtet werden, wenn frühere Entschädigungen offensichtlich ungenügend waren oder wenn eine Erhöhung auf einer sachlich gerechtfertigten Umstellung auf ein neues Berechnungssystem beruht bzw. die Folge einer gerechteren Urheberrechtsentschädigung ist. Als Richtwert für die Beurteilung des Anstiegs der Vergütung kann die bis anhin bezahlte Vergütung herangezogen werden (vgl. Beschluss der ESchK vom 18. Dezember 2015 betreffend Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM], E. II./3.2 und 3.8, je mit weiteren Hinweisen [Beschluss nicht rechtskräftig]). Die Schiedskommission hielt eine Erhöhung von rund vierzig Prozent für unangemessen, da sie zu einer allzu sprunghaften Erhöhung der Vergütung führen würde, die mit der einschlägigen Rechtsprechung unvereinbar wäre (vgl. Beschluss der ESchK vom 10. November 2014 betreffend GT S, E. II./3.3 c, S. 45). 6. Schliesslich unterliegen nicht bloss die pekuniären Vorschriften von Tarifen einer Angemessenheitskontrolle durch die Schiedskommission, sondern gestützt

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 27 auf Art. 59 Abs. 1 URG sind auch die übrigen Bestimmungen auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Als Massstab dient dafür Art. 45 Abs. 1 URG (vgl. DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 59 N 5 f.). 7. Als erstes ist die umstrittene Neuerung in der Formulierung des Tarifgegenstands in Ziffer 2 Lemma 1 zu klären. Die Ergänzung «zeitgleiche unveränderte» von Tarifziffer 2 Lemma 1 Satz 2 des Tarifs («Zu den Sendezwecken gehört auch die zeitgleiche unveränderte Verbreitung von Radiosendungen im Internet.») würde bewirken, dass das Webcasting durch den Tarif nicht mehr abgedeckt wäre. Zu unterscheiden ist das Webcasting begrifflich vom Simulcasting. Unter Simulcasting wird die zeitgleiche und unveränderte Übertragung eines auch über andere Vektoren, wie beispielsweise über Kabel, verbreiteten Rundfunkprogramms via Internet verstanden. Werden die als Radio- und Fernsehprogramme bezeichneten Programme ausschliesslich gestreamt, also über das Internet an die Empfangscomputer übermittelt, spricht man von Webcasting (vgl. zum Ganzen PETER MOSIMANN, Die verwandten Schutzrechte, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, N 1193, FN 1936). Auch das Webcasting von Einzelereignissen, bei dem es sich nach Auffassung von SWISSPERFORM um ein «Aufführen» handelt, wäre durch den Tarif angesichts der Neuformulierung nicht abgedeckt. Gemäss der SRG SSR besteht dagegen kein Anlass, das Webcasting von Einzelereignissen gesondert zu beurteilen. Auch nach Auffassung der Schiedskommission handelt es sich beim Webcasting von Einzelereignissen um ein Aufführen im Sinne von Art. 35 Abs. 1 URG und nicht um ein Senden, wobei darauf hinzuweisen ist, dass gemäss dem Schrifttum wohl präziser von einem «Vorführen» die Rede wäre (vgl. MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, Urheberrecht, Kommentar, 3. Aufl. 2008, Art. 60 URG N 2; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 35 URG N 8). Da sich der vorliegende Tarif ausdrücklich auf die Verwendung von Handelstonträgern zu Sendezwecken im Radio bezieht, ist es zu begrüssen, dass im vorliegenden Tarif mit der Ergänzung «zeitgleich und unveränderte» Verbreitung von Radiosendungen im Internet klargestellt wird, dass das Auf- bzw. Vorführen von Einzelereignissen, beispielsweise eines Konzerts via Internet, vom Tarif nicht erfasst wird. Eine andere Frage ist diejenige

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 28 nach der Erfassung des eigentlichen Webcastings ganzer Programme durch den Tarif A Radio [SWISSPERFORM]. Nach Auffassung der Schiedskommission handelt es sich beim Webcasting um ein Senden im Sinne von Art. 35 URG und nicht um ein Online-Recht. Art. 35 URG unterscheidet allerdings nicht zwischen Simulcasting und Webcasting, weshalb sich die Antwort auf die zu prüfende Frage nicht bereits aus dem Gesetz ergibt, sondern in der tariflichen Vereinbarung zu suchen ist. Mit anderen Worten ist die Abgeltung der hier interessierenden Nutzungen von verwandten Schutzrechten im Rahmen des Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] von Gesetzes wegen zwar nicht ausgeschlossen, muss aber in der Vergütungshöhe berücksichtigt werden. Ist davon auszugehen, dass Webcasting schon bisher durch genehmigte Fassungen des Tarifs nicht abgedeckt war und dies durch die umstrittene Ergänzung bloss noch explizit klargestellt wird, ist die entsprechende Formulierung im Sinne einer Klarstellung trotz der Vorbringen der SRG SSR nicht zu beanstanden. Einer eingehenderen Prüfung bedürfte es hingegen, wenn sich zeigte, dass diese Formulierung eine inhaltliche Neuerung darstellen würde. Dazu ist festzuhalten, dass Webcasting durch die SRG SSR im Widerspruch zu Art. 9 der ihr erteilten Konzession (vgl. https://www.ubi.admin.ch/inhalte/pdf/Dokumentation/Rechtliche_Grundlagen/Konzession_SRG_DE.pdf, zuletzt besucht am 23. November 2017) stünde, welche Vorschrift ihr eine Verbreitung der Radio- und Fernsehprogramme nach Art. 4 und 5 der Konzession auch über das Internet erlaubt, die originäre Verbreitung von Sendungen über das Internet aber erst seit dem 1. Juni 2013 und nur mit einigen Restriktionen zulässt. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Verhandlungspartner vorher (auch nur implizit) etwas vereinbart haben, wozu die Konzession der SRG SSR gar keine Grundlage geboten hätte. Auch die SRG SSR hat an der heutigen Sitzung die Auffassung vertreten, nicht dazu berechtigt zu sein, ein reines Webradio zu betreiben (vgl. Protokoll zur Verhandlung vom 23. November 2016, S. 8). Dies deutet alles darauf hin, dass das Webcasting nach Treu und Glauben ausgelegt schon bisher durch die Tarife A Radio [SWISSPERFORM] nicht erfasst war und dies nun mit dem Tarifwortlaut bloss klargestellt werden soll. Nur schwer ersichtlich ist, warum die SRG SSR an einer tarifarischen Erfassung legitime Interessen gehabt haben sollte, wo sie sich doch nach ihren eigenen Aussagen nicht dazu berechtigt sieht, ein Webradio zu veranstalten. Schliesslich steht eine Genehmigung der umstrittenen Änderung, bei der es sich aufgrund des oben Gesagten um eine blosser Verdeutlichung des (mutmasslich) bisherigen Tarifinhalts handelt, entgegen der Auffassung der SRG SSR nicht im Widerspruch zur einschlägigen Rechtsprechung der Schiedskommission. Zwar hat die Schiedskommission mit Beschluss vom 10. November 2014 betreffend

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 29 GT S einen Tarif genehmigt, der sich gemäss Ziffer 3 ausdrücklich auf die Verwendungsform des Webcastings bezieht. Dies steht aber nicht im Widerspruch zur hier vorgenommenen Auslegung des bisherigen Tarifs A Radio [SWISSPERFORM], der die Ergänzung «zeitgleich und unverändert» noch nicht enthielt, sondern ist vielmehr ein Hinweis darauf, dass der Einschluss von Webcasting in den Tarif A Radio [SWISSPERFORM], wäre er denn auch bisher zwischen den Verhandlungspartnern beabsichtigt gewesen, explizit hätte erwähnt werden müssen. Selbstredend schliesst dies nicht aus, dass Webcasting in Zukunft im vorliegenden Tarif neu geregelt werden könnte. Die Verhandlungspartner hätten diesfalls mit Blick auf die Vergütungen aber einen angemessenen Interessenausgleich zu finden. 8. Als nächstes ist die Angemessenheit der (umstrittenen; vgl. zum Rest unten unter E. 11) Bestimmungen des

Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] in pekuniärer Hinsicht zu prüfen. 8.1 Die SRG SSR beantragt, Ziffer 7 Lemma 1 des Tarifs sei dahingehend zu ergänzen, dass der Vergütungssatz für geschützte Aufnahmen, die überwiegend gleichzeitig mit einer redaktionellen Eigenleistung der SRG SSR gesendet werden, zu halbieren sei. Die sogenannte Ballettregel schreibe eine tarifliche Reduktion vor, wo neben der geschützten Musik andere geschützte, jedoch nicht kollektiv verwertete Werke oder Leistungen genutzt werden. Erbringe die SRG SSR eigene redaktionelle Leistungen, die mit Musik unterlegt worden seien, müsse entsprechend der Ballettregel eine Reduktion des Tarifs vorgesehen werden. Die SRG SSR verweist zudem auf die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1736/2014 vom 2. September 2015 GT H) und macht geltend, aufgrund einer geringeren Nutzungsintensität der Musik sei auch im vorliegenden Fall eine reduzierte Vergütung angemessen. Entsprechend dem Antrag der SRG SSR würde Ziffer 7 Lemma 1 lauten: «Die Vergütung wird unter den in Ziff. 11 genannten Voraussetzungen für jedes Programm getrennt erhoben. Sie beträgt ... für das Senden 3 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit, wobei als geschützte Aufnahmen solche gelten, die nach Art. 35 Abs. 1 URG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 URG und/oder auf Grund eines für das Gebiet der Schweiz verbindlichen internationalen Abkommens Schutz genießen. Für geschützte Aufnahmen, die überwiegend gleichzeitig mit einer redaktioneller [recte: redaktionellen] Eigenleistung der SRG gesendet werden, halbiert sich der Tarifsatz.»

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 30 Nach Auffassung der Schiedskommission würde der entsprechende dritte Satz in Ziffer 7 Lemma 1 bereits den grundlegenden Mangel aufweisen, dass unklar bliebe, welche Art Sendungen von ihm genau erfasst wären. So schliesst bereits das Wort «überwiegend» einen mannigfaltigen Interpretationsspielraum ein. Ein entsprechender Zusatz würde daher zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Ferner erscheint ein Vergleich zwischen dem vorliegenden Tarif A Radio [SWISSPERFORM] und dem GT H (Musikaufführung zu Tanz und Unterhaltung im Gastgewerbe) von vornherein unzulänglich: Beim einen Tarif (GT H) sind die Betreiber von Gaststätten, die Musik zu Tanz und Unterhaltung aufführen, die Nutzer. Angesichts diverser gleichzeitig verfügbarer Möglichkeiten zur Zerstreung wie Konsumation und Gesprächen mit anderen Gästen etc. schenkt das Publikum in Gaststätten der Musik in der Regel nicht die volle Aufmerksamkeit, wobei das bereits erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts insbesondere die Frage zum Gegenstand hatte, ob die unter dem GT H geschuldeten Vergütungen je nachdem unterschiedlich hoch anzusetzen sind, ob an den entsprechenden Anlässen zur gespielten Musik auch getanzt wird (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1736/2014 vom 2. September 2015 GT H, E. 3.6.3). Beim vorliegenden Tarif A Radio und der in dessen Ziffer 7 Lemma 1 geregelten Nutzung verwendet hingegen die SRG SSR als Nutzerin Handelstonträger zum Zweck der Sendung als Hintergrund in eigenen Beiträgen, wobei unklar bleibt, ob die Musik nach Auffassung der SRG SSR nur überschneidend mit anderen akustischen Elementen (gesprochene Sprache oder Geräusche) oder nicht auch teilweise anstatt anderer akustischer Elemente eingeblendet wird («Intermezzo»). Zudem muss die geschützte Aufnahme in irgendeiner Weise noch in die Sendung integriert werden, was wohl regelmässig deren Vervielfältigung erforderlich macht. Die Frage nach der kognitiven Konzentration der Hörerinnen und Hörer von Radio-sendungen der SRG SSR hängt aber nicht nur davon ab, ob es sich um Hintergrundmusik in einer Sendung, ein musikalisches Intermezzo

zwischen zwei Passagen eines Sprechbeitrags oder um eine eigentliche Musiksendung handelt, sondern vielmehr davon, was diese parallel zum Radiohören sonst noch tun. Dies kann individuell sehr verschieden sein und lässt sich – jedenfalls ohne Vorliegen entsprechender empirischer Untersuchungen – nicht in allgemeiner Weise beantworten. Die Nutzungsweise ist vorliegend demnach eine grundlegend andere als im Bereich des GT H und die beiden Tarife sind insofern nicht vergleichbar. Die SRG SSR vermag aus der genannten jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts daher nichts abzuleiten, was eine Halbierung des gemäss Ziffer 7 Lemma 1 vorgesehenen Vergütungssatzes in irgendeiner Weise rechtfertigen könnte. Ferner ist an dieser Stelle festzuhalten, dass das Problem der Unterscheidung der Sendung von geschützten Aufnahmen als Hintergrundmusik bzw. als

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 31 Hauptbestandteil einer (Musik-)Sendung wesensgemäss bereits im geltenden Tarif A Radio [SWISSPERFORM] berücksichtigt sein muss. Bisher ist eine solche Differenzierung, wie sie nun von der SRG SSR gefordert wird, durch die Verhandlungspartner denn auch zu Recht nicht vorgenommen worden. Gewisse Pauschalierungen sind in Tarifen ohnehin unumgänglich (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1736/2014 vom 2. September 2015 GT H, E. 2.2, mit weiteren Hinweisen). Was schliesslich die von der SRG SSR ins Feld geführte Ballettregel anbelangt, gilt Folgendes: Der gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG zur Berechnung der Vergütung massgebliche Ertrag (bzw. hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand) entspricht nicht immer dem Gesamtertrag bzw. -aufwand. Gleichzeitig mit der geschützten Nutzung eines Werks oder einer Darbietung erbrachte, ungeschützte Leistungen sind daher bei der Berechnung der Vergütung so weit in Abzug zu bringen, als sie den Ertrag mitbeeinflusst haben. Analoges gilt für die Kombination von Werken mit Darbietungen. Dabei handelt es sich um die sogenannte Ballettregel (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1736/2014 vom 2. September 2015 GT H, E. 2.3, mit weiteren Hinweisen). Da sich die Ballettregel auf eine analoge Anwendung von Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG stützt (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60 URG N 17), ist davon auszugehen, dass sie bereits im Rahmen der Angemessenheitsprüfung früherer Tarife A Radio [SWISSPERFORM] Berücksichtigung durch die Schiedskommission gefunden hat (vgl. Beschluss der ESchK vom 4. Dezember 2001 betreffend Tarif A Radio [SWISSPERFORM], E. 6. b, S. 25, wo bereits die Pro-rata-temporis-Regel eigens erwähnt wurde) und nicht erneut für eine entsprechende Ausdifferenzierung bzw. Vergütungsminderung im vorliegenden Tarif Hand bietet. Die gegenteilige Annahme mag durch die im Tarif neue erfolgte Aufteilung der Vergütungen mit Blick auf die einzelnen drei Nutzungsarten (vgl. Tarifziffer 7 Lemmata 1 bis 3) hervorgerufen sein, trifft aber dennoch nicht zu. Eine Änderung von Ziffer 7 Lemma 1 des Tarifs im Sinne der Anträge der SRG SSR ist daher abzulehnen.

8.2 Im Folgenden ist die Angemessenheit des in Tarifziffer 7 Lemma 2 von 0,3 auf 0,6 Prozent erhöhten Vergütungssatzes für das Vervielfältigungsrecht zu Sendezwecken gemäss Art. 24b URG zu prüfen. Am 1. Juli 2008 sind die vom Parlament am 5. Oktober 2007 beschlossenen Änderungen des URG in Kraft getreten. Dabei wurde das URG unter anderem mit einer neuen Bestimmung betreffend das Vervielfältigen von Handelstonträgern zu Sendezwecken (Art. 24b URG) ergänzt, die zwingend die kollektive Verwertung durch eine Verwertungsgesellschaft vorsieht (vgl. zum Ganzen: Beschluss der ESchK vom 30. Juni 2008 betreffend den Zusatztarif zum Tarif A Radio, E. I./3; IVAN CHERPILLOD, *La révision de la loi sur le droit d'auteur*, Jusletter, 11. Februar 2008, N 18 ff.). Dies führte zum Erlass des Zusatztarifs

