



Abteilung II  
B-1298/2014

## Urteil vom 30. März 2015

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),  
Richterin Maria Amgwerd,  
Richter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiber Adrian Gautschi.

Parteien

**Swissperform,**  
Kasernenstrasse 23, Postfach 1868, 8021 Zürich,  
vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Ernst Brem,  
Im Langacher 21, Postfach 10, 8805 Richterswil,  
Beschwerdeführerin,  
gegen

**Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft,**  
Rechtsdienst,  
Giacomettistrasse 1, Postfach 570, 3000 Bern 31,  
Beschwerdegegnerin,

**Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von  
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten,**  
Bundesrain 20, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Beschluss vom 4. November 2013 betreffend den Tarif A  
Fernsehen (Swissperform).

## Sachverhalt:

### A.

Die Beschwerdeführerin beantragte der Vorinstanz am 18. Juni 2013, einen neuen *"Tarif A Fernsehen (Swissperform) über die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Fernsehen"* mit einer Laufzeit vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017 zu genehmigen. Zuvor hatte die Präsidentin der Vorinstanz die Frist zur Einreichung dieses Gesuchs bis zu diesem Tag verlängert.

Der Tarif bezieht sich nach seiner Ziff. 2 auf folgende Rechte:

- "- die Verwendung von durch verwandte Schutzrechte geschützten im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern zu Sendezwecken nach Art. 35 Abs. 1 URG im Fernsehen.
- die Vervielfältigung von auf im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern festgehaltenen Darbietungen und Aufnahmen nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken im Fernsehen im Sinne von Art. 24b URG.
- das Recht, in Fernsehsendungen enthaltene Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik in Verbindung mit ihrer Sendung zugänglich zu machen und die dazu notwendigen Vervielfältigungen vorzunehmen im Sinne von Art. 22c Abs. 1 lit. a-c URG."

Die auf die Beschwerdegegnerin als einzige Nutzerin beschränkte Vorlage, erläuterte die Beschwerdeführerin, beruhe auf dem früheren Tarif A Fernsehen (Swissperform) 2010-2012 und lege für bestimmte Nutzungskategorien teils pauschale, teils nutzungsabhängige Vergütungen fest. Für die Nutzung in der Zwischenzeit hätten die Parteien eine Pauschalzahlung vereinbart. Gewisse Rechtsfragen seien in den Verhandlungen strittig geblieben, insbesondere die Vergütungen für Handelstonträger, die in Filme integriert sind, und für gefilmte musikalische Darbietungen in Musikvideos und Videoclips ("Musikfilme").

### B.

Mit Vernehmlassung vom 13. September 2013 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Rechteeinräumungen nach Art. 24b und 22c URG seien im Tarif nicht zu erwähnen und die Vergütung von 3,315 % auf 3 % der Programmeinnahmen pro rata herabzusetzen. Sie widersetzte sich der Genehmigung selbst aber nicht.

**C.**

Mit Empfehlungen vom 11. Oktober 2013 führte der Preisüberwacher unter anderem aus, eine Überschreitung des Regelhöchstsatzes von 3 % für Handelstonträger, die in Filme integriert sind, und für Musikvideos erscheine ihm unbegründet.

**D.**

Am 4. November 2013 beriet die Vorinstanz die Tarifvorlage in Bern mündlich. In ihren Plädoyers hielten die Parteien, bis auf vorliegend nicht interessierende Eventualanträge, an den im Schriftenwechsel geäusserten Anträgen und Standpunkten fest.

Mit Beschluss vom gleichen Tag, versandt am 7. Februar 2014, genehmigte die Vorinstanz den Tarif A Fernsehen (Swissperform) für die Dauer vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017 mit folgenden Änderungen:

- "2.1. Die Ziff. 7.2. wird gestrichen und wie folgt ersetzt: *'Das Zugänglichmachen gesendeter Tonbildträger gemäss Art. 22c URG, die vom Sender oder in seinem Auftrag durch Synchronisierung eines geschützten Handelstonträgers produziert wurden.'*
- 2.2. Ziff. 7.4.: Der zweite Satz (*'Die entsprechende Vergütung schliesst die entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b und Art. 22c URG ein'*) wird gestrichen.
- 2.3. Ziff. 9 Lemma 2 wird an die neue Ziff. 7.2. angepasst: *'0,015 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2. am Programm.'*
- 2.4. Ziff. 9 Lemma 3 wird an die geänderte Ziff. 7.4. angepasst: *'3,00 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.4. am Programm.'*
- 2.5. Ziff. 24 Lemma 7: die in Klammern gesetzte Ergänzung (*'sofern dokumentiert oder im Zeitpunkt der Lieferung ab Inkrafttreten des Tarifs vom Lieferanten der Aufnahme der SRG in lesbarer Form mitgeteilt'*) wird gestrichen.
- 2.6. Bst. C.b (Meldung der in selbst oder im Auftrag produzierten Sendungen und Werbespots verwendeten Handelstonträgern gemäss Ziff. 7.2.) enthaltend die Ziff. 26-29 wird gestrichen.
- 2.7. Die Ziff. 31 Lemma 8 wird wie folgt geändert: *'ISAN (sofern dokumentiert oder im Zeitpunkt der Lieferung ab Inkrafttreten des Tarifs vom Lieferanten der Aufnahme in einer für die Systeme der SRG lesbaren Form mitgeteilt).'*"

Zur Begründung führte sie unter anderem aus, die Rechtsprechung zum Tarif A Fernsehen (Swissperform) 2010-2012 habe integrierte Tonaufnahmen in Tonbildträgern abschliessend dem Tonbildträgerschutz unterstellt. Die Tarifvergütung knüpfe damit nicht mehr am ursprünglichen Tonträger an. In Musikvideos gespielte Musik sei in der Regel "theatralisch", nämlich von höherem Stellenwert als der Film. Aus diesen Gründen unterstehe sowohl die Sendung von zu Sendezwecken geschaffenen Tonbildträgern (auch wenn ein Handelstonträger darin integriert sei) wie auch die Zweitnutzung von künstlerischen Darbietungen in Musikvideos, mit Ausnahme des Zugänglichmachens des Tonbildträgers im Internet, der individuellen Verwertung. Diese Nutzungen seien darum aus Ziff. 7.2, 7.4 und 9 des Tarifs zu streichen, womit die Meldung verwendeter Handelstonträger nach den Ziff. 26-29 des Tarifs sich ebenfalls erübrige. Hingegen sei der Vorbehalt von Ziff. 5, letzter Satz, im Tarif zu belassen.

#### E.

Mit Beschwerde vom 12. März 2014 focht die Beschwerdeführerin diesen Beschluss vor Bundesverwaltungsgericht an mit den Rechtsbegehren:

- "1. Der Beschluss der Vorinstanz vom 4. November 2013 sei in Dispositivziffer 2.1. aufzuheben und Ziff. 7.2 des Tarifs sei mit dem folgenden Wortlaut zu genehmigen:

*7.2: gesendete geschützte Handelstonträger, die mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen incl. Werbespots synchronisiert wurden. Die entsprechende Vergütung schliesst die entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b und Art. 22c URG ein.*

2. Der Beschluss der Vorinstanz vom 4. November 2013 sei in Dispositivziffer 2.2. aufzuheben und Ziff. 7.4 des Tarifs sei mit dem folgenden Wortlaut zu genehmigen:

*7.4: gesendete geschützte Musikfilme. Die entsprechende Vergütung schliesst die entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b und Art. 22c URG ein.*

3. Der Beschluss der Vorinstanz vom 4. November 2013 sei in Dispositivziffer 2.3. aufzuheben und Ziff. 9 Lemma 2 des Tarifs sei mit dem folgenden Wortlaut zu genehmigen:

