



---

Abteilung II  
B-687/2024

## Urteil vom 7. Januar 2025

---

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),  
Richter David Aschmann, Richter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiber Said Huber.

---

Parteien

**Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft  
SRG SSR,**  
Generaldirektion/Generalsekretariat,  
Rechtsdienst,  
Giacomettistrasse 1, Postfach 570, 3000 Bern 31,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,**  
Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Aufsicht über Verwertungsgesellschaften: Zuständigkeit bei Streitigkeiten zum Inkasso des Zuschlags 2 im Rahmen des Gemeinsamen Tarifs 12 (GT 12 [2021]) – (Verfügung vom 19. Dezember 2023 betr. Werbspulen bzw. Ad-Skippping).

## Sachverhalt:

### A.

**A.a** Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist eine konzessionierte Veranstalterin von Fernseh- und Radiosendungen. Darin strahlt sie auch Werbung aus.

Diese kann im zeitversetzten Fernsehen (sog. Replay-TV), welches Dienstleister, wie z.B. Swisscom oder Sunrise, als Verbreiter von Fernsehprogrammen anbieten, teilweise oder gänzlich übersprungen werden: Beim *Werbepulen* werden in aufgezeichneten Programmen entweder unüberspringbare Werbespots eingeblendet (sog. Replay-Werbung ["Zwangswerbung"]) oder solche, die überspult werden können (sog. Display-Werbung). Darüber hinaus erlaubt das *Ad-Skipping* ein vollständiges Überspringen von Werbung, damit Sendungen werbefrei angeschaut werden können.

**A.b** Der Gemeinsame Tarif 12 vom 10. Mai 2021 (mit dem Titel "Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Speicherkapazität zur privaten lokalen oder netzwerkbasieren Aufzeichnung von Sendungen und Sendeprogrammen", nachfolgend: GT 12 (2021); [in Kraft ab 1. Januar 2021, gültig bis zum 31. Dezember 2027]) richtet sich an Sendeunternehmen (wie die Beschwerdeführerin) sowie an Dienstleister, die als Nutzer Replay-TV anbieten und Fernsehprogramme verbreiten. Insbesondere regelt der GT 12 (2021) die von Dienstleistern zu entrichtenden Entschädigungen, wenn diese Privaten Kopiermöglichkeit und Speicherplatz zum Anfertigen von Privatkopien von TV-Sendungen zur Verfügung stellen. Im Rahmen eines abgestuften Vergütungsregimes bezahlen Dienstleister einen Basis-tarif. Als zusätzliche Vergütung schulden sie einen Zuschlag, wenn sie das Vorspulen oder Überspringen von Werbung in aufgezeichneten TV-Programmen ermöglichen:

Für Angebote mit Funktionen zum Überspringen von Werbung sieht der GT 12 (2021) ab 1. Januar 2022 ein zweigliedriges Vergütungssystem vor, bei dem der Zuschlag für das Überspringen von Werbung weiterhin geschuldet ist, doch zusätzlich zum bisherigen Zuschlag ein zweiter Kompensationsbetrag zu entrichten ist: Bei Ausstrahlung von Replay-Werbung bezahlen die Dienstleister lediglich den Zuschlag ("Zuschlag 1"). Wird den Konsumenten *Ad-Skipping* zur Verfügung gestellt, bezahlen Dienstleister einen zweiten Zuschlag, den "Zuschlag 2".

**A.c** Ab Ende 2022 forderte die Beschwerdeführerin die Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken (nachfolgend: Suissimage) – eine mit der kollektiven Wahrung von Rechten an audiovisuellen Werken betraute Verwertungsgesellschaft – mehrfach dazu auf, auch bei Dienstanbietern (mit Anschluss an die aussertarifliche Branchenvereinbarung) das Inkasso des Zuschlags 2 gemäss GT 12 (2021) für die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 2022 vorzunehmen.

Suissimage kam dieser Forderung nicht nach.

**A.d** Deshalb gelangte die Beschwerdeführerin am 16. Juni 2023 mit einer als "Aufsichtsbeschwerde" betitelten Eingabe an das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum IGE (nachfolgend: Vorinstanz), welches gestützt auf Art. 52 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1) die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften beaufsichtigt.

In ihrer Eingabe stellte die Beschwerdeführerin folgende Anträge:

- "1. Es sei festzustellen, dass Suissimage im Rahmen des Inkassos des Zuschlags 2 gemäss Ziff. 3 Bst. b 3 GT 12 durch die Ungleichbehandlung von Dienstanbietern und das Abstellen auf Bedingungen, die in aussertariflichen und nicht-öffentlichen Vereinbarungen zwischen einem Teil der Dienstanbieter und einem Teil der Sendeunternehmen enthalten sind, ihre Verwertungspflicht nach Art. 44 URG sowie die Grundsätze der Geschäftsführung nach Art. 45 URG verletzt.
  2. Suissimage sei anzuweisen, gleich wie bei den übrigen Dienstanbietern, umgehend das Inkasso des Zuschlags 2 gemäss Ziff. 3 Bst. b 3 GT 12 für die Zeit ab dem 1. Januar 2022 auch bei Dienstanbietern mit Anschluss an die Branchenvereinbarung vorzunehmen.
  3. Der SRG seien im Aufsichtsverfahren gegen Suissimage die Rechte einer Partei gemäss Art. 6 VwVG einzuräumen.
- unter Entschädigungs- und Kostenfolgen."

**A.e** Da die Beschwerdeführerin in der Folge von der Vorinstanz nichts mehr vernahm, erkundigte sie sich bei ihr am 31. August 2023.

Diese bestätigte am Folgetag den Eingang und die Bearbeitung der "Aufsichtsanzeige".

**A.f** In einem informellen Schreiben vom 24. Oktober 2023 erklärte sich die Vorinstanz für nicht zuständig, die Frage der Einziehung des Zuschlags 2 im Rahmen des Inkassos des GT 12 (2021) zu beurteilen, da die Entschädigung für Werbeverluste (durch Überspringen von Werbung) nicht der obligatorischen Kollektivverwertung unterstehe.

**A.g** Mit Schreiben vom 22. November 2023 bat die Beschwerdeführerin die Vorinstanz, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.

**A.h** Mit Verfügung vom 19. Dezember 2023 hielt die Vorinstanz fest, sie sei für die Beurteilung der Einziehung des Zuschlags 2 durch Suissimage im Rahmen des Inkassos des GT 12 (2021) nicht zuständig; deshalb komme der Beschwerdeführerin auch keine Parteistellung zu.

Zur Begründung führt die Vorinstanz aus, ihre Aufsicht über die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften erstreckte sich zwar auch auf die "konkrete" Tarifierung, nicht aber auf alle möglichen Verwertungsaktivitäten. Erfasst seien diese nur, soweit sie der Bundesaufsicht unterstünden. Davon nicht erfasst sei die Entschädigung für Werbeverluste infolge der Nutzung von Werbespulen oder Ad-Skipping.

## **B.**

Diese Unzuständigkeitserklärung focht die Beschwerdeführerin am 1. Februar 2024 beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Begehren an:

- "1. Die Verfügung vom 19. Dezember 2023 sei aufzuheben und das Institut für Geistiges Eigentum sei anzuweisen, die Aufsichtsbeschwerde der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft vom 16. Juni 2023 an die Hand zu nehmen.
2. Das Institut für Geistiges Eigentum habe der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft die Rechte einer Partei gemäss Art. 6 VwVG einzuräumen  
- unter gesetzlichen Entschädigungs- und Kostenfolgen."

Die Beschwerdeführerin rügt, die Replay-Angebote der Dienstleister basierten gemäss Praxis der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (nachfolgend: ESchK) auf einer gesetzlichen Lizenz gemäss Urheberrechtsgesetz. Nur zugelassene Verwertungsgesellschaften seien ermächtigt, den entsprechenden Vergütungsanspruch geltend zu machen. Für die Geltendmachung von unter Bundesaufsicht stehenden Vergütungsansprüchen be-

stehe eine Tarifpflicht. Die fraglichen Zuschläge fielen unter die Aufsicht der Vorinstanz, weil die ESchK das Vergütungsregime des GT 12 (2021) insgesamt (inkl. dem Zuschlag für das Überspringen von Werbung) ausdrücklich erwähnt und vorbehaltlos genehmigt habe.

### **C.**

Mit Vernehmlassung vom 18. April 2024 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde vom 1. Februar 2024 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin).

Nach Ansicht der Vorinstanz regelt das Urheberrechtsgesetz nur punktuell die Geltendmachung und die Verwertung der gesetzlich abschliessend aufgezählten vermögensrechtlichen Ansprüche. Seien Verwertungsgesellschaften nicht im gesetzlich abgesteckten Bereich tätig, unterstünden sie weder einer Bewilligungspflicht noch der Bundesaufsicht. Die Entschädigung für Werbeverluste – bei Nutzung von Zusatzfunktionen wie Werbespulen oder Ad-Skipping – sei gesetzlich nicht vorgesehen. Bei diesen Funktionen handle es sich nicht um das der Bundesaufsicht unterstehende vergütungspflichtige Vervielfältigen geschützter Werke. Solche Handlungen seien getrennt von der Aufzeichnung zu beurteilen. Das Überspringen von Werbung sei kein urheberrechtlich relevanter Vorgang.

### **D.**

**D.a** Mit Zwischenverfügung vom 22. April 2024 wurde diese Vernehmlassung der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht und ihr Gelegenheit gegeben, bis zum 23. Mai 2024 eine allfällige Stellungnahme einzureichen.

**D.b** Am 23. Mai 2024 ersuchte die Beschwerdeführerin um eine Fristerstreckung bis zum 12. Juni 2024, welche das Bundesverwaltungsgericht ihr am 24. Mai 2024 gewährte.