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 32 zum Tarif A Radio mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2008 bis zum 31. Dezember 2009, in welchem nebst der Nutzungsform des Vervielfältigens von Handelstonträgern zu Sendezwecken auch noch diejenige des Zugänglichmachens gesendeter musikalischer Werke gemäss Art. 22c URG geregelt wurde. Vor dem Zusatztarif zum Tarif A Radio wurde die Nutzungsmöglichkeit, die Art. 24b URG entspricht, auf vertraglicher Basis mit 900 000 Franken bzw. mit 1 000 000 Franken entschädigt (vgl. Beschluss der ESchK vom 30. Juni 2008 betreffend den Zusatztarif zum Tarif A Radio [SWISSPERFORM], E. II./9. b). Bereits im genannten Beschluss hat die Schiedskommission festgehalten, dass die Entschädigung für die verwandten Schutzrechte gemäss Art. 35 URG und Art. 24b URG gemäss Art. 60 Abs. 2 URG drei Prozent des Nutzungsertrags bzw. -aufwands grundsätzlich nicht übersteigen sollte, wobei der damalige Tarif A Radio [SWISSPERFORM] die Drei-Prozent-Regel für die unter Art. 35 geschützten Tonaufnahmen allerdings bereits voll ausschöpfte. Unter Verweis auf das einschlägige Staatsvertragsrecht und gestützt auf einen Vergleich mit dem europäischen Ausland liess sie aber ausnahmsweise eine Überschreitung des Höchstsatzes von drei Prozent zu, behielt sich indessen vor, diesen Punkt anlässlich des Genehmigungsverfahrens eines künftigen Gesamttarifs nochmals zu prüfen. Mit dem Beschluss der ESchK vom 29. Oktober 2012 betreffend den Tarif A Radio [SWISSPERFORM], E. II./5, wurde die Überschreitung des Höchstsatzes von 3 Prozent angesichts der Einigung zwischen den Verhandlungspartnern in der Folge ohne nähere Erörterung dieses Punktes genehmigt. Im Vorgängertarif zum aktuell zu genehmigenden Tarif betragen die Vergütungen (Art. 22c, 24b und Art. 35 URG) gemäss Ziffer 7 insgesamt 3,33 Prozent der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit. Der auf Nutzungen gemäss Art. 24b URG entfallende Anteil von 0,3 Prozent soll nun nach Auffassung von SWISSPERFORM auf 0,6 Prozent erhöht werden. SWISSPERFORM stützt diesen Antrag auf einen Vergleich mit der Regelung in Ziffer 7.1 des GT S, wie sie für die Privatsender gilt. Dies erscheint aber aus Sicht der Schiedskommission nicht zielführend zu sein, da sie bereits in ihrem Beschluss vom 4. November 2001 betreffend den Tarif A Radio [SWISSPERFORM], E. II./6 a, die Vergleichbarkeit des GT S mit Tarif A Radio [SWISSPERFORM] grundsätzlich in Frage gestellt bzw. festgehalten hat, es existierten sachliche Gründe, die Privatsender und die SRG SSR in zwei Tarifen, die zu dem je ein «Gesamtpaket» darstellten, unterschiedlich zu behandeln. Hält SWISSPERFORM die im Tarif A Radio [SWISSPERFORM] [2012–2016] einvernehmlich festgelegte Vergütung nun nicht mehr für angemessen, obliegt es ihr, dies nachzuweisen (vgl. Beschluss der ESchK vom 13. November 2001

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 33 betreffend den Tarif VN, E. II./14). Ihre (lediglich qualitative) kaum auf Beweismittel gestützte Behauptung, das sogenannte Simulcasting hätte an Bedeutung zugenommen und damit gingen mehr Vervielfältigungen zu Sendezwecken gemäss Art. 24b URG einher, vermögen dies indes nicht rechtsgenügend zu belegen. Das weitere Argument von SWISSPERFORM, wonach die SRG SSR heute auch unter Ausklammerung des Simulcastings praktisch keine Handelstonträger mehr direkt abspiele, sondern diese vor dem Sendevorgang digitalisiere bzw. vervielfältige, ist nicht nur kaum auf Beweismittel abgestützt, sondern steht auch im Widerspruch zu den Aussagen der SRG SSR anlässlich der heutigen Sitzung. SWISSPERFORM verweist diesbezüglich lediglich auf den Inhalt interner Leitlinien der SRG SSR, wie er den Verhandlungsprotokollen zu entnehmen sei. Präziser formuliert müsste SWISSPERFORM aber insbesondere eine Zunahme entsprechender

Vervielfältigungsvorgänge inner- und ausserhalb des Rahmens des Simulcastings seit der Genehmigung des letzten Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] im Jahre 2012 nachweisen, was ihr allerdings derzeit nicht gelingt. Die SRG SSR behauptet ihrerseits, seit 2008 habe sie den Einsatz sogenannter Playout-Systeme nicht mehr verstärkt. Zwar lässt zur Klärung der Sachverhalts nicht nur SWISSPERFORM, sondern in geringem Masse auch die SRG SSR die erforderliche Mitwirkungspflicht vermissen. Angesichts der insoweit gemäss der Rechtsprechung bei SWISSPERFORM liegenden Beweislast für die eingetretene Unangemessenheit der Vergütung von 0,3 Prozent kann die Schiedskommission deren Erhöhung auf 0,6 Prozent vorliegend nicht genehmigen. Es kommt hinzu, dass die angestrebte Verdoppelung des Vergütungssatzes für Nutzungen gemäss Art. 24b URG eine sprunghafte Erhöhung darstellen und der bereits um 0,33 Prozent überschrittene Regelhöchsatz noch weiter überschritten würde, obwohl dies angesichts der früheren einschlägigen Beschlüsse der Schiedskommission problematisch erscheinen würde. Schliesslich bringt SWISSPERFORM vor, aufgrund der Unterstellung der Vervielfältigungsrechte nach Art. 24b URG seien heute zum Beispiel auch Rechte von Nicht-Mitgliedern der SIG, eine der beiden ehemaligen Vertragspartnerinnen der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarungen zur Abgeltung der Nutzungsrechte entsprechend dem 2008 in Kraft getretenen Art. 24b URG erfasst. Aber auch dies stellt, wenn es zutreffen sollte, keine Änderung gegenüber dem dem im Jahr 2012 durch die Schiedskommission genehmigten (Einigungs-)Tarif A Radio [SWISSPERFORM] zugrundeliegenden Sachverhalt dar.

8.3 Im Folgenden ist Ziffer 11 Lemma 3 zu prüfen. Hierbei geht es insbesondere um die Frage, inwieweit die Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering zu den Gesamteinnahmen der SRG SSR gemäss Tarifziffer 10 zählen. [Unter Bartering (amerik. barter = Tausch, Austausch) im Medienbereich ver-

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 34 steht man den Tauschhandel von Werbepätzen, z.B. den Tausch einer Printanzeige für ein Fernsehprogramm in einer Zeitschrift gegen einen Fernsehspot für die Zeitschrift im Programm (GÜNTER BENTELE, in: Bentele/Brosius/Jarren [Hrsg.], Lexikon Kommunikations- und Medienwissenschaft, 2. Aufl. 2013, S. 26, Stichwort «Bartering»)]. In Ziffer 13 Lemma 3 des Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] [2013–2016], die Werbung nicht erwähnt, war diesbezüglich noch vorgesehen, dass Erträge aus Sponsoring und Bartering abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition von Sponsoren, höchstens jedoch abzüglich vierzig Prozent der gesamten während eines Rechnungsjahres einbezahlten Leistungen, als Gesamteinnahmen der SRG SSR im Sinne von Tarifziffer 12 gelten. Gemäss dem eingereichten Tarif von SWISSPERFORM sollen als Gesamteinnahmen gemäss Tarifziffer 10 Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Radio, abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch abzüglich fünfzehn Prozent der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen gelten. Zu den entsprechenden Einnahmen sollen nun auch explizit Einnahmen von Drittfirmen zählen, insbesondere von Produktionsfirmen oder Werbeakquisitionsfirmen, soweit sie auf Grund der Sende-/Mitteilungstätigkeit der SRG SSR eingenommen werden. Massgebend seien die Bruttoeinnahmen dieser Drittunternehmen. Als Bruttoeinnahmen sollen die den Werbetreibenden bzw. Kunden dieser Unternehmen in Rechnung gestellten Beträge gelten. Demgegenüber beantragt die SRG SSR eine Änderung von Ziffer 11 Lemma 3, wonach nur «Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering von Musiksendungen im Radio» als Gesamteinnahmen gelten sollen, und zwar ebenfalls vermindert um fünfzehn Prozent, allerdings in Form eines