*9. Lemma 2: 3,315 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm*

4. Der Beschluss der Vorinstanz vom 4. November 2013 sei in Dispositivziffer 2.4. aufzuheben und Ziff. 9 Lemma 3 des Tarifs sei mit dem folgenden Wortlaut zu genehmigen:

9. *Lemma 3: 3,315 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.4 am Programm*
5. Der Beschluss der Vorinstanz vom 4. November 2013 sei in Dispositivziffer 2.6. aufzuheben und Ziffern 26-29 des Tarifs seien mit dem folgenden Wortlaut zu genehmigen:

**C.b) Meldung der in selbst oder im Auftrag produzierten Sendungen und Werbespots verwendeten Handelstonträger gemäss Ziff. 7.2**

26. *Die SRG meldet der Swisssperform monatlich bis zum Ende des Folgemonats diejenigen im Handel erhältlichen Tonträger, die sie in selbst produzierten Sendungen oder in Werbespots verwendet.*
27. *Die Meldungen nach Ziff. 26 umfassen die folgenden Daten:*
- *Sendedatum (TT.MM.JJJJ)*
  - *Sendezeitpunkt (hh.mm.ss)*
  - *Sendedauer (hh.mm.ss)*
  - *Titel der Aufnahme*
  - *Name der Sendung oder des Werbespots, in welcher der integrierte Tonträger verwendet wird*
  - *Name des Komponisten*
  - *Name evtl. Künstler- oder Gruppenname des bzw. der Hauptinterpreten*
  - *ISRC*
28. *Bei Meldungen ohne ISRC sind zusätzlich die nachfolgend aufgeführten Angaben mitzuteilen:*
- *Label (sofern bekannt)*
  - *Katalog Nummer (sofern bekannt)*
  - *interne Nummer der Aufnahme in einer Datenbank der SRG*
  - *Datum oder Jahr der Aufnahme (sofern bekannt)*
  - *Werkverzeichnisangaben (sofern bekannt)*
  - *Titel des Musikwerks (in Originalsprache gemäss Tonträger, ggf. inklusive Versionsangaben ('live', 'remix', etc.) zum Werktitel) (sofern bekannt)*
  - *Bei Klassikaufnahmen ist zusätzlich der gesendete Satz in üblicher Form anzugeben.*
29. *Bei Handelstonträgern, die von der SRG in audiovisuelle Trailer oder Sendeeinleitungen integriert werden, ist eine Liste der dazu verwendeten Original-Tonaufnahmen mit den obigen Angaben zu liefern.*
6. Eventualiter zu 1 und 3: Der Beschluss der Vorinstanz vom 4. November 2013 sei in Dispositivziffern 2.1. und 2.3. aufzuheben und Ziff. 7.2 sowie Ziff. 9 Lemma 2 des Tarifs seien mit dem folgenden Wortlaut zu genehmigen:

*7.2: Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik, welche als Tonspur in gesendeten Tonbildträgern unter den Bedingungen von Art. 22c URG zugänglich gemacht und zu diesem Zweck vervielfältigt werden.*

*9. Lemma 2: 3,3 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der zugänglich gemachten geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm*

7. Eventualiter bzw. subeventualiter sei [die] Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

Die Beschwerdeführerin argumentiert, die Vorinstanz lege mit Bezug auf Handelstonträger, die in Filmen integriert sind, Art. 24b und 35 URG sowie mit Bezug auf Musikvideos Art. 22c und 24b URG unrichtig aus. In Verletzung jener Bestimmungen habe sie die Einräumung und Entschädigung dieser Rechte aus Ziff. 7.2., 7.4. und 9 der Tarifvorlage gestrichen und die Meldung von Sendeeinformationen für unnötig beurteilt, die in Ziff. 26-29 des Tarifs geregelt waren. Die Vorinstanz übersehe, dass ein Handelstonträger auch zur Vorbereitung seiner Integration in einen Film und für das Zugänglichmachen einer Sendung im Sinne von Art. 24b und 22c Abs. 2 URG kopiert werde, was nicht unter die Tonbildträgerkopie falle und darum im Tarif geregelt werden müsse.

#### **F.**

Mit Vernehmlassung vom 6. Mai 2014 ergänzte die Vorinstanz, eine nur der Vorbereitung der Integration oder dem Zugänglichmachen dienende Vervielfältigung eines Handelstonträgers sei in den Fällen des Tarifs A Fernsehen (Swissperform) nicht zu entschädigen; die nicht effektiv zugänglich gemachten Filme seien nicht zu vergüten. Interne Fachgruppen der Ausübenden und Produzierenden Audiovision der Beschwerdeführerin hätten der Auffassung der Beschwerdegegnerin zugestimmt, dass das Recht, audiovisuelle Produktionen zu vervielfältigen und am Internet zugänglich zu machen, der individuellen Verwertung unterliege. Die Vorinstanz habe nur gegen die Phonoproduzierenden und -ausübenden-Fachgruppen innerhalb der Beschwerdeführerin entschieden. Die Beschwerde sei damit abzuweisen.

#### **G.**

Mit Beschwerdeantwort vom 4. Juni 2014 beantragte auch die Beschwer-

degegnerin die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge. Im Unterschied zu ihrer Rechtsauffassung habe die Vorinstanz eine ausdrückliche Bewilligung der ausübenden Künstler und der Hersteller eines integrierten Handelstonträgers für notwendig gehalten und daraus korrekt geschlossen, dass ein Vergütungsanspruch für den integrierten Tonträger als solchen mit den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zum Tarif A Fernsehen (Swissperform) 2010-2012 unvereinbar wäre. Die Vorinstanz habe Tarifziff. 7.2 folgerichtig neu formuliert, dabei zwar die das Zugänglichmachen von Sendungen vorbereitenden Vervielfältigungen vergessen, die nachzutragen seien, aber eine Anpassung der geschuldeten Vergütung sei dafür nicht erforderlich. Musikvideos seien Musikfilme, die verwendete Aufnahme ihre "raison d'être", darum seien sie zurecht als theatralisch qualifiziert worden.

#### **H.**

Die Parteien haben stillschweigend auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet.

#### **I.**

Auf die vorgebrachten Argumente und Beweismittel ist, soweit sie erheblich erscheinen, in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), einschliesslich Verfügungen eidgenössischer Kommissionen (Art. 33 Bst. f des Bundesgesetzes über das Verwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Der Beschluss der Vorinstanz, der den Parteien mit Datum vom 4. November 2013 am 8. bzw. 10. Februar 2014 eröffnet wurde, bildet eine Verfügung nach Art. 5 VwVG. Ein Ausnahmefall nach Art. 32 VGG liegt nicht vor (Art. 74 Abs. 1 URG). Die Beschwerdeführerin hat das vorinstanzliche Verfahren beantragt und an ihm teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Änderung ein schutzwürdiges Interesse. Sie ist darum zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 48 N. 3 und 11). Eingabefrist, und -form

sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzung liegen vor (Art. 48 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist darum einzutreten.

## 2.

**2.1** Verwertungsgesellschaften stellen Tarife für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten auf (Art. 46 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 [URG, SR 231.1]), deren zugrundeliegenden Rechte ihnen entweder treuhänderisch übertragen sind oder deren Ausübung ihnen gesetzlich vorbehalten ist, weshalb sie im Interesse der Berechtigten, auch ohne Wahrnehmungsvertrag, eine gesetzliche Prozessstandschaft wahrnehmen (BGE 133 III 568 E. 5.1 [S. 577] "BBC"; 124 III 489 E. 2a [S. 493] "Joe's Videothek"). Nur auf der Grundlage gültiger Tarife können Verwertungsgesellschaften Rechte ausüben, deren Wahrnehmung der Bundesaufsicht unterstellt ist. Tarife haben zwar die gesetzliche Ordnung von Exklusivrechten und erlaubter Nutzung zu beachten und können keine Befugnisse schaffen, die mit dem Gesetz nicht vereinbar sind. Für die Frage ihrer Angemessenheit innerhalb der gesetzlichen Ordnung sind sie aber für Zivilgerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG) und dienen für Zivilforderungen der Verwertungsgesellschaften als Rechtsgrundlage (BGE 140 II 483 E. 6.4 [S. 492 f.] mit Hinweisen "Tarif A Radio [Swissperform]").