**D.c** Mit Schreiben vom 3. Juni 2024 ersuchte die Vorinstanz das Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf die spezialgesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes von einer allfälligen weiteren Fristerstreckung zu Gunsten der Beschwerdeführerin abzusehen.

**D.d** In einer ausführlich begründeten Stellungnahme vom 12. Juni 2024 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest.

**D.e** Diese Eingabe wurde der Vorinstanz am 13. Juni 2024 zur Kenntnis gebracht.

**D.f** Mit Schreiben vom 18. Juni 2024 ersuchte die Vorinstanz das Bundesverwaltungsgericht, Frist anzusetzen, um zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 12. Juni 2024 eine Duplik einreichen zu können.

**D.g** Mit Zwischenverfügung vom 20. Juni 2024 wurde das Gesuch der Vorinstanz gutgeheissen und Frist zur Stellungnahme bis zum 19. Juli 2024 gesetzt.

**E.**

Mit Eingabe vom 17. Juli 2024 hält die Vorinstanz an ihren Rechtsbegehren gemäss Vernehmlassung vom 18. April 2024 fest.

**F.**

Am 30. Juli 2024 reichte die Beschwerdeführerin unaufgefordert eine Stellungnahme zur vorinstanzlichen Eingabe vom 17. Juli 2024 ein, welche der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht wurde.

**G.**

Auf die einzelnen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie für das Urteil erheblich sind, nachfolgend eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2016/15 E. 1; 2014/4 E. 1.2).

**1.1** Gemäss dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Art. 25a VwVG kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie: widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft (Abs. 1 Bst. a); die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt (Abs. 1 Bst. b); oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Abs. 1 Bst. c). Die Behörde entscheidet in Anwendung von Abs. 2 durch Verfügung. Gerügt werden kann auch behördliches Unterlassen, namentlich von Handlungen, für die eine

spezifische Handlungspflicht der Behörden besteht (siehe etwa BGE 146 I 145 E. 4.1).

**1.2** Im Dispositiv der angefochtenen Verfügung hält die Vorinstanz zum Ersuchen der Beschwerdeführerin um eine anfechtbare Verfügung das Folgende fest:

"Die Aufsichtsbehörde ist für die Beurteilung der Einziehung des Zuschlags 2 durch die SUISSIMAGE im Rahmen des Inkassos des GT 12 nicht zuständig."

Sinngemäss ist sie damit auf das Ersuchen der Beschwerdeführerin vom 22. November 2023 um Erlass einer anfechtbaren Verfügung, welches – entgegen der Vorinstanz – nicht mehr, wie das zuvor gestellte Begehren als Aufsichtsanzeige nach Art. 71 VwVG, sondern wohl als Ersuchen um eine Verfügung nach Art. 25a VwVG zu betrachten ist, mangels Zuständigkeit nicht eingetreten.

Anders als im Fall einer Aufsichtsanzeige nach Art. 71 VwVG, deren Nichtanhandnahme einzig bei der der Vorinstanz übergeordneten Instanz, dem Bundesrat, beanstandet werden könnte (vgl. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 24. März 1995 [IGEG, SR 172.010.31]) ist somit hier von einer Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG auszugehen, zu deren Beurteilung das Bundesverwaltungsgericht zuständig ist (Art. 31 und 33 Bst. e VGG), zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

**1.3** Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Sie ist vom angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung bzw. Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.4** Die Beschwerdeführerin hat den einverlangten Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und ihre Beschwerdeschrift frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG).

**1.5** Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens bildet einzig die angefochtene Verfügung, in welcher die Vorinstanz ihre Zuständigkeit zur aufsichtsrechtlichen Beurteilung der Eingabe der Beschwerdeführerin verneint hat.

Auf die Beschwerde ist daher nur insoweit einzutreten, als damit sinngemäss ein Eintreten der Vorinstanz auf das Ersuchen der Beschwerde-

führerin vom 23. November 2023 beantragt wird (vgl. BGE 144 II 184 E. 1.1; Urteil des BVGer B-5337/2022 vom 12. April 2023 E. 3 m.w.H.).

## **2.**

Zu prüfen ist damit primär die Frage, ob die Vorinstanz ihre Zuständigkeit zu Recht verneint hat.

Ob im vorliegenden Fall ausser der von der Vorinstanz verneinten Zuständigkeit die anderen für den Erlass einer Verfügung nach Art. 25a VwVG gestellten Voraussetzungen erfüllt wären, darunter insbesondere die von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 18. April 2024 (Ziff. II.b, S. 4) sinngemäss aufgeworfene und verneinte Frage, ob der Beschwerdeführerin das notwendige schutzwürdige Interesse an einer Verfügung zukommt, wäre erst bei Bejahung der Zuständigkeit zu klären, zumal diesfalls ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin nicht ohne weiteres von vornherein verneint werden könnte.

Nicht weiter einzugehen ist jedoch auf die ausserhalb des Streitgegenstandes (siehe dazu Urteil des BVGer B-571/2023 vom 19. Juli 2023 E. 1.4) liegende Frage, ob der Beschwerdeführerin im Rahmen allfällig zu ergreifender Aufsichtsmaßnahmen Parteistellung zukommt.

## **3.**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 VVG; Art 29 Abs. 2 BV).

**3.1** Dabei macht sie geltend, die Vorinstanz habe nur rudimentär festgehalten, dass die tarifliche Vergütung für Angebote mit Werbespulen oder Ad-Skipping nicht der Bundesaufsicht unterstehe und die Ablehnung ihrer Parteistellung im Aufsichtsverfahren nicht begründet. Dadurch sei die Begründungspflicht verletzt worden. Zudem habe sie einzig von der Ablehnung ihrer Parteistellung erfahren, nicht aber warum. Erst in der Vernehmlassung ans Bundesverwaltungsgericht erwähne die Vorinstanz die Aufsichtsbeschwerde nach Art. 71 VwVG.

Diese finde auch auf private, einer Bundesaufsicht unterstellte Organisationen Anwendung. Praxisgemäss wende die Vorinstanz im Rahmen der Aufsicht nach Art. 52 f. URG bei Anzeigen gegen Verwertungsgesellschaften Art. 71 VwVG analog an. Zwar habe nach dem Abs. 2 dieser Bestimmung der Anzeiger keine Parteirechte. Dies schliesse aber nicht aus, dass ein Anzeiger Parteistellung erhalte, wenn er die entsprechenden Voraussetzungen erfülle:

Konkret müsse sie, die Beschwerdeführerin, gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen und durch die Handlung von Suissimage beziehungsweise durch die Handlungsverweigerung stärker als die Allgemeinheit betroffen sein. Sie müsse zusätzlich ein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass sich die Vorinstanz mit der Sache befasse. Sie müsse also einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Feststellung der Pflichtverletzung und aus der Handlungsanweisung an Suissimage ziehen. Ihre Situation müsse durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse bestehe im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der bemängelte Entscheid mit sich bringen würde. All diese Voraussetzungen seien hier erfüllt. Durch den Verzicht, gestützt auf aussertarifliche Absprachen den Zuschlag 2 flächendeckend einzuziehen, verwehre Suissimage ihr nicht nur hohe Einnahmen, sondern auch Transparenz und verbindliche Rechenschaft über die Wahrnehmung ihrer tariflichen Vergütungsansprüche. Deshalb müsse die Vorinstanz gegen Suissimage ein mit Verfügung abzuschliessendes Aufsichtsverfahren durchführen und ihr Parteistellung einräumen (Beschwerde, Rz. 51-54, 65).

### **3.2**

**3.2.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 VwVG sowie die damit verbundene Begründungspflicht bedeuten nicht, dass sich die verfügende Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen in der Verfügung oder im Entscheid zu widerlegen hätte. Sie kann sich vielmehr auf die notwendigen, für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 143 III 65 E. 5.2; Urteil des BVGer B-468/2022 vom 11. Juni 2024 E. 2.1, je m.H.).

**3.2.2** Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung ihre Unzuständigkeit in der Sache, zwar nur sehr knapp, mit dem Argument begründet, die geforderte Entschädigung für Werbeverluste sei weder in Art. 40 Abs. 1 URG aufgeführt noch in Anwendung von Art. 40 Abs. 2 URG vom Bundesrat der Bundesaufsicht unterstellt worden.

Wie die eingehenden Ausführungen in der Beschwerde erkennen lassen, wurde die Beschwerdeführerin trotz der knapp gefassten Erwägungen der Vorinstanz in die Lage versetzt, deren wesentliche Überlegungen zu erkennen, sich über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft zu geben und diesen in voller Kenntnis der Sache weiterzuziehen.

### 3.2.3 Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher nicht ersichtlich.

Dass die Vorinstanz zur Frage, ob der Beschwerdeführerin im Rahmen allfälliger ergreifender Aufsichtsmaßnahmen Parteistellung zukommt, erst in ihrer Vernehmlassung ausführlich Stellung nahm, vermag daran nichts zu ändern, zumal diese Frage, wie in E. 2 erwähnt, ausserhalb des hier zu beurteilenden Streitgegenstandes liegt.

## 4.

### 4.1 Art. 40 URG (mit der Kapitelüberschrift "1. Kapitel: Der Bundesaufsicht unterstellte Verwertungsbereiche") lautet wie folgt:

- "1. Der Bundesaufsicht sind unterstellt:
- a. die Verwertung der ausschliesslichen Rechte zur Aufführung und Sendung nichttheatralischer Werke der Musik und zur Herstellung von Tonträgern oder Tonbildträgern solcher Werke;
  - a<sup>bis</sup>. das Geltendmachen von ausschliesslichen Rechten nach den Artikeln 22, 22a–22c und 24b;
  - b. das Geltendmachen der Vergütungsansprüche nach den Artikeln 13, 13a, 20, 24c, 35 und 35a.
2. Der Bundesrat kann weitere Verwertungsbereiche der Bundesaufsicht unterstellen, wenn es das öffentliche Interesse erfordert. (...)"

