Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Entscheid bestätigt durch BGer mit Urteil vom 20.08.2012 (2C_146/2012)

Abteilung II
B-1769/2010

Urteil vom 3. Januar 2012

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richterin Maria Amgwerd, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Beat Lenel.

Parteien

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, SRG SSR idée suisse, Rechtsdienst, Belpstrasse 48, 3000 Bern 14,
Beschwerdeführerin,
gegen

Swissperform, Kasernenstrasse 23, Postfach 1868, 8021 Zürich,
vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Willi Egloff, Zinggstrasse 16, 3007 Bern,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Beschluss vom 9. November 2009 betreffend den Tarif A Fernsehen (Swissperform).

Sachverhalt:

A.
Am 8. Dezember 1995, 20. September 1999, 21. September 2004 und 16. September 2008 genehmigte die Eidgenössische Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte (Vorinstanz) zuerst als Übergangsregelungen, dann unter der Bezeichnung "Tarif A Fernsehen", vier zeitlich aufeinanderfolgende Tarife. Diese sahen vor, dass die Beschwerdeführerin als grösste Schweizer Fernsehanstalt für die Benützung im Handel erhältlicher Ton- und Tonbildträger zum Zweck der Sendung eine Pauschalvergütung an die Beschwerdegegnerin, die Schweizerische Verwertungsgesellschaft für Leistungsschutzrechte, von 1,2 Mio. Franken pro Jahr zu leisten hatte. Alle vier Tarife wurden als vorläufig bzw. unpräjudizierlich bezeichnet und der Vorinstanz mit Zustimmung beider Parteien unterbreitet. Seit der Fassung des Tarifs A Fernsehen vom 16. September 2008 wurde mit der Pauschalvergütung auch das Recht zur Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen zum Zweck der Sendung (Art. 24b des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 [URG, SR 231.1]) sowie das Recht, Darbietungen und Aufnahmen nichttheatralischer Werke der Musik zugänglich zu machen (Art. 22c URG), mit abgegolten. Der gesamte Umfang der mit dem Tarif eingeräumten Rechte blieb zwischen den Parteien indessen trotz umfangreicher Verhandlungen strittig.

B.
Am 8. April 2000 klagten die Beschwerdegegnerin und die Schweizerische Interpretengesellschaft erfolgreich vor dem Appellationshof des Kantons Bern auf Feststellung nachbarrechtlicher Ansprüche, die dem Tarif A Fernsehen ihrer Ansicht nach zugrundeliegen. Auf Berufung der Beschwerdeführerin hob das Bundesgericht dieses Urteil am 8. November 2002 jedoch wieder auf (Urteil des Bundesgerichts vom 8. November 2002 Nr. 4C.290/2001) und verfügte, dass mangels Feststellungsinteresses nicht auf die Klage eingetreten werde. Es befand, die Vorinstanz und nicht die Zivilgerichte hätten über Bestehen, Unterstellung und Umfang der Vergütungspflicht im Tarifgenehmigungsverfahren zu entscheiden.

C.
Am 6. Juli 2009 legte die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz einen Tarifentwurf "A Fernsehen (Swissperform)" mit einer einkommensabhängigen Vergütung von 3,315 % der Einnahmen der Programme der Beschwerdeführerin pro rata der geschützten Ton- und Tonbildaufnahmen an der

Sendezeit zur Genehmigung vor. Als Definition des Begriffs "Handelstonbildträger" in Ziff. 14 des Entwurfs bot sie zwei Regelungsvarianten an. Die Beschwerdeführerin widersetzte sich der Genehmigung dieses Tarifs teilweise, indem sie beantragte die Ziffern 7 (Prozentsatz für Tonbildträgerbenützung) und 14 zu ändern und Ziffer 15 (tonbildintegrierte, geschützte Tonaufnahmen) zu streichen. Die Beschwerdegegnerin sei zu entsprechenden Änderungen des Tarifs zu verpflichten, eventualiter sei der Tarif mit diesen Änderungen und subeventualiter gar nicht zu genehmigen.

