



Abteilung II
B-2612/2011

Urteil vom 2. Juli 2013

Besetzung

Richter David Aschmann,
Richterin Vera Marantelli, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiber Beat Lenel.

Parteien

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

Suisa, Bellerivestrasse 82, Postfach 782, 8038 Zürich,
Verfahrensbeteiligte,
gegen

1. **Association Suisse des Radios Online et du Câble (ASROC)**, Case postale 213, 1226 Thônex,
2. **IG Schweizer Internetradio**, Postfach 52, 8126 Zumikon,
3. **Telesuisse c/o Herr Walter Demuth**,
Wagistrasse 23, 8952 Schlieren,
4. **Union nicht-kommerzorientierter Lokalradios (UNI-KOM)**, Blauenstrasse 63, 4054 Basel,
5. **Union des radios régionales romande (RRR)**,
10, ES Planches, 2842 Rossemaison,
6. **Verband Schweizer Privatradios (VSP)**, c/o Goldbach
Media AG, Seestrasse 39, 8700 Küsnacht ZH,
3., 5. und 6. vertreten durch Jürg Bachmann, Präsident des
Verbandes Schweizer Privatradios, Speichergasse 37,
3011 Bern,
Beschwerdegegnerinnen,

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

Gegenstand

Beschluss vom 4. November 2010 betreffend den Gemein-
samen Tarif S (GT S).

Sachverhalt:

A.

Mit Eingaben vom 25. und 31. Mai 2010 beantragten die Beschwerdeführerin und die Verfahrensbeteiligte, beide konzessionierte Verwertungsgesellschaften für Urheber- und Leistungsschutzrechte, bei der Eidgenössischen Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte (Vorinstanz) die Genehmigung eines neuen "Gemeinsamen Tarifs (GT) S *Sender*" mit Geltung vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2013 (nachfolgend GT S [2011-2013]). Während für den alten GT S *Sender* (1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009, verlängert bis zum 31. Dezember 2010, nachfolgend GT S [2005-2010]) für die Nutzung von Leistungsschutzrechten noch der "Zusatztarif *Swissperform* zum Gemeinsamen Tarif S für die Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken" galt, soll der neue GT S [2011-2013] die Nutzung von Leistungsschutzrechten ebenfalls entschädigen.

Die Tarifvergütungen werden beim GT S [2011-2013], wie schon beim GT S [2005-2010], in Prozenten der Einnahmen des Senders berechnet. Beide Tarife sehen allerdings von diesen Einnahmen folgenden "Werbekostenabzug" vor:

"Von den Einnahmen aus Aufträgen für Werbung, Sponsoring, Mitteilungen und Anzeigen können die effektiven Kosten für das Einholen dieser Aufträge abgezogen werden – höchstens jedoch 40 % der von den Auftraggebern bezahlten Beträge." (Ziffer 9 GT S [2011-2013]).

Dafür werden Werbeeinnahmen des Senders als Einnahmen angerechnet. Sender mit Werbeeinnahmen sollen für die Leistungsschutzrechte zudem 50 % höhere Vergütungen bezahlen:

"Die gemäss Ziff. 13.2 sowie Ziff. 16 in Verbindung mit Ziff. 7.1 auf Basis der massgeblichen Werbeeinnahmen gemäss Ziff. 8.1, Lemma 1 in Verbindung mit Ziff. 8.2 und 9 berechneten Vergütungen für die verwandten Schutzrechte erhöhen sich um 50 %." (Ziffer 7.2 GT S [2011-2013]).

Zur Begründung dieses 50 %-Zuschlags führten die Beschwerdeführerin und die Verfahrensbeteiligte aus, die schweizerischen Vergütungsansätze bei werbefinanzierten Sendern seien im Vergleich zum Ausland zu tief. Ausübende Künstler hätten Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, und bei Radios mit Werbeeinnahmen gälten besondere Verhältnisse. Radioprogramme seien von ihrem typischen Musik- und Moderations-

stil geprägt. Durch die "Musikfarbe" des Programms werde eine spezifische Hörerbindung erreicht, so dass Werbebotschaften effizient an eine durch Musikvorlieben charakterisierte Hörerschaft adressiert werden könnten. Diese Hörerbindung werde auf dem Werbemarkt gezielt genutzt, womit Musik werbefinanzierter Sender von unmittelbar wirtschaftlicher Bedeutung sei und eine höhere Beteiligung der Inhaber von Leistungsschutzrechten rechtfertige. Eventualiter seien die Vergütungen jährlich stufenweise zu erhöhen, bis die beantragten Werte erreicht seien.

B.

Von der Vorinstanz zur Stellungnahme aufgefordert, beanstandete der Preisüberwacher am 20. Oktober 2010, es sei keine Kalkulation ins Recht gelegt worden. Ob der Auslandvergleich der Antragstellerinnen eine höhere Vergütung rechtfertigen könne, erscheine zweifelhaft, da grosse Spannbreiten beständen und es auch Länder mit niedrigeren Ansätzen als die Schweiz gebe.

C.

Am 22. Oktober 2010 reichte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz die Gutachten BURCKHARDT, LINDNER und GERVAIS ein, welche die Höhe der Entschädigung für die Leistungsschutzrechte in der Schweiz im Vergleich zu jener im Ausland zum Gegenstand haben.

D.

Mit Beschluss vom 4. November 2010, den sie am 24. März 2011 versandte, wies die Vorinstanz die Gutachten LINDNER und GERVAIS aus dem Recht. Sie genehmigte den GT S [2011-2013] mit Ausnahme von Ziff. 7.2 und kleinen Änderungen. Zur Begründung der Streichung von Ziff. 7.2 führte sie aus, der Zuschlag von 50 % auf den Leistungsschutzrechten sei nicht gerechtfertigt. Der im Tarif vorgesehene Abzug von maximal 40 % für Werbeakquisitionskosten dürfe nicht einseitig für die Leistungsschutzrechte durch einen Zuschlag kompensiert werden. Damit würde ein Überschreiten der Dreiprozentregel von Art. 60 Abs. 2 des Urheberrechtsgesetzes (URG, SR 231.1) in Kauf genommen. Auch einen Eventualantrag der Beschwerdeführerin, die Vergütung für Leistungsschutzrechte in jährlichen Schritten sukzessive zu erhöhen, wies sie ab.

E.

Gegen den Beschluss der Vorinstanz erhob die Beschwerdeführerin am 5. Mai 2011 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Ziff. 2.1 des Entscheides der Vorinstanz sei aufzuheben und es sei die folgende Ziff. 7.2 in den genehmigten Tarif einzufügen:

7.2 Nutzung von verwandten Schutzrechten in Sendern mit Werbeeinnahmen

Die gemäss Ziffer 13.2 sowie Ziffer 16 in Verbindung mit Ziffer 7.1 auf Basis der massgeblichen Werbeeinnahmen gemäss Ziffer 8.1, Lemma 1 in Verbindung mit Ziffer 8.2 und 9 berechneten Vergütungen für die verwandten Schutzrechte erhöhen sich für das Jahr 2011 um 10 %, für das Jahr 2012 um 20 % und für das Jahr 2013 um 30 %.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerinnen 3, 5 und 6.

Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Materiell gehe sie zu Unrecht von einer gesetzlichen Höchstgrenze und einem festen Verhältnis zwischen Urheber- und Leistungsschutzvergütungen aus und habe nicht geprüft, wann die gesetzliche Regelhöchstgrenze überschritten werden könne.

F.

Mit Schreiben vom 31. Mai 2011 verzichtete die Verfahrensbeteiligte auf eine Stellungnahme.

G.

Mit Vernehmlassung vom 16. Juni 2011 hielt die Vorinstanz an ihren Argumenten fest und beantragte, die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen, wobei sie sich den Vorwürfen der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung und Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör widersetze.

H.

Mit Schreiben vom 19. August 2011 beantragten die Beschwerdegegnerinnen Nr. 3, 5 und 6, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Eine einseitige Erhöhung des Anteils von Interpreten und Produzenten an den Werbeeinnahmen eines am Radio gespielten Tonträgers sei nicht gerechtfertigt und verletze die Pflicht zur Aufstellung gemeinsamer Tarife nach einheitlichen Grundsätzen. Die Beschwerdegegnerinnen 1, 2 verzichteten stillschweigend, die Beschwerdegegnerin 4 mit Schreiben vom 20. Oktober 2011 ausdrücklich, auf eine Stellungnahme.

I.

Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 17. Oktober 2011 vollumfänglich an ihren Anträgen fest.

J.

Die Beschwerdegegnerin Nr. 4 und die Vorinstanz verzichteten mit Schreiben vom 20. Oktober 2011 und 21. November 2011 auf eine Duplik.

K.

Mit Duplik vom 4. Januar 2012 nahmen die Beschwerdegegnerinnen 3, 5 und 6 zur Replik der Beschwerdeführerin Stellung und hielten an ihren Anträgen vom 19. August 2011 fest. Sie führten aus, es bestehe ein festes Verhältnis von 10:3 zwischen Urheber- und Leistungsschutzrechten. Leistungsschutzberechtigte dürften keine von den Urhebern abweichende Tarifvorstellungen einbringen, gemeinsame Tarife müssten auch inhaltlich übereinstimmen, Art. 60 Abs. 2 URG sei konventionskonform und die Angemessenheit einer höheren Entschädigung sei nicht glaubhaft gemacht worden.

L.

Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung haben die Parteien stillschweigend verzichtet (Art. 40 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

M.

Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Beweismittel wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021), einschliesslich Verfügungen eidgenössischer Kommissionen (Art. 33 Bst. f VGG, Art. 74 Abs. 1 URG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 1 *GT* 3c; ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [URG], Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl. Bern 2012, Art. 74, Rz. 3).