Pauschalabzugs. Die Einnahmen von Drittfirmen sollen ferner überhaupt nicht zu den Gesamteinnahmen zählen. Vorliegend spielt es keine Rolle, dass SWISSPERFORM rügt, die SRG SSR habe ihre Anliegen bezüglich Ziffer 11 Lemma 3 des Tarifs verspätet vorgebracht (vgl. oben unter E. 3.1). Die Schiedskommission hält eine Begrenzung der Gesamteinnahmen der SRG SSR auf Erträge im Bereich Werbung, Sponsoring und Bartering lediglich «von Musiksendungen» für unvereinbar mit dem Beteiligungsprinzip (s. dazu oben unter E. 5.2), da sie davon ausgeht, dass die sogenannte Reichweite von Werbe- und Sponsoringaktivitäten etc. auch für Sendungen, die nicht Musiksendungen darstellen, dank der zu anderen Zeiten gespielten Musik in einem Radioprogramm durchaus vergrössert wird, wenn die attraktiven Musikanteile eines Programms die Einschaltquoten bei einem

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 35 bestimmten Publikum erhöhen. Entgegen der Ansicht der SRG SSR werden auch insoweit bloss diejenigen unter ihren Erträgen berücksichtigt, die aus der Nutzung von (Handels-)Tonträgern erzielt werden. Insofern haben auch Inhaber verwandter Schutzrechte nach Art. 33 ff. URG an den gespielten Handelstonträgern durchaus ihren Verdienst an den wirtschaftlichen Früchten, die die zur Debatte stehenden Aktivitäten der SRG SSR bringen. Ferner ist SWISSPERFORM darin Recht zu geben, dass die von der SRG SSR geforderte Beschränkung auf die «Musik-Einnahmen» im Tarif bereits seit jeher insofern umgesetzt ist, als die Vergütungssätze stets auf die massgebenden Pro-rata-Anteile von geschützten Aufnahmen bzw. von Handelstonträgern zu reduzieren sind und die Vergütungssätze somit nicht auf das gesamte Sendevolumen der SRG SSR angewendet. Andernfalls würde in systemwidriger Weise eine doppelte Kürzung vorgenommen werden. Schliesslich wäre die von der SRG SSR beantragte Ergänzung «von Musiksendungen» nicht nur sprachlich zweifelhaft, sondern würde wohl auch zu schier unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führen (Was fällt unter den Begriff «Musiksendung» und was nicht?). Der Antrag auf Anbringen einer entsprechenden Ergänzung von Ziffer 11 Lemma 3 ist daher abzulehnen. Was den Einbezug der Einnahmen von Drittfirmen in die Gesamteinnahmen der SRG SSR und dessen Modalität anbelangt, ist Folgendes festzuhalten: Es gilt das Bruttoprinzip (vgl. dazu oben unter E. 5.1), demzufolge hier grundsätzlich auch die Einnahmen von Drittfirmen aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Auftrag der SRG SSR zu den Gesamteinnahmen zu zählen sind. Denn aus dem oben Gesagten folgt, dass es sich dabei im Zusammenhang mit jeder Art von Sendung (auch) um einen Ertrag aus der Nutzung von verwandten Schutzrechten an Handelstonträgern handelt. Unter tariflichen Gesichtspunkten kann es keinen Unterschied machen, ob die SRG SSR diese Aktivitäten selber vornimmt oder aber (entgeltlich) Dritten überlässt. Dem Grundsatz nach erscheint es ferner angemessen, dass die Bruttoeinnahmen der Drittunternehmen massgeblich sind und dass als solche die den Kunden dieser Dritten in Rechnung gestellten Beträge zu gelten haben. (vgl. zum Ganzen Beschluss der ESchK vom 10. November 2014 betreffend den GT S, E. II./3.3 c, mit weiteren Hinweisen). Allerdings findet sich das massgebliche Bruttoprinzip im Quervergleich der einschlägigen (Gemeinsamen) Tarife bis heute bloss in unterschiedlichem Grad verwirklicht (vgl. dazu Beschluss der ESchK vom 10. November 2014 betreffend den GT S, E. II./3.3 c, mit weiteren Hinweisen; zu den Gründen hierfür s. oben unter E. 5.1 am Ende). Dies, obwohl in der jüngeren Rechtsprechung der Schiedskommission eine eindeutige Tendenz zur Vermin- derung der umstrittenen Abzüge, gegebenenfalls sogar einer gänzlichen Auf- hebung derselben, erkennbar ist (vgl. dazu Beschluss der ESchK vom 10. No- vember 2014 betreffend den GT S, E. II./3.3 c), S. 46).

Ein Systemwechsel darf

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 36 zwar zur Erhöhung der geschuldeten Vergütungen führen, hat aber angesichts des in der Praxis der Schiedskommission etablierten Grundsatzes der Vermeidung sprunghafter Erhöhungen (s. dazu oben unter E. 5.4) in der Regel gestaftet zu erfolgen (vgl. Beschluss der ESchK vom 10. November 2014 betreffend den GT S, E. II./3.3 c), S. 44). Vor diesem Hintergrund erscheint der Schiedskommission die Reduktion des Abzugs für Akquisition von vierzig auf fünfzehn Prozent im Tarif A Radio [SWISSPERFORM] zwar angemessen, sie ist aber gleichzeitig der Ansicht, dass dieser als Pauschalabzug auszugestalten ist (Streichung in Ziffer 11 Lemma 3 Satz 1 des Tarifs: «abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch»). Dies ergibt sich auch aufgrund eines Vergleichs mit der Regelung analoger Fragen in den anderen Sendetarifen: vgl. Ziffer 9 des geltenden GT S: «Vom Werbeertrag nach Ziffer 8.1 und 8.2 können für die Ermittlung des für die Vergütungsberechnung massgeblichen Ertrags die folgenden Abzüge getätigt werden: 2015: 25% des nach Ziffer 8.1 und 8.2 berechneten Werbeertrags / 2016: 20% des nach Ziffer 8.1 und 8.2 berechneten Werbeertrags / ab 2017: 15% des nach Ziffer 8.1 und 8.2 berechneten Werbeertrags»; Ziffer 12 des Tarifs A Fernsehen [SWISSPERFORM] [2014–2017]: «Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Fernsehen, abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch abzüglich 20% der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen.»; Ziffer 9 Lemma 3 des Tarifs A [SUISA] [2012–2017] «Erträge aus Sponsoring abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition von Sponsoren, höchstens jedoch abzüglich 40 Prozent der gesamten während eines Rechnungsjahres einbezahlten Leistungen» (s. auch Ziffer 9 Lemma 2 des Tarifs). Für die Ausgestaltung des Abzugs als Pauschale im vorliegenden Tarif spricht auch das von der SRG SSR mehrfach vorgebrachte Argument, dass Z._____ mit dem vorliegenden Beschluss keine Pflicht auferlegt werden könne, Einblick in ihre Geschäftsbücher zu gewähren. Nach Auffassung der Schiedskommission wäre es auch schwierig, die jeweiligen Einnahmen hier klar voneinander abzugrenzen, da die SRG SSR Teilhaberin von Z._____ ist [Verweis auf Webseite]. Unbeachtlich erscheint aber das Argument der SRG SSR, das auf Werbeakquisition spezialisierte Unternehmen Z._____ sei eine Beratungsfirma, die als Dienstleisterin mit Aufgaben betraut sei, die viel weiter gingen, als der Verkauf von Sponsorenplätzen für die SRG SSR. Die Behauptung ist nicht substantiiert, und unter Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht reicht die SRG SSR weder hierfür noch für die Entgeltlichkeit dieser Zusatzdienstleistungen Belege ein. Ferner kann es nicht angehen, dass Sendeunternehmen, die

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 37 Sponsoren selber akquirieren, gegenüber solchen, die die entsprechende Akquisition an Dritte auslagern, tariflich benachteiligt sind. Deshalb ist in Verwirklichung des Bruttoprinzips auf die Bruttoeinnahmen dieser Drittfirmen abzustellen. Im Sinne eines weiteren Fazits zur umstrittenen Ziffer 11 Lemma 3 kann hier festgehalten werden, dass auch der Antrag der SRG SSR auf Streichung des zweiten, dritten und vierten Satzes von Ziffer 11 Lemma 3 aus den oben genannten Gründen abzulehnen ist, hingegen ein (Pauschal-)Abzug von fünfzehn Prozent im ersten Satz von Ziffer 11 Lemma 3 (jedenfalls für die vorgesehene Geltungsdauer des Tarifs von 2017 bis 2019) angemessen erscheint. 8.4 In einem nächsten Schritt ist Ziffer 11 Lemma 4 zu prüfen. Umstritten ist hier die Frage, ob die Erträge aus Verkäufen jeglicher Art von

