



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-5587/2015
asd/taa/due

Zwischenverfügung vom 12. Oktober 2015

Parteien

Radios Régionales Romandes (RRR),
Es. Places 10, 2842 Rossemaison,
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. **SWISSPERFORM,**
Gesellschaft für Leistungsschutzrechte,
Kasernenstrasse 23, Postfach 1868, 8021 Zürich,
beide vertreten durch Vincent Salvadé,
avenue du Grammont 11bis, 1007 Lausanne,
Beschwerdegegnerinnen,

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

Gegenstand

Gemeinsamer Tarif S [2015-2017],

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

Mit Beschluss vom 10. November 2014, versandt am 9. Juli 2015, genehmigte die Vorinstanz den Gemeinsamen Tarif S Sender [2015-2017] ("GT S"). Ziff. 1 des Dispositivs lautet:

1. Der Gemeinsame Tarif S (Sender) wird in der Fassung vom 14. Mai 2014 mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Dezember 2017 mit der in Ziffer 46 vorgesehenen Verlängerungsklausel und den folgenden Änderungen genehmigt:
 - 1.1 Ziffer 9: «Vom Werbeertrag nach Ziffer 8.1 und 8.2 können für die Ermittlung des für die Vergütungsberechnung massgeblichen Ertrags die folgenden Abzüge getätigt werden:
2015: 25 % des nach Ziffer 8.1 und 8.2 berechneten Werbeertrags
2016: 20 % des nach Ziffer 8.1 und 8.2 berechneten Werbeertrags
ab 2017: 15 % des nach Ziffer 8.1 und 8.2 berechneten Werbeertrags»
 - 1.2 Ziffer 22: Neuer Titel und Wortlaut:
«Rabatte für vollständige Meldungen
Sender, welche ihr System auf die neuen Meldepflichten gemäss Buchstabe G einrichten und korrekt und rechtzeitig nach diesen Meldepflichten melden, erhalten auf der Abrechnung einen Rabatt von 5 %».
 - 1.3 [...]
 - 1.4 [...]

Mit Verfügung vom selben Tage verfügte die Vorinstanz:

[1. ...]

2. Die Gültigkeitsdauer des mit Beschluss vom 4. November 2010 genehmigten und am 7. Oktober 2013 verlängerten *GT S* verlängert sich bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist im Genehmigungsverfahren betreffend den *GT S* (vgl. Dispositiv des Beschlusses vom 10. November 2014). Eine definitive Abrechnung gestützt auf den am 10. November 2014 genehmigten *GT S* bleibt vorbehalten.

[...]

B.

Mit Beschwerde vom 10. September 2015 ficht die Beschwerdeführerin die Genehmigung mit folgenden Hauptbegehren an:

1. Der Beschluss der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 10. November 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif S (Sender) mit der Gültigkeitsdauer vom

1. Januar 2015 bis zum 31. Dezember 2017 sei aufzuheben und der Gemeinsame Tarif S nicht zu genehmigen.
2. Es sei der von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten am 4. November 2010 genehmigte Gemeinsame Tarif S (Sender) mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2014 um fünf Jahre und damit bis zum 31. Dezember 2019 unverändert zu verlängern.

C.

Die Beschwerdeführerin beantragt zudem, ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Sie führt zur Begründung an, eine vorsorgliche Tariferhebung nach dem neuen GT S [2015-2017] sei unzumutbar, solange die richtige Tarifhöhe unsicher sei. Die Beschwerdegegnerinnen könnten die Tarifeinnahmen ohnehin erst verteilen, wenn die Tarifhöhe feststehe. An der Erhebung provisorischer Vergütungen bestehe kein überwiegendes Interesse, vielmehr könnten diese nach rechtskräftigem Entscheid auch nachträglich einkassiert werden. Einstweilen sei darum weiter auf Basis des früheren GT S [2011-2014] abzurechnen, zumal die Privatradios sich in einer wirtschaftlich schwierigen Situation befänden und die Tariferhebung nach dem neuen GT S die Beschwerdeführerin wirtschaftlich zu stark belasten würde.