Der angefochtene Beschluss vom 4. November 2010 bildet eine Verfügung nach Art. 5 VwVG. Ein Ausnahmefall gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung. 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], Zürich 2008, Art. 48, Rz. 3 und 11). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 48 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1. Das Bundesverwaltungsgericht prüft mit voller Kognition die vor ihm erhobenen Rügen der Verletzung von Bundesrecht, der unrichtigen oder unvollständigen Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts und der Unangemessenheit (Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 49 VwVG), insbesondere die Frage, ob Nutzungshandlungen der Bundesaufsicht unterstellt sind. Es auferlegt sich jedoch Zurückhaltung, wo die Vorinstanz als unabhängiges Fachgericht komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts beurteilt oder die Tarifautonomie der antragstellenden Verwertungsgesellschaften gewahrt hat (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 3 *GT 3c*; B-253/2012 vom 8. März 2012 E. 4.1 *Mandatierung einer Prüfstelle*; vgl. YVO HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheiden von Vorinstanzen, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter [Hrsg.], Akteure der Gerichtsbarkeit, ein Handbuch zur Justizverfassung, Zürich 2007, S. 159 ff.).

2.2. Die Tarife bedürfen zu ihrer Rechtsverbindlichkeit der Genehmigung durch die Vorinstanz (Art. 46 Abs. 3 URG). Die Vorinstanz genehmigt den ihr unterbreiteten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Nicht nur die erfolglos verhandelten, zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbänden umstritten gebliebene Bestimmungen, sondern auch in den Verhandlungen gefundene Kompromisse und sogar einvernehmlich verhandelte und übereinstimmend beantragte "Einigungstarife" werden erst mit

der Genehmigung durch die Vorinstanz rechtsverbindlich. Ihre "Aufsicht über die Tarife" genannte Zuständigkeit umfasst die Genehmigung aller der Bundesaufsicht unterstellten Bestimmungen der Tarifvorlage, die sie nach Anhörung der Parteien auch materiell ändern darf (Art. 55 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 2 URG und Überschrift des 2. Abschnitts; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 2008, Art. 46, Rz. 3). Sie ist nicht an die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen gebunden und ihre Kognition ist nicht auf die zwischen den Verhandlungsparteien strittig gebliebenen Fragen beschränkt. Auch wenn eine Vermutung dafür spricht, dass eine gefundene Einigung marktähnliche Bedingungen spiegelt, wenn im Einzelfall keine Anzeichen dagegen bestehen, werden die entscheiderelevanten Interessen von den Parteien des Tarifgenehmigungsverfahrens bisweilen nicht vollständig vertreten (vgl. unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts, auszugsweise wiedergegeben in: Entscheide und Gutachten der ESchK, Band III, Zürich 1981-1990, S. 190; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 6.2 *GT 3c*). Namentlich haben nicht alle vom Tarif betroffenen Nutzer, Urheber- und Leistungsschutzberechtigte im Tarifgenehmigungsverfahren Parteistellung (BGE 135 II 177 E. 2.3 *GT 3c*). Überdies können öffentliche Interessen, zum Beispiel solche der Kulturförderung oder des freien Markts, vom Tarif betroffen sein. Die Vorinstanz darf ihr Augenmerk deshalb zwar im Rahmen ihrer Prüfungsbefugnis stärker auf umstrittene Fragen oder auf Bestimmungen richten, die neu sind und auf welche die Parteien sich vielleicht unter irrümlichen Vorstellungen geeinigt haben. Sie kann überdies beschliessen, ihre Genehmigung einem in Verhandlungen erkämpften Ergebnis nicht ohne Not zu verweigern, so dass Tarifparteien auch bereits vor der Genehmigung auf den Bestand vernünftiger Kompromisse vertrauen dürfen, und hat eine gewisse Dispositionsfreiheit und Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften zu beachten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 8.3 *Tarif W*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.2 *Tarif AS Radio*; DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Basel 2012, Rz. 236 ff.; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 59 Rz. 1). Tarifbestimmungen, auf die sich ihre Genehmigung erstreckt, hat sie dennoch stets materiell zu prüfen (Art. 59 Abs. 1 URG; anderer Meinung MEIER, a.a.O., Rn. 237; ERNST BREM, Anmerkungen, in: Medialex 2011, 115 f.). Ähnliche Nutzungsweisen derselben Nutzerkreise im Zuständigkeitsbereich derselben Verwertungsgesellschaften sind in einem einzigen Tarif zu regeln, wo keine sachlichen Gründe für eine Spaltung sprechen (Art. 47 Abs. 1

URG; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 5.2 *GT Z*; B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 6.1 *GT 3c*). Hält die Vorinstanz einen Tarif oder einzelne Bestimmungen für nicht genehmigungsfähig und ändert die zuständige Verwertungsgesellschaft ihren Antrag nicht entsprechend, kann die Vorinstanz diese Änderungen selbst vornehmen (Art. 15 der Urheberrechtsverordnung [URV, SR 231.11]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 5.2 *GT Z*). Der Entscheid über die Angemessenheit des Tarifs ist für Zivilgerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG; BGE 125 III 144 E. 4a *Kopiervergütungen*; Urteil des Bundesgerichts 2C_580/2012 vom 13. November 2012, E. 2.2 *GT 3a*).

2.3. Gemäss Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie Art. 1 Abs. 2 URG haben die rechtsanwendenden Behörden das Völkerrecht anzuwenden (BGE 133 II 450 E. 6.1; YVO HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 190 Rz. 19). Völkerrecht und Landesrecht gelten als Teile eines einheitlichen Rechtssystems, weshalb Staatsverträge mit der völkerrechtlichen Verbindlichkeit automatisch auch landesrechtliche Gültigkeit erlangen (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 1913). Private können sich dabei nur auf die direkt anwendbaren (self-executing) Bestimmungen des Staatsvertragsrechts berufen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.168). Ein völkerrechtlicher Vertrag ist direkt anwendbar, wenn er hinreichend bestimmte und klare Regelungen enthält, auf deren Grundlage im Einzelfall ein Entscheid getroffen werden kann, nicht aber, wenn er den Vertragsstaaten lediglich vorschreibt, wie eine Materie zu regeln ist und damit nicht die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern den Gesetzgeber anspricht (BGE 130 I 113 E. 3.3, BGE 126 I 240 E. 2b, BGE 125 I 182 E. 3a, BGE 125 III 277 E. 2d/aa, BGE 120 Ia 1 E. 5b; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 1894). Im Konfliktfall ist es möglich, dass einem Bundesgesetz wegen Verstosses gegen Völkerrecht die Anwendung versagt wird (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 2091).

2.4. Die Schweiz hat sich in Art. 9 Abs. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (RBÜ, SR 0.231.15) und Art. 13 WTO-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum vom 15. April 1994 (TRIPS-Abkommen, SR 0.632.20) insbesondere verpflichtet, die "normale" Auswertung eines Werks nicht zu beeinträchtigen und berechnete Inte-

ressen der Urheber nicht unzumutbar zu verletzen (s. nachfolgend E. 7.5.2). Zum einschlägigen Völkerrecht zählen auch das Rom-Abkommen (Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen [SR 0.231.171]), das Übereinkommen zum Schutz der Hersteller von Tonträgern gegen die unerlaubte Vervielfältigung ihrer Tonträger vom 29. Oktober 1971 (Genfer Tonträger-Übereinkommen, [GTÜ, SR 0.231.172]) sowie der WIPO-Vertrag vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT, SR 0.231.171.1). Letzterer harmonisiert die Leistungsschutzrechte auf einem höheren Schutzniveau als das Rom-Abkommen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 E. 3.2 *Tarif A Fernsehen*).

3.

3.1. Während Urheber- und Leistungsschutzberechtigte in der Regel frei bestimmen, welche Vergütung sie als Gegenleistung für die Nutzung der Beiträge verlangen, an welchen ihnen ein Ausschliesslichkeitsrecht zusteht, ist diese Verfügungsfreiheit eingeschränkt, wenn die Verwertung der Bundesaufsicht unterstellt ist. Die Berechtigten können ihr Recht in diesem Fall nur über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft geltend machen und gemäss der Tarifvergütung abrechnen.

3.1.1. Ein häufiger Grund für diese Vereinheitlichung durch kollektives Inkasso bildet die Befürchtung, eine individuelle Lizenzeinholung würde populäre Formen der Massennutzung bei den einzelnen Berechtigten übermässig erschweren oder gar verunmöglichen (BGE 125 III 143 E. 4a *Kopiervergütungen*, BGE 133 III 573 E. 4.2 *Weitersenderecht*). Dagegen wird mit der Unterstellung einer Nutzung unter die Bundesaufsicht nicht beabsichtigt, die Massennutzung, die bereits vom organisatorischen Aufwand der Lizenzeinholung befreit wird, auch noch durch tief gehaltene Vergütungen auf Kosten der Berechtigten zu verbilligen (Botschaft zum E-URG II, BBl 1984 III 189 f.). Die Beschwerdeführerin beruft sich deshalb an sich zurecht auf Art. 15 WPPT und Art. 60 Abs. 2 URG. Diese Bestimmungen, wie auch Art. 11^{bis} Abs. 2 RBÜ, verlangen, für die der kollektiven Verwertung zugrunde liegende, gesetzliche Lizenz sei eine angemessene Entschädigung zu leisten. Berechtigte sollen durch die kollektive Verwertung nicht schlechter gestellt werden als dies unter freien Marktverhältnissen der Fall wäre (KASPAR SPOENDLIN, Zur Rechtsnatur und Bemessung der urheberrechtlichen Vergütung, in: Schweizerische Vereinigung für Urheberrecht [Hrsg.], 100 Jahre URG, S. 391; JAN CHRISTOFFER

TOLKMITT, Tauschgerechtigkeit im kollektiven Urheberrecht, Baden-Baden 2003, S. 268). Das Kriterium der Marktüblichkeit schliesst aber nicht aus, dass dadurch in Einzelfällen eine tiefere Vergütung als bei einer individuellen Verwertung resultiert, da die Angemessenheit den Querschnitt der vom Tarif erfassten Werken oder Darbietungen betrifft, und einen höheren oder tieferen Marktwert einzelner Beiträge nivelliert. Der Sicherstellung einer marktüblichen Vergütung dienen auch die Tarifautonomie und Verhandlungspflicht der Verwertungsgesellschaften, der Einbezug des Preisüberwachers, die Tarifänderungsbefugnis und die marktparitätische Zusammensetzung der Vorinstanz, die als besonders sachkundiges Gremium auch einen weiten Prüfungsspielraum genießt (Art. 57 Abs. 2 URG; BGE 133 II 278 E. 8.2 *GT 4d*).