Die kollektive Rechtswahrnehmung soll dank allgemein formulierten und hoheitlich genehmigten Tarifen praktische Schwierigkeiten bei der Erfassung und Kontrolle von Massennutzungen lösen. Indem sie die vergütungspflichtigen Handlungen möglichst vollständig erfasst, strebt sie auch im Interesse der Werknutzer nach einer einheitlichen, vorhersehbaren und praktikablen Einziehung anstelle einer individuellen Einholung von marktgerechten Vergütungen (BGE 125 III 141 E. 4.a [S. 143] "Fotokopierpauschale"; 140 II 483 E. 6.4 [S. 492 f.] "Tarif A Radio [Swissperform]"). Wenn eine wirtschaftliche Nutzungsform der kollektiven Verwertung untersteht, verbleibt darum den Berechtigten in der Regel kein Wahlrecht, um selber individuell zu verwerten (BGE 133 III 568 E. 5.2 [S. 577] "BBC"). Eine Ausnahme gilt bei der Aufführung und Sendung nichttheatralischer Werke der Musik (Art. 40 Abs. 3 URG; vgl. Urteil des BVGer B-8558/2010 vom 13. Februar 2013, E. 6.2 "GT Z").

**2.2** Die Vorinstanz genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Sie orientiert sich dafür am Ziel eines sachgerechten Interessenausgleichs zwischen den Schutzberechtigten, namentlich den Werk-schaffenden, einerseits und (Massen-)Nutzern andererseits, der auch der Rechtssicherheit dient (BGE 135 II 172 E. 2.3.4 [S. 180 f.] "GT 3c") bzw. am Massstab einer marktgerechten Vergütung (Urteil des BVGer B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 3.1.1 "GT S"). Ihre Befugnis reicht weiter als eine blosser Bewilligungskompetenz, da sie Änderungen am Tarifwortlaut vornehmen darf (Art. 59 Abs. 2 URG). Insbesondere hat die Vorinstanz vorfrageweise zu prüfen, ob die im Tarif genannten Rechte im erwähnten Umfang bestehen und die von ihm erfassten Nutzungshandlungen unter die Bundesaufsicht fallen (BGE 140 II 483 E. 6.7 [S. 494 f.] "Tarif A Radio [Swissperform]"). Im Interesse der Nutzer hat sie darauf zu achten, dass wirtschaftlich zusammengehörende Nutzungen, auch wenn unterschiedliche Gesellschaften sie verwerten, soweit tunlich im selben Tarif geregelt werden (Art. 47 Abs. 1 URG [Gemeinsamer Tarif]; vgl. Urteil des BVGer B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 5.2 mit Hinweisen "GT Z").

Allerdings darf die Vorinstanz im Rahmen ihres Genehmigungsentscheids nicht weiter in die Autonomie der antragstellenden Verwertungsgesellschaften eingreifen, als für einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen Schutzberechtigten und Nutzenden erforderlich ist. Wo mehrere Lösungen denkbar sind, würde es ihre Prüfungsbefugnis übersteigen, eine ihr zweckmässig erscheinende Lösung gegen den Willen der antragstellenden Verwertungsgesellschaft/en durchzusetzen. Die ihr zur Genehmigung unterbreiteten Tarifvorlagen prüft sie darum zwar mit voller Kognition, doch hat sie dabei eine gewisse Dispositionsfreiheit und Autonomie der Verwertungsgesellschaften zu beachten (vgl. Art. 46 URG [Tarifpflicht]; Urteil des BGer 2C\_53/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 7.3; CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Bd. II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, Rz. 1359 ff.; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 59 N. 2). Ist die beantragte Lösung nicht genehmigungsfähig, fehlen insbesondere rechtlich gebotene Unterscheidungen der geregelten Nutzung oder erscheint der vorgeschlagene Tarif unangemessen, gibt die Vorinstanz vor ihrem Entscheid der Verwertungsgesellschaft Gelegenheit, die Tarifvorlage so zu ändern, dass eine Genehmigung möglich ist. Macht die Verwertungsgesellschaft von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so

kann die Spruchkammer der Vorinstanz die notwendigen Änderungen selbst vornehmen (Art. 15 Abs. 1 und 2 der Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 26. April 1993 [URV, SR 231.11]).

**2.3** Das Bundesverwaltungsgericht urteilt von Gesetzes wegen mit voller Kognition und prüft die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung (Art. 49 Bst. c VwVG; Urteil des BVer B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.1 "Tarif AS Radio"). Fragen der Rechtsauslegung prüft es umfassend, doch auferlegt es sich Zurückhaltung, wo die Vorinstanz als unabhängiges Fachgericht über komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts oder über Interessenabwägungen zwischen Berechtigten- und Nutzergruppen geurteilt und dabei die Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften beachtet hat (BGE 133 II 263 E. 8.2 [S. 278] "GT 4d"). Im Ergebnis handelt es sich bei der Angemessenheit von Tarifen um die Frage, ob die Schiedskommission ihren Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht hat (Urteil des BVer 2C\_783/2013 vom 27. Februar 2014 E. 2.2.2 "GT S").

### **3.**

Die Beschwerdeführerin rügt in erster Linie eine fehlerhafte Auslegung und Anwendung materieller urheberrechtlicher Bestimmungen auf zwei im Tarif genannte Nutzungsweisen, nämlich die Sendung synchronisierter Handelstonträger und Musikfilme. Diese Auslegungsfragen prüft das Bundesverwaltungsgericht frei. Nur im Zusammenhang damit rügt die Beschwerdeführerin auch teilweise die Unangemessenheit der genehmigten Tarifsätze und unrichtige tatsächliche Annahmen der Vorinstanz.

Zunächst sind die Rügen zur Sendung synchronisierter Handelstonträger zu prüfen (E. 3.1-E. 6).

### **3.1**

**3.1.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Rechte der Vervielfältigung und des Sendens als nicht unter den Tarif fallend aus der beantragten Formulierung gestrichen, nur das Recht des Zugänglichmachens in Ziff. 7.2 belassen und damit Art. 24b (Vervielfältigungen zu Sendezwecken), Art. 33 Abs. 2 Bst. a und b (Rechte der ausübenden Künstler) sowie Art. 35 URG (Vergütungsanspruch für die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern) verletzt. In tatsächlicher Hinsicht bedürfe einer Vervielfältigung nicht nur der fertige Film, um gesendet werden zu können, sondern bereits der Handelstonträger, um das erforderliche

technische Format für die Integration und Synchronisation zu erlangen. Rechtlich erlösche der Schutz des Handelstonträgers mit der Integration erst, wenn und soweit ein Tonbildträgerschutz ihn ablöse. Der schweizerische Tonträgerschutz reiche aber weiter als der staatsvertragliche. Dagegen müssten nicht-individuelle Sport- und Laufbilder, die mit Handelstonträgern unterlegt sind, nach der Einteilung der Vorinstanz vergütungslos bleiben und würden Phonogrammproduzenten benachteiligt. Sie begehrt folgenden Wortlaut als Ziff. 7.2 des Tarifs:

"Die Vergütung für die Nutzung der unten in Ziffn. 7.1, 7.2 und 7.4 genannten Aufnahmen wird nutzungsbezogen nach den Vorgaben in Ziff. 9 ff. berechnet [...]:

7.1 [...]