In der beantragten Fassung lauten die strittigen Tarifbestimmungen:

7: Die Vergütung wird unter den in Ziff. 8 genannten Voraussetzungen für jedes Programm getrennt erhoben und beträgt 3,315 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Ton- und Tonbildaufnahmen an der Sendezeit.

8: Eine Abrechnung je Programm gemäss Ziff. 7 erfolgt, wenn die folgenden Voraussetzungen nachgewiesen sind:

- es handelt sich um ein konzessioniertes Programm
- das Programm verfügt nach der internen Bestätigung der Kontrollstelle über ein getrenntes Rechnungswesen, das die Kosten des Programms nach anerkannten Standards erfasst und ausweist

13: Als geschützte Tonaufnahme im Sinne von Ziff. 7 gelten Aufnahmen von Werkdarbietungen, welche die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- Sie sind auf einem im Handel erhältlichen Tonträger herausgegeben oder im Sinne von Art. 15 Abs. 4 WPPT verfügbar gemacht worden
- Bei der aufgenommenen Werkdarbietung wirkt mindestens ein ausübender Künstler oder eine ausübende Künstlerin mit, der oder die aufgrund von Art. 35 Abs. 1, in Verbindung mit Art. 35, Abs. 4 URG, oder aufgrund internationaler Abkommen oder Gegenrecht Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat.

14: Als geschützte Tonbildaufnahmen im Sinne von Ziff. 7 gelten von Dritten hergestellte Tonbildaufnahmen von audiovisuellen Werken, welche auch für das Publikum auf Datenträgern im Handel erhältlich sind, sofern auf der Aufnahme die Darbietung mindestens einer ausübenden Künstlerin oder eines ausübenden Künstlers festgehalten ist, der oder die aufgrund von Art. 35 Abs. 1, in Verbindung mit

Art. 35 Abs. 4 URG, oder aufgrund internationaler Abkommen oder Gegenrecht Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat.

15: Ist eine geschützte Tonaufnahme gemäss Ziff. 13 in eine nach Ziff. 14 geschützte Tonbildaufnahme integriert, so wird lediglich die Vergütung für die geschützte Tonbildaufnahme berechnet.

Ist eine Tonbildaufnahme lediglich im Hinblick auf die auf ihrer Tonspur enthaltenen Tonaufnahmen geschützt, so wird lediglich die Sendedauer dieser Tonaufnahme als entschädigungspflichtige Sendezeit im Sinne von Ziff. 7 berechnet.

D.

Mit Beschluss vom 9. November 2009, den sie am 16. Februar 2010 den Parteien eröffnete, genehmigte die Vorinstanz den Tarif A Fernsehen mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2012 mit folgenden Änderungen:

- Ziff.7: Die Vergütung für geschützte Tonaufnahmen wird auf 1,6575 Prozent reduziert;

- Während der Geltungsdauer des Tarifs darf sich die Entschädigung um maximal 10 Prozent gegenüber dem geltenden Tarif (Fr. 1'200'000.00 pro Jahr) erhöhen;

- Ziff. 14: Es wird die von Swissperform eventualiter beantragte Variante A genehmigt.

Zur Begründung erläuterte die Vorinstanz, eine Darbietung mehrerer ausübender Künstler falle dann unter den Schutz von Art. 35 URG, wenn wenigstens einer von ihnen die staatsvertraglichen Anknüpfungskriterien erfülle. Unter "im Handel erhältlichen Tonbildträgern zum Zweck der Sendung" seien Aufnahmen zu verstehen, die im Zeitpunkt der Sendung, sei es im selben oder in einem anderen Format, für das breite Publikum zum Beispiel in Form einer DVD frei zugänglich erhältlich seien. Die Vergütungspflicht gelte auch für in einen audiovisuellen Träger integrierte Tonträger und in ein audiovisuelles Programm integrierte Radioprogramme.