Programmen der SRG SSR zu den Gesamteinnahmen der SRG SSR zu zählen sind. Dies ist laut Angaben der SRG SSR vor dem Hintergrund zu sehen, dass ihr General- direktor anderen Medienunternehmen verschiedene Kooperationen angeboten habe. Eines dieser Kooperationsangebote bestehe in der entgeltlichen Über- nahme von SRF-Nachrichtensendungen. Gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG müsse für den vorliegenden Tarif aber nur der aus der Nutzung des Tonträgers erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand bei der Festlegung der Entschädigung berücksichtigt werden. Der allenfalls aus der erwähnten Kooperation erzielte Ertrag habe nichts mit der Nutzung von Handelstonträgern zu Sendezwecken zu tun. Erst ab Ergehen des Beschlusses der ESchK vom 4. November 2013 betref- fend den Tarif A Fernsehen [SWISSPERFORM] wurden Erträge aus Leistungs- schutzrechten und Urheberrechten an Sendungen und darin enthaltenen Wer- ken zu den Gesamteinnahmen der SRG SSR gezählt (E. II./3.5 b, S. 37 des genannten Beschlusses; vgl. dazu auch MEIER, a.a.O., N 124). Im Gegensatz zum damaligen Verfahren ist dies zwar heute dem Grundsatz nach zwischen den Verhandlungspartnern nicht mehr umstritten. Mit einbezogen werden sol- len nach Auffassung von SWISSPERFORM nun aber auch «Erträge aus Leis- tungsschutzrechten und Urheberrechten [...] inkl. dem Verkauf von Program- men und Vergütungen von Verwertungsgesellschaften». Wenn es nach der SRG SSR ginge, müsste der Einbezug der Erträge aus solchen Verkäufen an Dritte auf Erträge von «Musik-Programmen» beschränkt werden, da Erträge aus dem Verkauf anderer Programme aus den oben genannten Gründen nichts mit der Nutzung von verwandten Schutzrechten an Handelstonträgern zu tun hätten.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 38 Gegenüber dem Ausdruck «Musik-Programme» hat die Schiedskommission angesichts des breiten Interpretationsspielraums, den dieser eröffnet, ähnliche Bedenken wie gegenüber dem Begriff «Musiksendungen» (vgl. dazu oben un- ter E. 8.3). Hingegen hält sie das Anliegen der SRG SSR, die Erträge aus dem Verkauf von Programmen oder Sendungen auszuschliessen, für deren Schaf- fung keine Rechte an Handelstonträgern genutzt worden sind, aufgrund des Beteiligungsprinzips (s. dazu oben unter E. 5.2) im Prinzip für sachgerecht. Anders als beim Sponsoring von Radiosendungen auch ohne Musikanteile (s. dazu oben unter E. 8.3) ist nicht ersichtlich, inwiefern bei der Produktion bzw. dem Vertrieb der genannten Art von Programmen oder Sendungen über- haupt geschützte Werke oder im vorliegenden Kontext besser: «Darbietungen» verwertet werden. Die Ausführungen seitens SWISSPERFORM zum «Gesamt- gefüge» des Tarifs A Radio [SWISSPERFORM], das durch eine entsprechende Aussonderung von Erträgen aus dem Lot gerate, erscheinen nicht stichhaltig. Mit Blick auf die konkrete Formulierung von Ziffer 11 Lemma 4 hält die Schieds- kommission folgende Lösung für angemessen: «Erträge aus Leistungsschutz- rechten und Urheberrechten an Sendungen und darin enthaltenen Werken, inkl. dem Verkauf von Programmen (mit Ausnahme von Programmen, die keine Musik enthalten) und Vergütungen von Verwertungsgesellschaften», damit keine Erträge aus Produktionen der SRG SSR in die Gesamteinnahmen ein- fliessen, für welche keine Handelstonträger genutzt wurden. Ziffer 11 Lemma 4 des Tarifs ist daher entsprechend anzupassen. 9. Im Weiteren sind diejenigen (umstrittenen) Bestimmungen des Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] zu prüfen, bei welchen es um die nicht-pekuniäre Ange- messenheit geht. 9.1 Als erstes unter diesem Titel ist zu prüfen, ob der in Ziffer 7 Lemma 3 des Tarifs enthaltene Satz angemessen und damit genehmigungsfähig ist oder nicht: «Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeit- spanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verbreitung der Sendung erfolgen.» Während in der (durch den Beschluss der

ESchK vom 30. Juni 2008 abgeändert) Ziffer 9 des Zusatztarifs zum Tarif A Radio noch eine Einschränkung des Zugänglichmachens auf dreissig Tage vorgesehen war, spricht der Tarif A Radio [SWISSPERFORM] [2013–2016] in Ziffer 2 Lemma 3 von einem Zugänglichmachen «nach der Sendung» und enthält keinerlei zeitliche Beschränkung mehr.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 39 Anlässlich der heutigen Sitzung hat die Schiedskommission die Parteien dazu befragt, wie es zu erklären sei, dass bereits als Ergebnis der Tarifverhandlungen zum Tarif A Radio [SWISSPERFORM] [2013–2016] keine zeitliche Beschränkung mehr vorgesehen war. Der Vertreter von SWISSPERFORM bemerkt dazu, dass er sich nur beschränkt dazu äussern könne, da er an den damaligen Verhandlungen nicht persönlich teilgenommen habe. Es seien aber wohl auch zu diesem Zeitpunkt viele Fragen offen geblieben, die man habe hintanstellen müssen. Seitens der SRG SSR antwortet Herr Patrick Holtz, er könne sich nicht erinnern, ob über eine 30-Tage-Frist verhandelt worden sei. Herr Hussein Nouredine von der SRG SSR fügt hinzu, dass 2008 eine Gesamtvergütung von 3,15 Prozent geschuldet gewesen sei, heute liege diese bei 3,33 Prozent. Vielleicht sei dies einer der Gründe dafür, weshalb die Beschränkung auf dreissig Tage in den Verhandlungen dahingefallen sei. Der Vertreter von SWISSPERFORM erwidert darauf, dass es sich dabei um reine Hypothesen handle. Es gebe auch andere mögliche Gründe für die erneute Notwendigkeit einer solchen zeitlichen Begrenzung. Beispielsweise hätte seither die wirtschaftliche Bedeutung sogenannter Podcasts zugenommen. Die Schiedskommission ist nach wie vor der Auffassung, dass sich aus Art. 22c URG kein (offensichtliches) zeitliches Kriterium ergibt, auch wenn dort vom Recht des Zugänglichmachens von in Radio- und Fernsehsendungen enthaltenen nichttheatralischen Werken der Musik «in Verbindung mit ihrer Sendung» die Rede ist, geht aber gleichzeitig davon aus, dass der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der jeweiligen Modalitäten des Zugänglichmachens durch eine Anpassung der Vergütungssätze Rechnung getragen werden kann (vgl. Beschluss der ESchK vom 30. Juni 2008 betreffend den Zusatztarif zum Tarif A Radio, E. II./6 f., mit weiteren Hinweisen; gleicher Auffassung RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, N 242). Entgegen der Auffassung von SWISSPERFORM hält die Schiedskommission den vorliegenden Sendetarif mit dem Gemeinsamen Tarif 12 (Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR) nicht für vergleichbar, zumal es dort nicht um ein Zugänglichmachen gemäss Art. 22c URG geht. SWISSPERFORM kann aus dem Vergleich deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der umstrittene Satz in Ziffer 7 Lemma 3 ist im Ergebnis zu streichen. 9.2 Schliesslich sind noch die Bestimmungen des vorliegenden Tarifs, die das Meldewesen regeln (Ziff. 20–35), auf ihre Angemessenheit zu prüfen. An dieser Stelle stehen die umstrittenen Bestimmungen zwar im Vordergrund (s. zu der Angemessenheitsprüfung für die übrigen Bestimmungen unten unter E. 11), die Schiedskommission darf aber dabei gemäss der Rechtsprechung den Blick auf