3.1.2. Die angemessene Vergütung aus kollektiver Verwertung (Art. 60 Abs. 2 URG) ist deshalb nicht einzeln, sondern nur gesamthaft mit in individuellen Verhandlungen erzielbaren Vergütungen gleichzusetzen. Stattdessen hat die Vorinstanz die angemessene Tarifvergütung unter Berücksichtigung aller relevanten Wettbewerbsfaktoren – zum Beispiel des wirtschaftlichen Zwecks von Speichermedien ohne Ansehen irrelevanter technischer Unterschiede (BGE 133 II 282 E. 10.2 *GT 4d*) oder der Üblichkeit von Vertragsstrafen bei vertragswidrig fehlenden Angaben (Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juni 1997 in sic! 1998 S. 38 E. 6a *Tarif S*) – für die ganze Gruppe von Nutzenden und Berechtigten nach Massgabe der auf dem freien Markt zu erzielenden Preise gesamthaft festzulegen.

3.2. Gesetz und Rechtsprechung konkretisieren die Bemessung der angemessenen Vergütung teilweise:

3.2.1. Nach Möglichkeit ist sie proportional in Prozenten vom Anteil der entsprechenden Nutzung am zurechenbaren Nutzungsertrag zu berechnen. Ist dies mit unzumutbarem Aufwand verbunden, kann der Nutzungsertrag angenähert und hilfsweise der Aufwand zur Berechnung herangezogen werden (Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG; BGE 133 II 263, 278; Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995 E. 6 *Leerkassetten*).

3.2.2. In der Regel ist die Vergütung nach dem Basiswert des Nutzungsertrags vor Abzug von Aufwendungen zu berechnen ("Bruttoprinzip", Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG). Zum Beispiel ist bei Konzertveranstaltungen vom Ertrag der verkauften Eintrittskarten auszugehen ohne die Unkosten ihres Vertriebs abzuziehen (Urteil des Bundesgerichts 2A.311/2002 vom

29. Januar 2003 in sic! 2003 S. 423 f. *GT K*). Selbst Mehrwertsteuern und Preiszuschläge, welche die Tarifvergütung auf Konsumenten überwälzen sollen, werden angerechnet (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60 Rz. 11 mit Hinweisen; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 60 Rz. 8). Geht allerdings die für den Bruttoertrag erbrachte Gegenleistung weiter als die geschützte Nutzung, ist vom massgeblichen Ertragswert im Verhältnis der geschützten zu ungeschützten Beiträgen oder Leistungen auszugehen (Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG). Wechseln sich geschützte Beiträge mit ungeschützten ab, sind sie im Verhältnis zur Gesamtdauer anzurechnen ("Pro-rata-temporis-Regel"; Urteile des Bundesgerichts vom 16. Februar 1998, 2A.177/1997 und 2A.178/1997 in sic! 1998 S. 297 *Tarif A (SRG)*; 2A.248/1997 in sic! 1998 S. 386 *Tarif Z*). Gleichzeitig mit der geschützten Nutzung erbrachte, ungeschützte Beiträge werden nach ihrem Einfluss auf den Ertrag in Abzug gebracht ("Ballettregel"; "akzessorische Werknutzung"; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1759/2010 vom 3. Januar 2012, E. 3.4 *Tarif A Fernsehen*). Nach der Art und Anzahl der benutzten Beiträge und der Werkverwendung können bestimmte Nutzungen stärker oder milder gewichtet werden (Art. 60 Abs. 1 Bst. b und Abs. 3 URG).

3.2.3. Die Entschädigung beträgt in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte; sie ist jedoch so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten (Art. 60 Abs. 2 URG).

3.3. Sind mehrere Verwertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich tätig, stellen sie für die gleiche Verwendung von Werken oder Darbietungen einen gemeinsamen Tarif nach einheitlichen Grundsätzen auf und bezeichnen eine unter ihnen als gemeinsame Zahlstelle (Art. 47 Abs. 1 URG; vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 47, Rz. 4 f.). Damit sollen die Nutzer ihre Meldungen und Abrechnungen wenn möglich nach einheitlichen Bemessungsgrundlagen in einem einzigen Durchgang abliefern können (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2152/2008 vom 12. Juni 2009, E. 3.1 *Tarif AS Radio*; B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 6.1 *GT 3c*). Durch einen gemeinsamen Tarif werden die Vergütungsansprüche der Verwertungsgesellschaften darum formell in einem einzigen Dokument zusammengeführt und inhaltlich soweit tunlich vereinheitlicht (MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANO, Kommentar Urheberrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 47, Rz. 1).

4.

4.1. In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe die Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften sowie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und den massgeblichen Sachverhalt willkürlich und unvollständig festgestellt.

4.2. Eine Verletzung der Tarifautonomie ist vorliegend nicht festzustellen. Im Rahmen der Prüfung von Ziff. 7.2 der Tarifvorlage hielt die Vorinstanz nämlich fest, die Beschwerdeführerin habe den Werbekostenabzug von Ziff. 9 GT S [2010-2011] zwar als Verletzung des Bruttoprinzips gerügt, aber den Tarifantrag unterstützt, ohne die Streichung von Ziff. 9 zu verlangen. Der Werbekostenabzug sei vor vielen Jahren aus einer Einigung mit den Nutzerverbänden hervorgegangen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin erklärte sie den Werbekostenabzug damit nicht für unzulässig, sondern nur ihre Bereitschaft, einen Antrag auf Streichung dieses Abzugs entgegenzunehmen. Dass sie die Zulässigkeit des Abzugs aufgrund seines langjährigen Bestehens nur noch cursorisch geprüft hat, tangiert die Tarifautonomie der antragstellenden Beschwerdeführerin nicht.

4.3. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör erblickt die Beschwerdeführerin in der Begründung der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz habe ihre Ausführungen und eingereichten Studien über im Ausland bezahlte Vergütungen für Leistungsschutzrechte durch werbefinanzierte Privatsender nicht gewürdigt, auf die tieferen Vergütungssätze in Italien aber Bezug genommen. Eine zweite Verletzung, indem die Vorinstanz auch Darlegungen zur wirtschaftlichen Bedeutung von Handlersonträgern in werbefinanzierten Sendern unbeachtet gelassen habe, betrachtet sie inzwischen als geheilt, da die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren mitteilte, dass dieses Argument für sie nicht relevant gewesen sei.

4.3.1. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst nebst anderem die Pflicht der Behörden, ihre Verfügungen und Entscheidungen zu begründen, so dass der Betroffene sie sachgerecht anfechten kann. Sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz müssen sich ein Bild über die für die Entscheidung massgeblichen Argumente und Tatsachen machen können. Wenigstens kurz müssen die Überlegungen erwähnt werden, von denen sich die Behörde leiten lässt und auf welche ihr Entscheidung sich stützt (vgl. BGE 129 I 236, E. 3.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2686/2008 vom 5. Mai 2011, E. 3.1 und B-7901/2007

vom 10. November 2008, E. 3.1). Eine Verletzung des Anspruchs besteht auch, wenn rechtserhebliche Parteivorbringen oder Argumente übersehen oder missverstanden werden, die Behörde sich nicht hinreichend mit ihnen auseinandersetzt und ihnen nicht die notwendige Aufmerksamkeit schenkt (BGE 121 III 333 E. 3b; BGE 124 V 183 E. 3; MICHELE ALBERTINI, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Bern 2000, S. 368). Auch wenn die Behörde im Rahmen einer antizipierten Beweismwürdigung auf eine Beweisabnahme verzichtet, hat sie zu begründen, weshalb sie vorgebrachte Argumente und Beweisanträge für unerheblich hält (BGE 112 Ia 109 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts, in: ZBI 94/1993, S. 316 E. 2a; ALBERTINI, a.a.O., S. 378). Die Praxis stellt dabei höhere Anforderungen an die Begründung, je weiter der Entscheidungsspielraum der Behörde und je komplexer die Sach- und Rechtslage ist oder wenn der Entscheid im streitigen Verfahren gefällt wird (BGE 104 Ia 201, E. 5g, BGE 129 I 242 E. 3.5, BGE 132 I 199 E. 3.3, BGE 135 II 182 E. 3.2 *Public viewing*; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 1707). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt jedoch nicht, dass sich die Vorinstanz in ihrem Beschluss einzeln und detailliert mit jeder eingereichten Stellungnahme und jedem Argument auseinandersetzt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2703/2010 vom 6. Juli 2010 E. 4.3 ff.; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar VwVG*, Zürich 2009, Rz. 103; zur antizipierten Beweismwürdigung BGE 111 Ia 52, 61, E. 5.b; ANDRÉ MOSER, MICHAEL BEUSCH, LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, Rz. 3.144 ff., S. 165 f.; ALBERTINI, a.a.O., S. 403 f.).

Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann unter anderem dadurch geheilt werden, dass die unterlassenen Verfahrenshandlungen im Rechtsmittelverfahren vollständig nachgeholt werden oder die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 132 V 390, E. 5.1; BGE 127 V 437, E. 3d/aa; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1291/2011 vom 3. Oktober 2011, E. 3.2 und A-2401/2011 vom 6. Januar 2012, E. 3.3; WALDMANN/BICKEL in Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 29, Rz. 108; PATRICK SUTTER in Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Art. 29, Rz. 18).