E.

Am 19. März 2010 erhob die Beschwerdeführerin gegen diesen Beschluss Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren:

1. Der Tarif A Fernsehen Swissperform sei mit folgenden Änderungen zu genehmigen:

Ziff. 14:
"Als geschützte Tonbildaufnahmen im Sinne von Ziff. 7 gelten im Handel erhältliche Tonbildträger, die zum Zwecke der Sendung im freien Fernsehen verwendet werden, sofern auf der Aufnahme die Darbietung mindestens einer ausübenden Künstlerin oder eines ausübenden Künstlers festgehalten ist, der aufgrund von Art. 35 Abs. 1 URG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat."

Ziff. 15: streichen

2. Die Gerichtskosten seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen;

3. Es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Sie führte dazu aus, das Gesetz bezeichne entgegen der Ansicht der Vorinstanz als "Tonträger" und "Tonbildträger" keine unkörperlichen Aufnahmen, sondern körperliche Festlegungen einer Darbietung. Die Beschwerdegegnerin habe nur Anspruch auf Vergütung, wenn solche Träger im Handel erhältlich seien und zum Zweck der Sendung selbst verwendet würden, nicht aber, wenn Sendeunternehmen sich Werkaufnahmen auf anderem Weg beschafften und mit Zustimmung der Berechtigten sendeten. Handelstonbildträger, zum Beispiel DVD's, würden im Unterschied zur Verwendung von CD's in Radioprogrammen nämlich kaum jemals selbst zu Sendezwecken verwendet. Sie erwerbe Ton-Bild-Aufnahmen zu Sendezwecken stattdessen ausserhalb des öffentlichen Handels und unterstehe der Vergütungspflicht an die Beschwerdegegnerin darum nicht. Ziff. 14 des Tarifs sei entsprechend umzuformulieren. Keine Vergütungspflicht bestehe auch für ausländische Tonbildträger, wenn diese mangels ausreichenden Gegenrechts nur hinsichtlich der enthaltenen Tonaufnahmen, nicht aber umfassend als Tonbildträger geschützt sind. Ziff. 15 des Tarifs sei darum zu streichen.

F.
Mit Verfügung vom 22. März 2010 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung gewährt und diese, nachdem die Beschwerdegegnerin sich damit einverstanden erklärt hatte, mit Verfügung vom 30. März 2010 bestätigt. Die Vorinstanz hatte beantragt, die aufschiebende Wirkung nicht zu genehmigen.

G.
Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 11. Mai 2010 auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde.

Mit Beschwerdeantwort vom 12. Mai 2010 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen und den angefochtenen Tarif auf den 1. Januar 2010 rückwirkend in Kraft zu setzen. Zwar würden Tonbild-Aufnahmen zu Sendezwecken in Formaten erworben, die dem breiten Publikum nicht zur Verfügung stünden, doch sei dies auch bei im Radio gesendeten Tonträgern meistens der Fall und im Vorfeld des Internationalen Abkommens über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen ("Rom-Abkommen", SR 0.231.171) bekannt gewesen. "Tonträger" und "Tonbildträger" seien unkörperliche Aufnahmen. Das entspreche der Terminologie des Rom-Abkommens, des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996 ("WPPT", SR 231.171.1) und der überwiegenden Lehre. Ein Tonträgerrecht gehe mit der Integration des Ton- in einen Tonbildträger sodann nicht unter, sondern sein Vergütungsanspruch bestehe fort, falls für den Tonbildträger als solchen keine Vergütung anfalle.