7.2 gesendete geschützte Handelstonträger, die mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen incl. Werbespots synchronisiert wurden. Die entsprechende Vergütung schliesst die entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b und Art. 22c URG ein."

**3.1.2** Die Vorinstanz entschied im angefochtenen Beschluss Ziff. 7.2 zu ändern, da die Integration eines Handelstonträgers unter das ausschliessliche Interpretenrecht nach Art. 33 Abs. 2 URG und nicht unter den Vergütungsanspruch von Art. 35 URG falle. Für den Integrationsvorgang sei individuell die Zustimmung aller Nachbarberechtigten einzuholen, die Vorinstanz für eine Angemessenheitskontrolle in diesem Bereich also unzuständig und keine tarifliche Vergütung vorzusehen. Eine Vergütung für die Tonträgernutzung wäre mit der Rechtsprechung unvereinbar, da Bundesverwaltungs- und Bundesgericht integrierte Tonträger dem Tonbildträger-schutz unterstellten. Zu Sendezwecken integrierte Tonträger fielen nicht unter Art. 24b URG, da der dadurch geschaffene Tonbildträger im Zeitpunkt der Sendung nicht im Handel erhältlich sei. Ziff. 7.2 sei darum als Tonbildträgersnutzung zu formulieren und auf das Zugänglichmachen nach Art. 22c URG (Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke) zu beschränken. Mit Vernehmlassung zur Beschwerde ergänzte die Vorinstanz, Vervielfältigungen, auch im Sinne von Art. 22c Abs. 2 URG, die der Vorbereitung der Sendung oder des Zugänglichmachens dienen, seien durch die Vergütung für die Tonbildträgersnutzung abgegolten und nicht gesondert zu entschädigen.

**3.1.3** Die Beschwerdegegnerin führt aus, da die Vorinstanz im Beschluss zur Auffassung gelangt sei, dass die im Zusammenhang mit der Integration des Tonträgers erforderliche Vervielfältigung der Zustimmung der oder des

Darbietungsberechtigten bedürfe, sei Ziffer 7.2 des Tarifs wie folgt zu ergänzen:

"7.2 Das Zugänglichmachen und die damit verbundenen Vervielfältigungen [...]"

Diese auch in Art. 22c Abs. 2 URG erwähnten Vervielfältigungen habe die Vorinstanz aber nur irrtümlich nicht mit eingeschlossen und nicht, wie die Beschwerdeführerin behauptete, die Rechte des Sendens und der Vervielfältigung als nicht unter den Tarif fallend betrachtet. Die Höhe der Vergütung sei von der Ergänzung nicht betroffen, weshalb die Beschwerde abzuweisen sei.

**3.2** Ziff. 7.2 des Tarifs A Fernsehen (Swissperform) ist zusammen mit Ziff. 3 zu lesen, wonach mit der Bezahlung der tarifmässigen Vergütungen alle Sendungen der Beschwerdegegnerin über ihre konzessionierten Fernsehprogramme inklusive der auf den entsprechenden Adressierungsmitteln verbreiteten Radioprogramme sowie die weiteren in Ziff. 2 genannten Nutzungen abgegolten sind, soweit diese dem schweizerischen Recht unterstehen. Ziff. 2 nennt als Grundlagen der vom Tarif eingeräumten Rechte Art. 35 Abs. 1, Art. 24b und 22c Abs. 1 Bst. a-c URG. Die übrigen Teilziffern von Ziff. 7, welche die Vorinstanz ohne Änderung genehmigt hat, beziehen sich auf die Sendung nichtsynchronisiert integrierter Handelstonträger (Ziff. 7.1), geschützter Handelstonbildträger ohne Musikfilme (Ziff. 7.3) sowie geschützter Musikfilme (Ziff. 7.4). Wie die Vorinstanz in Ziff. 3.4 des angefochtenen Beschlusses klarstellt, regeln diese Ziffern auch stets eine Vergütung nach Art. 35 URG, auch wenn sie diese Grundlage nicht eigens erwähnen.

Zurecht hat die Vorinstanz geprüft, ob die in Ziff. 7 genannten Verwendungsarten die erwähnten Rechtseinräumungen voraussetzen (E. 2.2).

**3.3** Die Vorinstanz erwog, eine Integration eines Tonträgers in einen Tonbildträger bedürfe stets der Zustimmung des oder der Darbietungsberechtigten nach Art. 33 Abs. 2 URG und falle nicht unter den Ausnahmetatbestand von Art. 35 Abs. 1 URG. Diese Überlegung führt teilweise über den Gegenstand von Ziff. 7.2 hinaus, da sich jene Teilziffer nur auf Handelstonträger bezieht, die mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen inklusive Werbespots synchronisiert – nicht nur integriert – worden sind. "Synchron" (griech. "gleichzeitig") bezeichnet eine bewusste zeitliche Übereinstimmung (vgl. WAHRIG, Deutsches Wörterbuch, 2011, S. 1448, Stichwort "synchron"; Josef Kloppenburg [Hrsg.], Das Handbuch

der Filmmusik, 2012, S. 59 und 125 ff. mit den Synchronisierungstechniken "Underscoring", "Mood-Technique" und "Motivtechnik"), die über eine bloße Integration hinausreicht. Je nach der späteren Wiederholbarkeit einer Sendung und ihrer Abrufbarkeit für das On-demand-Publikum, die sich primär nach technischen Kriterien bestimmen, können unter den Begriff der Integration möglicherweise auch nichtsynchronisierte Szenen beispielsweise einer Webcam oder eines stehenden Bildes fallen, die ohne Rücksicht auf Bildthema und -folge mit Handelstonträgern kombiniert gesendet werden, während das Wort "synchronisiert" erst die zeitlich abgestimmte und momentweise oder zumindest thematisch koordinierte Interaktion von Ton und Bild erfasst (vgl. PETER RABENALT, Filmmusik. Form und Funktion von Musik im Kino, 2005; S. 41 ff. und 93 ff.; CLAUDE WESCHE, Das sync right. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz über die Nutzung vorbestehender Musik in audiovisuellen Produkten, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht [SMI] Bd. 66, 2002, S. 8). Ob auch nicht-synchronisiert integrierte und gesendete Handelstonträger (als Grenzfälle denke man an Bildfolgen, die nur ein spielendes Radiogerät oder das CD-Cover der integrierten Darbietung zeigen, oder an die visuelle Sendeinformation auf Radios) rechtlich als reine Tonträgersendung gelten oder trotz der Integration unter Art. 35 URG und Ziff. 7.1 des Tarifs fallen, kann vorliegend offen gelassen werden, da jene Teilziffer nicht zu beurteilen ist.

**3.4** Als "Synchronisierung" wird teilweise die Hinterlegung des Originalfilms mit einer neuen Tonspur bezeichnet, auf der die Dialoge in einer anderen Sprache gesprochen werden (ANNATINA MENN, Interessenausgleich im Filmurheberrecht, 2008, S. 117; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 3 N. 6), teilweise das "Recht zum Verbinden der Musik mit anderen Werken" (Urteil des BGer 2A.245/2000 vom 27. Oktober 2000 E. 2.b/aa "Tarif VI"; BBI 2006, 3432). Aber beide Vorgänge verkörpern, was die Filmproduktion betrifft, eine bewusst koordinierte Aussage und Werkgesamtheit von Wort und Bild, welche die herrschende Qualifikation der Synchronisierung als Bearbeitung beziehungsweise Werk zweiter Hand erklärt und rechtfertigt (Urteil des BGer 2A.288/2002 vom 24. März 2003, E. 3.3 "Tarif VN"; STEVEN REICH, in: v. Hartlieb/Schwarz [Hrsg.], Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 5. Aufl. 2011, 98. Kapitel N. 29; vgl. RETO HILTY, Urheberrecht, 2011, S. 89; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL A. MEER, Urheberrecht, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Bd. II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, Rz. 395; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 3 N. 6; MICHAEL HYZIK, Zur urheberrechtlichen Situation der Filmmusik, 2000, S. 20 f.).

