



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
[www.bundesverwaltungsgericht.ch](http://www.bundesverwaltungsgericht.ch)

**Geschäfts-Nr. B-3599/2019**  
kat/bju/lse

## **Zwischenverfügung vom 10. September 2019**

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**Bibliosuisse,**

Bleichmattstrasse 42, 5000 Aarau,  
vertreten durch Nicole Emmenegger, Rechtsanwältin,  
Markwalder Emmenegger,  
Thunstrasse 82, Postfach 1009, 3000 Bern 6,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**1. SUISA,**

**Genossenschaft für Urheber und Verleger von Musik,**  
Bellariastrasse 82, Postfach 782, 8038 Zürich,

**2. Société Suisse des Auteurs SSA,**

Rue centrale 12/14, Case postale 7463, 1002 Lausanne,

**3. SUISSIMAGE,**

**Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte  
an audiovisuellen Werken,**

Neuengasse 23, Postfach, 3001 Bern,

**4. SWISSPERFORM,**

**Gesellschaft für Leistungsschutzrechte,**

Kasernenstrasse 23, 8004 Zürich,

alle handelnd durch

**5. ProLitteris,**  
**Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur**  
**und bildende Kunst, Genossenschaft,**  
Universitätsstrasse 100, Postfach 205, 8024 Zürich,  
Beschwerdegegnerinnen,

**Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung**  
**von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten,**  
Schwanengasse 2, 3003 Bern,  
Vorinstanz,

---

Gegenstand

GT 5 (Vermieten von Werkexemplaren),

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

Mit Beschluss vom 10. Dezember 2018, versandt am 11. Juni 2019, genehmigte die Vorinstanz den Gemeinsamen Tarif 5 (GT 5 2019-2021) Vermieten von Werkexemplaren mit Änderungen in den Ziffern 1.4, 4.1 lit. d und 5.1.2.

**B.**

Mit Eingabe vom 12. Juli 2019 verlangt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des genannten Beschlusses sowie die Genehmigung desselben mit der von ihr vorgeschlagenen Änderungen. Eventualiter sei der GT 5 an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Weisung, Pauschalgebühren (Einschreibengebühren, Mitgliedschaften), die nicht pro Mietvorgang erhoben werden, vom Tarif auszunehmen. Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, für die Streichung von Ziff. 1.4 in der Fassung des GT 5 (2018) fehle eine gesetzliche Grundlage.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht sie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Rechtsbegehren Nr. 3) und beantragt im Eventualstandpunkt die vorsorgliche Anordnung von Rechtsbegehren Nr. 1 (Rechtsbegehren Nr. 4). Die genannten Begehren um vorsorgliche Massnahmen seien superprovisorisch ohne Anhörung der Beschwerdegegnerinnen zu gewähren (Rechtsbegehren Nr. 5).

**C.**

Mit Zwischenverfügung vom 19. Juli 2019 wies der zuständige Instruktionsrichter die Begehren um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie superprovisorische Anordnung von Rechtsbegehren Nr. 1 ab. Sodann forderte er die Beschwerdegegnerinnen sowie die Vorinstanz auf, sich zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen (Rechtsbegehren Nr. 3 und 4) zu äussern.

**D.**

Die Beschwerdegegnerinnen reichten – gestützt auf Ziff. 3.1 GT 5 handelnd durch ProLitteris – mit Datum vom 31. Juli 2019 eine gemeinsame Stellungnahme ein. Sie beantragen die Abweisung der Rechtsbegehren Nr. 3 und 4 der Beschwerdeführerin sowie den Verzicht auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Im Eventualstandpunkt ersuchen sie um provisorische Inkraftsetzung des neuen Tarifs, soweit dieser unbestritten sei, was Rechtsbegehren Nr. 4 der Beschwerdeführerin entspricht.

**E.**

Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 15. August 2019 auf eine Stellungnahme.

**F.**

Mit Stellungnahme vom 4. September 2019 hielt die Beschwerdeführerin an ihren Begehren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Rechtsbegehren Nr. 3 und 4) fest.