H.
Mit Replik vom 16. August 2010 führte die Beschwerdeführerin ergänzend aus, am Radio seien Sendungen ab Handelstonträgern die Regel. Bei audiovisuellen Werken würden demgegenüber besondere Tonbildträger-Kassetten von Verleihern angeliefert, ohne Kopien anzufertigen gesendet und nach Ablauf der Sendelizenz zurückgegeben. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz ergebe sich für den Begriff des Ton- und Tonbildträgers darum unmittelbar aus dem Rom-Abkommen, dem WPPT, aus der Entstehungsgeschichte zum WPPT und der Rechtsliteratur ein Erfordernis physischer Exemplare. Die den Sendeunternehmen ausgeliehenen Kassetten fielen darum nicht unter den Begriff des Handelstonbildträgers und seien nicht einmal im Sinne des Rom-Abkommens "veröffentlicht". Die Sendeunternehmen müssten dafür die Zustimmung der betroffenen Urheberrechtsberechtigten und Interpreten einholen, weshalb kein Grund für einen Tarif bestehe.

I.
Mit Duplik vom 15. September 2010 bekräftigte die Beschwerdegegnerin ihre Argumente zur umstrittenen Gesetzesauslegung. Staatsverträge seien vor allem aus teleologischen Gründen heranzuziehen. Gemeinsames Ziel sei der Schutz der ausübenden Künstlerinnen und Künstler. Für Ton- und Tonbilddarbietungen bestehe eine einheitliche gesetzliche Lizenz, für Urheberrechte weder bei Ton- noch bei Tonbildwerken eine solche. Ein grundsätzliches "Kinoprivileg" gebe es nicht; eine unterschiedliche Ver-

wertung beider Sparten im Sinne der Beschwerde wäre darum nicht begründet. Da Interpretinnen und Interpreten von audiovisuellen Werken am Erfolg der Filme, in welchen sie mitwirkten, vertraglich nicht beteiligt würden, seien sie auf eine kollektive Verwertung angewiesen.

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

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) einschliesslich Verfügungen eidgenössischer Kommissionen wie der Vorinstanz (Art. 31, 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32], Art. 74 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes [URG, SR 231.1]). Ein Ausnahmefall nach Art. 32 VwVG liegt nicht vor. Der Beschluss vom 9. November 2009 stellt, ungeachtet der Bezeichnung als "Beschluss", eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG dar. Die Beschwerdeführerin ist zwar kein Nutzerverband im Sinne von Art. 46 Abs. 2 URG, als einzige Verhandlungspartei aber Verpflichtete des strittigen Tarifs. Sie ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat an ihrer Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG; BGE 135 II 177 f. *GT 3c*). Die Eingabefrist und die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (Art. 47 ff. VwVG).

1.2. Mit dem angefochtenen Beschluss hat die Vorinstanz den Tarif A Fernsehen (Swissperform) für die Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2012 genehmigt. Nachdem der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt worden ist, wird dieser Tarif mit dem vorliegenden Urteil rückwirkend per 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt. Das ist

zulässig (CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht/SIWR Bd. II/1, Basel 2006, S. 463, [zum alten Recht anders, nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 1986, veröffentlicht in Schweizer Mitteilungen über Immaterialgüterrecht [SMI] 1986, S. 322 f. E. 12 *Tarif I*]).