Nach Art. 41 URG braucht, wer Rechte verwertet, die der Bundesaufsicht unterstellt sind, eine Bewilligung der Vorinstanz.

Gemäss Art. 44 URG (mit der Marginalie "Verwertungspflicht") sind die Verwertungsgesellschaften gegenüber den Rechteinhabern und -inhaberinnen verpflichtet, die zu ihrem Tätigkeitsgebiet gehörenden Rechte wahrzunehmen.

Art. 45 Abs. 1 URG sieht vor, dass die Verwertungsgesellschaften ihre Geschäfte nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung führen müssen. Nach Abs. 2 derselben Bestimmung müssen sie die Verwertung nach festen Regeln und nach dem Gebot der Gleichbehandlung besorgen.

Nach Art. 52 URG (mit der Marginalie "Aufsichtsbehörde") beaufsichtigt die Vorinstanz die Verwertungsgesellschaften.

Art. 53 URG (mit der Marginalie "Umfang der Aufsicht") hält fest:

- "1. Das IGE überwacht die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften und sorgt dafür, dass sie ihren Pflichten nachkommen. Es prüft und genehmigt den Geschäftsbericht.
2. Es kann über die Auskunftspflicht (Art. 50) Weisungen erlassen.
3. Zur Ausübung seiner Befugnisse kann es auch nicht zur Bundesverwaltung gehörende Beauftragte beiziehen; diese unterstehen der Schweigepflicht."

Art. 54 URG (mit der Marginalie "Massnahmen bei Pflichtverletzungen") hält fest:

- "1. Kommt eine Verwertungsgesellschaft ihren Pflichten nicht nach, so setzt das IGE eine angemessene Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes; wird die Frist nicht eingehalten, so ergreift es die notwendigen Massnahmen.
2. Bei Ungehorsam gegen Verfügungen kann das IGE nach entsprechender Androhung die Bewilligung einschränken oder entziehen.
3. Das IGE kann rechtskräftige Verfügungen auf Kosten der Verwertungsgesellschaft veröffentlichen."

**4.2** Die im URG geregelte Bundesaufsicht über die Verwertungsgesellschaften soll einem Monopolmissbrauch sowie Interessenkonflikten vorbeugen und sicherstellen, dass diese ihren gesetzlichen Pflichten nachkommen (Urteil des BVGer B-677/2022 vom 31. Oktober 2023 E. 4.2.1 m.H.).

Da die Verwertungsgesellschaften keine Organisationen innerhalb der Bundesverwaltung bilden, handelt es sich um eine staatliche Aufsicht über Private. Der Vorinstanz obliegen die Aufsicht über die Geschäftsführung, die Wahrung der in Art. 45 URG aufgeführten Grundsätze und weitere Pflichten, welche die Verteilung und Verwertung betreffen (vgl. Urteil B-677/2022 E. 4.2.1 m.H.).

Die Regulierung und Beaufsichtigung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten soll die Effizienz der Verwertungsgesellschaften gewährleisten und Missbräuche verhindern helfen. Das Verwertungsrecht soll einerseits durch eine funktionierende Aufsicht und effiziente Rechtswahrnehmung den Schutz von Rechteinhabern und Nutzern angesichts einer fortschreitenden Kollektivierung sicherstellen, andererseits den Verwertungsgesellschaften aber so weit als möglich ihre Privatautonomie belassen. Daher legt das URG Rahmenbedingungen und Grundsätze fest, ohne jedoch alle Einzelheiten im Detail zu regeln (Urteil B-677/2022 E. 4.2.2 m.H.).

## 5.

**5.1** Die Vorinstanz begründet die von ihr geltend gemachte Unzuständigkeit damit, dass der im GT 12 (2021) tariflich vorgesehene Zuschlag 2 – als Entschädigung für Werbeverluste bei Nutzung des Werbespulens oder Ad-Skipping – keinem der in Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG aufgezählten und erst die Bundesaufsicht begründenden Vergütungsansprüche entspreche.

Demgegenüber betrachtet die Beschwerdeführerin "die rechtskräftige Genehmigung des Vergütungssystems durch die ESchK selbstredend als zwingende Grundlage für die Zuständigkeit der Vorinstanz". Diese sei gesetzlich verpflichtet, gegen Suissimage aufsichtsrechtlich vorzugehen, weil Suissimage bei gewissen Diensteanbietern – im Widerspruch zum vorbehaltlos genehmigten GT 12 (2021) – zu Lasten der berechtigten Sendeunternehmen auf das Inkasso des Zuschlags 2 verzichtet habe.

## 5.2

**5.2.1** Wie bereits in E. 4.2 erwähnt, soll mit der Bundesaufsicht über Verwertungsgesellschaften sichergestellt werden, dass diese ihren gesetzlichen Pflichten im Rahmen der obligatorischen Kollektivverwertung nachkommen (vgl. Urteil B-677/2022 E. 4.2.1 m.H.; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl. 2020, Art. 40 N 1).

In Art. 40 URG wird die Aufsicht hinsichtlich des Tatbestandes der kollektiven Rechtswahrnehmung jedoch nicht generell, sondern nur punktuell geregelt. Dadurch ist nach der Gesetzeskonzeption die Bundesaufsicht insofern eingeschränkt, als insbesondere Art. 40 Abs. 1 URG nur *gewisse* Verwertungsbereiche *abschliessend* aufzählt, auf die sich die Aufsicht der Vorinstanz erstrecken soll (vgl. CARLO GOVONI/ ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in:

Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] Band II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. Basel 2014, Rz. 1276). Insofern umfasst die Aufsicht der Vorinstanz nicht jegliches Verhalten der Verwertungsgesellschaften, was sich aus ihrer Privatautonomie und der rechtlichen Beschränkung ihrer Aufsicht auf einzuhaltende Grundsätze, aber auch aus deren sachlicher Begrenzung nach Art. 40 Abs. 1 URG ergibt (Urteil des BVGer B-677/2022 E. 4.2.3 m.H.). In diesem Sinne sprechen für einen restriktiv zu fassenden Umfang der Bundesaufsicht insbesondere die im Urheberrecht geltende Privatautonomie (GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1276, 1298) und die daraus fließende konzeptionellen Ausgestaltung der Verwertungsgesellschaften als private Selbsthilfe bzw. gemeinnützige Branchen-Genossenschaften (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Vorbem. Art. 40-60 N 10). Deshalb ist das Bedürfnis nach behördlicher Aufsicht auf Verbotungs- und Vergütungsrechte beschränkt, die ausschliesslich über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden können, nicht aber bei Rechten, die auch privat verwertet werden dürfen (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 40 N 1 ff.). Auch wird nach Art. 41 URG ein Monopolbereich definiert, welcher nicht grösser als die obligatorische Verwertung sein darf.

**5.2.2** Sind demzufolge Verwertungsgesellschaften nicht im durch Art. 40 URG gesetzlich klar abgesteckten Bereich tätig, unterstehen sie weder einer Bewilligungspflicht nach Art. 41 URG (zitiert in E. 4.1) noch der damit verbundenen Bundesaufsicht (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1276). Daraus folgt, dass die Vorinstanz die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften nach Art. 52 URG *einzig im Rahmen ihrer Aufsichtszuständigkeit* nach Art. 40 URG zu beaufsichtigen hat. Ebenso erstreckt sich der Umfang der Aufsicht hinsichtlich der Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften (Art. 53 URG) ausschliesslich auf die der Bundesaufsicht unterstellten Verwertungsbereiche nach Art. 40 URG (vgl. Urteil B-3896/2011 E. 3.3). Diese gesetzgeberische Regelungsabsicht wird auch dadurch unterstrichen, dass Art. 54 Abs. 2 URG als Massnahme bei schweren Pflichtverletzungen (wie Ungehorsam gegen Verfügungen) die Androhung der Einschränkung oder des Entzugs der Bewilligung vorsieht. Diese wiederum bezieht sich nach Art. 41 URG nur auf die der Bundesaufsicht unterstellten Verwertungsbereiche (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 41 N 2), was den Schluss erlaubt, dass die Geschäftsführungsaufsicht nach Art. 53 URG einzig auf die der Bundesaufsicht unterstellten Verwertungsbereiche gerichtet ist.

Diese Rechtslage spiegelt sich auch in der Gesetzessystematik wider, indem im URG (unter dem 4. Titel "Verwertungsgesellschaften") im ersten Kapitel die *der Bundesaufsicht unterstellten Verwertungsbereiche* aufgezählt werden (Art. 40 URG), im zweiten Kapitel die (aufsichtsbezogene) *Bewilligungspflicht* geregelt wird (Art. 41-43 URG) und im fünften Kapitel die *Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften* einerseits in die Aufsicht über die *Geschäftsführung* (1. Abschnitt: Art. 52-54 URG) und andererseits in die Aufsicht über die *Tarife* (2. Abschnitt: Art. 55-60 URG) aufgeteilt wird.

**5.3** Die Vorinstanz prüfte ihre Zuständigkeit anhand von Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG einzig mit Blick auf das Geltendmachen von Vergütungsansprüchen nach Art. 20 URG.

Dass hier andere – von Art. 40 Abs. 1 Bst. a, a<sup>bis</sup> und b sowie Abs. 2 URG abgedeckte – Verwertungsbereiche in Betracht fallen könnten, wird in Bezug auf den strittigen Zuschlag 2 zu Recht weder von der Beschwerdeführerin noch von der Vorinstanz geltend gemacht.