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 40 die Angemessenheit des Tarifs als Ganzes nicht verlieren (s. dazu oben unter E. 5 am Ende). Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass SWISSPERFORM zu Recht geltend macht, sie sei der SRG SSR in vielen (jetzt nicht mehr strittigen) Punkten im Bereich des Meldewesens entgegengekommen. Der folgende Prüfungsvorgang kann unterteilt werden hinsichtlich der Bestimmungen zur umstrittenen Meldung des ISRC einerseits (Tarifziffern 22–24, s. dazu unten unter E. 9.2.1) und der Bestimmungen zur Kontrolle der Meldungen durch SWISSPERFORM und den Folgen mangelhafter Meldungen andererseits (Tarifziffern 29 f., s. dazu unten unter E. 9.2.2)

andererseits. 9.2.1 In Ziffer 22 des vorliegenden Tarifs soll mit der folgenden Bestimmung neu eine Verpflichtung zur Meldung des ISRC aufgenommen werden: «Eine Pflicht zur Meldung und Dokumentation des ISRC besteht mindestens dann, wenn der ISRC zusammen mit der Aufnahme vom Lieferanten der Aufnahme in irgend einer Form mitgeteilt bzw. mitgeliefert wird oder nachträglich unter Hinweis auf eine bestimmte Aufnahme (z.B. durch den Lieferanten oder die SWISSPERFORM) nachgemeldet wird. Nachmeldungen und Korrekturen von ISRCs hat die SRG sofort zu verarbeiten und der SWISSPERFORM mitzuteilen.» Zu den Ziffern 22–24 bringt die SRG SSR vor, mit Beschluss der ESchK vom 29. Oktober 2012 betreffend den Tarif A Radio [SWISSPERFORM] sei eine zu Ziffer 22 des vorliegenden Tarifs analoge Bestimmung gestrichen worden. Der Wortlaut des vorliegenden Tarifentwurfs gehe aber sogar noch weiter als die damals nicht genehmigte Vorschrift. So müsste die SRG SSR auf einseitige Meldung des Lieferanten oder der SWISSPERFORM den ISRC auch nachträglich noch in ihre Datenbank aufnehmen. Der ISRC sei jedoch nicht erforderlich bzw. nicht ausreichend, um eine Aufnahme eindeutig zu identifizieren. Denn er enthalte Informationen nicht zu einzelnen Aufnahmen, sondern zu einem gesamten Tonträger (vgl. Randziffer 55 der Stellungnahme der SRG SSR vom 6. Oktober 2016). In ihrem Beschluss aus dem Jahr 2012 habe die Schiedskommission ferner von einem Systemwechsel abgesehen. Ein solcher Wechsel erfolge derzeit aber bei der SRG SSR mit ihrer Schaffung von PIP, einem System, dank welchem der ISRC inskünftig an SWISSPERFORM gemeldet werden könne. Die SRG SSR sei so ihren Pflichten durchaus nachgekommen, nur sei ihr System derzeit noch nicht einsatzbereit. Da der neue Art. 51 Abs. 1bis des Entwurfs für ein revidiertes Urheberrechtsgesetz die Werknutzer zu Meldungen an die Verwertungsgesellschaften in einem elektronischen Format verpflichte, sei die SRG SSR de lege lata nicht zu einer elektronischen Meldung des Codes verpflichtet. Wäre sie es dennoch, bedürfte es keiner entsprechenden Bestimmung im Tarif A Radio [SWISSPERFORM]. Eine solche Tarifbestimmung wäre im Sinne von Art. 51 URG weder zumutbar noch erforderlich.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 41 Tarifziffer 24 des vorliegenden Tarifs entspreche Tarifziffer 24, wie sie die Schiedskommission in ihrem Beschluss vom 29. Oktober 2012 betreffend den Tarif A Radio [SWISSPERFORM] (vgl. dort E. II./4.4) gestrichen habe. Sie habe dabei festgehalten, dass die Kontrollmöglichkeiten für SWISSPERFORM gemäss Ziffern 28 ff. des Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] [2013 – 2016] genügend seien. Die SRG SSR könnte sich nur dann von einer solchen «Strafe» befreien, wenn ihr der Nachweis gelingen würde, dass sie gar nicht zur Lieferung des ISRC verpflichtet gewesen wäre. Es sei ihr aber nicht zumutbar, für jede einzelne Aufnahme zu prüfen, wann und auf welchem Weg sie sie konkret bezogen habe, um nachweisen zu können, dass ihr kein ISRC übermittelt worden sei. Auch das Bundesverwaltungsgericht gehe im Urteil B-2429/2013 vom 28. November 2013 Tarif A Radio [A. _____], E. 5.3.2 davon aus, dass ein entsprechendes Vorgehen unverhältnismässig und unnötig sei. SWISSPERFORM bringt dagegen im Wesentlichen vor, die SRG SSR sei von der Schiedskommission bereits in einem früheren Beschluss zu Anpassungen ihrer Infrastruktur zwecks Meldung des ISRC angehalten worden. Dass gemäss der SRG SSR unterschiedliche Programmierungen für mehrere Musikplattformen erforderlich seien, treffe nicht zu. Denn grösstenteils beziehe auch die SRG SSR die gesendete Musik via MPN. Die (deutsche) Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) hat seit 1975 die (zunächst auf Deutschland beschränkte) Entwicklung des ISRC begleitet und vorangetrieben. In Zusammenarbeit mit dem Deutschen Institut für Normung (DIN)

und der International Organization for Standardization (ISO) wurde erreicht, dass dieser Code im Jahr 1981 DIN-Norm und im Jahr 1986 als internationale ISO-Norm 3901 zum weltweiten Standard für die Codierung von Schallplattenaufnahmen erhoben wurde. 1991 beschloss die Gremien des IFPI-Weltverbandes, den ISRC weltweit als Kennzeichnung für jede Aufnahme einzusetzen. Damit wurde ein Regelwerk geschaffen und etabliert, das künftig einen international vereinheitlichten Standard für die Erfassung und Abrechnung digitaler und unkörperlicher Nutzungsvorgänge anbietet. Dieser Standard ermöglicht es mit Erstellung entsprechender Software, dass ausübende Künstler und Tonträgerhersteller für die Nutzung ihrer Rechte Vergütungen zugewiesen erhalten, die auf die einzelne Aufnahmen rückbezogen sind, ohne dass dafür unverhältnismässig hohe Kosten aufgewendet werden müssen (zum Ganzen: NORBERT THUROW, Verbände der Tonträgerhersteller, in: Moser/Scheuerman, Handbuch der Musikwirtschaft, Starnberg/München 2003, 521). In ihrer bisherigen Rechtsprechung zur Meldung des ISRC hat die Schiedskommission in ihrem Beschluss vom 29. Oktober 2012 betreffend den Tarif A

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 42 Radio [SWISSPERFORM] festgehalten, dass sie die Auferlegung einer eigenen Pflicht für die SRG SSR zur Meldung des ISRC gestützt auf Art. 51 URG für unnötig halte, sich dabei aber auf die Zusicherung der SRG SSR verlasse, wonach diese ihre Systeme im Falle eines Ersatzes inskünftig tauglich zur Meldung des ISRC ausgestalten werde (s. E. 4.2 und 4.4 des genannten Beschlusses.) Im Ergebnis hat sie folgende Klammerbemerkung in Ziffer 22 Lemma 7 «Die Meldungen nach Ziff. 21 umfassen die folgenden Daten / - ISRC» gestrichen: «(sofern ab Inkrafttreten des Tarifs vom Lieferanten der Aufnahme der SRG in lesbarer Form mitgeteilt)» (vgl. auch Beschluss der ESchK vom 29. Juni 2015 betreffend den Tarif A Radio [SWISSPERFORM] E. II./7). Im daran anschliessenden Beschwerdeverfahren kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, Ziffer 22 Lemma 7 enthalte nach dem Wortlaut lediglich eine Einschränkung der Meldepflicht des ISRC. Demnach müsse die SRG SSR der SWISSPERFORM den ISRC melden, wenn er ihr mitgeteilt werde. Diese Einschränkung verstehe sich im Zusammenhang aber von selbst. Ausserdem löse Ziffer 22 Lemma 7 des streitgegenständlichen Tarifs für sich alleine bzw. mit und auch ohne ergänzende Klammerbemerkung keine zwingende Pflicht aus, den ISRC zu melden. Dies ergebe sich aus Ziffer 23 des Tarifs, wonach bei einer Meldung ohne ISRC zusätzliche Angaben mitzuteilen seien. Somit erscheine die gestrichene Klammerbemerkung entbehrlich. Die entsprechende Streichung durch die Schiedskommission sei demnach rechtens gewesen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2429/2013 vom 28. November 2013 Tarif A Radio [A. _____] [2013–2016], E. 5.2; s. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014; teilweise veröffentlicht in BGE 140 II 483). Generell hat das Bundesverwaltungsgericht an dieser Stelle zur Frage der Zumutbarkeit im Sinne von Art. 51 festgehalten, die Meldung müsse zum einen aufgrund einer erheblichen Kostenersparnis beim Beschwerdeführer angezeigt sein und dürfe zum anderen zu keinen unzumutbaren Zusatzkosten bei der Beschwerdegegnerin führen (vgl. E. 5.3.1 des genannten Urteils). Eine ähnliche Bestimmung («sofern dokumentiert oder im Zeitpunkt der Lieferung ab Inkrafttreten des Tarifs vom Lieferanten der Aufnahme der SRG in lesbarer Form mitgeteilt») in Ziffer 24 Lemma 7 des Tarifs A Fernsehen [SWISSPERFORM] [2014–2017] wurde gemäss E. II./3.7 b des betreffenden Beschlusses der ESchK vom 4. November 2013 gestrichen (vgl. Ziff. 2.5 des Dispositivs des Beschlusses). Mit dem Beschluss der ESchK vom 29. November 2011 betreffend den Tarif A SUISA hatte die