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

Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz haben nur aufschiebende Wirkung, wenn der instruierende Richter dies anordnet (Art. 74 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1] in Verbindung mit Art. 55 Abs. 5 VwVG). Beim Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sind die auf dem Spiel stehenden, öffentlichen und privaten Interessen an einer vorläufigen Vollstreckung der angefochtenen Regelung abzuwägen (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenverfügung im Verfahren des BVGer B-5587/2015 vom 12. Oktober 2015 E. 2.1, abrufbar auf Swisslex; je m.H.). Der Instruktionsrichter hat gestützt auf eine summarische und vorläufige Prüfung des Verfahrensstoffes zu entscheiden, ohne darüberhinausgehende, zeitraubende Erhebungen anzustellen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 3.27). Der durch den Endentscheid zu regelnde Zustand soll dadurch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache fallen nur ins Gewicht, wenn sie eindeutig sind (BGE 130 II 149 E. 2.2 m.H.).

**2.**

Der angefochtene Tarif GT 5 (2019-2021) unterscheidet sich vom GT 5 (2018) insbesondere durch die Streichung der ehemaligen Ziff. 1.4, infolgedessen neu auch auf Einschreibebühren, Mitgliedsbeiträgen, Abonnementen und ähnlichen Pauschalzahlungen von Bibliotheken eine Vergütung geschuldet wird. Die Frage, ob für die erwähnte Erweiterung der Tarifbasis eine gesetzliche Grundlage besteht, bedarf einer eingehenden

Prüfung. Da zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine eindeutige Erfolgsprognose gestellt werden kann und sich die Beschwerde daher nicht als offensichtlich begründet oder unbegründet erweist, sind zur Beurteilung der aufschiebenden Wirkung die sich entgegenstehenden Interessen zu gewichten (vgl. Zwischenverfügung BVGer B-5587/2015 E. 4, abrufbar auf Swisslex).

### **3.**

Der im vorinstanzlichen Beschluss vom 10. Dezember 2018 genehmigte GT 5 (2019-2021) ist derzeit in Kraft (vgl. Dispositivziffer 2 des angefochtenen Beschlusses). Die Beschwerdeführerin möchte mit ihrem Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Rechtsbegehren Nr. 3) erreichen, dass die Rechtswirkung des GT 5 (2019-2021) aufgeschoben wird und es zu keiner vorsorglichen Tariferhebung gestützt auf den neuen Tarif kommt.

**3.1.** Zur Begründung ihres Antrags bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, die provisorische Inkraftsetzung des neuen Tarifs führe zu einem grossen Verwaltungs- und Kostenmehraufwand für die Beschwerdeführerin und die Bibliotheken (Unklarheiten betreffend Inkasso, Information und Beratung der Bibliotheken, Abrechnungsprobleme; vgl. Beschwerdeschrift Ziff. 70 ff. sowie Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 4. September 2019, auch zum Folgenden). Weiter sei eine vorsorgliche Tariferhebung unzumutbar, da Unsicherheiten über die Rechtsgrundlage des Tarifs bestünden. Zudem würden die Nutzer durch eine provisorische Tariferhebung zu stark belastet, da der beanstandete Beschluss die Tarifbasis stark erweitere. Weiter sei ein öffentliches Interesse an der provisorischen Tariferhebung zu verneinen, da die Vergütungen ohnehin nicht an die Beteiligten weitergeleitet werden könnten. Schliesslich könne eine vorsorgliche Tariferhebung zu einer unerwünschten Parallelprüfung der Tarife durch den Zivilrichter führen.

**3.2.** Die Beschwerdegegnerinnen halten dem entgegen, die provisorische Inkraftsetzung des neuen Tarifs hätte keinen wesentlichen Zusatzaufwand zur Folge, sodass sich auch das Meldeformular für Bibliotheken entsprechend einfach ausgestalten lasse. Weiter würde eine von Beginn an korrekte Berechnung die Regelung der Vergütungen nach dem Beschwerdeverfahren vereinfachen. Die Bibliotheken müssten ohnehin Meldung für die GT 8 und 9 machen, die in einem Formular mit dem GT 5 erfolge. Die sofortige Inkraftsetzung des neuen Tarifs sei auch für die Bibliotheken ein-

facher, da sie sonst – im Hinblick auf allfällige zukünftige Nachzahlungen – Rückstellungen bilden müssten, deren Berechnung schwierig wäre.