D.

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung superprovisorisch anzuordnen, wurde mit Verfügung vom 14. September 2015 abgewiesen.

E.

Mit Eingabe vom 21. September 2015 beantragt die Beschwerdeführerin sodann die Reduktion des Kostenvorschusses für die mutmasslichen Verfahrenskosten, der mit Verfügung vom 14. September 2015 – gestützt auf den von ihr in der Beschwerde mit Fr. 32 Mio. bezifferten Streitwert – auf Fr. 50'000.– festgelegt wurde. Da sie beschwerdeweise die Nichtgenehmigung des GT S [2015-2017] und stattdessen die Verlängerung des bisherigen GT S [2011-2014] beantrage, bilde die Differenz zwischen den Einnahmen, die der Folgetarif und der bisher geltende, zu verlängernde Tarif von 2015 bis 2017 generieren würden, den Streitwert. Dieser sei anteilmässig auf rund Fr. 500'000.– zu reduzieren, da sich der Tarif neben der Beschwerdeführerin an weitere Nutzerverbände richte.

F.

Die Vorinstanz verzichtet in ihren Eingaben vom 23. und 28. September 2015 auf eine Stellungnahme zur Höhe des Kostenvorschusses sowie zum Begehren um aufschiebende Wirkung.

G.

Die Beschwerdegegnerinnen beantragen mit Massnahmeantwort vom 25. September 2015, das Begehren um aufschiebende Wirkung abzuweisen, eventualiter Ziff. 8.2 und 9 bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Beschwerdeentscheids durch die gleichlautenden Ziffern des GT S [2011-2014] zu ersetzen und Ziff. 22 zu streichen, den GT S [2015-2017] aber einstweilen unter Vorbehalt späterer Verrechnung in Kraft zu setzen. Sie argumentieren, die Beschwerde sei aussichtslos, soweit sie die Aufhebung des Werbekostenabzugs anfechte. Die damit einhergehende Erhöhung der Vergütungen erfolge nicht sprunghaft und sei zulässig, der Verfahrensausgang folglich klar. Eine Interessenabwägung spreche gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, da das Interesse der Rechtsinhaber – aber auch eines Teils der Nutzer – an der sofortigen Inkraftsetzung des GT S [2015-2017] überwiege. Sollte der neue Tarif für gewisse Radiobetreiber finanzielle Schwierigkeiten zur Folge haben, böte die SUIISA Hand zu einvernehmlichen Lösungen; demgegenüber hätte die Erteilung der aufschiebenden Wirkung einen tariflosen Zustand zur Folge, was den Beschwerdegegnerinnen die Erhebung von Tarifen verunmöglichen würde.

Betreffend die Höhe des Streitwerts führen die Beschwerdegegnerinnen in ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2015 aus, strittig sei nicht nur die Inkraftsetzung des GT S [2015-2017], sondern auch die Verlängerung des GT S [2011-2014]. Den Streitwert bilde somit nicht die Differenz zwischen beiden Tarifen, sondern das Total der unter dem neuen Tarif erzielbaren Vergütungen. Im Ergebnis sei, wie von der Beschwerdeführerin ursprünglich vorgebracht, ein Streitwert von Fr. 32 Mio. zu veranschlagen.

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

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021, vgl. Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG;

SR 173.32]). Der angefochtene Beschluss der Vorinstanz vom 10. November 2014 ist eine solche Verfügung (vgl. Art. 74 Abs. 1 URG). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist damit erstellt. Über ein Begehren um Wiederherstellung – oder hier analog um Wiederentziehung – der aufschiebenden Wirkung ist ohne Verzug zu entscheiden (Art. 55 Abs. 3 VwVG). Mit der vorliegenden Verfügung ist darum dringlich ein Zwischenentscheid zur Frage der aufschiebenden Wirkung zu fällen. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen können mit dem Entscheid zur Hauptsache geprüft werden.

2.