1.3. Mit welchem Wortlaut der Tarif von der Vorinstanz genehmigt worden ist, geht aus der angefochtenen Verfügung nicht eindeutig hervor. Ziff. 1 des Dispositivs nennt drei "Änderungen" des Tarifs. Doch wird weder aus dem Dispositiv noch aus der Begründung des Beschlusses deutlich, wie Ziff. 7 in der genehmigten Fassung lautet und ob Dispositivziffer 1.2 eine Tarifbestimmung bildet oder nur als Auflage im Genehmigungsbeschluss steht. Solche Mängel und Unklarheiten können bei der Vollstreckung des Tarifs Schwierigkeiten verursachen, haben aber nicht die Formungültigkeit des Genehmigungsbeschlusses zur Folge und sind im Verwaltungsbeschwerdeverfahren nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen, da der beabsichtigte Inhalt der Änderungen darin im Wesentlichen erkennbar wird. Da die Beschwerdeführerin die Genehmigung des Tarifs, mit gewissen Korrekturen, selbst beantragt, diese formellen Unklarheiten aber nicht rügt und die von ihr angefochtenen Ziff. 14 und 15 des Tarifs auch nicht direkt davon betroffen sind, hat sich die Prüfung auf die Frage der Genehmigung und den Wortlaut dieser beiden Tarifbestimmungen zu beschränken.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1. Die Vorinstanz prüft Tarifvorlagen grundsätzlich mit umfassender Kognition, wahrt aber eine gewisse Dispositionsfreiheit und Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften (Art. 46 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 496 ff., DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. Bern 2008, Art. 59, Rz. 2; ANDREAS ABEGG/MATHIS BERGER, Gerichtsstandsvereinbarungen und Verletzerzuschläge in verwertungsrechtlichen Tarifen, sic! 2009, S. 65 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 7. März 1986 E. 7a, veröffentlicht in: SMI 1986, S. 317 *Tarif I*). Sie überprüft die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften, zum Beispiel jene der Unterstellung vergüteter Nutzungshandlungen unter die Tarifpflicht (vgl. E. 3.1), der gesetzlichen Höchstgrenzen und des vorgeschriebenen Verfahrens. Der le-

gislatorische Zweck ihrer Genehmigungsentscheide ist, in Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen Werkschaffenden und anderen Schutzberechtigten einerseits und (Massen-) Nutzern andererseits zu finden, der der Rechtssicherheit dient (BGE 135 II 180 E. 2.3.4 *GT 3c*). Sie hat darum auch bei unscharfen Tarifbestimmungen oder ungleichen Regelungen ähnlicher Sachverhalte in verschiedenen Tarifen im Einzelfall zu prüfen, wie weit in die Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften eingegriffen werden darf und muss. Ähnliche Nutzungsweisen derselben Nutzerkreise im Zuständigkeitsbereich derselben Verwertungsgesellschaft(en) hat sie im selben Tarif zu regeln, wo keine sachlichen Gründe für eine Spaltung sprechen (Art. 47 Abs. 1 URG; Urteil des BGer 2A.353/2002 vom 28. Mai 2003, veröffentlicht in: sic! 2003, S. 886 E. 3.2.1 *Tarif A Radio [Swissperform]*; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011, E. 6.1 *GT 3c*), und nicht vergütungspflichtige Nutzungsarten vom Tarifwortlaut auszunehmen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 6.2 *GT 3c*). Hält die Vorinstanz einen Tarif oder einzelne Bestimmungen für nicht genehmigungsfähig, ändert aber die zuständige Verwertungsgesellschaft ihren Antrag nicht entsprechend, kann die Vorinstanz die für die Tarifgenehmigung notwendigen Änderungen selbst vornehmen (Art. 15 Abs. 1-2 der Urheberrechtsverordnung [URV, SR 231.11]).

2.2. Auch das Bundesverwaltungsgericht prüft Beschwerden mit voller Kognition und überprüft die Angemessenheit der angefochtenen Verfügungen (Art. 49 Bst. c VwVG, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.1 *Tarif AS Radio*). Es auferlegt sich aber Zurückhaltung, wo die Vorinstanz als unabhängiges Fachgericht über komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts oder Interessenabwägungen zwischen Berechtigten- und Nutzergruppen geurteilt und die Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften gewahrt hat (BGE 133 II 278 E. 8.2 *GT 4d*). Das Bundesverwaltungsgericht prüft Anträge zur Tarifformulierung darum in der Regel kassatorisch und nicht weitergehend als sie bereits der Vorinstanz vorgelegen haben.