4.3.2. Was die aus dem Recht gewiesenen Gutachten LINDNER und GERVAIS (s. nachfolgend E. 8.6.1 und 8.6.2) angeht, so macht die Vorinstanz

im angefochtenen Entscheid geltend, dass diese im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung aus dem Recht gewiesen worden seien, weil die Gutachten lediglich Ausführungen zur Unvereinbarkeit von Art. 60 Abs. 2 URG mit dem Staatsvertragsrecht enthielten und die Behörde nach dem Grundsatz "iura novit curia" das Recht von Amtes wegen anwende. Diese Begründung entspricht dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (AUER in Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Art. 12 Rz. 17), steht jedoch den mündlichen Ausführungen anlässlich der Sitzung vom 4. November 2010 (Ziff. 2.3) entgegen, wonach diese Akten zu spät ins Recht gelegt worden seien. Der Genehmigungsantrag für den Tarif GT S wurde am 25. Mai 2010 gestellt; die strittigen Gutachten wurden am 22. Oktober 2010 im Hinblick auf die Sitzung vom 4. November 2010 eingereicht. Die Beschwerdegegnerinnen 1, 3, 5 und 6 verlangten mit Schreiben vom 26. Oktober 2010 und undatiertem E-Mail, dass die drei Gutachten aus dem Recht zu weisen seien. Grundsätzlich sind die erforderlichen Unterlagen mit dem Antrag auf Genehmigung eines neuen Tarifs, mindestens sieben Monate vor dem vorgesehenen Inkrafttreten, einzureichen (Art. 9 Abs. 1 und 2 URV). Allerdings nimmt die Vorinstanz bis fünf Tage vor der Sitzung noch weitere Beweismittel entgegen (Sitzungsprotokoll, Ziff. 2.3), weil verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotzdem zu berücksichtigen sind (Art. 32 Abs. 2 VwVG). Diese Regelung wird von der herrschenden Lehre als verpflichtend betrachtet (PATRICK SUTTER in Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Art. 32 Rz. 8 und 11). Dass die Vorinstanz die in der angefochtenen Verfügung angeführten Argumente zur fehlenden Relevanz der aus dem Recht gewiesenen Gutachten nicht bereits anlässlich der Sitzung vom 4. November 2010 vorgebracht hat, schadet vorliegend nicht, weil die fraglichen Gutachten im Beschwerdeverfahren umfassend gewürdigt und allfällige Mängel geheilt werden (E. 8.6).

4.3.3. Weiter hat die Beschwerdeführerin dargelegt, dass Privatradios aufgrund der hohen Zielgruppenfunktion der verwendeten Handelstonträger sowie der im Quervergleich mit dem Ausland tieferen Abgaben höhere Entschädigungen für die Leistungsschutzrechte leisten müssten, damit diese angemessen erschienen. Dieses Argument hat sie vor der Vorinstanz schriftlich, mündlich und mit Hilfe von Beweismitteln substantiiert. Als Fachbehörde hat die Vorinstanz ihr Erfahrungswissen nicht nur ihren Beschlüssen zugrunde-, sondern in ihren Erwägungen auch darzulegen (E. 4.3.1). Sie hätte sich daher mit diesen Argumenten nicht bloss auseinandersetzen, sondern auch begründen sollen, warum sie ihnen die von der Beschwerdeführerin beantragte Rechtsfolge nicht zugemessen hat,

zumal es sich hierbei um komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts handelt, in welchen der Vorinstanz ein weites Ermessen zusteht, und der Entscheid im strittigen Verfahren ergangen ist. An dieser Begründungspflicht ändert nichts, dass die Vorinstanz den vorgebrachten Argumenten nur eine untergeordnete oder keine Bedeutung beigemessen hat und Beweise frei würdigen darf, wie sie zu ihrer Rechtfertigung in der Vernehmlassung zur Beschwerde geltend macht. Unter diesen Umständen hätte sie zumindest darlegen müssen, warum sie allfällige von den Parteien geltend gemachte Kriterien nicht gewürdigt oder Beweise nicht berücksichtigt hat, damit die Parteien gegebenenfalls den Entscheid sachgerecht anfechten können. Dieser Mangel wurde allerdings im Beschwerdeverfahren durch die ausführliche Vernehmlassung der Vorinstanz, auf welche die Beschwerdeführerin repliziert hat, geheilt.

4.3.4. Der Beschwerdeführerin ist damit einzuräumen, dass die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat. Diese Mängel wurden im Beschwerdeverfahren jedoch geheilt und die Beschwerdeführerin hat auf eine allfällige Rückweisung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs ausdrücklich verzichtet.

4.4. Sodann rügt die Beschwerdeführerin eine unvollständige oder willkürliche Feststellung des massgeblichen Sachverhalts. Sie begründet dies damit, dass im Umfang des noch im Streit liegenden Eventualbegehrens von Ziff. 7.2 GT S die Dreiprozentregel weder erreicht noch überschritten werde, weil der Tarif in der Praxis nie ausgeschöpft werde. Die Vorinstanz sei fälschlicherweise von einem zu hohen Musikanteil ausgegangen, denn kein Werbesender habe einen Musikanteil von über 90 %, realistisch seien 50 - 80 %. Die Vorinstanz schliesst in der angefochtenen Verfügung in der Tat nicht aus, dass die Entschädigung für die Leistungsschutzrechte aufgrund der Bestimmungen von Ziff. 7.2 die gesetzliche Höchstgrenze von drei Prozent erreicht oder übersteigt.

4.4.1. Im Rahmen der Rüge der fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung ist die Prüfung auf vorinstanzliche Feststellungen zu beweisbaren Tatsachen beschränkt. Der Frage, ob der Tarifantrag die Dreiprozentgrenze überschreite, liegen die Ansätze des strittigen Tarifs zugrunde. Die Vorinstanz führte hierzu aus, es seien Berechnungsparameter mit einem resultierenden Vergütungssatz von bis zu 3,4 % denkbar:

Leistungsschutzrechte bei Anteil geschützter Handelstonträger > 90 % (Ziff. 13.2)			2.70 %
Abzug Werbeakquisitionskosten (Ziff. 9)	-30 %	-0.81	1.89 %
Überspielzuschlag (Ziff. 7.1)	+20 %	+0.38	2.27 %
Werbesenderzuschlag (Ziff. 7.2)	+50 %	+1.13	<u>3.40 %</u>

4.4.2. Mit den Ansätzen des Beschwerdebegehrens für Ziff. 7.2 GT S reduziert sich dieselbe Rechnung zwar auf 2.95 % der Netto-Werbeinnahmen. Werden die Werbeakquisitionskosten aber nur um 2 % auf 28 % reduziert, wird die 3 %-Grenze aber wieder überschritten, so dass die Argumente der Vorinstanz dennoch geprüft werden müssen, zumal nach den vorliegenden Unterlagen mehrere Radiostationen einen Musikanteil von 90 % und zwei Stationen sogar 100 % erreichen.

4.4.3. Die Beschwerdeführerin bestreitet die Berechnungen der Vorinstanz nicht als solche und hat sie durch ihren, durch die vorangegangenen Feststellungen widerlegten, Einwand, kein werbefinanziertes Privatradio werde jemals einen höheren Anteil als 90 % geschützter Handelstonträger erreichen, implizit sogar als mathematisch richtig anerkannt. Zudem kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, dass sie die Berechnung ihres Entscheids nicht anhand des Eventualbegehrens (das reduzierte Vergütungsansätze von 2.49 bis 2.95 % ergibt), sondern mit den höheren Prozentzahlen des Hauptantrags ausgeführt hat. Die Rüge der fehlerhaften Sachverhaltsfeststellung erscheint demzufolge unbegründet.

4.5. Die Beschwerdeführerin erachtet es als völkerrechtswidrig, wenn von ihr ein Nachweis für die Unangemessenheit der Dreiprozentregel von Art. 60 Abs. 2 URG verlangt werde. Sie führt aus, der wirtschaftliche Wert einer Leistung lasse sich nur durch die Preisbildung in nicht-regulierten Märkten ermitteln; der Preis für die Exklusivrechte in fremden, regulierten Märkten könne aber allenfalls als Referenzgrösse herangezogen werden. Massgeblich sei die Signifikanz der Sendeunternehmen im Werbemarkt und der Stellenwert der Musik für diese. In ihrer Replik relativiert sie diese Ausführungen mit der Rüge, dass im angefochtenen Entscheid nicht gesagt worden sei, wie der Nachweis für die Überschreitung der Dreiprozentregel zu erbringen sei. Auch damit rügt sie sinngemäss, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig festgestellt.

Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 19 VwVG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar

2013 E. 4.2.3 *GT Z*; AUER in Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Art. 12 Rz. 17). Die Parteien sind grundsätzlich auch dann verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts in Verfahren, die sie selbst einleiten, mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG). Diese Mitwirkungspflicht ist allgemeiner Natur. Sie erstreckt sich auf alle Arten der Sachverhaltserhebung und damit auf sämtliche im VwVG erwähnten Beweismittel. Das Ausmass der Mitwirkungspflicht richtet sich nach der Zumutbarkeit und der Verhältnismässigkeit. Die Mitwirkungspflicht besteht auch dann, wenn sie sich zum Nachteil des Rechtsunterworfenen auswirkt (AUER/MÜLLER/SCHINDLER, a.a.O., Art. 13 Rz. 3 ff.). Im Tarifgenehmigungs- und anschliessenden Beschwerdeverfahren besteht eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Verfahrensbeteiligten, die über die erforderlichen Zahlen und Statistiken verfügen. Sind sie mit dem Entscheid der Vorinstanz nicht einverstanden, haben sie substantiiert auszuführen und zu belegen, von welchen Fakten die Gestaltung des Tarifs stattdessen ausgehen muss. Die Vorinstanz hat den massgeblichen Sachverhalt über die von den Parteien vorgelegte Berechnungsgrundlagen hinaus nur abzuklären, wenn konkrete Anhaltspunkte vermuten lassen, dass sie nicht zutreffen. Sie darf einseitig auf Berechnungen des einen Verhandlungspartners abstellen, wo der andere seine Mitwirkungspflicht verletzt und keine Zahlen vorgelegt hat (BGE 133 II 263 E. 5.4 *GT 4d*; BGE 2A.491/1998 vom 1. März 1999 in sic! 1999 S. 265 E. 2b *Tarif D*; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 E. 2.3 *Tarif A Fernsehen*; B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.3 *Tarif AS Radio*). Insbesondere bei Ansätzen, die über die gesetzlich festgelegten Regelsätze hinausgehen, obliegt den Verwertungsgesellschaften der Nachweis der Tatsachen, welche die Beurteilung der Angemessenheit ermöglichen (CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht/SIWR Bd. II/1, Basel 2006, S. 499). Auch die Vorinstanz hat Beweise frei zu würdigen und darf sich nicht zuvor an Vorgaben und Beweisversprechen binden. Eine vorgängige Beweisanordnung wäre darum nicht statthaft. Entgegen den Erwartungen der Beschwerdeführerin kann ihre Beweisführungslast nicht durch vorweggenommene Beweisregeln antizipiert oder auf die Vorinstanz verschoben werden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8240/2010 vom 27. Februar 2012 E. 2.4 *Aus der Region. Für die Region.*; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.124). Die Rüge erweist sich darum als unbegründet.