## **6.**

Bei dieser Ausgangslage ist zu klären, wie sich der nach GT 12 (2021) von Dienstanbieterinnen im Rahmen des Replay-TV geschuldete Zuschlag 2 für Werbeverluste urheberrechtlich charakterisieren lässt und ob sich dieser Zuschlag unter den in Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG erwähnten, die Bundesaufsicht erst begründenden Vergütungsanspruch nach Art. 20 URG subsumieren lässt.

### **6.1**

**6.1.1** Nach Art. 61a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) gilt als zeitversetztes Fernsehen das von einer Fernmeldedienstanbieterin verbreitete und aufgezeichnete Fernsehprogramm eines Programmveranstalters, welches die Fernmeldedienstanbieterin unter Wahrung der urheberrechtlichen Bestimmungen für ihre Endkundinnen und Endkunden während einer beschränkten Zeitspanne integral zum Abruf bereithält.

**6.1.2** Art. 10 URG (mit der Marginalie "Verwendung des Werks") ist wie folgt formuliert:

- "1. Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird.

2. Der Urheber oder die Urheberin hat insbesondere das Recht:
  - a) Werkexemplare wie Druckerzeugnisse, Ton-, Tonbild- oder Datenträger herzustellen;
  - b) Werkexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten;
  - c) (...), d) (...), e) (...), f) (...)
3. (...)

**6.1.3** Nach Art. 19 Abs. 1 URG (mit der Marginalie "Verwendung zum Eigengebrauch") dürfen veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden. Als Eigengebrauch gilt nach Buchstabe a dieser Bestimmung jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde.

Nach Abs. 2 von Art. 19 URG darf, wer zum Eigengebrauch berechtigt ist, unter Vorbehalt von Abs. 3 die dazu erforderlichen Vervielfältigungen auch durch Dritte herstellen lassen; (...).

Nach Art. 20 Abs. 2 URG (mit der Marginalie "Vergütung für den Eigengebrauch") schuldet, wer zum Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 Bst. b oder Bst. c URG oder wer als Drittperson nach Art. 19 Abs. 2 URG Werke auf irgendwelche Art vervielfältigt, dem Urheber oder der Urheberin hiefür eine Vergütung. Nach Abs. 4 dieser Bestimmung können die Vergütungsansprüche nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.

**6.1.4** Nach Ziff. 1.1 Abs. 1 GT 12 (2021) (mit dem Titel "Gegenstand des Tarifs – erfasste Nutzungen") bezieht sich der Tarif auf das Vervielfältigen geschützter Werke und Leistungen in Form von Radio- und Fernsehprogrammen durch die Endkundin oder den Endkunden zum Eigengebrauch (Art. 19 CH-URG) (...) mittels Kopiermöglichkeit und auf Speicherkapazität, die durch die Dienstanbieterin als Dritte entgeltlich oder unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird.

Gemäss der Ziff. 1 Bst. b Abs. 3 GT 12 (2021) zu "programmbezogenen Aufzeichnungen" dürfen für programmbezogene Aufzeichnungen, bei welchen der Endkunde oder die Endkundin den Aufzeichnungsbefehl für alle Werke, Darbietungen und Sendungen in einem Sendeprogramm oder mehreren Sendeprogrammen erteilt, die Sendungen einzeln ansteuerbar

sein und zusätzlich werkbezogen kopiert werden, wobei für diese Kopien die Einschränkungen der Ziff. 1.2 Bst. b Abs. 2 und 4 gelten (Ziff. 1). Gemäss der Ziffer 4 dieser Tarifbestimmung ist das Vorspulen oder manuelle Überspringen von Werbeblöcken innerhalb der aufgezeichneten Sendungen ausgeschlossen. Das Anbieten von Funktionen zum automatischen Überspringen von Werbung auf jeweiligen Befehl des Endkunden oder der Endkundin (Ad Skipping) ist unzulässig, wobei Ziff. 3.1 Bst. b Abs. 3 und 5 vorbehalten bleiben.

Die entsprechende vorbehaltene Ziff. 3.1 Bst. b Abs. 3 GT 12 (2021), mit dem Titel "Vergütungen für programmbezogene Aufzeichnungen", ist wie folgt abgefasst:

"Für ein Angebot für programmbezogene Aufzeichnungen im Sinne von Ziff. 1.2 lit. b von maximal 7 Tagen mit (i) Funktionen zum Vorspulen und manuellen Überspringen von Werbung sowie (ii) Funktionen zum Ad Skipping, sofern im Hinblick auf das aufgenommene Programm eines Senders Werbeinventar gemäss der nachfolgend erwähnten Branchenvereinbarung ausgespielt wird, ist die Vergütung von CHF 1.50 gemäss Ziff. 3.1 lit. b Abs. 2 sowie ein Zuschlag 1 von CHF 0.50 pro Monat und Endkunden oder Endkundin im Sinne von Ziff. 2.4 geschuldet, sofern die Dienstanbieterin sich der zwischen den Sendeunternehmen und Nutzerverbänden Swisstream und Suissedigital abgeschlossenen Branchenvereinbarung angeschlossen hat und das zur Verfügung gestellte Werbeinventar ausspielt. Ein angemessener Anteil des Zuschlags 1 steht ausschliesslich den Sendeunternehmen zu, die von der Wegbedingung der Einschränkung gemäss Ziff. 1.2 lit. b Abs. 4 betroffen sind und sich nicht der Branchenvereinbarung angeschlossen haben. Spielt eine Dienstanbieterin kein Werbeinventar gemäss Branchenvereinbarung aus oder ist eine Dienstanbieterin der Branchenvereinbarung nicht angeschlossen, schuldet sie für ein Angebot für programmbezogene Aufzeichnungen im Sinne von Ziff. 1.2 lit. b von maximal 7 Tagen mit Funktionen zum Vorspulen, manuellen Überspringen und/oder Ad Skipping zusätzlich zur Vergütung von CHF 1.50 gemäss Ziffer 3.1 lit. b Abs. 2 und zum Zuschlag 1 einen Zuschlag 2 in der Höhe von CHF 5.00 für die Jahre 2022-2025 bzw. CHF 6.00 ab 2026 pro Monat und Endkunde oder Endkundin im Sinne von Ziff. 2.4, welcher ausschliesslich den von der Wegbedingung der Einschränkung gemäss Ziff. 1.2 lit. b Abs. 4 betroffenen Sendeunternehmen zusteht."

In Abs. 5 von Ziff. 3.1 Bst. b GT 12 (2021) ebenfalls zu "Vergütungen für programmbezogene Aufzeichnungen" steht:

"Die Vergütungen für programmbezogene Aufzeichnungen gemäss Ziff. 3.1 lit. b schliessen die Vergütung für das werkbezogene Aufzeichnen gemäss Ziff. 3.1 lit. a dieses Tarifs mit ein. Mit der Bezahlung des Zuschlags 1 gemäss Ziff. 3.1 lit. b Abs. 3, gelten die mit diesem erlaubten Funktionen zum Vorspulen und/oder manuellen Überspringen sowie Funktionen zum Ad Skipping, sofern im Hinblick auf das aufgenommene Programm eines Senders Werbeinventar gemäss Branchenvereinbarung ausgespielt wird, auch für werkbezogene Aufzeichnungen gemäss Ziff. 1.2 lit. a Abs. 2. Mit der Bezahlung des Zuschlags 2 gemäss Ziff. 3.1 lit. b Abs. 3, gelten die mit diesem erlaubten Funktionen zum Vorspulen, manuellen Überspringen und/oder Ad Skipping auch für werkbezogene Aufzeichnungen gemäss Ziff. 1.2 lit. a Abs. 2."

## 6.2

**6.2.1** Die Vorinstanz charakterisiert den nach GT 12 (2021) von Dienstanbieterinnen geschuldeten Zuschlag 2 – für das Überspringen von Werbung – urheberrechtlich wie folgt:

Werbung könne zwar Werkcharakter haben, doch sei das *Nicht-Ansehen* von Werbung durch Vorspulen keine urheberrechtlich relevante Handlung. Wäre dies der Fall, könnte beispielsweise auch der Nicht-Besuch des Museums für Gegenwartskunst durch eintrittsloses Vorübergehen als Urheberrechtsverletzung gewertet werden. Daher lasse sich eine Entschädigung für Werbeverluste bei Nutzung des Werbespülens oder des Ad-Skipping nicht auf Art. 19 Abs. 1 und 2 URG sowie Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 URG abstützen. Der GT 12 (2021) beziehe sich in Ziff. 1.1 GT 12 (2021) betreffend die erfassten Nutzungen auf das *Vervielfältigen* geschützter Werke und Leistungen in Form von Radio- und Fernsehprogrammen durch die Endkundin oder den Endkunden zum Eigengebrauch nach Art. 19 URG (mittels Kopiermöglichkeit und auf Speicherkapazität, die durch die Dienstanbieterin als Dritte entgeltlich oder unentgeltlich zur Verfügung gestellt werde). Beim Werbespulen oder Ad-Skipping handle es sich aber gerade *nicht* um das Vervielfältigen geschützter Werke. Diese Handlungen seien getrennt von der Aufzeichnung zu beurteilen. Insofern sei das Überspringen von Werbung als Vorgang urheberrechtlich irrelevant (Vernehmlassung vom 18. April 2024, Ziff. II.a, Ziff. 2, S. 3; Stellungnahme vom 17. Juli 2024 Ziff. 2).

Dementsprechend lasse sich der zur Kompensation von Werbeverlusten geschuldete Zuschlag 2 nicht unter die in Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG

erwähnten, die Bundesaufsicht begründenden Vergütungsansprüche subsumieren. Die Entschädigung für Werbeverluste (infolge Werbespülens oder Ad-Skipping) sei weder in Art. 40 Abs. 1 URG aufgeführt, noch sei sie in Anwendung von Art. 40 Abs. 2 URG durch den Bundesrat der Bundesaufsicht unterstellt worden (vgl. angefochtenen Verfügung Ziff. 2a; Vernehmlassung vom 18. April 2024, Ziff. II.a, Ziff. 2, S. 2 f.; Stellungnahme vom 17. Juli 2024 Rz. 2).