Zur vorliegend begehrten Tarifänderung, die mit demselben Wortlaut bereits der Vorinstanz beantragt worden war, hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid allerdings ausführlich Stellung genommen. Auch können die beantragten Änderungen von Ziff. 14 und 15 des Tarifs ohne Sinnentstellung und ohne Verschiebung des tarifären Gleichgewichts oder Notwendigkeit zur Änderung anderer Tarifbestimmungen isoliert voll-

zogen werden. Die reformatorischen Beschwerdebegehren zu Ziffer 14 und 15 des Tarifs erweisen sich darum vorliegend als ausnahmsweise zulässig.

2.3. Im Tarifgenehmigungs- und anschliessenden Beschwerdeverfahren besteht eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Verwertungsgesellschaften und Nutzervertreter/innen, die die Tarife zunächst unter sich aushandeln und über die zu ihrer Prüfung erforderlichen Zahlen und Statistiken verfügen (Art. 9 Abs. 1 URV; Urteil des Bundesgerichts 2A.491/1998 vom 1. März 1999, veröffentlicht in sic! 1999 S. 265 E. 2b *Tarif D* mit Hinweis). Sind sie mit einer Berechnung oder mit dem Entscheid der Vorinstanz nicht einverstanden, haben sie substanziert auszuführen und zu belegen, von welchen Fakten die Gestaltung des Tarifs stattdessen ausgehen muss (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2152/2008 vom 12. Juni 2009, E. 2.3 *Tarif AS Radio* mit Hinweis). Die Vorinstanz hat den massgeblichen Sachverhalt über die von den Parteien vorgelegte Berechnungsgrundlagen hinaus nur abzuklären, wenn konkrete Anhaltspunkte vermuten lassen, dass sie nicht zutreffen (Urteil des Bundesgerichts Nr. 2A.491/1998 vom 1. März 1999, veröffentlicht in sic! 1999 S. 264 E. 2b *Tarif D*). Sie darf einseitig auf Berechnungen des einen Verhandlungspartners abstellen, wo der andere seine Mitwirkungspflicht verletzt und keine Zahlen vorgelegt hat (BGE 133 II 279 E. 9.1 *GT 4d*).

2.4. Die Beschwerdeführerin hat in der Beschwerdeschrift auf Gegenbeweisofferten zum vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt verzichtet, erklärt, dieser sei vorliegend unstrittig, und die Beschwerde auf zwei Rechtsfragen im Zusammenhang mit der angefochtenen Tarifgenehmigung beschränkt. In der Replik bestritt sie allerdings die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdegegnerin, die ihrerseits die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin teilweise anzweifelte. In diesem Zusammenhang hat die Beschwerdeführerin die Einvernahme von Zeugen angeboten, worauf indessen im Sinne der folgenden Ausführungen verzichtet werden kann.

3.

3.1. Abweichend von der Privatautonomie haben konzessionierte Verwertungsgesellschaften eine Verwertungs-, Tarif- und Gleichbehandlungspflicht gegenüber Nutzenden und Berechtigten in den der Bundesaufsicht unterstellten Verwertungsbereichen (Art. 44, 45 Abs. 2 und 46 Abs. 1 URG). Bestimmte Nutzungsformen von Werken, Produktionen, Darbie-