Technisch gesehen setzt eine Synchronisierung des Handelstonträgers, wie die Beschwerdeführerin unbestritten darlegt, voraus, dass er zuerst ins System des Sendeunternehmens, aber jedenfalls auf die Tonspur(en) des audiovisuellen Trägers vervielfältigt wird. Auf diese Vervielfältigung wird meist eine qualitative Bearbeitung der Aufnahme, unter anderem mit Bezug auf Klangparameter wie Abspielgeschwindigkeit und Balance oder durch ihre Kombination mit Geräuschen folgen, dann wird die bearbeitete Aufnahme mit der Bildspur synchronisiert (vgl. ARNE MÖLLER, Die Postproduktion eines Fernsehfilms, 2013, S. 43 ff.; Kloppenburg, a.a.O.). In einem späteren Zeitpunkt, vielleicht auch mehrfach, wird der zusammengesetzte Film dann gesendet. Auch der Sendevorgang bedarf einer vorgängigen, vorübergehenden oder "ephemeren", Vervielfältigung (Urteil des BGer 2A.256/1998 vom 2. Februar 1999, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 1999, S. 255 f. E. 1.c "Tarif S [Sender] II"). Eine Synchronisierung berührt deshalb die Integrität der Bildfolge wie auch der Darbietung (vgl. BBI 2006, 3432) bereits durch die schöpferisch abgestimmte Kombination von Bild und Ton, vielfach aber auch durch Anpassungen beider Teile. Der Feststellung der Vorinstanz kann damit ohne Weiteres zugestimmt werden, dass der privilegierte Verwendungsbereich "zum Zweck der Sendung" in Art. 35 Abs. 1 URG die Synchronisierung nicht mitumfasst (vgl. auch Art. 12 des Internationalen Abkommens über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen vom 26. Oktober 1961, [Rom-Abkommen, SR 0.231.171]: "unmittelbar benützt").

#### 4.

**4.1** Mit Art. 35 URG wird namentlich auch im Interesse der Sendeunternehmen als Nutzer der in Art. 33 Abs. 2 URG gewährte Verbotsanspruch der ausübenden Künstler/innen durch einen kollektiv wahrzunehmenden Vergütungsanspruch ersetzt, wenn im Handel erhältliche Tonträger oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung verwendet werden (Urteil des BGer 2C\_146/2012 vom 20. August 2012, E. 3.6.1 "Tarif A Fernsehen [Swissperform]"; ROLF AUF DER MAUR, in: Müller/Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [URG], 2. Aufl. 2012, Art. 35 N. 5). Diese gesetzliche Lizenz entbindet die Nutzer gegen eine einheitliche Tarifgebühr davon, die individuelle Zustimmung der Darbietungsberechtigten einholen zu müssen, falls die Nutzung des Handelston- oder -tonbildträgers nicht über die erwähnten Verwendungen hinausreicht. Die Tarifgebühr soll die Berechtigten für die sogenannte

Zweitnutzung entschädigen, die vom Kaufpreis des Handelston- oder -tonbildträgers nicht abgedeckt war (Urteil des BGer 2C\_146/2012 vom 20. August 2012, E. 3.6.2 "Tarif A Fernsehen [Swissperform]"). Da die Synchronisierung weder unter diese in Art. 35 URG beschriebene Verwendung noch unter den Kaufpreis des Handelstonträgers fällt, muss das Sendeunternehmen dafür zuerst die Zustimmung der Urheber- und Leistungsschutzberechtigten einholen.

**4.2** Das Vervielfältigen der Darbietung fällt ebenfalls nicht unter die von Art. 35 URG privilegierten Verwendungen. Das Bundesgericht entschied 1999, dass selbst die zur Vorbereitung des Sendens erforderliche, vorübergehende Vervielfältigung nicht von jener Bestimmung erfasst werde (Urteil des BGer 2A.256/1998 vom 2. Februar 1999, sic! 1999, S. 256 ff. E. 3 und 4.a "Tarif S [Sender] II"). Der Gesetzgeber erliess darauf Art. 24b URG, um Art. 35 URG im Sinne einer "einheitlichen und in sich konsistenten Verwertungsordnung" (BBl 2006, 3431) mit einer spezifischen Rechtseinräumung für Vervielfältigungen zu Sendezwecken zu ergänzen, "damit ein Sendeunternehmen die Sendung vernünftig ausstrahlen kann" (Amtl. Bull. 2006 S 1208, Votum Stadler). Bedingung dieser gesetzlichen Lizenz ist, dass die Vervielfältigung mit eigenen Mitteln des Sendeunternehmens erfolgt, das überdies dem Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40) unterstehen muss. Die Vervielfältigung darf weder veräussert noch sonst wie verbreitet werden, sondern ist wieder zu löschen, wenn sie ihren Zweck erfüllt hat. Art. 11 URG (Werkintegrität) bleibt vorbehalten (Art. 24b Abs. 2 URG). Die von der Vorinstanz hervorgehobene Unterscheidung zwischen Aufnahme- und Vervielfältigungsrecht innerhalb von Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG kann damit, bezogen auf die Synchronisierung des Tonträgers, dahingestellt bleiben, da schon der Vorbehalt von Art. 11 URG klarstellt, dass auch Art. 24b URG die betroffenen Sendeunternehmen nicht von der vertraglichen Einholung der Zustimmung zur Synchronisation bei den Urheber- und Darbietungsberechtigten des Handelstonträgers entbindet. Umgekehrt würde diese Bestimmung nach ihrem vorgenannten Zweck auch das Aufnahmerecht abdecken, falls dies für die Ausstrahlung der Sendung erforderlich ist.

Der Vorbehalt von Art. 11 URG gilt über die Verweisnorm von Art. 38 URG auch für Leistungsschutzrechte. Die Botschaft zu Art. 24b URG sagt dazu explizit:

"Das bedeutet insbesondere, dass diese Bestimmung nicht zur Anwendung kommt, wenn Musik zur Vertonung eines Fernsehfilms verwendet wird. Die

Verbindung von Musik mit einem anderen Werk betrifft nicht allein das Vervielfältigungsrecht, sondern auch das Recht auf Werkintegrität gemäss Artikel 11 Absatz 1 URG. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von dem so genannten Synchronisationsrecht". (BBI 2006, 3432)

Diese Zustimmung der Darbietungsberechtigten gilt nach der urheberrechtlichen Zweckübertragungstheorie naturgemäss für alle Vervielfältigungen, die nötig sind, um vom Handelstonträger bis zum synchronisierten Film zu gelangen (zur Zweckübertragungstheorie als Vertragsauslegungsregel vgl. Urteil des BGer 4C.442/1996 vom 30. April 1997, sic! 1997, S. 386 E. 4.b/bb "Michelangelo"; JACQUES DE WERRA, in: Müller/Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [URG], 2. Aufl. 2012, Art. 16 N. 39). Wie die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin richtig festgestellt hat, brauchen solche für das Synchronisieren erforderliche Vervielfältigungen nicht über den Tarif entschädigt zu werden; zumal sie nach dem Sinn von Art. 24b URG, der auf die Trägernutzung "zum Zweck der Sendung" beschränkt ist, gar nicht von dieser Norm erfasst werden.