Deshalb sei sie, die Vorinstanz, nicht dafür zuständig, zu beurteilen, ob Suissimage beim Inkasso des GT 12 (2021) ihre Verwertungspflicht nach Art. 44 URG sowie die Grundsätze der Geschäftsführung nach Art. 45 URG verletzt habe, als diese (vom 1. Januar 2022 bis 30. September 2022) darauf verzichtet habe, den Zuschlag 2 bei Diensteanbietern mit Anschluss an die Branchenvereinbarung einzuziehen (Vernehmlassung vom 18. April 2024, Ziff. II.a, Ziff. 2, S. 3 und Stellungnahme vom 17. Juli 2024 Ziff. 2).

**6.2.2** Die *Beschwerdeführerin* hält diese Sicht der Vorinstanz für inhaltlich nicht überzeugend:

Die Replay-Angebote der Diensteanbieterinnen basierten auf einer gesetzlichen Lizenz gestützt auf Art. 19 Abs. 1 und 2 URG sowie Art. 20 Abs. 2 i.V.m Abs. 4 URG. Demnach bedürfe die Nutzung keiner Einwilligung der Rechteinhaber, müsse aber im Rahmen der kollektiven Verwertung vergütet werden (Stellungnahme vom 12. Juni 2024, Ziff. 10; Beschwerde, Rz. 31).

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin umschreibt Art. 40 URG lediglich die Grundlagen für die Aufsicht über die Vergütungsansprüche. Diese Norm regle aber keine Vergütungsmechanismen. Vielmehr legten die Tarifparteien im Tarif fest, wie die Vergütungsansprüche ausgestaltet werden, wobei die Vergütungsregimes von der ESchK zu genehmigen seien. Entsprechend erwähne Art. 40 URG selbstverständlich keine Einzelelemente dieses Vergütungsregimes. Diese dienten jedoch der Berechnung des angemessenen Vergütungsanspruchs, weshalb die Berücksichtigung dieser Regimes durch die Verwertungsgesellschaften selbstredend unter die Aufsicht der Vorinstanz nach Art. 40 URG falle (Stellungnahme vom 12. Juni 2024, Ziff. 10 f.).

Vorliegend sei gemäss Ziffer 3.1 des GT12 2021 der Vergütungsanspruch gemäss Art. 20 Abs. 2 URG Grundlage für die Vergütungsschuld. Geschuldet sei eine angemessene Vergütung für das Vervielfältigen geschützter

Werke und Leistungen in Form von Radio- und Fernsehprogrammen und auf Speicherkapazität, die zur Verfügung gestellt wird. Der GT 12 (2021) unterscheidet dabei zwischen dem Vergütungsmechanismus für "Werkbezogene Aufzeichnungen" (Ziff. 3.1 a) und demjenigen für "Programmbezogene Aufzeichnungen" (Ziff. 3.1 b). Der Vergütungsmechanismus für "Programmbezogene Aufzeichnungen" enthalte drei Komponenten, auf die sich die Tarifparteien geeinigt hätten: Die Basisvergütung, den Zuschlag 1 und den Zuschlag 2. Diese Zuschläge seien aufgrund der Anforderung des Dreistufentests als kompensatorische Entschädigung für die Beeinträchtigung der eigenen Verwertung durch die Rechteinhaber zusätzlich zum Basisarif geschuldet. Deren Höhe sei – in Anwendung von Art. 60 URG – durch die Tarifparteien auf Basis von Studien festgelegt worden, wie auch die ESchK festgehalten habe (Stellungnahme vom 12. Juni 2024, Ziff. 11). Insofern seien sämtliche Nutzungshandlungen wie auch das Vergütungssystem im Rahmen von Art. 46 Abs. 2 URG verhandelt worden, wobei die ESchK das Vergütungssystem insgesamt genehmigt habe und sogar Art. 19 und 20 URG als gesetzliche Grundlage des Vergütungsanspruchs nenne (Beschluss ESchK 2012, II, Ziff. 7, S. 40).

Somit erstrecke sich die Bindungswirkung der Tarife auf das Ergebnis der Angemessenheitsprüfung, also auf den Tarifaufbau und die Tarifsätze. Entsprechend sei das genehmigte Vergütungsregime Grundlage für die Berechnung eines angemessenen Vergütungsanspruchs nach Art. 20 Abs. 2 URG (Stellungnahme vom 12. Juni 2024, Ziff. 12). Auch wenn der Vergütungsmechanismus des GT 12 (2021), wie auch vieler anderer Tarife, nicht in Art. 40 URG erwähnt sei, bilde er die Basis für die Berechnung des Vergütungsanspruchs nach Art. 20 Abs. 2 URG. Suissimage sei daher verpflichtet, die Vergütung gestützt auf den von der ESchK genehmigten Vergütungsmechanismus zu berechnen und einzuziehen (Stellungnahme vom 12. Juni 2024, Ziff. 16).

### **6.3**

**6.3.1** Nach Art. 10 Abs. 1 URG hat der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird, was insbesondere auch das Vervielfältigungsrecht umfasst (Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG). Die Vervielfältigung ("Herstellung") eines Werkes ist die älteste urheberrechtsrelevante Nutzungsform (RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl. 2020, Rz. 301 ff.), welche jede Nutzungshandlung erfasst, bei der eine (dauerhafte oder vorübergehende) Vorlage dazu verwendet wird, um eine

weitere, von dieser Vorlage unabhängige (direkte) Wahrnehmung des Werks zu erlauben (HILTY, a.a.O., Rz. 303).

Das URG sieht – zugunsten allgemeiner Interessen – Beschränkungen des Urheberrechts vor, so namentlich in Art. 19 URG hinsichtlich des Eigengebrauchs (vgl. zu den sog. "Schrankenbestimmungen" [Art. 19-28 URG], wenn bestimmte, dem Ausschliesslichkeitsrecht unterstehende Handlungen unter spezifischen Voraussetzungen – als gesetzliche Lizenzen – von Gesetzes wegen erlaubt werden: HILTY, a.a.O., Rz. 146, 433). Die Befugnis zum Eigengebrauch ist, wie grundsätzlich das ganze URG, technologie-neutral ausgestaltet; es spielt demnach keine Rolle, ob die entsprechende Vervielfältigung auf analoger oder digitaler Basis erfolgt (BGE 140 III 616 E. 3.4.1; HILTY, a.a.O., Rz. 459, 475; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N 16). Bei Eigengebrauch bedarf die Werkverwendung nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, sie unterliegt aber nach Art. 20 Abs. 2 URG der Vergütungspflicht (vgl. HILTY, a.a.O., Rz. 449 zur Umwandlung des Verbotsanspruchs in einen Vergütungsanspruch, wenn der Rechteinhaber eine finanzielle Abfindung für die Einschränkung seines Verbotsrechts erhält). Der Vergütungsmechanismus nach Art. 20 URG verfolgt den Zweck, die durch Urheberrechtsschranken bedingten Einnahmeverminderungen der (ursprünglichen oder derivativen) Rechteinhaber zu kompensieren (HILTY, a.a.O., Rz. 808). Solche Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (sog. "Verwertungszwang", HILTY, a.a.O., Rz. 428, 662). Deren Befugnis zur Erhebung der Vergütungen ergibt sich unmittelbar aus Art. 20 Abs. 4 URG (BGE 133 III 473 E. 2.1).

**6.3.2** Rechtsprechungsgemäss stellt das *Aufzeichnen* von ausgestrahlten Sendungen, damit diese zeitverschoben angeschaut werden können, die urheberrechtlich relevante *Vervielfältigungshandlung* im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG dar (Urteil des BVGer B-1714/2018 vom 12. September 2018 E. 4.3.1; MANFRED REHBINDER/LORENZ HAAS/KAI-PETER UHLIG, OFK/URG, 4. Aufl., 2022, Rz. 10 zu Art. 10; STEFAN BRÜHWILER, Der Beizug Dritter zu gesetzlich erlaubten Werknutzungen, 2021, Rz. 256; CLAUDIA MARTI, Urheberrechtlicher Eigengebrauch unter Mitwirkung Dritter, 2022, Ziff. 3, S. 151 ff.). Mit der Aufzeichnung geht – z.B. durch das Überspringen von Werbung – gegebenenfalls eine Bearbeitungshandlung einher, da Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG jede Werkverwendung gestattet. Aber nur die Vervielfältigungshandlung bewirkt, soweit sie durch eine Drittperson erfolgt, nach Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG einen tarifrelevanten Vergütungsanspruch.

Die Aufzeichnung erfolgt dabei *für* den Konsumenten *durch* eine Dienstanbieterin als Drittperson (vgl. MATHIS BERGER, Catch-up TV: Catch-as-catch-can oder gibt es urheberrechtliche Grenzen?, in: Jusletter 19. Oktober 2020, Ziff. 50; MARTI, a.a.O., Ziff. 3, S. 151 ff.; BRÜHWILER, a.a.O., Rz. 249).

Die beim Replay-TV zu erstellende Aufzeichnung muss denn auch nach Art. 19 Abs. 2 URG nicht von der zum Privatgebrauch berechtigten Person (Art. 19 Abs. 1 URG) selbst gemacht werden, vielmehr darf diese die Aufzeichnung auch durch eine Drittperson vornehmen lassen, die in ihrem Auftrag handelt und sich für ihr Handeln auf die Berechtigung der zum Privatgebrauch berechtigten Person stützt (REHBINDER/HAAS/UHLIG, OFK/URG, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 10; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 19 N 26; BRÜHWILER, a.a.O., Rz. 246). Weil beim Replay-TV die Dienstanbieterin als Dritte die Aufzeichnung vornimmt, schuldet sie den Rechteinhaberinnen – für die Vervielfältigung (Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG) – eine urheberrechtliche Vergütung (Art. 20 Abs. 2 URG), welche im GT 12 (2021) näher geregelt ist (BRÜHWILER, a.a.O., Rz. 246; vgl. hierzu die konzeptionelle Kritik bei REHBINDER/HAAS/UHLIG, OFK/URG, a.a.O., Rz. 37 zu Art. 19, Rz. 4 zu Art. 20).