tungen und/oder Sendungen werden in der Regel dann der kollektiven Verwertung unterstellt, wenn den Berechtigten ihre Kontrolle und den Nutzerinnen und Nutzern die individuelle Einholung von Lizenzen aus Praktikabilitätsgründen nicht oder nur erschwert möglich wäre, namentlich bei Massennutzungen (BGE 124 III 492 E. 2a *Vermietvergütungen*; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 415 mit Hinweisen, MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÓ, URG Kommentar – Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 40 Rz. 3; ERNST HEFTI, Die Tätigkeit der schweizerischen Verwertungsgesellschaften, in: von Büren/David [Hrsg.], a.a.O., S. 516). Die kollektive Rechtewahrnehmung soll eine möglichst vollständige Erfassung der vergütungspflichtigen Nutzungen gewährleisten und eine einfache, praktikable und berechenbare Einziehung der Vergütungen auch im Interesse der Werknutzer ermöglichen (BGE 133 III 573 E. 4.2 *BBC,* BGE 125 III 143 E. 4a *Reprografieentschädigung*). Nur Verwertungsgesellschaften können darum in diesem Bereich im Rahmen ihrer Verwertungsbewilligung Ausschliesslichkeits- und Vergütungsansprüche geltend machen (Art. 41 URG). Für jede urheberrechtlich geschützte Nutzung gilt gegenüber allen Nutzer/innen und Berechtigten entweder die individuelle oder die kollektive Verwertung. Auch wenn sich anstelle eines kollektiven Inkassos eine individuelle Rechtewahrnehmung für bestimmte Berechtigte stärker lohnen würde oder einzelne Nutzer/innen einen individuellen Wahrnehmungsvertrag mit der berechtigten Person vorziehen, können der kollektiven Verwertung unterstellte Ansprüche oder Nutzungshandlungen nicht wahlweise selbst geltend gemacht oder direkt entschädigt, sondern "nur über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft geltend gemacht" werden (Art. 20 Abs. 4, Art. 22 Abs. 1, Art. 22c Abs. 2, Art. 24b Abs. 2 URG). Haben sie ihre Rechte nicht zur Wahrnehmung auf die zuständige Verwertungsgesellschaft übertragen, kann diese als Prozessstandschafterin eine gesetzliche Prozessführungsbefugnis wahrnehmen (BGE 133 III 568 S. 577 E. 5.1 *BBC*; vgl. BGE 124 III 489 S. 493 E. 2.a; Kassationsgericht Zürich, sic! 2005, S. 117 E. II.3). Auch ein Instruktionsrecht der Rechteinhaber/innen im Einzelfall ist ausgeschlossen, weshalb sie jedenfalls im Anwendungsbereich des vorliegend strittigen Art. 22 URG keine Möglichkeit behalten, auf eine Rechtewahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaften zu verzichten (BGE 133 III 568 S. 577 E. 5.2 *BBC*). Das System der kollektiven Vergütung trägt damit praktischen Schwierigkeiten der Erfassung und Kontrolle von Massennutzungen sowie den Interessen der Nutzenden bei ihrer Anzeige und Vergütung Rechnung (BGE 125 III 141 S. 143 E. 4a *Fotokopierpauschale*). Die Besinnung auf zugrunde liegende, insbesondere wirtschaftliche Interessenabwägungen und Wertungen des Gesetzgebers ist namentlich

für die Anwendung urheberrechtlicher Normen auf neue technische Methoden, die der Gesetzgeber beim Erlass des URG nicht vorhergesehen hat und die in der Zwischenzeit zum Bestandteil einer schon vor ihrem Aufkommen geregelten Nutzung geworden sind, erforderlich (vgl. BGE 133 III 473 S. 481 E. 4.4 *Elektronischer Pressespiegel*, BGE 133 II 263 S. 274 E. 7.2.3 *"GT 4d"*; Urteil des Bundesgerichts 2A.256/1998 vom 2. Februar 1999 E. 1c, veröffentlicht in sic! 1999 S. 255 *Tarif S [Sender] II*).