Schiedskommission Ziffer 15 Lemma 1 des genannten Tarifs genehmigt, wonach die SRG SSR Titel und Sendedauer eines Musikwerks, den Namen des Komponisten oder – falls vorhanden – den ISRC zu melden hat.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 43 Schliesslich hat die Schiedskommission im Beschluss vom 10. November 2014 betreffend den GT S entschieden (E. II./3.4 c), gemäss Art. 51 URG könne den Nutzern eine Meldepflicht für den ISRC grundsätzlich auferlegt werden. Dies setze allerdings voraus, dass die Angaben von den Lieferanten mitgeteilt würden und lesbar seien. Die Angaben müssten von den Systemen der Sender gelesen werden können. Eine Abschrift von Hand oder eine aufwändige Anpassung des Systems überschreite die Grenze der Zumutbarkeit im Sinne von Art. 51 URG. Ziffer 31 Lemma 5 des damals zu beurteilenden Tarifs wurde daher wie folgt abgeändert: «ISRC der benützten Aufnahme (sofern dieser vom Lieferanten oder Produzenten der Aufnahme zum Zeitpunkt des Erhalts der Aufnahme in einem standardisierten importierbaren Format mitgeteilt wird)». Eine analoge Regelung zur im Verfahren betreffend den GT S getroffenen hat die SRG SSR anlässlich der heutigen Verhandlung abgelehnt, weil sie ihr im Vergleich zur Regelung gemäss Ziffer 22 des vorliegenden Tarifs keinen Vorteil bringe (vgl. Protokoll der heutigen Verhandlung vom 23. November 2016, S. 12). Ihre Systeme seien grösstenteils nicht in der Lage, den Code weiterzuleiten, selbst wenn er ihr vom Lieferanten in einem standardisierten Format mitgeteilt werde. Da die SRG SSR trotz ihrer Zusicherungen anlässlich des Genehmigungsverfahrens zum Tarif A Radio [SWISSPERFORM] [2013–2016] im Jahr 2012 die notwendigen Systemanpassungen zur Meldung des ISRC offenbar immer noch nicht vorgenommen hat, scheint der Schiedskommission eine tarifliche Verpflichtung im Sinne von Ziffer 22 zur Meldung des ISRC der einzige Weg zu sein, die SRG SSR wirksam zu einer solchen Umstellung zu bewegen. Im Gegensatz zum Jahr 2012 hält sie daher eine Bestimmung wie Ziffer 22 des vorliegenden Tarifs heute grundsätzlich für angemessen und zwar nicht zuletzt angesichts der von Herrn X. _____ erhaltenen Auskünfte zu Verbreitung und Eigenart des Codes (vgl. Protokoll zur Verhandlung vom 23. November 2016, S. 2 ff.), der oben zitierten Fachliteratur, der von der SRG SSR erhaltenen Informationen über den Stand ihres Projekts sowie der Tatsache, dass die Pflicht nach der gewählten Formulierung nach wie vor nur besteht, sofern der ISRC der SRG SSR vorgelegt wird. Schliesslich liegen die Kosteneinsparungen für SWISSPERFORM auf der Hand und die Investitionen für die von der SRG SSR offenbar bereits in die Wege geleitete einmalige Modernisierung ihrer Systeme scheinen zumutbar. Allerdings ist die Bestimmung nicht wie die restlichen Tarifbestimmungen bereits per 1. Januar 2017 in Kraft zu setzen, sondern der SRG SSR nochmals eine Frist zur Implementierung der neuen Systeme bei all ihren Sendern zu

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 44 gewähren (s. dazu unten unter E. 10). Denn die SRG SSR-Radiosender befinden sich hinsichtlich ihrer Tonträgersammlung in einer grundlegend anderen Situation als die (ungleich jüngeren) Privatradios. Zwar ist eine ISRC-Meldung, wie die SRG SSR meint, nicht in dem Sinne erforderlich, dass Aufnahmen einzig anhand dieses Codes ermittelt werden könnten. Es handelt sich aber eindeutig um die effizienteste Methode hierfür und angesichts der Aussagen heute von Herrn X. _____ (vgl. Protokoll der heutigen Verhandlung vom 23. November 2016, S. 2 ff.) zur Verbreitung dieses Codes und zur von der SRG SSR bezogenen Musik über MPB scheint die langsame Umsetzung der Systemanpassung (PIP) durch die SRG SSR der SWISSPERFORM nicht mehr länger zumutbar. Dass die SRG SSR den ISRC anders als im

Falle des GT S nun auch zu melden hat, wenn ihr der ISRC nicht «in einem standardisierten importierbaren Format» mitgeteilt wird, ist nach den heute gehörten Ausführungen von Herrn X. _____ bloss ein theoretischer Unterschied, da auch die SRG SSR ihre Musik grösstenteils über MPN bezieht und es nur schwer denkbar ist, dass ihr die Lieferanten den Code zwar mitteilen, aber nicht in elektronischer Form, die für ihre (nun definitiv anzupassenden) Systeme lesbar ist. Unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten verfehlt scheint das Argument der SRG SSR, der Entwurf für einen neuen Art. 51 Abs. 1bis URG zeige auf, dass ihr de lege lata gestützt auf Art. 51 Abs. 1 URG keine Pflicht zur Meldung des ISRC auferlegt werden könne. Die im Entwurf vorgesehene Pflicht zu Lasten der Nutzer kann mit mindestens ebenso grosser Berechtigung als gesetzliche Verankerung der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 51 URG angesehen werden. Angesichts der durchwegs konsistenten und glaubwürdigen Aussagen von Herrn X. _____ scheinen auch die «kulturpolitischen» Argumente der SRG SSR zu kurz zu greifen. Aufgrund der Verbreitung des Codes und der geringen Kosten des immer wieder verwendbaren «Basiscodes» (vgl. Protokoll zur Verhandlung vom 23. November 2016, S. 6) erscheint die Aussage unhaltbar, dass nur grosse Plattenlabels über einen ISRC verfügen und die SRG SSR wegen der ihr in Ziffer 22 auferlegten Verpflichtung bei der Musikredaktion nur noch die «kommerzielle» Musik entsprechend grosser Plattenlabels berücksichtigen könne. Da Ziffer 22 des Tarifs folglich (grundsätzlich) zu genehmigen ist, ist der Antrag der SRG SSR zu einer Modifikation von Ziffer 23 abzulehnen und der von SWISSPERFORM vorgelegte Wortlaut ebenfalls zu genehmigen. Anders als bei Ziffer 30 (s. dazu unten unter E. 9.2.2) weist Ziffer 24 nach Auffassung der Schiedskommission keinen Strafcharakter auf, sondern will ledig-

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 45 lich für einen Ausgleich der Folgekosten bei einem Verstoss gegen die Meldepflicht für den ISRC gemäss Ziffer 22 sorgen. Angesichts der grosse Mühe, die die SRG SSR mit der Meldung des ISRC in der Vergangenheit bekundet hat, erscheint es sinnvoll und angemessen, die Pflicht zur Meldung nun insoweit abzustützen (vgl. REHBINDER/VIGANÒ, a.a.O., Art. 51 URG N 2). Entscheidend ist hierfür, dass entgegen der von der SRG SSR geäusserten Befürchtung, die Beweislast dafür, dass sie gemäss Ziffer 22 zur Meldung des ISRC verpflichtet war, analog zur (allgemeinen) Beweislastregel von Art. 8 ZGB nicht bei ihr, sondern bei SWISSPERFORM liegt. 9.2.2 Es bleiben noch Ziffer 29 (betreffend die Kontrolle der Meldungen) und Ziffer 30 (betreffend die Folgen mangelhafter Meldungen) zu prüfen. Angesichts der zahlreichen Schwierigkeiten, mit welchen sich SWISSPERFORM unter dem Tarif A Radio [SWISSPERFORM] [2013–2016] im Zusammenhang mit den Meldungen der SRG SSR offensichtlich konfrontiert gesehen hat, ist es durchaus nachvollziehbar, dass die in Tarifziffer 28 festgehaltene Beanstandungsfrist von dreissig Tagen für die Meldungen der SRG SSR in der Praxis nicht genügen konnte und entsprechend wohl zu finanziellen Einbussen bei SWISSPERFORM geführt hat. Trotzdem hielte die Schiedskommission ein zeitlich unbegrenztes Nachfrage- bzw. Beanstandungsrecht zu Gunsten der SWISSPERFORM im Zusammenhang mit «nicht offensichtlich falschen Meldungen» für unangemessen. Sie ist daher der Auffassung, dass SWISSPERFORM die gesamten eingegangenen Meldungen zu kontrollieren und gegebenenfalls innerhalb von neunzig Tagen zu beanstanden hat. Dabei wird SWISSPERFORM auch die neue tarifliche Meldepflicht für den ISRC (jedenfalls ab dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens, s. dazu unten unter E. 10) hilfreich sein. Tarifziffer 29 ist somit im genannten Sinne zu ändern. Hingegen erachtet die Schiedskommission Ziffer 30 des Tarifs als