**6.3.3** Dass die beim zeitversetzten Fernsehen von der Dienstanbieterin *aufgezeichnete Sendung* die nach Art. 20 Abs. 2 URG vergütungspflichtige *Vervielfältigungshandlung* darstellt, deren Vergütungspflicht nach Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG zur Unterstellung unter die Bundesaufsicht führt, ist unter den Verfahrensbeteiligten zu Recht unbestritten.

Anders als die Vorinstanz, welche ihre Aufsichtszuständigkeit nur bezogen auf den Vergütungsanspruch nach Art. 20 Abs. 2 URG (i.V.m. Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG) anerkennt, leitet die Beschwerdeführerin deren Zuständigkeit aber offenbar *nicht aus Art. 40 URG*, sondern *allein* aus dem *von der ESchK im GT 12 (2021) rechtskräftig genehmigten Vergütungssystem* ab, welches zur Kompensation von Werbeverlusten den Zuschlag 2 vorsieht (vgl. E. 6.1.4; vgl. auch BERGER, a.a.O., Ziff. 79).

Mit der Vorinstanz (vgl. E. 6.2.1) ist davon auszugehen, dass im Rahmen des im GT 12 (2021) festgelegten Vergütungssystems grundsätzlich nur die Aufzeichnung der Sendung – als *Vervielfältigungsvorgang* i.S.v. Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG – somit als urheberrechtlich relevanter Vorgang zu betrachten ist.

Das Überspulen beziehungsweise Überspringen von Werbung ist demgegenüber darauf gerichtet, einen *werbefreien Werkgenuss* zu ermöglichen.

Dass es sich beim Werbespulen und beim Ad-Skipping um einen urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungsvorgang handeln würde, behauptet denn zu Recht auch die Beschwerdeführerin nicht (vgl. E. 6.2.2, Abs. 4). Diese einzig dem ungeschmälernten Werkgenuss förderlichen Handlungen, Sendungen von Werbung zu "entschlacken", sind, wie die Vorinstanz zu Recht betont, getrennt von der Aufzeichnung – als urheberrechtlichem Vervielfältigungsvorgang – zu beurteilen.

Das Überspringen von Werbung lässt sich auch nicht *als Teil* einer Vergütung für das "Vervielfältigen geschützter Werke und Leistungen in Form von Radio- und Fernsehprogrammen durch die Endkunden" bezeichnen, was korrekterweise selbst die Beschwerdeführerin nicht behauptet.

Anzumerken ist, dass das Urheberrecht grundsätzlich nicht an den Werkgenuss als statischen Gebrauch anknüpft (HILTY, a.a.O., Rz. 703). Vielmehr soll der *Werkgenuss* frei und die blosser Kenntnisnahme eines Werkes durch den Endverbraucher ohne Weiteres erlaubt sein (vgl. HILTY, a.a.O., Rz. 292 f., 511, 703), wobei im privaten Kontext gewisse *Werkverwendungen* gemäss den Schrankenbestimmungen (wie z.B. Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG) zwar erlaubt, jedoch nicht stets vergütungsfrei sind (vgl. Art. 20 Abs. 2 URG; HILTY, a.a.O., Rz. 293, 448, 467).

**6.4** Kann somit der im GT 12 (2021) vorgesehene Zuschlag 2 für Werbeverluste (infolge Werbespülens und Ad-Skipping) nicht als Vergütungsanspruch für urheberrechtliche Nutzungen im Rahmen des zulässigen Eigengebrauchs (Art. 19 f. URG) charakterisiert werden, lässt sich damit auch keine Aufsichtszuständigkeit der Vorinstanz im Sinne von Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG begründen.

Angesichts des hier eng begrenzten Streitgegenstandes (vgl. E. 1.5 und E. 2) braucht die Grundlagenkritik bei BERGER (a.a.O., Ziff. 17, 54 ff., 66, 70 ff.) und MARTI (a.a.O., Ziff. 3, S. 159), welche beide bereits ganz grundsätzlich die *urheberrechtliche Zulässigkeit* des zeitversetzten Fernsehens (unter dem Gesichtspunkt von Art. 19 Abs. 2 URG) in Frage stellen (a.M. BRÜHWILER, a.a.O., Rz. 259), nicht erörtert zu werden.

## 7.

Zu prüfen bleibt somit, ob vorliegend bereits die rechtskräftige Genehmigung des GT 12 (2021) durch die ESchK die Aufsichtszuständigkeit der Vorinstanz gewissermassen "aussergesetzlich", das heisst ausserhalb des normativen Rahmens von Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG, zu begründen vermag.

## 7.1

**7.1.1** Die Vorinstanz verneint dies implizit mit dem Argument, dass Verwertungsgesellschaften einer doppelten Aufsicht unterstünden: Einerseits der vorinstanzlichen Geschäftsführungsaufsicht sowie andererseits der Tarifkontrolle durch die ESchK.

Nach Ansicht der Vorinstanz dienen beide unabhängig zu handhabenden "Komponenten" der Bundesaufsicht dem Zweck, Missbräuche zu verhindern, die sich aus der Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften ergeben könnten. Selbst wenn die ESchK das Vergütungsregime des GT 12 (2021) insgesamt, einschliesslich des Zuschlags für das Überspringen von Werbung, im Rahmen der Angemessenheitskontrolle explizit erwähne und vorbehaltlos genehmigt haben sollte, könne die Beschwerdeführerin daraus nichts für sich ableiten, da sie, die Vorinstanz, und die ESchK voneinander unabhängig seien. Die Beschwerdeführerin irre, wenn sie meine, sie, die Vorinstanz, dürfe sich im Rahmen der Aufsicht nicht dazu äussern, ob ein im Tarif geregelter Vergütungsanspruch von Gesetzes wegen bestehe, sondern müsse sich an den geltenden Tarif halten. Das Werbespulen lasse sich nicht auf das URG abstützen. Angesichts der getrennten Aufsicht sei auf ein aufsichtsrechtliches Einschreiten verzichtet worden, da mit dem GT 12 (2021) ein genehmigter Tarif bestehe. Umgekehrt könne ein Tarif aber auch nicht entgegen ihrer Rechtsauffassung ihre aufsichtsrechtliche Zuständigkeit begründen (Vernehmlassung vom 18. April 2024, Ziff. II.a, 3, S. 3 f.).

Die Genehmigung der ESchK vom 10. Mai 2021 habe sich auch nicht auf den gesamten GT 12 (2021) bezogen. Vielmehr verweise die ESchK in Erwägung 8 ihres Genehmigungsbeschlusses ausdrücklich darauf, dass *"der zu genehmigende Tarif teilweise Bestimmungen [enthält], die weder mit der Umschreibung von tarifrelevanten urheberrechtlichen Nutzungshandlungen noch mit der Festlegung der dafür geschuldeten Vergütung etwas zu tun haben, sondern entweder Verteilungsfragen betreffen (z.B. Ziff. 3.1 b Abs. 3 Satz 2) oder dann bestimmte Verhaltensweisen 'ausschliessen' oder für 'unzulässig' erklären, ohne dass dafür ein urheberrechtlicher Grund ersichtlich wäre (z.B. Ziff. 1.2 b Abs. 4). Die Schiedskommission nimmt dazu materiell keine Stellung, und eine Genehmigung des Tarifs erstreckt sich auch nicht auf diese Punkte."* Teile des GT 12 (2021) seien ihrer Kognition und derjenigen der ESchK entzogen, doch werde die Rechtmässigkeit des GT 12 (2021) im Allgemeinen nicht angezweifelt. Die partielle Genehmi-

gung dieses Tarifs begründe keine Zuständigkeit hinsichtlich des Inkassos des Zuschlags 2.

**7.1.2** Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie vertrete eine Rechtsauffassung, die dem genehmigten Tarif und der Ansicht der ESchK widerspreche und die auch kein Zivilgericht bestätigt habe. Damit handle sie im Widerspruch zur gesetzlich abgestützten und in der Praxis bestätigten Kompetenzaufteilung zwischen ihr, der ESchK und den Zivilgerichten (Stellungnahme vom 12. Juni 2024, Ziff. 8):

Die ESchK habe den GT 12 (2021) am 10. Mai 2021 genehmigt. Die Vergütung (Basisvergütung, Zuschlag 1 und Zuschlag 2) seien in Ziff. 3.1 a) und b) des Tarifs geregelt. Diese Tarifziffern bildeten die Grundlage für das Inkasso durch Suissimage. Die Vorinstanz habe sich im Rahmen ihrer Aufsichtsfunktion grundsätzlich nicht dazu zu äussern, ob ein im Tarif geregelter Vergütungsanspruch von Gesetzes wegen bestehe. Sehe, wie hier, der geltende Tarif eine Vergütung vor, habe sich die Vorinstanz im Rahmen der Aufsicht daran zu halten, wie aus einem Urteil des Bundesgerichts (2C\_580/2012 vom 13. November 2012 E. 2.2) hervorgehe. Dies gelte umso mehr, als die ESchK die Zuschläge in ihre Angemessenheitskontrolle aufgenommen und vorbehaltlos genehmigt habe (Beschwerde, Rz. 33).