2.1. Beschwerden gegen Verfügungen der Vorinstanz haben nur aufschiebende Wirkung, wenn der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts dies anordnet (Art. 74 Abs. 2 URG, Art. 55 Abs. 5 VwVG). Für den Entscheid sind die auf dem Spiel stehenden, öffentlichen und privaten Interessen an einer vorläufigen Vollstreckung der angefochtenen Regelung abzuwägen. Es ist zu prüfen, ob die Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; 110 V 40 S. 45 E. 5b; RHINOW ET AL, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl. 2010, Rz. 1631; ZIMMERLI ET AL, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 123 f.). Der durch den Endentscheid zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (BGE 130 II 149 E. 2.2). Die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache fallen nur ins Gewicht, wenn sie eindeutig sind; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich Zurückhaltung auf, weil die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (BGE 130 II 149 S. 155 E. 2.2, relativierend XAVER BAUMBERGER, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 2006, 131 ff.).

2.2. Die aufschiebende Wirkung ist auf positive Anordnungen im angefochtenen Entscheid beschränkt, da es ihrem nicht-präjudizierenden Zweck in der Regel zuwiderliefe, ein im Streit stehendes Rechtsverhältnis umzugestalten, und höchstens der vorbestehende Rechtszustand für die Dauer des Beschwerdeverfahrens erhalten bleiben soll (BGE 126 V 407 S. 408 E. 3, RHINOW, a.a.O., Rz. 1632; ZIMMERLI, a.a.O., S. 121). Um einen bestehenden Zustand zu erhalten und bedrohte Interessen einstweilen si-

cherzustellen, kann der Instruktionsrichter für die Dauer des Beschwerdeverfahrens auch andere vorsorgliche Massnahmen ergreifen (Art. 56 VwVG).

3.

Vorliegend ist über das Gesuch um aufschiebende Wirkung hinaus die von beiden Parteien aufgeworfene Frage zu prüfen, ob der bisherige GT S [2011-2014] für die Dauer des Beschwerdeverfahrens, entweder integral oder mit einzelnen Bestimmungen im Kleid des neuen Tarifs, vorsorglich fortzuführen ist. Bei Gewährung der aufschiebenden Wirkung drohte andernfalls, da jener Tarif mit Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen die angefochtene Verfügung endete, eine tariflose Periode, die im Vergleich der unter dem GT S [2011-2014] erzielten Vergütungen mit den Beschwerdeanträgen jedenfalls unverhältnismässig wäre. Mit Ziffer 2 der Verfügung vom 10. November 2014 hat die Vorinstanz die Geltungsdauer des GT S [2011-2014] vorsorglich bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist im Genehmigungsverfahren betreffend den GT S [2015-2017] verlängert, um einem tariflosen Zustand entgegenzuwirken. Ziffer 47 des GT S [2015-2017] dient demselben Zweck; demnach verlängert sich die Gültigkeitsdauer des geltenden Tarifs bis zum Inkrafttreten des Folgetarifs, falls dieser trotz eingereichtem Genehmigungsgesuch noch nicht in Kraft stehen sollte. Diese Regelung steht Art. 74 Abs. 2 URG entgegen, wonach ein Folgetarif grundsätzlich in Kraft tritt und die Weitergeltung des bisherigen Tarifs durch Erteilung der aufschiebenden Wirkung nur bei Anordnung durch den Instruktionsrichter erfolgen soll. Die Parteien verfolgen mit ihren Haupt- und Eventualanträgen, den bisherigen Tarif vollständig oder teilweise durch Übernahme der wesentlichen Bestimmungen im neuen Tarif weiterzuführen, dieselben beiden Mittellösungen. Welcher Regelung der Vorzug zu geben ist, lässt sich nicht schematisch festlegen, sondern ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Die automatische Verlängerung des ehemaligen Tarifs bis zum Inkrafttreten des Folgetarifs wird dem Grundsatz von Art. 74 Abs. 2 URG etwa in Fällen vorzuziehen sein, da sich die Beschwerde als offensichtlich begründet oder unbegründet erweist, die Gewährung der aufschiebenden Wirkung in denjenigen Fällen, da die Unterstellung der Tarifnutzung unter die Bundesaufsicht an sich fraglich ist (vgl. Zwischenverfügungen des BVGer vom 8. Juli 2015 B-3865/2015 und vom 24. Mai 2012 B-2210/2012). Demgegenüber ist der gesetzlichen Regelung von Art. 74 Abs. 2 URG der Vorrang zu geben, wenn die Interessenabwägung eine Pattsituation ergibt und sich kein überwiegendes Interesse der einen oder anderen Partei ausmachen lässt.