#### 4.

Das Interesse der Beschwerdeführerin, während der Dauer des Beschwerdeverfahrens faktisch nach dem alten Tarif Vergütungen zu bezahlen, ist abzuwägen gegen das Interesse der Beschwerdegegnerinnen an der Nichterteilung der ersuchten aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, und damit der sofortigen Inkraftsetzung des neuen Tarifs.

**4.1.** Auf Grundlage einer summarischen Prüfung der Akten erscheint der im Zusammenhang mit der Anwendung des neuen Tarifs geltend gemachte zusätzliche Verwaltungs- und Kostenmehraufwand für die Beschwerdeführerin und die Bibliotheken beträchtlich, jedoch insgesamt als vertretbar. Im Wesentlichen müssten die Bibliotheken im entsprechenden Meldeformular neu Zusatzfragen im Zusammenhang mit der Erhebung von allgemeinen Pauschalzahlungen beantworten; die Beschwerdeführerin müsste ihnen dabei beratend zur Seite stehen. Der geltend gemachten hohen tariflichen Belastung der Nutzer wird durch die stufenweise Inkraftsetzung des neuen Tarifs Rechnung getragen (vgl. Ziff. 4.1 lit. d GT 5 [2019-2021] bzw. Dispositivziffer 1.2 des vorinstanzlichen Beschlusses).

Weiter ist davon auszugehen, dass die Bibliotheken finanziell eher stärker belastet würden, wenn die Beschwerdegegnerinnen – im Falle eines Ob-siegens – rückwirkend aufgelaufene Forderungen auf Nachzahlung gestützt auf den Folgetarif stellen würden (vgl. Zwischenverfügung BVGer B-5587/2015 E. 5, abrufbar auf Swisslex). Eine von Beginn an korrekte Berechnung der Vergütungen erscheint vor diesem Hintergrund zielführend. Sie würde – im Falle der Gutheissung der Beschwerde – auch allfällige Rückzahlungen bereits erfolgter Vergütungen vereinfachen. Auch müssten die Bibliotheken so keine Rückstellungen bilden, deren Höhe – angesichts der Änderungen in der Tarifbasis – jedenfalls schwer zu bestimmen wäre. Weiter kann der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach eine provisorische Tariferhebung bei Unsicherheiten über Zulässigkeit, Rechtsgrundlage und Höhe eines Tarifs grundsätzlich zu verneinen sei, nicht gefolgt werden. Sie ergibt sich so auch nicht aus der von ihr zitierten Rechtsprechung, in der es – anders als im vorliegenden Fall – um die Frage der rückwirkenden Inkraftsetzung des Tarifs ging. Sollte es tatsächlich zu einer parallelen Prüfung durch den Zivilrichter kommen, wäre diese in Kauf zu nehmen.

Weitere gewichtige Interessen zu Gunsten der Beschwerdeführerin sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht. Da die Interessenabwägung nicht eindeutig zu Gunsten der einen oder anderen Partei ausfällt, ist auf die gesetzliche Lösung von Art. 74 Abs. 2 URG zurückzugreifen (vgl. Zwischenverfügung BVGer B-5587/2015 E. 5, abrufbar auf Swisslex). Demnach wird die Rechtswirkung des GT 5 (2019-2021) nicht aufgeschoben.

**4.2.** Im Ergebnis ist das Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Rechtsbegehren Nr. 3) abzuweisen.

## **5.**

**5.1.** Weiter beantragt die Beschwerdeführerin eventualiter im Rahmen von Rechtsbegehren Nr. 4 die vorsorgliche Anordnung von Rechtsbegehren Nr. 1, d.h. die provisorische Inkraftsetzung von GT 5 (2019-2021), soweit dieser unbestritten ist, was materiell der Fortführung des bisherigen Tarifs GT 5 (2018) entsprechen würde. Die Beschwerdegegnerinnen schlossen sich diesem Eventualantrag in ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 31. Juli 2019 im Eventualstandpunkt an.