5.

5.1. Inhaltlich bezieht sich der Rechtsstreit auf die Frage der Angemessenheit der Tarifentschädigung für Leistungsschutzrechte von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern, die für das Senden, das Webcasting, das Einspeisen in Kabelnetzen oder das Zugänglichmachen von werbefinanzierten Radio- und Fernsehprogrammen verwendet werden, mit Ausnahme des Abonnementsradios und -fernsehens (Pay-Radio, Pay-TV) und der Programme der SRG.

5.2. Die Beschwerdeführerin hält mit ihrer Beschwerde nicht mehr am ursprünglichen Wortlaut von Ziff. 7.2 des strittigen Tarifs fest, wonach sich die Vergütungen für die Leistungsschutzrechte um 50 % erhöhen, sondern will sie für das Jahr 2011 um 10 %, für das Jahr 2012 um 20 % und für das Jahr 2013 um 30 % erhöhen. Ohne eine solche Erhöhung hält sie die genehmigte Vergütung für zu niedrig und damit für unangemessen. Sie begründet dies damit, dass der Werbekostenabzug von Ziff. 9 des Tarifs ohne ihre Zustimmung durch einen freiwilligen Kompromiss zwischen Urheberberechtigten und Nutzerverbänden entstanden sei. Der GT S verletze damit als einziger Urheberrechtstarif das Bruttoprinzip. Dieser Abzug sei unangemessen und deshalb für Leistungsschutzrechte durch Ziff. 7.2 auszugleichen. Überdies entsprächen immer mehr Radiostationen Formatradios, die mit einem hohen Musikanteil und wiederkehrenden Titeln, die sie sorgfältig für die avisierte Hörerschaft auswählten, eine erhöhte Hörerbindung erreichten. Diese werde auf dem Werbemarkt als Verkaufsargument eingesetzt, weshalb der Leistung der ausübenden Künstlerinnen und Künstler und der Tonträgerproduzenten ein erhöhter Stellenwert zukomme. Die Radiowerbung nehme den wichtigsten Platz auf dem Schweizer Werbemarkt ein, sodass die Inhaber der Leistungsschutzrechte an dieser gesteigerten Nutzung teilhaben sollten. Weiter seien im europäischen Vergleich die schweizerischen Sendevergütungen für Leistungsschutzrechte besonders niedrig. Die Schweiz sei jedoch staatsvertraglich verpflichtet, kollektiv verwertete Leistungsschutzrechte angemessen zu entschädigen.

5.3. Die Vorinstanz hält dem entgegen, Art. 60 Abs. 2 URG setze erstens ein verbindliches Verhältnis von 10 : 3 im Vergleich der Tarifvergütungen für Urheber- gegenüber jenen für Leistungsschutzrechte voraus und sehe zweitens eine zwingende Höchstgrenze von 3 % für Leistungsschutzrechte vor. Beides würde die verlangte Tarifiziffer 7.2 verletzen. Im europäischen Raum gebe es sowohl Länder mit höheren als auch solche mit tie-

feren Ansätzen als die Schweiz. Die Nichtgenehmigung von Ziff. 7.2 verletze kein Staatsvertragsrecht, da die Dreiprozentregel unter dem Vorbehalt des Anspruchs der Berechtigten auf ein angemessenes Entgelt stehe.

5.4. Die Beschwerdegegnerinnen 3, 5 und 6 wenden ein, der Zuschlag von Ziff. 7.2 sei inkohärent und systemwidrig. Zweck der Pflicht zum Abschluss Gemeinsamer Tarife sei, dass Nutzer für die gleiche Nutzung nicht unnötig mit einer Vielfalt von Tarifen konfrontiert würden. Dieser Zweck würde ausgehöhlt, wenn Urheber- und Leistungsschutzrechte unterschiedlich berechnet würden. Die Dreiprozentregel stelle einen politischen Entscheid dar, der nicht durch die Rechtsprechung abgeändert werden dürfe. Es gelte ein festes Verhältnis von 10:3 zwischen den Vergütungen für Urheberrechte und der Leistungsschutzrechte. Die Bemessung der Abgaben für Leistungsschutzrechte nach dem Ertrag entspreche einer Vergütung nach wirtschaftlichen Kriterien. Art. 60 Abs. 2 URG sei konventionskonform. Ein Nachweis, dass die Entgelte für Leistungsschutzrechte nicht angemessen seien, sei nicht erbracht worden. Es bestehe deshalb kein Anspruch auf Überschreitung der Dreiprozentregel für Leistungsschutzrechte.

6.

Als erstes ist das Argument der Einheitlichkeit Gemeinsamer Tarife zu prüfen. Für dieselbe Verwendungsweise von Werken oder Darbietungen ist ein einziger Tarif, und wenn mehrere Verwertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich zuständig sind, ein "Gemeinsamer Tarif" zu erlassen (Art. 47 Abs. 1 URG). Wie die Beschwerdegegnerinnen 3, 5 und 6 richtig darlegen, sind Gemeinsame Tarife nach einheitlichen Grundsätzen aufzustellen, wodurch unter anderem im Interesse der Nutzerinnen und Nutzer die Kosten und Aufwendungen der Abrechnung und des Inkassos beschränkt werden sollen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011, E. 6.1 *GT* 3c). Es kann im vorliegenden Fall allerdings offen bleiben, ob die teilweise unterschiedlichen Grundnormen und Nutzungsweisen der von der hier strittigen Tarifvorlage erfassten Urheber- und Leistungsschutzrechte trotz des Einheitlichkeitsgebots abweichende Berechnungsweisen im Tarif aus sachlichen Gründen rechtfertigen würden. Durch die strittige Tarifziffer 7.2 würde die Berechnungsweise für Urheber- und Leistungsschutzrechte aus Sicht der Nutzerinnen und Nutzer nämlich nicht verändert. So ist zum Beispiel der Werbekostenabzug unabhängig von einer Gutheissung oder Abweisung der vorliegenden Beschwerde für die Abrechnung der Urheber- wie jene

der Leistungsschutzrechte in gleicher Weise vom selben Ertragswert abzuziehen. Es macht keinen praktischen Unterschied für die Abrechnung der Nutzungsparameter und das Inkasso des Tarifs, ob zuletzt ein höherer oder niedrigerer Satz für die Vergütung der Leistungsschutzrechte berechnet wird. Der Einwand der Beschwerdegegnerinnen 3, 5 und 6 erweist sich deshalb als nicht stichhaltig.

7.

7.1. Die Beschwerdeführerin kritisiert weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, dass die Dreiprozentregel von Art. 60 Abs. 2 URG nur im Ausnahmefall überschritten werden dürfe und das Verhältnis zwischen Urheber- und Leistungsschutzrechten in jedem Fall 10:3 betragen müsse. Die Vorinstanz führt in E. 6a des angefochtenen Entscheids aus: "Dabei wird auch ein Überschreiten der 3-Prozent-Regel nach Art. 60 Abs. 2 URG in Kauf genommen", und in E. 6b: "...an die gesetzliche 3-Prozent-Grenze heranführen oder sie sogar überschreiten". Weiter unten wird nochmals darauf hingewiesen, dass die Entschädigung "die gesetzliche Höchstgrenze von drei Prozent übersteigt". Dies macht deutlich, dass sie davon ausgeht, dass die Regelsätze von Art. 60 Abs. 2 URG zumindest nicht systematisch überschritten werden dürfen.

7.2. In diesem Zusammenhang ist zunächst zwei Argumenten in E. 6b des angefochtenen Entscheids zu widersprechen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann die Beschwerdeführerin für eine neue Tarifgenehmigung nicht auf ihrer Zustimmung aus dem Jahr 1995 zum Werbekostenabzug in einem damaligen Tarif behaftet werden. Da dessen Laufzeit beendet ist, steht es ihr vielmehr frei, ihre Zustimmung im Hinblick auf einen neuen Tarif zu widerrufen. Als Folge davon hat die Vorinstanz die Vorlage der Beschwerdeführerin ebenfalls zu Unrecht an der ihrer Ansicht nach gesetzlich vorgegebenen Proportion zwischen Tarifvergütungen für Urheber- und Leistungsschutzrechte gemessen und die durch den Werbekostenabzug verminderte Vergütung für Urheberrechte als Bezugsgrösse für dieses Verhältnis bezeichnet. Selbst wenn Art. 60 Abs. 2 URG im Sinne einer solchen Proportionalität anwendbar wäre – vgl. dazu Ziff. 7.3 nachstehend –, dürfte der Beschwerdeführerin, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, die einvernehmliche Herabsetzung der Urheberrechtsvergütung durch die dafür zuständige Verwertungsgesellschaft unter der zugrundeliegenden Vertragsfiktion des Tarifgenehmigungsverfahrens (vgl. E.) nicht zur Last gelegt werden. Die Vorinstanz hat die Argumente der Beschwer-

deführerin zugunsten der strittigen Ziffer 7.2 daher zurecht auch materiell geprüft.