## 5.

Was die Frage der Anknüpfung am "Handelstonträger" bzw. "Handelstonbildträger" in Ziff. 7.2 betrifft, macht die Vorinstanz insbesondere geltend, das Bundesgericht habe synchronisierte Handelstonträger im Urteil 2C\_146/2012 "Tarif A Fernsehen (Swissperform)" abschliessend dem Tonbildträgerschutz unterstellt (Urteil des BGer 2C\_146/2012 vom 20. August 2012 E. 4.4). Als Folge könnten sie an einer Sendevergütung im Sinne von Ziff. 7.3 oder 7.4 des Tarifs erst partizipieren, nachdem auch der aus der Synchronisierung hervorgegangene Tonbildträger im Handel erhältlich geworden sei. Dieses Normverständnis lässt sich dem zitierten Entscheid, der einen Beschluss der Vorinstanz bestätigte, allerdings nicht entnehmen. Das Bundesgericht hat dort – beschränkt auf integrierte Handelstonträger, da die Frage der Synchronisation nicht zu prüfen war (vgl. vorne, E. 3.3) – zu Art. 35 und 24b URG gerade gegenteilig ausgeführt, es sei ein Anliegen des Gesetzgebers, die wenig praktikablen Verbotsrechte durch eine eher extensiv verstandene und damit weite Anwendung der kollektiven Verwertung zu ersetzen (E. 3.6), und es wäre offensichtlich nicht im Sinne des Gesetzes, wenn für Tonträger dann, wenn sie in einen Tonbildträger integriert sind, keine Vergütungspflicht mehr bestünde (E. 4.2). Wenn es integrierte Tonaufnahmen als dem Tonbildträgerschutz unterstellt betrachtete (E. 4.3), was es in der Erwägung tat, möglicherweise seien diese im Einzelfall zwar als solche geschützt, "nicht aber der Tonbildträger, u.a. deshalb, weil er nicht im Handel erhältlich ist oder weil die in Art. 35 Abs. 4 URG enthaltenen Gegenrechts- oder Abkommensvorbehalte für Ton- und

Tonbildträger unterschiedlich ausgestaltet sind" (E. 4.2), begründete es diesen Entscheid damit, entgegen dem vorliegend vertretenen Ergebnis der Vorinstanz, gerade mit dem Argument, dass Handelstonträger dadurch auch in ihrer Nutzung als Teil des Tonbildträgers und ungeachtet der Erhältlichkeit des Tonbildträgers im Handel, eine Vergütung erhielten (E. 4.6). Jener Auslegung, mit welcher der Grundsatz der Wahrung des Schutzes des verwendeten Werks gegenüber einem Werk zweiter Hand (Art. 3 Abs. 4 URG) auf den Schutz von Darbietungen übertragen wurde, hat die Beschwerdeführerin durch Vorlage eines Tonbildträgertarifs, der in Ziff. 7.2 auf die synchronisierte Verwendung des Tonträgers abstellt, vollständig und hinreichend Rechnung getragen.

Es steht ausser Frage, dass selbst für einen Handelstonträger, der später in synchronisierter Fassung auch noch als Bildtonträger im Handel erhältlich gemacht wird, unter dem hier zu prüfenden Tarif keine doppelte, sowohl unter Ziff. 7.2 wie auch unter Ziff. 7.3 geschuldete Vergütung anfällt. Vielmehr regelt Ziff. 7.2 nicht im Handel erhältlich werdende Eigenproduktionen von Sendeunternehmen, die sich daher nicht mit Ziff. 7.3 überschneiden können. Dasselbe wurde im vorerwähnten Urteil festgehalten:

"Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien werden im Fernsehbereich praktisch keine Tonbildträger verwendet, die im gleichen physischen Format im Handel erhältlich sind" (Urteil des BGer 2C\_146/2012 vom 20. August 2012 E. 3.6.3 "Tarif A Fernsehen [Swissperform]).

Soweit die Vorinstanz Ziff. 7.2 auf gesendete, geschützte Tonbildträger beschränken wollte, ist die Beschwerde darum gutzuheissen und der ursprüngliche Begriff "Handelstonträger" darin zu belassen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Synchronisierung eines Handelstonträgers individuell zu verwerten ist, nicht unter die Nutzerprivilegien der Art. 35 und 24b URG fällt und Ziff. 7.2 des Tarifs zurecht an der Sendung des Tonträgers anknüpft. Zu prüfen bleibt, ob Art. 35 und 24b URG dennoch auf die Sendung des durch die Synchronisierung entstandenen Films anwendbar sind.

## **6.**

Da das Nutzerprivileg zum Zweck der Sendung in Art. 35 und 24b URG nur "im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger" umfasst, sind diese Bestimmungen danach auszulegen, ob auch Eigenproduktionen eines Sendeunternehmens darunter fallen, die mit Zustimmung der Berechtigten mit einem im Handel erhältlichen Tonträger synchronisiert wurden.

Das Gesetz ist vor allem aus sich selbst heraus, nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf Basis einer teleologischen Verständnismethode auszulegen. Die Auslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz die Norm darstellt. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis, wobei die Rechtsprechung einem pragmatischen Methodenpluralismus folgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (BGE 139 II 173 E. 2.1 [S. 175]; 137 V 434 E. 3.2 [S. 437]). Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 140 III 289 E. 2.1 [S. 292]; 139 III 368 E. 3.2 [S. 372 f.]).

**6.1** Nach dem Wortlaut von Art. 35 und 24b URG ist der im Handel erworbene Träger zwar ein Hilfsmittel, aber nicht unbedingt Gegenstand der Sendung. Für Veränderungen der Aufnahme bleibt Raum, da der Träger nicht "gesendet" ("diffusé", "diffuso"), sondern nur "zum Zweck der Sendung verwendet" zu werden braucht ("utilisés à des fins de diffusion", "utilizzati ai fini di diffusione").

Bis 2008 verlieh Art. 33 URG den ausübenden Künstlern kein Ausschliesslichkeitsrecht an der Sendung der Aufnahme ihrer Darbietung. Art. 35 URG schloss nach damaligem Verständnis keine stillschweigende Lizenz mit ein, sondern gewährte als Mindestschutz des Rom-Abkommens einen Vergütungsanspruch für eine an sich freie Nutzung (Urteil des BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012, E. 5.1 "Tarif A Fernsehen [Swissperform]" mit Hinweisen; Amtl. Bull. 1991 S 6. März 1991). Erst seit der Aufwertung von Art. 33 Abs. 2 URG zu Ausschliesslichkeitsrechten im Zuge des Beitritts der Schweiz zum WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996 (WCT, SR 0.231.151) und zum WIPO-Vertrag vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT, SR 0.231.171.1) hat sich Art. 35 URG, ohne seinen Wortlaut zu ändern, zu einer gesetzlichen Lizenznorm gewandelt.

**6.2** Die technische Entwicklung, seitdem am 1. Juli 1993 Art. 35 URG und am 1. Juli 2008 Art. 24b URG in Kraft getreten sind, hat die Aufnahme als digitale, beliebig oft verlustfrei wiedergabefähige und vervielfältigbare Fixierung bzw. gebrauchsfertige Information der Darbietung vom "Träger" als Medium abgelöst, mit dem sie in den neunziger Jahren noch stark verbun-

den war (vgl. CHRISTIAN BÜCHELE, Geschichte der Tonträger. Von der Erfindung der Schallplatte zu den digitalen Medien, 1999, S. 13 ff. und 32 f.). Als Medien bilden die im Gesetz erwähnten "Tonträger" und "Tonbildträger" heute nur noch eine beispielhafte Aufzählung. Aufnahmen können auch trägerlos erworben werden (Urteil des BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 E. 6.2 mit weiteren Hinweisen "Tarif A Fernsehen [Swissperform]), wodurch der Vertrieb von Ton- und Tonbild-Aufnahmen international deutlich rascher und billiger geworden und das Angebot der im Handel erhältlichen Aufnahmen gewachsen ist, während die Trägerverkäufe zurückgegangen sind (MICHAEL HUBER, Digitale Musikdistribution und die Krise der Tonträgerindustrie, in: Gerhard Gensch/Eva Maria Stöckler/Peter Tschmuck [Hrsg.], Musikrezeption, Musikdistribution und Musikproduktion, 2008, S. 163 ff.). Die Deregulierung des europäischen Fernsehmarkts und die Digitalisierung des Fernsehempfangs schufen in den letzten fünfzehn Jahren neben besserer Bild- und Tonqualität auch die Voraussetzungen für eine starke Zunahme der Anzahl an Fernsehsendern (Bundesamt für Statistik, Medienindikatoren – Fernsehnutzung nach Sendern, publiziert in: < <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/03/key/ind16-indicator.16010306.160203.html> > [Stand: 10. Februar 2015]). Damit wird die Nachfrage nach Tonaufnahmen, die sich zum Zweck der Sendung mit Eigenproduktionen dieser Sender synchronisieren lassen, auch in Zukunft ansteigen.