Zur Begründung ihres Antrags bringt die Beschwerdeführerin vor, die Handhabung des bisherigen Tarifs wäre klar und würde zu keinen Problemen führen. Zudem würde so – im Sinne von Art. 74 Abs. 2 URG – ein tarifloser Zustand vermieden.

Die Beschwerdegegnerinnen begründen ihren Eventualantrag ebenfalls mit der Vermeidung eines tariflosen Zustands. Zudem könne das unbestrittene Melde- und Einschätzungsverfahren in Ziff. 5 GT 5 (2019-2021) bereits zum Einsatz kommen.

**5.2.** Nach Art. 56 VwVG kann der Instruktionsrichter von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen anordnen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen zu schützen. Vorsorgliche Massnahmen müssen durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse begründet sein und das Verhältnismässigkeitsprinzip beachten. Zudem muss es sich als nötig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.32).

**5.3.** Allein aus dem Umstand, dass die Handhabung des bisherigen GT 5 (2018) klar ist, lässt sich vorliegend – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – keine Notwendigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen zur Erhaltung des bestehenden Zustands ableiten. Die mit der Anwendung des neuen Tarifs geltend gemachten Probleme (Verwaltungsaufwand, finanzielle Belastung der Bibliotheken, Abrechnungsprobleme; vgl. hierzu vorn E. 4) sind – nach einer summarischen Prüfung der Aktenlage – nicht so beschaffen, dass sie die Anordnung vorsorglicher Massnahmen notwendig erscheinen lassen würden. Im Übrigen kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wirkung verwiesen werden.

**5.4.** Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf vorsorgliche Anordnung von Rechtsbegehren Nr. 1 in der Beschwerdeschrift (Rechtsbegehren Nr. 4) ist demnach abzuweisen.

**5.5.** Die Anträge der Beschwerdegegnerinnen auf Abweisung der Rechtsbegehren Nr. 3 und 4 der Beschwerdeführerin, sowie den Verzicht auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen sind gutzuheissen. Der Eventualantrag der Beschwerdegegnerinnen braucht daher mehr geprüft zu werden.

**6.**

Damit ist der ordentliche Schriftenwechsel wieder aufzunehmen und sind Beschwerdegegnerinnen und Vorinstanz einzuladen, zu den materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin Stellung zu beziehen.

**7.**

Die vorliegende Verfügung unterliegt insoweit der Beschwerde ans Bundesgericht, als damit ein nicht wiedergutzumachender Nachteil dargetan werden kann.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Der Antrag der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Rechtsbegehren Nr. 3) wird abgewiesen.

**2.**

Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Anordnung von Rechtsbegehren Nr. 1 in der Beschwerdeschrift (Rechtsbegehren Nr. 4) wird abgewiesen.

**3.**

Je ein Doppel der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 4. September 2019 geht samt einer Kopie der Beilagen zur Kenntnis an die Beschwerdegegnerinnen und die Vorinstanz.

**4.**

Die Beschwerdegegnerinnen sowie die Vorinstanz werden aufgefordert, zu den Eingaben der Beschwerdeführerin vom 12. Juli 2019 sowie 4. September 2019 bis am 11. Oktober 2019 Stellung zu beziehen.

**5.**

Bei Ausbleiben einer Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen oder der Vorinstanz würde auf Grundlage der vorhandenen Akten entschieden.

**6.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein)
- die Beschwerdegegnerinnen (Einschreiben; Beilagen gemäss Ziff. 3)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. GT 5; Einschreiben; Beilagen gemäss Ziff. 3)

Der Instruktionsrichter:

Martin Kayser

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Verfügung kann im Sinn der Erwägungen innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff., 93, 98 und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 10. September 2019