7.3. Das Bundesgericht geht davon aus, dass es sich bei den in Art. 60 Abs. 1 und 2 URG genannten Kriterien um verbindliche Vorgaben für die Vorinstanz und nicht um blosse Ermessensrichtlinien handle, die jedoch zum Teil sehr offen formuliert seien und bei ihrer Anwendung und Gewichtung einen grossen Beurteilungsspielraum liessen. Im Beschwerdeverfahren sei zu prüfen, ob diese von der Vorinstanz richtig ausgelegt und in ihrer Entscheidung berücksichtigt worden seien; dagegen sei die Prüfungsdichte einzuschränken, soweit es um die nur beschränkt justiziable Frage gehe, wie diese Faktoren im konkreten Fall zu gewichten seien und sich zahlenmässig auf den zu genehmigenden Tarif auswirkten. Im Ergebnis sei festzustellen, ob die Vorinstanz ihren Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht habe (BGE 133 II 263 E. 8.2 *GT 4d*; BGE 2A.142/1994 vom 24. März 1995 E. 2b *Leerkassetten*). Wenn es sich bei den Regelungen von Art. 60 Abs. 2 URG um verbindliche Kriterien handelt, ist die Vorinstanz somit nicht frei, die Regelhöchstsätze entgegen dem Wortlaut des Gesetzestextes als unüberwindliche Obergrenzen für die Leistungsschutzrechte auszulegen (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 499). Aufgrund des Vorbehalts der angemessenen Entschädigung dürfen die in Art. 60 Abs. 2 genannten Ansätze folglich auch im Regelfall überschritten werden, wenn sie so tief sind, dass sie unangemessen erscheinen (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60 Rz. 19; anderer Meinung BREM/SALVADÉ/WILD, Art. 60 Rz. 17, die dies nur ausnahmsweise zulassen wollen). Dies ist kohärent mit der teleologischen Auslegung, dass die mit kollektiver Verwertung erzielten Entgelte denjenigen zu entsprechen haben, die in einer freien Marktsituation ohne Bundesaufsicht erzielt werden könnten, und die Leistungsschutzberechtigten im Vergleich dazu nicht schlechter gestellt werden dürfen (E. 3.1.1 f.). Der Beschwerdeführerin ist somit zuzustimmen, dass die Ansätze von Art. 60 Abs. 2 URG keine Höchstwerte darstellen, die nur in einzelnen Ausnahmefällen überschritten werden können. Reichen die der Entscheidungsinstanz vorliegenden Beweise nicht aus, um mittels einer Vertragsfiktion den Marktwert von tariflich geregelten Leistungen zu quantifizieren, können die Regelhöchstsätze als Hilfsmittel oder Orientierungspunkte zur Festlegung eines Marktpreises dienen. Damit ist auch widerlegt, dass die urheberrechtlichen und leistungsschutzrechtlichen Vergütungen in einem festen Verhältnis von 10 : 3 stehen müssten, wie die Vorinstanz annimmt und die Beschwerdegegnerinnen 3, 5 und 6 geltend machen. Eine solche Annahme würde vielmehr den Grundsatz des angemessenen Entgelts ver-

letzen, weil die einzelnen Angemessenheitskriterien unter Umständen eine unterschiedliche Zumessung bei den Urheber- und Leistungsschutzrechten erfordern (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 60 Rz. 15 f.; vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60 Rz. 19 und REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 60 URG, Rz. 6 f.). Demzufolge dürfen die Inhaber von Leistungsschutzrechten auch von den Urhebern abweichende Tarifvorstellungen erbringen.

7.4. Die Verbindlichkeit der Vorbehalte von Art. 60 Abs. 2 verpflichtet die Vorinstanz, höhere Tarifvergütungen zu genehmigen, wenn sie sie in Würdigung der ihr vorliegenden Tatsachen und mit Blick auf den hypothetischen oder realen Marktwert der fraglichen Leistung als angemessen betrachtet. Dies gilt nicht nur bei neuen Tarifen, sondern auch bei der Verlängerung bestehender Tarife, wenn die Berechnungsweise verändert wurde oder die bisherigen Vergütungen aufgrund veränderter Marktverhältnisse zu falschen Ergebnissen führen würden.

7.5. Die Beschwerdeführerin erachtet die Regelhöchstsätze von Art. 60 Abs. 2 URG als unvereinbar mit dem Staatsvertragsrecht, insbesondere mit Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 WPPT.

7.5.1. Werden zu gewerblichen Zwecken veröffentlichte Tonträger unmittelbar oder mittelbar für eine Sendung oder öffentliche Wiedergabe benutzt, haben ausübende Künstler und Tonträgerhersteller Anspruch auf eine einzige angemessene Vergütung (Art. 15 Abs. 1 WPPT). Was unter einer einzigen angemessenen Vergütung zu verstehen ist, ist vom nationalen Gesetzgeber zu konkretisieren (JÖRG REINBOTHE/SILKE VON LEWINSKI, *The WIPO-Treaties 1996*, London 2002, Art. 15 WPPT, Rz. 14; vgl. auch MIHALY FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet, The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford 2002, Art. 15 WPPT, Rz. 15.01 ff.). Dabei herrscht ein Konsens darüber, dass die Häufigkeit und der Wert der Verwendung bei ihrer Bemessung zu beachten sind (REINBOTHE/VON LEWINSKI, a.a.O., Art. 15 Abs. 1 WPPT, Rz. 15). Obwohl der Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 WPPT sehr allgemein gefasst ist, genügt er den bundesgerichtlichen Kriterien für die direkte Anwendbarkeit (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 E. 3.2 *Tarif A Fernsehen*). Allerdings enthält Art. 60 Abs. 2 URG keine über Art. 15 WPPT hinausgehenden Vorschriften zur Angemessenheit, sondern konkretisiert sie, weshalb er mit dem Konventionsrecht vereinbar ist. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin

würde darum auch eine direkte Anwendung von Art. 15 Abs. 1 WPPT kein anderes Ergebnis bringen.

7.5.2. Nach Art. 16 Abs. 1 WPPT können die Vertragsparteien in ihren Rechtsvorschriften in Bezug auf den Schutz der ausübenden Künstler und der Hersteller von Tonträgern Beschränkungen und Ausnahmen gleicher Art vorsehen, wie sie in ihren Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit dem Schutz des Urheberrechts an Werken der Literatur und Kunst vorgesehen sind. Die Vertragsparteien begrenzen nach Art. 16 Abs. 2 WPPT die Beschränkungen und Ausnahmen in Bezug auf die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Verwertung der Darbietung oder des Tonträgers beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der ausübenden Künstler oder Tonträgerhersteller unzumutbar verletzen. Diese Beschränkungen und Ausnahmen im nationalen Recht messen sich am sogenannten Dreistufentest, der sich an den nationalen Gesetzgeber richtet (RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 215; MARTIN SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, in: GRUR International 2004 S. 205). Die erste Teststufe schliesst generalklauselartige Ausnahmebestimmungen aus. Es muss klar sein, welche Zielsetzung mit der Ausnahme oder Beschränkung verfolgt wird. Die zweite Teststufe verlangt eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeiten des Urheberrechts. Dabei bestimmt sich nach der Art des fraglichen Rechts und nach dem diesbezüglichen Absatzmarkt, was eine normale Verwertung ist. In der dritten Teststufe ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn vorzunehmen. Ein Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ist unzulässig, sofern er ihnen nicht zugemutet werden darf. Die Beeinträchtigung ist dann unzumutbar, wenn die Interessen Dritter diejenigen des Rechtsinhabers nicht zu überwiegen vermögen (BGE 133 III 473 E. 6 *Elektronischer Pressespiegel*; REINBOTHE/VON LEWINSKI, a.a.O., Art. 16 Abs. 2 WPPT, Rz. 19 ff.). Der Dreistufentest bildet somit vor allem eine Schranke für harte Kriterien in der nationalen Gesetzgebung, welche die Unangemessenheit einer Regelung bewirken. Da sich Art. 16 WPPT somit primär an den Gesetzgeber richtet, ist er nicht direkt anwendbar und kann die Beschwerdeführerin für sich nichts daraus ableiten.

7.5.3. Art. 60 Abs. 2 URG enthält weder generalklauselartige Bestimmungen, noch wird der sachliche Umfang der Rechte bestimmt. Somit bleibt nur die dritte Stufe des Dreistufentests relevant. Art. 60 Abs. 2 URG enthält allerdings keine starren Höchstwerte für die Entschädigung, sondern

Regelhöchstwerte, die durch den Zusatz "in der Regel" sowie den Vorbehalt des angemessenen Entgelts relativiert werden (vgl. E. 7.2). Es ist deshalb ohne Weiteres möglich, Art. 60 Abs. 2 URG konventionskonform auszulegen. Eine direkte Berufung auf Art. 16 WPPT ist aufgrund der fehlenden direkten Anwendbarkeit ausgeschlossen.

7.6. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass Art. 60 Abs. 2 URG konventionskonform ausgelegt werden kann und der Genehmigung eines Tarifs mit Vergütungen, die angemessen sind und 3 % bzw. 10 % übersteigen, nicht entgegensteht.

8.

8.1. Die Beschwerdeführerin erachtet die Höhe der Entschädigungen des strittigen Tarifs als unangemessen tief. Sie begründet dies mit einem erhöhten Stellenwert der Musik, einer überragenden Stellung der ausführenden Künstler und mehrheitlich höheren Entschädigungen im europäischen Umfeld (E. 5.2). Die Vorinstanz hat die Angemessenheit, namentlich auch mit Bezug auf die Verhältnisse im Ausland, materiell geprüft und sich inhaltlich damit auseinandergesetzt, weshalb das Bundesverwaltungsgericht den angefochtenen Entscheid auch in dieser Hinsicht überprüfen kann (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Januar 2012, B-1769/2010 E. 2.2 *Tarif A Fernsehen*).