**6.3** Teleologisch gesehen dienen Art. 24b und 35 URG, was die Verwendung zum Zweck der Sendung betrifft, einer praktischeren Handhabung von Handelston- und -tonbildträgern durch Sendeunternehmen, indem der Anspruch der Darbietungsberechtigten zu einem kollektiv verwerteten Vergütungsrecht gewandelt wird (vgl. vorne, E. 4.1-4.2). Die meisten Berechtigten wären heute nicht mehr in der Lage, jede Sendung ihres Werks oder ihrer Darbietung zu kontrollieren und ihre Ansprüche individuell geltend zu machen. Andererseits ist die Allgemeinheit aber auch auf die Verwendbarkeit dieser Werke angewiesen (Urteil des BGer 2C\_146/2012 vom 20. August E. 3.6.3 "Tarif A Fernsehen [Swissperform]"). Diese Auslegung gilt für alle betroffenen Sendeunternehmen, auch wenn sich der hier zu prüfende Tarif nur an das öffentlich-rechtliche Fernsehen richtet, da kein Grund für eine Ungleichbehandlung von öffentlich-rechtlichem und privatem Fernsehen ersichtlich ist. Auch Darbietungsberechtigte erhalten ihre Sendeentschädigung dank der kollektiven Verwertung ohne Verhandlungsaufwand automatisch. Allerdings können sie einen bis zum Sendezeitpunkt allfällig gestiegenen Marktwert ihrer Darbietung nicht in Form steigender Ansprü-

che geltend machen, sondern werden nach Tarif entschädigt. Sie profitieren nach Ziff. 7.1, 7.2 und 7.4 des Tarifs A Fernsehen (Swissperform) aber "nutzungsbezogen", also proportional zu ihrer tatsächlichen Nutzung, die mit ihrem Marktwert wenigstens häufig korreliert.

Fallen mit Handelstonträgern synchronisierte Eigenproduktionen hinsichtlich ihrer Sendung nicht unter die gesetzlichen Lizenzen von Art. 35 und 24b URG, kann sich das produzierende Sendeunternehmen mit der Genehmigung zur Synchronisierung auch zugleich die Zustimmung zur Sendung des Handelstonträgers erteilen lassen, worauf die Vorinstanz zurecht hinweist. Für diese Zustimmung müssen das synchronisierte Bildmaterial und der Sendezeitpunkt allerdings noch nicht bekannt sein. Sendeunternehmen werden darum naheliegenderweise danach streben, eine breite Sammlung von Handelstonträgern anzulegen, die in ihrem Studio gespeichert und von allen Berechtigten zum Voraus umfassend freigezeichnet worden ist, um ohne bürokratische Hindernisse rasch und beliebig oft mit neuem Bildmaterial synchronisiert und gesendet werden zu können. Erst dann können zum Beispiel auch eilige Tagesmeldungen mit Musik hinterlegt, Sendungen für einen noch nicht bekannten Zeitpunkt vorbereitet und aus aktuellem Anlass Wiederholungen gesendet werden, für die eine individuelle Zustimmung der Berechtigten sich nicht rechtzeitig einholen liesse. Die Berechtigten müssten durch diese umfassende Freizeichnung entweder zum Voraus gegen eine Einmalzahlung auf die Geltendmachung aller Rechte verzichten oder würden von den Sendeunternehmen auf der Grundlage eines individuellen Vertrags periodische Abrechnungen und Vergütungen pro Ausstrahlung erhalten.

Unter diesem Gesichtspunkt spricht auch bei synchronisierten Handelstonträgern für eigenproduzierte Sendungen das praktische Bedürfnis der Sendeunternehmen sowie das Bedürfnis der Berechtigten, an einer wachsenden Nutzung ihrer Leistung beteiligt zu bleiben, für die Anwendung von Art. 35 und 24b URG auf die spätere Sendung solcher Produktionen. Für den grössten Teil der Berechtigten wird sich das kollektive Verwertungssystem effizienter als eine individuelle Verwertung auswirken, während die Berechtigten bei umgekehrter Auslegung in individuellen Lizenzverträgen oft vom späteren Erfolg ihrer Darbietung getrennt würden. Den Sendeunternehmen ermöglicht dieses Auslegungsergebnis eine ungehinderte Wiederholung früherer Sendungen gestützt auf Art. 24b und 22a (Nutzung von Archivwerken der Sendeunternehmen) URG, ohne einer erneuten Erlaubnis durch die Berechtigten zu bedürfen.

Insgesamt ergibt sich somit aus subjektiv-historischer Sicht in Bezug auf den seit 1993 in Kraft stehenden Art. 35 URG sowie aus dem Wortlaut der relevanten Bestimmungen im vorliegenden Fall kein dem teleologischen Auslegungsergebnis widersprechendes Bild. Unter Bezugnahme auf die gegenwärtigen Verhältnisse, das heisst dem Bedürfnis nach einer praktikablen Nutzung von Handelston- und -tonbildträgern zum Zweck der Sendung, kommt ausserdem eine zeitgemässe Auslegung zum gleichen Schluss wie die teleologische. Das Gleiche gilt bei Berücksichtigung des systematischen Zusammenspiels von Art. 35 und 24b URG.

**6.4** Art. 24b und 35 URG sind damit, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, auch auf Sendungen synchronisierter Handelstonträger anwendbar und Nutzungen nach Ziff. 7.2 des Tarifs entsprechend zu entschädigen. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet, womit sich das Eventualbegehren der Beschwerde in diesem Punkt erübrigt.

Die Herabsetzung der Vergütung nach Ziff. 9 Lemma 2 sowie die Streichung der Ziff. 26-29 des Tarifs in Ziff. 2.3 und 2.6 der angefochtenen Verfügung wurden von der Vorinstanz ausschliesslich mit ihrer Neuformulierung von Ziff. 7.2 begründet und fallen darum ebenfalls dahin. Die Vorinstanz unterliess es mit derselben Begründung, zwei Vorbehalte zu Ziff. 9 Lemma 2 zu prüfen, nämlich den Eventualantrag der Beschwerdeführerin, den Vergütungssatz zu halbieren, sowie die Argumente, den Regelhöchstsatz von 3 % für verwandte Schutzrechte zu überschreiten (Art. 60 Abs. 2 URG).