4.

Der angefochtene Tarif GT S [2015-2017] unterscheidet sich vom GT S [2011-2014] insbesondere durch das in Ziffer 8.2 eingeführte Bruttoprinzip bei der Ermittlung der für die Vergütung massgeblichen Werbeerträge sowie die in Ziffer 9 vorgesehene, stufenweise Reduktion der Abzüge, die auf den Werbeerträgen vorgenommen werden dürfen. Die damit einhergehende Erhöhung des Tarifs bedarf einer eingehenden Prüfung. Da keine eindeutige Erfolgsprognose gestellt werden kann und sich die Beschwerde nicht als offensichtlich begründet oder unbegründet erweist, sind zur Beurteilung der aufschiebenden Wirkung die sich entgegenstehenden Interessen zu gewichten. Dabei ist von den Interessen der hinter den Verfahrensparteien stehenden, tarifbetroffenen Berechtigten und Nutzern auszugehen.

5.

Die Beschwerdeführerin begründet ihr Gesuch um aufschiebende Wirkung namentlich mit der schwierigen wirtschaftlichen Lage, in der sich die Privatradios befänden und die durch eine Erhöhung der Vergütungen durch den GT S [2015-2017] zusätzlich verschärft werde. Dem Interesse der Beschwerdeführerin, weniger hohe Entschädigungen zu bezahlen, steht das Interesse der Rechtsinhaber gegenüber, für ihre Rechte in angemessener Höhe entschädigt zu werden. Die Rechtsinhaber haben deshalb ein ebenso erhebliches Interesse an der raschen Inkraftsetzung des neuen Tarifs GT S [2015-2017]. Sollten sich die unter dem GT S [2015-2017] geleisteten Einnahmen nachträglich als unangemessen hoch erweisen, könnten sie mit künftigen Tarifforderungen verrechnet werden. Durch die einstweilige Inkraftsetzung des neuen GT S entsteht der Beschwerdeführerin somit kein präjudizierender Nachteil. Zudem haben die Beschwerdegegnerinnen ausdrücklich zugesichert, im Falle durch den neuen Tarif auftretender finanzieller Engpässe Hand zu einvernehmlichen Lösungen zu bieten. Die schwierige wirtschaftliche Situation der Privatradios, für welche die Beschwerdeführerin im Übrigen keine Belege anführt, vermag somit kein überwiegendes Interesse für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu begründen. Im Gegenteil wäre die wirtschaftliche Belastung umso grösser, wenn die Beschwerdegegnerinnen nach dem Instanzenzug bei Obsiegen gestützt auf den Folgetarif rückwirkend aufgelaufene Forderungen auf Nachzahlung stellten. Weitere gewichtige Interessen zu Gunsten der Beschwerdeführerin bzw. der Privatradios sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht. Selbst aus dem Abrechnungsaufwand, der mit ihrer Anwendung einhergeht, lässt sich kein Argument für die vorläufige Handhabung des einen oder anderen Tarifs gewinnen, da unter beiden die

Einnahmen und Akquisitionskosten zu deklarieren sind. Da sich die Interessen der Parteien an einer höheren oder tieferen Entschädigung die Waage halten, die Interessenabwägung mithin nicht eindeutig zu Gunsten der einen oder anderen Partei ausfällt, ist auf die gesetzliche Lösung von Art. 74 Abs. 2 URG zurückzugreifen. Demnach löst der Folgetarif GT S [2015-2017] den bisher geltenden GT S [2011-2014] einstweilen ab und wird nicht aufgeschoben. Im Ergebnis ist das Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Das Eventualbegehren der Beschwerdegegnerinnen, den GT S [2015-2017] teilweise ergänzt durch einzelne Bestimmungen des GT S [2011-2014] einstweilen in Kraft zu setzen, braucht folglich nicht mehr geprüft zu werden.