Der von den Tarifparteien – das heisst von den Verwertungsgesellschaften, Diensteanbietern und den massgebenden Nutzerverbänden Swisstream und SUISSEDIGITAL – verhandelte Tarif sei der ESchK als Einigungstarif unterbreitet worden. Im Interesse der Rechtssicherheit müsse die ESchK vorfrageweise die materielle Frage prüfen, welche Teile des vorgelegten Tarifs der Bundesaufsicht unterliegen würden und auf welche Rechte sich ihr Genehmigungsbeschluss beziehe. Sie habe auch zu prüfen, ob der tariflich erfasste Nutzungsbereich durch das materielle Recht abgedeckt sei (Beschwerde, Rz. 34).

Gemäss ESchK-Praxis könne ein Tarif auch dann zur Genehmigung unterbreitet werden, wenn er nicht vollumfänglich der Tarifaufsicht und damit der Angemessenheitskontrolle unterstehe. Die Angemessenheitsprüfung und ein allfälliger Genehmigungsbeschluss beträfen die Tarifvorlage dann nur insoweit, als sich diese auf urheberrechtliche Ansprüche beziehe, deren Wahrnehmung unter die Bundesaufsicht falle (Beschwerde, Rz. 35).

Würden Tarife nur teilweise der Bundesaufsicht unterstehen, präzisiere die ESchK praxisgemäss den Genehmigungsbeschluss dahingehend, dass

sich die Genehmigung nur auf die der Bundesaufsicht unterstellten Tarifbereiche beziehe, was sich teilweise durch besondere Hervorhebung aus dem Tarif selbst ergebe (Beschwerde, Rz. 36).

Vorliegend verweise der GT 12 (2021) für den Nutzungsumfang auf Aufzeichnungen im persönlichen Bereich gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 URG (Ziff. 1.2 Abs. 1). Die TV-Verbreiter ("Dienstanbieter") würden als Schuldner der Vergütung gemäss Art. 20 Abs. 2 URG definiert (Ziff. 3.1). Die von der ESchK gestützt auf Art. 60 URG als angemessen beurteilte Vergütung sei in Ziffer 3.1 a) und b) des GT 12 (2021) festgelegt. Dessen Wortlaut umfasse keine Differenzierung bezüglich der Rechtsgrundlage der tariflichen Vergütungen; der Tarif enthalte keine Hervorhebungen, welche darauf hindeuten würden, dass die Vergütung nicht der Bundesaufsicht unterstehe (Beschwerde, Rz. 38).

Auch im Genehmigungsbeschluss zum GT 12 (2021) habe die ESchK ihre Kognition zum Vergütungsregime nicht beschränkt. Vielmehr erkläre sie, dass der Tarif in seinem Aufbau und den einzelnen Bestimmungen angemessen sei (Ziff. 11), womit sie an die bisherige Praxis zum altrechtlichen GT 12 anknüpfe, wonach der darin geregelte Nutzungsbereich vollständig der gesetzlichen Lizenz gemäss Art. 19 Abs. 1 und 2 sowie Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Abs. 4 URG und damit der Kognition der ESchK unterliege (Beschwerde, Rz. 39 f.). Die ESchK habe insbesondere ihre Kognition bezüglich des Zuschlags für das Überspringen von Werbung nicht eingeschränkt. Im Gegenteil habe sie das zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzerorganisationen insgesamt ausgehandelte Entschädigungsregime zusammen mit der Begrenzung der Abrufbarkeit und der Regelung für den Umgang mit Werbung ausdrücklich gewürdigt. Auf dieser Basis habe die ESchK erkannt, dass die Nutzung innerhalb der im Tarif definierten Schranken den urheberrechtlichen Anforderungen des Dreistufentests entspreche (Ziff. 12, Beschluss ESchK 2012, S. 45). Sodann habe sie das Vergütungsregime insgesamt, einschliesslich des Zuschlags, im Rahmen der Angemessenheitskontrolle erwähnt und genehmigt (Beschwerde, Rz. 41).

Der Genehmigungsbeschluss zum GT 12 (2021) verweise integral auf die Prüfung gemäss Beschluss der ESchK 2012 (Ziff. 6). Ihre Kognition habe die ESchK sehr deutlich bezüglich der Branchenvereinbarung beschränkt, an welcher die Verwertungsgesellschaften nicht beteiligt gewesen seien (II Ziff. 7; Rz. 8 f.). Die ESchK weise sie im Dispositiv sogar aus dem Recht (III, Ziff. 1). Darüber hinaus beschränke die ESchK ihre Kognition einzig bezüglich des generellen Verbots des Werbespulens und bezüglich

Regelungen, die ihrer Ansicht nach Verteilfragen betreffen (II Ziff. 8). Es ergebe sich aber keine Einschränkung der Kognition bezüglich des abgestuften Vergütungsregimes mit Basisarbit und Zuschlägen – so wie es im Prinzip schon seit dem Jahre 2012 existiert habe (Beschwerde Rz. 42).

Insofern sehe der GT 12 (2021) in Ziff. 3.1 b) Abs. 3 Vergütungen gemäss Art. 20 Abs. 2 URG vor, welche von der ESchK insgesamt als angemessen genehmigt worden seien, wobei Suissimage im Rahmen des GT 12 (2021) als Zahlstelle nach Art. 47 Abs. 1 URG fungiere (Beschwerde, Rz. 43).

Die Bindungswirkung der Tarife erstreckte sich auf das Ergebnis der Angemessenheitsprüfung, also auf den Tarifaufbau und die Tarifansätze. Auch habe die ESchK das Vergütungsregime insgesamt genehmigt, bestehend aus einer Entschädigung für Basisangebote und einer zusätzlichen Entschädigung für Angebote mit Funktionen zum Überspringen von Werbung, und den Tarif in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen als angemessen beurteilt (Beschwerde, Rz. 45).

Die Vorinstanz beaufsichtige die Verwertungsgesellschaften in Bezug auf die Verwertung, welche der Bundesaufsicht unterstünden (Art. 40 i.V.m Art. 52 URG). Sehe ein von der ESchK genehmigter Tarif ein Vergütungsregime vor, habe sich die Vorinstanz im Rahmen ihrer Aufsichtsfunktion nicht zu deren Rechtsgrundlage zu äussern, sondern müsse prüfen, ob die Verwertungsgesellschaften ihren Pflichten gemäss Art. 44 ff. URG nachkommen würden (Beschwerde, Rz. 46).

## 7.2

Die ESchK ist unbestrittenermassen eine richterliche Behörde (BGE 133 II 263 E. 4.1 und 5.4; Urteil des BVGer B-1624/2018 vom 18. Februar 2019 E. 2.2; a.M. das BVGer im Urteil A-816/2019 vom 9. April 2020 E. 5.7), welche nach Art. 55 Abs. 1 URG dafür zuständig ist, die Tarife der Verwertungsgesellschaften (Art. 46 Abs. 1 URG) zu genehmigen (sog. "Tarifaufsicht").

Tarife sind die auf alle Personen anwendbaren Regelungen, welche die für eine bestimmte Nutzung geschuldete Vergütung und bei Ausschliesslichkeitsrechten die Bedingungen für das Erteilen einer Lizenz im Voraus fixieren (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 46 N 1). Insofern sind Tarife der Regelung der gesetzlich vorgesehenen Fälle urheberrechtlicher Nutzungen (Art. 46 Abs. 1 URG) vorbehalten (BERGER, a.a.O., Ziff. 78). Soweit ein Tarif

auch andere, nicht der Bundesaufsicht unterstehende Sachverhalte regelt, ist die ESchK nicht kompetent, die Angemessenheit zu prüfen (BERGER, a.a.O., Ziff. 78 mit Verweis auf BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 46 N 5 f.). Gleichzeitig bedeutet dies, dass für diese Bereiche vom URG in keiner Weise eine Markt- oder Preisordnung vorgegeben wird und auch eine all-fällige Genehmigung des Tarifs durch die ESchK keine solche Ordnung schafft (BERGER, a.a.O., Ziff. 78).

Soweit Urheberrechte nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können, wird die individuelle Ausübung der Ansprüche durch die kollektive Wahrnehmung seitens der Verwertungsgesellschaften ersetzt. Diese können als gesetzliche Prozessstandschafterinnen gegen jeden zivil klagen, der die von diesen Gesellschaften verwerteten Rechte verletzt. Werden urheberrechtliche Verbotsansprüche ex lege durch einen Vergütungsanspruch ersetzt, können sie die Vergütungen zivilrechtlich durchsetzen. Indessen enthalten die im URG vorgesehenen zivilrechtlichen Klagerechte (Art. 61 ff.) nicht unmittelbar eine Rechtsgrundlage für entsprechende Forderungsklagen. Vielmehr stützen sich die Vergütungsforderungen auf den Tarif. Insofern können Verwertungsgesellschaften Entschädigungen für die Inanspruchnahme der unter Bundesaufsicht stehenden Rechte nur geltend machen, soweit ein genehmigter Tarif nach Art. 46 Abs. 1 URG besteht. Umgekehrt darf das Fehlen eines gültigen Tarifs nicht dazu führen, dass gesetzlich vorgesehene Entschädigungen nicht bezahlt werden (BGE 140 II 483 E. 6.4 m.H.). Umstrittene materiellrechtliche Fragen über den Umfang geschützter Rechte sind im Tarifgenehmigungsverfahren zu klären. Im Interesse der Rechtssicherheit müssen der Tarif bzw. der Genehmigungsentscheid der ESchK klarstellen, auf welche Rechte sie sich beziehen und zu diesem Zweck auch – soweit erheblich und umstritten – klären, welche Rechte überhaupt bestehen; dass parallel dazu der Zivilweg eingeschlagen werden könnte, ändert nichts an der Prüfungspflicht der ESchK. Insoweit unterliegen die Tarife der Verwertungsgesellschaften einer doppelten und komplementären Kontrolle durch die ESchK und Zivilgerichte. Zwar ist der genehmigte Tarif für materiellrechtliche Fragen nicht rechtsverbindlich, vor allem wenn er bloss unterinstanzlich genehmigt ist (BGE 140 II 483 E. 6.7 m.H.).