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Soweit die Vorinstanz die Höhe der Vergütung, und damit die Angemessenheit des Tarifs im engeren Sinne einschliesslich der Würdigung der Stellungnahme des Preisüberwachers, ausdrücklich von rechtlichen Argumenten abhängig gemacht hat, auf deren Prüfung sie als Folge ihrer Auslegung des Gesetzes verzichtete, ist ihr Prüfungsspielraum zu wahren und hat das Bundesverwaltungsgericht, wenn es zur Ansicht gelangt, dass eine solche nötig sei, ihrer Überprüfung nicht vorzugreifen (vorne, E. 2.3). Auch auf die Rüge der Unangemessenheit der gewährten Entschädigung durch die Beschwerdeführerin ist damit vorliegend nicht einzugehen. Anders verhält es sich mit der Formulierung von Ziff. 7.2 und Ziff. 26-29 des Tarifs, die mit Ausnahme der von der Vorinstanz erwähnten

Änderung von Ziff. 27 reformatorisch genehmigt werden können. Die Sache ist daher zur Prüfung der Angemessenheit beschränkt auf Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 des Tarifs an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## 7.

### 7.1 Im Weiteren sind die Rügen betreffend Musikfilme zu prüfen.

Die Vorinstanz entschied, Musikfilme seien in der Regel als theatralische Werke der Musik zu betrachten, weshalb sie nicht unter Art. 22c und 24b URG fielen und Ziff. 7.4 auf das Senderecht nach Art. 35 URG zu beschränken sei. In Ziff. 16 des Tarifs werden Musikfilme als *"von Dritten hergestellte Musikvideos, Videoclips und Musikfilme, welche für das Publikum auf Datenträgern oder Online-Angeboten im Handel erhältlich sind, sofern auf der Aufnahme die Darbietung mindestens eines ausübenden Künstlers oder einer ausübenden Künstlerin festgehalten ist, der oder die aufgrund von Art. 35 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 URG oder aufgrund internationaler Abkommen oder Gegenrecht Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat"* definiert.

Die Beschwerdeführerin hält dieser Auffassung die Auslegung des Bundesgerichts im Urteil "Tarif VN" (Urteil des BGer 2A.288/2002 vom 24. März 2003 E. 3.2) entgegen, der zufolge nicht als theatralisch herausgegebene Musik auch auf der Tonspur eines Films nicht als solche gelte. Die Beschwerdegegnerin entgegnet, der Bildteil von Musikfilmen folge der Musik bzw. Tonspur als *"raison d'être"* des Films, weshalb es sich um theatralische Musik handle. Mit Bezug auf Art. 22c URG könne diese Qualifikation aber unterbleiben, da deren Sendung ohnehin keinem *"nichtmusikalischen Thema gewidmet"* sei (Art. 22c Abs. 1 Bst. b URG).

**7.2** In der Tat entschied das Bundesgericht im Urteil "Tarif VN", Filmmusik sei über den in Art. 1 Abs. 2 der Verfügung des EJPD vom 23. Februar 1972 (BBI 1972 I 976) verwendeten Wortlaut hinaus der Bundesaufsicht nach Art. 40 Abs. 1 Bst. a URG unterstellt. Jene Bestimmung definiert als *dramatisch-musikalisch Werke, "deren szenischer Ablauf durch Personen in bestimmten Rollen verkörpert und von der Musik so getragen wird, dass die Werke ohne Musik in der Regel nicht aufgeführt oder gesendet werden"*, was auch Filmmusik (nicht aber Zirkusmusik, vgl. Urteil des BVer B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 6.1 "GT Z") umfassen kann. Das Bundesgericht erinnerte zwar daran, dass die Unterscheidung von theatralischen (ursprünglich "dramatisch-musikalischen") und nicht-theatralischen

Werken der Musik dem Zweck dient, die bewährte individuelle Verwertung von sogenannt "grossen" Rechten der bühnenmässigen Aufführung und Sendung von Opern, Operetten, Musicals und des Balletts auch unter dem neuen Gesetz fortzuführen (Urteil des BGer 2A.288/2002 vom 24. März 2003 E. 3.2 mit Hinweisen "Tarif VN"). Allerdings vermag die Beschwerdeführerin aus dem bundesgerichtlichen Schluss, dieser Zweck lasse sich nicht auf die Synchronisierung vorbestehender Tonträger im Sinne von Filmmusik übertragen (vgl. vorne E. 3.4), nichts zur Sendung von Musikvideos, Videoclips und Musikfilmen für sich abzuleiten, welche definitionsgemäss als solche im Handel erhältlich sind und daher nicht unter jenen Begriff der "Filmmusik" fallen. Der erhöhte Stellenwert der Musik kommt in Ziff. 7.4 und 16 des Tarifs zwar nicht sehr deutlich zum Ausdruck, er wird durch die beispielhafte Aufzählung "Musikvideos, Videoclips und Musikfilme" und die erforderliche Abgrenzung von Ziff. 7.3 aber doch nahegelegt, weshalb namentlich auch Filme von Operaufführungen, Tanzdarbietungen, Konzerten und Musicals unter Ziff. 7.4 fallen, deren Sendung klassischerweise zu den vorgenannten, "grossen Rechten" zählt. Ziff. 7.4 spezifiziert die darunter fallenden Ton-Bildaufnahmen, wie die Beschwerdegegnerin überzeugend ausführt, dadurch, dass das Bild dramaturgisch der Musik folgt und diese, wenn auch mit den Mitteln des Films, so doch in theatralischer, nämlich die Musikdarbietung verdeutlichender Weise unterstreicht. Ziff. 7.4 ist damit auf theatralische Werke der Musik beschränkt. Träte die gefilmte Szenerie der musikalischen Tondarbietung gegenüber mehrheitlich in den Vordergrund, könnte gerade aus diesem Grund nicht mehr von einem Musikvideo, Videoclip oder Musikfilm gesprochen werden. Der Film fiel unter Ziff. 7.3 des Tarifs.

**7.3** Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass Art. 22c und 24b URG auf nichttheatralische Werke der Musik beschränkt sind, weshalb die Vorinstanz diese Bestimmungen zurecht aus Ziff. 7.4 des Tarifs gestrichen hat. In diesem Punkt ist die Beschwerde somit abzuweisen und der angefochtene Beschluss bezüglich Ziff. 7.4 und 9, Lemma 3 des Tarifs A Fernsehen (Swissperform) zu bestätigen.

## **8.**

Die Beschwerde ist somit teilweise gutzuheissen, die Ziff. 2.1, 2.3 und 2.6 des angefochtenen Beschlusses sind aufzuheben und die Sache ist zu neuer Prüfung von Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens beiden Parteien in umgekehrtem Verhältnis zum Umfang ihres Obsiegens aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache. Die Beschwerdeführerin hat den Streitwert auf Fr. 3,2 Mio. geschätzt, was von der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz nicht bestritten wurde. Davon ausgehend erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 24'000.-- als angemessen (Art. 4 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Wesentliche und vergütungsrelevante Beschwerdepunkte bilden die Rügen zu Ziff. 7.2 und 7.4 des Tarifs, welche hälftig zugunsten und zulasten der Beschwerdeführerin entschieden werden. Die Kosten sind der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin damit je zur Hälfte aufzuerlegen.

#### **9.**

Angesichts der hälftigen Kostenbeteiligung und des vergleichbaren Aufwands beider Parteien im einfachen Schriftenwechsel des Beschwerdeverfahrens sind die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 64 Abs. 1 und 3 VwVG).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, Ziff. 2.1, 2.3 und 2.6 des Beschlusses vom 4. November 2013 werden aufgehoben und die Sache zur neuen Prüfung von Ziff. 9 Lemma 2 und Ziff. 27 an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### **2.**

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

### **3.**

Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 24'000.– werden beiden Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 24'000.– wird zur Bezahlung des Anteils der Beschwerdeführerin von Fr. 12'000.– verwendet. Der Restbetrag von Fr. 12'000.– wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zurückerstattet. Die Zustellung des Einzahlungsscheins an die Beschwerdegegnerin erfolgt nach Eintritt der Rechtskraft mit separater Post.

### **4.**

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

### **5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Adrian Gautschi

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 2. April 2015