6.

Die Beschwerdeführerin beantragt schliesslich, den mit Verfügung vom 14. September 2015 auf Fr. 50'000.– angesetzten Kostenvorschuss zu reduzieren, da der Streitwert nicht – wie von ihr ursprünglich angegeben – Fr. 32 Mio., sondern rund Fr. 500'000.– betrage. Die Beschwerde richtet sich gegen den GT S [2015-2017], der während seiner Geltungsdauer den unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin zufolge Vergütungen von rund Fr. 32 Mio. bis Fr. 35.9 Mio. einbrächte. Gleichzeitig beantragt die Beschwerdeführerin die Verlängerung des GT S [2011-2014], über dessen (niedrigeres) Vergütungsniveau Einigkeit herrscht. Den Streitwert bildet somit die Differenz zwischen den Erträgen beider Tarife während der vorgesehenen Gültigkeitsdauer des angefochtenen Tarifs (2015 bis 2017). Gemäss Berechnung der Beschwerdeführerin, welcher die Beschwerdegegnerinnen nichts entgegensetzten, resultierten bei Verlängerung des GT S [2011-2014] Einnahmen von rund Fr. 30.7 Mio., womit sich die Differenz zum angefochtenen Tarif auf Fr. 2-5 Mio. beläuft. Nachdem die gesamten finanziellen Auswirkungen der Streitsache zu beurteilen sind und der angefochtene Tarif nicht nur das Rechtsverhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten gestaltet, sondern sich auch an weitere Nutzerverbände richtet, bildet die Summe als Ganzes den Streitwert; eine anteilmässige Reduktion ist nicht gerechtfertigt (Urteil des BVGer B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 9.1; vgl. zum Ganzen MICHAEL BEUSCH, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, Art. 63 Rz. 32). Nachdem es sich bei Tarifgenehmigungsverfahren unstrittig um eine vermögensrechtliche Streitsache handelt (BGE 135 II 182 E. 3.2 "GT 3c") und die Streitwertskala bei einer Streitsumme von Fr. 1 - 5 Mio. zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 40'000.– liegt, ist der Kostenvorschuss für die mutmasslichen Verfahrenskosten auf Fr. 28'000.– festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis

VwVG i.V.m. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Je ein Doppel der Eingaben der Vorinstanz vom 23. und 25. September 2015 sowie der Eingaben der Beschwerdegegnerinnen vom 25. September und 5. Oktober 2015 gehen zur Kenntnis an die übrigen Verfahrensteiligten.

2.

Das Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

3.

Die Beschwerdeführerin wird aufgefordert, bis zum 12. November 2015 einen Kostenvorschuss von Fr. 28'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten.

Wird der Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist bezahlt, wird auf die Beschwerde unter Kostenfolge nicht eingetreten. Die Frist gilt als gewahrt, wenn der Betrag rechtzeitig zu Gunsten der Behörde der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist.

4.

Die Kosten des vorliegenden Zwischenentscheids werden mit dem Entscheid in der Hauptsache verlegt.

5. Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben mit Rückschein; Beilagen gemäss Ziff. 1 mitsamt Einzahlungsschein)
- die Beschwerdegegnerinnen (Einschreiben; Beilagen gemäss Ziff. 1)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. GT S; Einschreiben; Beilagen gemäss Ziff. 1)

Der Instruktionsrichter:

David Aschmann

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), sofern die Voraussetzungen des Art. 93 Abs. 1 und 98 BGG gegeben sind. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 12. Oktober 2015