8.2. Angemessen ist ein Tarif, wenn er nicht erheblich von einer Regelung abweicht, die sich unter Wettbewerbsbedingungen ergäbe, wenn sich alle davon Betroffenen einigen könnten (vgl. E. 3.1.2 hiervor; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 493; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, a.a.O., Art. 60 Rz. 1 ff.). Die Angemessenheit des Aufbaus der Bestimmungen ist ebenso am Verhältnis der Tarifvergütung zu den Gesamteinnahmen oder hilfsweise zum Aufwand (vgl. Art. 60 Abs. 1 und 2 URG) wie an der sachlichen Begründung der Bemessungsgrundlagen zu messen, die praktischen Schwierigkeiten bei der Kontrolle der Werknutzung Rechnung tragen müssen (BGE 125 III 143 E. 4a-b *Kopiervergütungen*). Dabei sind allerdings auch die Interessen der Werkschaffenden, der Inhaber der Leistungsschutzrechte und der Nutzer zu berücksichtigen, deren Ausgleich die Regeln des Urheberrechts dienen (vgl. HILTY, a.a.O., Rz. 36 ff.). Eine Umverteilung der Belastung und selbst eine allgemeine Tariferhöhung können angemessen sein, wenn die bisher entrichteten Entschädigungen zu tief waren, die Bemessungskriterien einzelne Nutzer benachteiligten oder eine Umstellung der Berechnung sich in anderer Weise rechtfertigt

(Urteil des Bundesgerichts 2A.491/1998 vom 1. März 1999 in sic! 1999 S. 267 E. 4b/aa *Tarif D*). Im Rahmen der Angemessenheit des Tarifs sind auch die Höhe und Bemessungsweise der Tarifvergütung zu prüfen. Art. 60 URG bezweckt, Urheber- und Nachbarberechtigte proportional am Ertrag ihres geschützten Beitrags partizipieren zu lassen, ohne begründete Unterschiede in der Gewichtung damit auszuschliessen (Urteil des Bundesgerichts 2A.491/1998 vom 1. März 1999 in sic! 1999 S. 267 E. 3b/bb und 4b/aa *Tarif D*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 5.4 *GT Z*).

8.3. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin lässt sich der wirtschaftliche Wert einer Leistung nicht nur durch die Preisbildung in nicht regulierten Märkten ermitteln, deren Vergleichszahlen möglicherweise schwierig zu erheben sind. In solchen Fällen ist vielmehr mit einer Marktfiktion zu operieren (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 493 mit weiteren Hinweisen). Dabei hat die Vorinstanz aufgrund von Indizien und pflichtgemäsem Ermessen, mit Hinblick auf Gewinne und Nachfrage im betreffenden Markt festzulegen, wie hoch die Marktpreise ohne kollektive Verwertung wären und in welcher Bandbreite sie demzufolge berechnet werden können. Mit anderen Worten misst sich die Angemessenheit eines Tarifs an einem hypothetischen oder realen Marktwert, indem die Tarifeinkünfte mit den Einkünften verglichen werden, die bei individueller Verwertung derselben Rechte auf dem Schweizer Markt erzielt werden oder erzielt werden könnten, wobei der Lebensstandard oder der internationale Vergleich nur insoweit berücksichtigt werden, als sie die Schweizer Marktpreise zu beeinflussen vermögen (vgl. die in E. 3.1.2 genannten Beispiele).

8.4. Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, können die im Ausland bezahlten Entschädigungen höchstens als Indizien für den Schweizer Marktwert von Leistungsschutzrechten dienen. Zwar ist ein Vergleich damit nicht grundsätzlich unzulässig, doch sind sowohl preisliche wie rechtliche internationale Vergleiche im Urheberrecht wenig hilfreich; zumal es der Schweiz freigestellt ist, wie sie ihren staatsvertraglichen Verpflichtungen nachkommt (BGE 133 II 263 E. 7.3.3. und E. 8.2 *GT 4d*; Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995 E. 11d und e *Leerkassetten*). Einem Auslandsvergleich kommt unter diesen Umständen nur geringe Relevanz zu.

8.5. Zur Glaubhaftmachung der Unangemessenheit der Ansätze für Leistungsschutzrechte hat die Beschwerdeführerin eingehende Ausführungen

zum Stellenwert von Formatradios vorgebracht und vier Gutachten sowie acht weitere Beilagen als Beweismittel ins Recht gelegt.

8.6. Die Beschwerdeführerin macht einen engen Zusammenhang zwischen dem Stellenwert der Musik und den Werbeeinnahmen von Formatradios geltend. Aufgrund dieses Zusammenhangs komme der Leistung der ausführenden Künstlern und Produzenten eine erhöhte Signifikanz zu, weshalb diese ungenügend entschädigt werde. Der hohe Stellenwert der Musik, der sich durch den Prozentanteil gespielter Musik quantifizieren lässt, dient im strittigen Tarif allerdings bereits als Berechnungsgrundlage für die Entschädigung (Ziff. 13.1 GT S). Auch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte indirekte Kausalität zu den Werbeeinnahmen ist im strittigen Tarif bereits dahingehend enthalten, als die Leistungsschutzrechte einen Prozentsatz davon darstellen. Es besteht somit bereits in der von der Vorinstanz genehmigten Fassung des GT S eine Proportionalität zwischen der geschützten Leistung und den damit erzielten Werbeeinnahmen. Ein darüber hinaus gehender Mehrwert müsste durch Quantifizierung eines erhöhten hypothetischen oder realen Marktwerts glaubhaft gemacht werden.

Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung darauf, dass Leistungsschutzrechte im früheren, nichtregulierten schweizerischen Sendemarkt zwar höher entschädigt worden seien, was sie im angefochtenen Entscheid berücksichtigt habe, sich aus Werbeeinnahmen von Sendern und Auslandsvergleichen aber kein beweiskräftiger Schluss für ein höheres, heutiges Entschädigungsniveau ziehen lasse, so dass die begehrte Regel die ihrer Ansicht nach geltende Höchstgrenze von 3 % und das gesetzliche 10:3-Verhältnis zu den Urheberrechtsvergütungen verletzen würde.

8.6.1. Das Gutachten GERVAIS kommt zum Ergebnis, dass eine Hierarchisierung von Urheber- und Leistungsschutzrechten unzulässig sei. Neue Musikstile wie Hip Hop oder afrikanische Musik, die ohne Noten auskommen, würden die traditionelle Aufteilung in Urheber- und Leistungsschutzrechte in Frage stellen. Dem intrinsischen Wert der Leistungsschutzrechte werde mit der bestehenden Regelung nicht Rechnung getragen. Den ausübenden Künstlern und Produzenten komme in internationalen Vereinbarungen kein geringerer Stellenwert als den Urhebern zu. Um den Kriterien des Dreistufentests von Art. 16 WPPT zu genügen, müsse den Marktrealitäten und dem Wert der Beiträge Rechnung getragen werden. Die Regelung von Art. 60 Abs. 2 URG bestehe diesen Test jedoch nicht. Ein festes Verhältnis von 3:1 zwischen Urheber- und Leis-

tungsschutzrechten sei kaum zu rechtfertigen, vielmehr seien die Beiträge der ausübenden Künstler und Produzenten gleichwertig mit denjenigen der Urheber. Für die kollektive Verwertung sei in einem ersten Schritt der Gesamtwert der Musikknutzung zu ermitteln und in einem zweiten Schritt die Verteilung zwischen den Urheber- und Leistungsschutzberechtigten vorzunehmen (DANIEL GERVAIS, *Compatibilité de l'article 60 de la Loi suisse sur le droit d'auteur avec les conventions internationales* [hiernach: Gutachten GERVAIS], Oktober 2010). Allerdings enthält dieses Gutachten keine harten Kriterien, aufgrund derer klar festgestellt werden könnte, dass die Regelungen des GT S unangemessen seien. Es gibt keinen Vergleich der strittigen Regelung mit Erlösen, die aufgrund von individueller Nutzung derselben Rechte auf dem Schweizer Markt erzielt werden könnten. Die anvisierte Nivellierung von Urheber- und Leistungsschutzrechten entspricht einem politischen Forderungskatalog, ohne Argumente dafür zu liefern, warum die strittige Regelung unangemessen sei.

8.6.2. Das Gutachten LINDNER beschäftigt sich primär mit der europarechtlichen Vereinbarkeit der Dreiprozentregel (BRIGITTE LINDNER, *Kurzgutachten, Europarechtliche Zulässigkeit der 3 %-Regel im liechtensteinischen Urheberrecht vom 10. Juni 2010* [hiernach: Gutachten LINDNER]). Die Schweiz ist, im Gegensatz zum Fürstentum Liechtenstein, nicht Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraums, weshalb die Vereinbarkeit mit dem Europarecht grundsätzlich keinen Einfluss auf die Zulässigkeit der Dreiprozentregel in der Schweiz hat. Selbst wenn diese vorliegend von Belang wäre, bildeten die in der Richtlinie 2006/115/EG festgelegten Merkmale des wirtschaftlichen Werts der Nutzung und des angemessenen Verhältnisses zwischen Kreativen und Nutzern keine harten Kriterien, aufgrund derer die Unangemessenheit der angefochtenen Regelungen festgestellt werden könnten.

8.6.3. Das Gutachten GROSSENBACHER (RENÉ GROSSENBACHER, *Lokalradios in der Schweiz – ein Modell hat sich überlebt, Media Perspektiven 5/98*) wurde vor 15 Jahren erstellt und dürfte kein aktuelles Abbild der Schweizer Medienwelt mehr vermitteln. Auch dieses Gutachten zeigt nicht auf, inwiefern der Interpret bei individueller Verwertung der Rechte auf dem Schweizer Markt mehr Einkommen erzielt hätte. Es ist deshalb von geringem Beweiswert.