unverhältnismässig und daher als nicht genehmigungsfähig. Die Bestimmung sieht vor, dass Tonaufnahmen immer als geschützte Aufnahme im Sinne von Ziffer 7 des Tarifs gelten, wenn deren Schutzstatus aufgrund der Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit einer Meldung nicht eruiert werden kann. Eine solche Konsequenz ohne Würdigung des Einzelfalls geht aber (nicht zuletzt angesichts der vorgesehenen Möglichkeit zur Überwälzung der Recherchekosten bei fehlendem ISRC gemäss Tarifiziffer 24) über den Begriff des Ausgleichs und das zulässige Mass von Sanktionsmöglichkeiten im Bereich des Tarifrechts hinaus. Die Bestimmung ist daher ersatzlos zu streichen.

9.2.3 Als weiteres Zwischenergebnis kann an dieser Stelle festgestellt werden, dass die Angemessenheit des vorliegenden Tarifs in pekuniärer wie auch in

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 46 nicht pekuniärer Hinsicht (unter Vorbehalt der bisher erwähnten Änderungen und unter Vorbehalt von E. 11 unten) gegeben ist. Die Angemessenheit von Tarifen ist aber auch mit Blick auf ihre Geltungsdauer zu beurteilen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1359/2016 vom 24. April 2017 Tarif A Radio [SWISSPERFORM] E. 11.1). Dies erfolgt sogleich unten unter E. 10. 10. Was das Inkrafttreten und den Endzeitpunkt des vorliegenden Tarifs anbelangt, hält die Schiedskommission die im Tarif vorgesehen Modalitäten (Geltung vom 1. Januar 2017 bis 31. Dezember 2019; vgl. Tarifiziffer 37 f.) grundsätzlich für angemessen. Aus spezifischen Gründen ist hier aber das Inkrafttreten von Ziffer 22 des Tarifs, die neu eine Meldepflicht für den ISRC vorsieht (vgl. dazu oben unter E. 9.2.1), gesondert zu beurteilen. Die Schiedskommission erachtet es für angemessen, diese Bestimmung erst auf die Mitte der vorgesehenen Geltungsdauer des Tarifs in Kraft treten zu lassen, d.h. auf den 1. Juli 2018. Damit soll die SRG SSR noch eine (letzte) Frist zur Anpassung ihrer Systeme zwecks Meldung des Codes erhalten, zumal die im Rahmen des Genehmigungsverfahrens erhaltenen Informationen über den Stand des Projekts bei der SRG SSR erkennen lassen, dass ein Inkrafttreten der Meldepflicht bereits auf den 1. Januar 2017 hin womöglich gar einen negativen Effekt auf die (nachhaltige) Systemumstellung hätte. Der Wortlaut von Ziffer 22 ist daher um einen entsprechenden Satz zu ergänzen. Als Nebeneffekt dieser Massnahme werden wohl auch die Tarifiziffern 23 f. bis zum Inkrafttreten von Ziffer 22 keine praktische Bedeutung erlangen.

11. Bezüglich der restlichen Bestimmungen des vorgelegten Tarifs A Radio [SWISSPERFORM] kann die Schiedskommission auf eine weitergehende Prüfung gemäss Art. 59 f. URG verzichten, da diese von Seiten der SRG SSR als einziger Nutzerin nicht bestritten sind und auch keine gewichtigen Anzeichen vorliegen, die gegen die Annahme von deren Angemessenheit sprechen (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 1986, E. 5 b), veröffentlicht in: Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrecht [Hrsg.], Entscheide und Gutachten, 1981–1990, S. 183 ff., S. 190 sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 GT 3c, E. 6.2, S. 17 f., teilweise veröffentlicht in BVGE 2011/2). Der Tarif gibt demnach zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass.

12. Gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 URV erhielten die Parteien anlässlich der heutigen Sitzung nochmals Gelegenheit, zu den vorgesehenen Änderungen Stellung zu nehmen. In der Folge wird der von

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 47 SWISSPERFORM vorgelegte Tarif A Radio [SWISSPERFORM] mit den von der Schiedskommission vorgenommenen Änderungen genehmigt.

13. Vorbehaltlich einer Anordnung im Gesetz ist es Sache einer Behörde, den Zeitpunkt für die Wirksamkeit einer ihrer Verfügungen festzusetzen (vgl.

Art. 39 Bst. b VwVG, Art. 55 Abs. 2 VwVG). Vorliegend fehlt eine entsprechende Norm in den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen. Die Schiedskommission wird daher im Sinne einer Nebenbestimmung in ihren Beschluss aufnehmen, dass dessen Dispositivziffer 1 (einschliesslich Unterziffern) erst mit dem Ablauf der Beschwerdefrist Rechtswirkungen entfaltet (vgl. zum Ganzen: Beschluss der ESchK vom 29. Juni 2015 betreffend Tarif A Radio, E. II./8, mit weiteren Hinweisen). 14. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a, b und d URV und sind gemäss Art. 16b URV von der Verwertungsgesellschaft SWISSPERFORM zu tragen. Die Kosten für das Genehmigungsverfahren betragen demnach 2500 Franken (Gebühr) plus 10 932.35 Franken (Auslagen).

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 48 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) wird in der Fassung, wie sie dem Gesuch um Genehmigung vom 14. Juli 2016 in den Beilagen 39 und 40 angehängt ist, mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2019 mit den folgenden Änderungen genehmigt: 1.1 Ziffer 7 Lemma 2: «für das Vervielfältigungsrecht zu Sendezwecken (Art. 24b URG) 0.6% 0.3% der Einnahmen [...]» 1.2 Ziffer 7 Lemma 3: «[...] Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verbreitung der Sendung erfolgen.» 1.3 Ziffer 11 Lemma 3: «Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Radio, abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch abzüglich 15% der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen. [...]» 1.4 Ziffer 11 Lemma 4: «Erträge aus Leistungsschutzrechten und Urheberrechten an Sendungen und darin enthaltenen Werken, inkl. dem Verkauf von Programmen (mit Ausnahme von Programmen, die keine Musik enthalten) und Vergütungen von Verwertungsgesellschaften;» 1.5 Ziffer 22: «[...] Diese Bestimmung tritt per 1. Juli 2018 in Kraft.» 1.6 Ziffer 29: «SWISSPERFORM kontrolliert die eingegangenen Meldungen und beanstandet sie gegebenenfalls innerhalb von 90 Tagen nach Zustellung. SWISSPERFORM kann im Falle von vermuteten Lücken [...]» 1.7 Ziffer 30 wird gestrichen. 2. Der SWISSPERFORM werden die Kosten Spruch- und Schreibgebühr Fr. 2500.— Ersatz der Auslagen Fr. 10932.35 Total Fr. 13432.35 des Genehmigungsverfahrens auferlegt.

Tarif A Radio [SWISSPERFORM] 2016 Seite 49 3. Ziffer 1 entfaltet Rechtswirkung mit Ablauf der Beschwerdefrist. 4. Schriftliche Mitteilung an: ■ Mitglieder der Spruchkammer ■ SWISSPERFORM, vertreten durch Beutler Künzi Stutz AG, Bern (Einschreiben mit Rückschein) ■ SRG SSR, Generaldirektion | Generalsekretariat, Rechtsdienst, Bern (Einschreiben mit Rückschein) ■ Preisüberwachung PUE, Bern (zur Kenntnis) Eidgenössische Schiedskommission Armin Knecht Präsident Philipp Dannacher Kommissionssekretär 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 Versand: 13.02.2018

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) so- wie Art. 50 Abs. 1 VwVG. 2 Art. 52 Abs. 1 VwVG.

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