Doch schafft nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein von der ESchK genehmigter Tarif nicht in dem Sinne zivilrechtliche Verbindlichkeit, dass eine darin enthaltene Regelung zwangsläufig rechtens ist. Insofern erfolgt die Prüfung materiellrechtlicher Fragen durch die ESchK nur vorfrageweise (vgl. BGE 140 II 483 E. 5). Wie das Bundesgericht betont, ist es

den Zivilgerichten verwehrt, einen rechtskräftig genehmigten Tarif erneut auf seine Angemessenheit hin zu prüfen, weil sie an das Ergebnis des Genehmigungsverfahrens gebunden sind. *Doch kann der Tarif keine Vergütungen vorsehen für Nutzungen, die urheberrechtlich gar nicht geschützt sind. Auch die Genehmigung eines Tarifs durch die ESchK kann nicht Vergütungsansprüche schaffen, die mit zwingenden gesetzlichen Vorschriften unvereinbar sind.* Im Streitfall bleiben demnach die Zivilgerichte befugt und verpflichtet, darüber zu wachen, dass aus den Tarifen im Einzelfall keine gesetzwidrigen Vergütungsansprüche abgeleitet werden. Hingegen kann nicht im Zivilverfahren der Vorwurf erhoben werden, der rechtskräftige Tarif oder die tarifmässig geschuldete Vergütung seien unangemessen. Die Anwendung und Auslegung des genehmigten Tarifs im Einzelfall ist wiederum eine Rechtsfrage, welche von den Zivilgerichten zu prüfen ist (BGE 140 II 483 E. 5.2 m.H.).

Im Lichte dieser Rechtsprechung übersieht die Beschwerdeführerin, dass ebenso wenig wie eine Tarifgenehmigung durch die ESchK gesetzeswidrige Vergütungsansprüche schaffen kann – weshalb im Streitfall gesetzwidrige Vergütungsansprüche aus Tarifen zivilgerichtlich nicht durchsetzbar sind (BGE 140 II 483 E. 5) –, selbst ein in langjähriger Praxis im Rahmen der kollektiven Verwertung vorbehaltlos genehmigter Tarif – über den abschliessenden Katalog in Art. 40 Abs. 1 URG hinaus – eine weitere bundesaufsichtsrechtliche Zuständigkeit der Vorinstanz zu begründen vermag. Auch aus dem von der Beschwerdeführerin angeführten, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Urteil des Bundesgerichts 2C\_580/2012 vom 13. November 2012 (E. 2.2) lässt sich nichts Gegenteiliges schliessen. Insofern geht die Beschwerdeführerin fehl, wenn sie dafürhält, dass sich die Vorinstanz im Rahmen ihrer Aufsicht grundsätzlich nicht dazu äussern dürfe, ob ein im Tarif geregelter Vergütungsanspruch von Gesetzes wegen überhaupt bestehe.

Überdies vermögen selbst redaktionelle Unklarheiten im Tarifbeschluss hinsichtlich der Tragweite der erfolgten Genehmigung durch die ESchK keine Rechtspositionen zu schaffen, welche im Ergebnis eine vorinstanzliche Zuständigkeit zur Bundesaufsicht nach sich ziehen könnten.

**7.3** Die Ansicht der Beschwerdeführerin, wonach bereits die Tarifgenehmigung durch die ESchK die strittige Aufsichtszuständigkeit begründen soll, weil die Vergütung angeblich vorbehaltlos genehmigt worden sei und das tarifliche Vergütungsregime auf langjähriger Praxis beruhe, vermag somit

im Sinne der zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz nicht zu überzeugen.

## 8.

Dass die fragliche Entschädigung für Werbeverluste weder in Art. 40 Abs. 1 URG aufgeführt, noch in Anwendung von Art. 40 Abs. 2 URG durch den Bundesrat der Bundesaufsicht unterstellt worden ist, führt schliesslich auch nicht zum Vorliegen einer "planwidrigen Unvollständigkeit" des Rechts, die eine richterliche Lückenfüllung erlauben würde.

**8.1** Eine (echte) Gesetzeslücke besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung (BGE 140 III 206 E. 3.5.1; Urteil des BVGer A-2902/2019 vom 16. Dezember 2020 E. 1.5.2). Gibt das Gesetz eine Antwort, die aber nicht befriedigt, liegt grundsätzlich eine unechte Lücke vor, die auszufüllen dem Richter verwehrt ist (BGE 131 II 562 E. 3.5; Urteil A-2902/2019 E. 1.5.2). Anders verhält es sich nur, wenn die vom Gesetz gegebene Antwort als sachlich unhaltbar angesehen werden muss beziehungsweise auf einem offensichtlichen Versehen des Gesetzgebers, einer gesetzgeberischen Inkongruenz oder einer planwidrigen Unvollständigkeit beruht (BGE 134 V 131 E. 5.2 und E. 7.2, BGE 132 III 470 E. 5.1; Urteil A-2902/2019 E. 1.5.2). Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zu Grunde liegenden Zielsetzungen und Werte (BGE 140 III 205 E. 3.5.1; Urteil A-2902/2019 E. 1.5.2).

**8.2** Im vorliegenden Fall ist, wie bereits erwähnt (E. 5.2.1 f.), im Rahmen der kollektive Rechtswahrnehmung aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes und der Gesetzssystematik bezüglich der Vergütungstypen die der Bundesaufsicht unterstehen von einer *abschliessenden* Aufzählung auszugehen. Eine Ausweitung würde bei Vorliegen eines "öffentlichen Interesses" einzig dem Bundesrat obliegen (vgl. Art. 40 Abs. 2 URG). Es liegt somit ein qualifiziertes Schweigen vor, das eine richterliche Lückenfüllung ausschliesst (vgl. HILTY, a.a.O., Rz. 613).

Läge bezüglich der Frage, wie die Vorinstanz allfälligen Beanstandungen zur Geschäftsführung von Verwertungsgesellschaften nachzugehen hätte, wie sie hier für das Einziehen des Zuschlags 2 in Frage stehen, eine

"Unvollständigkeit" des normativen Gefüges vor, wäre diese durch den Gesetzgeber zu komplettieren.

**8.3** Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber jüngst den Erlass eines neuen Art. 37a URG ("Zeitversetztes Fernsehen") abgelehnt hat. Dieser neue Artikel sah vor, dass die Möglichkeit Werbung zu überspringen, der Zustimmung des Sendeunternehmens bedarf, wenn Fernsehprogramme von Dritten zeitversetzt gemäss Art. 19 Abs. 2 URG angeboten werden (vgl. AB 2018 N 2202 ff.; REHBINDER/HAAS/UHLIG, OFK/URG, a.a.O., Rz. 37 zu Art. 19, insb. Rz. 4 zu Art. 20).

## **9.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Zuschlag 2 gemäss GT 12 (2021) nicht in die Aufsichtszuständigkeit der Vorinstanz gemäss Art. 40 Abs. 1 Bst. b URG fällt. Daran ändert auch die im GT 12 (2021) statuierte und von der ESchK genehmigte Regelung nichts. Eine durch den Richter zu schliessende Gesetzeslücke liegt nicht vor.

Dass die Vorinstanz auf das Ersuchen der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist, lässt sich somit nicht beanstanden.

Die Beschwerde ist daher, soweit darauf einzutreten ist, als unbegründet abzuweisen.

Unter diesen Umständen ist auf die Kritik der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz verhalte sich widersprüchlich, wenn sie einerseits ihre Zuständigkeit verneine, andererseits aber den Geschäftsbericht von Suissimage genehmige (vgl. Stellungnahme vom 12. Juni 2024, Rz. 9), ebenso wenig einzugehen, wie auf weitere, sich auf die Aufsichtsführung der Vorinstanz (vgl. z.B. Stellungnahme vom 12. Juni 2024, Rz. 15, 17–23) oder die Geschäftsführung von Suissimage beziehende Rügen (Beschwerde, Rz. 47 f., 60 f.).

## **10.**

**10.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichts-

gebühr beträgt bei Streitigkeiten ohne Vermögensinteressen Fr. 200.– bis Fr. 5'000.– (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. a VwVG; Art. 3 VGKE). In Streitigkeiten mit Vermögensinteresse liegt sie zwischen Fr. 200.– bis Fr. 50'000.– (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG; Art. 4 VGKE).

Die vorliegende, auf die Zuständigkeitsfrage beschränkte Streitsache betrifft die beschwerdeführerischen Vermögensinteressen nur mittelbar, doch ist auch hier rechtssprechungsgemäss von ihrer vermögensrechtlichen Natur auszugehen (vgl. zum weit zu fassenden Begriff der "Vermögensinteressen" Urteil des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 mit Verweis auf BGE 139 II 404 E. 12.1 und BGE 135 II 172 E. 3.1). Die Vermögensinteressen lassen sich in diesem Verfahren betragsmässig nicht klar beziffern (vgl. hierzu die Beschwerde Rz. 6, 16 ff., 55 ff., 65 mit Schätzungen zu angeblich entgangenen Werbeeinnahmen im zweistelligen Millionenbereich). Somit sind die Verfahrenskosten im Lichte von Art. 4 VGKE auf Fr. 10'000.– festzusetzen. Sie werden dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 5'000.– wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zurückzuerstatten sein.

**10.2** Eine Parteientschädigung ist weder der unterliegenden Beschwerdeführerin noch der obsiegenden Vorinstanz zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

*(Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite)*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

**2.1** Die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 10'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr geleistete Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag in Höhe von Fr. 5'000.– wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**2.2** Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**3.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Said Huber

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 21. Januar 2025

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 435.5/heu; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD (Gerichtsurkunde)