8.6.4. Das Gutachten über die Tarife für Leistungsschutzrechte in 12 Ländern (YVONNE BURCKHARDT, *Tarife für Leistungsschutzrechte bei Nutzung*

von im Handel erhältlichen Tonträgern durch kommerzielle Radio- und Fernsehunternehmen; Vergleich unter 12 europäischen Ländern, 15. Oktober 2010) ist das Resultat einer Umfrage bei nationalen Verwertungsgesellschaften. Demzufolge sind die vergleichbaren Abgaben in vielen Ländern höher als in der Schweiz. Bereits eine oberflächliche Überprüfung der Tarife für Deutschland zeigt, dass hier ein Ansatz von 5.58 % gilt, während der massgebliche Tarif vom 17. Juni 2004 für die Verwendung erschiebener Tonträger in privaten Hörfunkprogrammen (https://www.gvl.de/pdf/1_hoerfunkprogramme.pdf, besucht am 25. April 2013) zwei unterschiedliche Ansätze von 2.79 % und 5.58 % enthält. Weiter ist die Bevölkerungszahl der Niederlande mit 6.6 Mio. Einwohnern angegeben, obwohl das holländische Statistikbüro per Ende 2009 rund 16.5 Mio. Einwohner nennt (<http://statline.cbs.nl> > figures > figures by theme > population > population, besucht am 18. April 2013) oder Spanien mit 40.5 Mio., während andere Quellen 46.9 Mio. Einwohner für das Jahr 2009 angeben (http://en.wikipedia.org/wiki/Demographics_of_Spain, besucht am 18. April 2013). Bei den jährlichen Gesamteinnahmen für die Nutzung von Handelstonträgern durch kommerzielle Radiosender wurde im Feld "Belgien" notiert, dass auch die Vergütungen der öffentlichen Sender inbegriffen seien, wobei unklar bleibt, ob dies nur für Belgien oder für sämtliche Länder der Tabelle gilt. Vereinzelt wurden ersatzweise Vorjahreszahlen eingesetzt (zum Beispiel TV Deutschland von 2008). Weiter ist eine Abstimmung der verwendeten Zahlen mit den publizierten Zahlen der Verwertungsgesellschaften nicht möglich. Schliesslich ist aufgrund der vielen Parameter, die zu den aufgeführten Zahlen führen, sowie der vereinzelt unterschiedlichen Bemessungsjahre schwierig festzustellen, ob die Zahlen vergleichbar sind und ob die grossen Bandbreiten gewisser Länder ausgenutzt werden. Zudem sind die Zahlen von 2009 nicht besonders aussagekräftig, denn das Tarifaufkommen durch den GT S erhöhte sich von Fr. 1.8 Mio. im Jahre 2009 auf je rund Fr. 2.2 Mio. in den Jahren 2010 und 2011 (Swissperform Jahresberichte 2009, 2010 und 2011, Tarifeinnahmen GT S Radio + GT S TV). Aufgrund dieser festgestellten Unzulänglichkeiten bleibt der Beweiswert auch dieses Gutachtens gering, insbesondere als die im Ausland bezahlten Entschädigungen für die Bestimmung des Schweizer Marktwerts von Leistungsschutzrechten nur peripher relevant sein können (E. 8.4).

8.6.5. Das Schreiben von DR. GIANLUIGI CHIODAROLI vergleicht lediglich das Tarifaufkommen Italiens mit demjenigen des europäischen Auslands, wobei seine Zahlen nicht mit denjenigen des Gutachtens BURCKHARDT übereinstimmen und unklar bleibt, welche Rechte sie enthalten.

8.6.6. Auch das Schreiben der Europäischen Kommission enthält keine Angaben zur Angemessenheit, da es lediglich über die Einleitung eines Verfahrens wegen Verletzung der Richtlinie 92/100/EWG über das Vermieten und Verleihen von urheberrechtlich geschützten Werken und Gegenständen der verwandten Schutzrechte informiert.

8.6.7. Aus dem Beschluss vom 21. Juni 2011 betreffend den Gemeinsamen Tarif S des Liechtensteinischen Amtes für Handel und Transport lässt sich nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten, genauso wenig wie aus dem GT S Fürstentum Liechtenstein 2011-2013.

8.6.8. Unklar bleibt sodann, was die Beschwerdeführerin aus den ins Recht gelegten Anteilen geschützter Tonträger der Privatradios (insbesondere der Beschwerdegegnerinnen 4 bis 6) zu ihren Gunsten ableiten will, wird doch, wie die Beschwerdegegnerinnen 3, 5 und 6 zu Recht einwenden, im angefochtenen Tarif explizit auf diese Anteile geschützter Musik zur Bemessung der Abgaben (Ziff. 13.1 GT S) abgestellt.

8.6.9. Weiter stützt sich die Beschwerdeführerin auf eine Zusammenfassung des Medienforschungsprojekts von FRANK HÄNECKE "Einheimische Musik in den Schweizer Radioprogrammen". Dieser Bericht ist über 16 Jahre alt und nicht geeignet, die aktuellen Marktverhältnisse wiederzugeben. Er wäre selbst in einer aktuellen Fassung von geringem Beweiswert, da sich die Entschädigungen für Leistungsschutzrechte nicht auf einheimische Rechteinhaber beschränken.

8.6.10. Der Auszug aus den Jahresrechnungen 2009 konzessionierter Veranstalter des BAKOM enthält Angaben über das Verhältnis von Aufwand, Werbeeinnahmen und Ertrag der privaten Radiostationen. Da die effektiv für den GT S abgerechneten Netto-Werbeeinnahmen nicht aufgeführt sind, können diese Aufstellungen keinen Aufschluss darüber geben, in welchem Umfang die maximale Abzugsquote für Werbeaufwand von 40 % ausgeschöpft wird und damit das Tarifaufkommen für Leistungsschutzrechte beeinträchtigt. Weiter zeigt eine Analyse der ins Recht gelegten Zahlen, dass die privaten Radio- und Fernsehstationen grösstenteils Verluste einbringen, weshalb sie wenig Aufschluss über die erzielbaren marktüblichen Entschädigungen geben. Auch eine Analyse der Folgejahre 2010 und 2011 ergibt kein anderes Resultat (<http://www.bakom.admin.ch> > Radio und Fernsehen > Infos über Programmveranstalter > Kennzahlen, besucht am 24. April 2013).

8.6.11. Die Brutto-Tarifeinnahmen 2009 im Vergleich mit dem Vorjahr zeigen die Einnahmen pro Tarif und Inkassostelle detailliert auf. Sie betragen für den GT S Radio und Fernsehen insgesamt Fr. 1'822'237.–. Diese Zahl ist wenig aussagekräftig, da sich das Tarifaufkommen auf Fr. 2'196'344.– im Jahr 2010 und Fr. 2'200'578.– für 2011 erhöhte (vgl. E. 8.6.4).

8.6.12. Schliesslich liegt ein Schreiben des Preisüberwachers vom 6. Dezember 2000 vor, in welchem eine einvernehmliche Regelung zwischen IFPI/SIG und den Privatradios betreffend der Nutzung der Rechte gemäss Art. 33 und 36 URG bestätigt wird. Aus diesem Schreiben kann ebenfalls nichts zur Angemessenheit des strittigen Tarifs abgeleitet werden.

8.7. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass weder aufgrund der im Tarifgenehmigungsverfahren noch der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Belege glaubhaft gemacht worden ist, dass der bestehende Wortlaut des strittigen Tarifs unangemessen sei. Auch die Nachweise zum Stellenwert der Musik in Privatradios sind nicht geeignet, insbesondere aufgrund der im GT S bereits vorgesehenen Berücksichtigung des Anteils gespielter Musik, die Unangemessenheit der Entschädigung für Leistungsschutzrechte glaubhaft zu machen. Ein aussagekräftiger Vergleich mit dem hypothetischen Marktwert der strittigen Beiträge kann aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht gemacht werden; sämtliche Stellungnahmen vermögen nicht aufzuzeigen, dass bei individueller Verwertung der Rechte auf dem Schweizer Markt mehr Einkommen für Interpreten erzielt würde.

9.

9.1. Auch wenn die Vorinstanz Art. 60 Abs. 2 URG somit zu Unrecht im Sinne von fixen Höchstsätzen angewendet hat, hat die Beschwerdeführerin die Unangemessenheit der bestehenden Regelung nicht glaubhaft gemacht. Auch in Würdigung der Gutachten LINDNER und GERVAIS sowie der nachträglich eingereichten Belege liegen keine hinreichenden Beweismittel zur Marktsituation in der Schweiz vor. Die Beschwerde ist darum abzuweisen.

9.2. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs.

4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die vorliegende Streitsache ist vermögensrechtlicher Natur (BGE 135 II 182 E. 3.2 "GT 3c"). Vor Bundesverwaltungsgericht ist ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Dafür ist vorliegend auf das Vermögensinteresse der Beschwerdeführerin während der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2013 abzustellen. Die Beschwerdeführerin macht einen Streitwert von Fr. 1'000'000.– geltend. Angesichts der komplexen Fragestellungen sowie Umfang und Schwierigkeit der Streitsache sind die Verfahrenskosten somit auf Fr. 14'000.– festzulegen.

9.3. Die unterliegende Beschwerdeführerin hat der obsiegenden Partei für die aus dem Verfahren erwachsenen, notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zu erstatten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Nachdem die Beschwerdegegnerinnen 3, 5 und 6, die sich als einzige Beschwerdegegnerinnen am Verfahren beteiligt haben, nicht anwaltlich vertreten waren und auch keine Aufstellung ihrer Auslagen eingereicht haben, haben sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 8 Abs. 1 VGKE; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 9.3 GT Z).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen und der Beschluss der Vorinstanz vom 4. November 2010 bestätigt.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 14'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 14'000.– verrechnet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Verfahrensbeteiligte (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Beat Lenel

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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: 4. Juli 2013