3.2. Durch Auslegung ist zu ermitteln, welche Urheber- und Nachbarrechte und geschützte Nutzungsformen einem zu genehmigenden Tarif zugrundeliegen, ob sie der Bundesaufsicht unterstellt sind und die Formulierung der Tarifbestimmungen rechtfertigen. Ausgehend von Wortlaut, Sinn, Zweck und den diesen zugrunde liegenden Wertungen stehen hierfür auch im Urheberrecht alle klassischen Auslegungselemente zur Verfügung, wobei sich die Rechtsprechung in ständiger Praxis von einem Methodenpluralismus ohne hierarchische Prioritätsordnung leiten lässt. Nicht schon der Wortlaut, erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz stellt nach diesem Verständnis die Norm dar und ermöglicht eine sachlich richtige Entscheidung (BGE 133 III 273 S. 277 E. 3.2, BGE 131 III 33 S. 35 E. 2, BGE 131 II 13 S. 31 E. 7.1). Für eine völkerrechtskonforme Auslegung (vgl. BGE 133 II 263 S. 276 E. 7.3.2) ist zu beachten, dass bereits Art. 5 Abs. 4 BV und Art. 1 Abs. 2 URG völkerrechtliche Verträge vorbehalten. Völkerrecht und Landesrecht gelten als Teile eines einheitlichen Rechtssystems, weshalb Staatsverträge keiner Transformation ins innerstaatliche Recht bedürfen. Mit der völkerrechtlichen Verbindlichkeit erlangen sie automatisch auch landesrechtliche Gültigkeit (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 1913). Ein Abkommen ist direkt anwendbar, wenn es hinreichend bestimmte und klare Regelungen enthält, auf deren Grundlage im Einzelfall ein Entscheid getroffen werden kann, nicht aber, wenn es den Vertragsstaaten lediglich vorschreibt, wie eine Materie zu regeln ist und damit nicht die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern den Gesetzgeber anspricht (BGE 124 IV 23). Die Schweiz hat sich in Art. 9 Abs. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (RBÜ, SR 0.231.15) und Art. 13 WTO-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum vom 15. April 1994 (TRIPS-Abkommen, SR 0.632.20) insbesondere verpflichtet, die "normale" Auswertung eines Werks nicht zu beeinträchtigen und berechtigte Interessen

der Urheber nicht unzumutbar zu verletzen (vgl. BGE 133 II 263 S. 276 E. 7.3.2 *"GT 4d"*).

Zum einschlägigen Völkerrecht zählen auch das Rom-Abkommen, das Übereinkommen zum Schutz der Hersteller von Tonträgern gegen die unerlaubte Vervielfältigung ihrer Tonträger vom 29. Oktober 1971 (Genfer Tonträger-Übereinkommen, [GTÜ, SR 0.231.172]) sowie der WIPO-Vertrag vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT, SR 0.231.171.1). Letzterer harmonisiert die verwandten Schutzrechte auf einem höheren Schutzniveau als das Rom-Abkommen (Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 10. März 2006, BBl 2006, 3397). Gemäss den vom Bundesgericht aufgestellten Beurteilungskriterien sind die beiden WIPO-Abkommen nur teilweise direkt anwendbar. (Botschaft, a.a.O., Ziff. 1.1.3). Art. 15 WPPT wird in der Botschaft nicht explizit erwähnt, genügt jedoch ohne weiteres den bundesgerichtlichen Kriterien für die direkte Anwendbarkeit.

3.3. Ein Tarif muss zu seiner Gültigkeit von der Vorinstanz genehmigt werden (Art. 46 Abs. 3 und 55 Abs. 1 URG). Die Genehmigung wird erteilt, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Die Angemessenheit des Aufbaus und der Bestimmungen ist ebenso am Verhältnis der Tarifvergütung zu den Gesamteinnahmen, oder hilfsweise zum Aufwand (vgl. Art. 60 Abs. 1 und 2 URG), wie an der sachlichen Begründung der Bemessungsgrundlagen zu messen, die praktischen Schwierigkeiten bei der Kontrolle der Werknutzung Rechnung tragen müssen (BGE 125 III 143 ff. E. 4a-b *Fotokopierpauschale*). Eine Umverteilung der Belastung und selbst eine allgemeine Tariferhöhung können angemessen sein, wenn die bisher entrichteten Entschädigungen zu tief waren, die Bemessungskriterien einzelne Nutzer benachteiligten oder eine Umstellung der Berechnung sich in anderer Weise rechtfertigt (Urteil des Bundesgerichts 2A.491/1998 vom 1. März 1999, veröffentlicht in sic! 1999 S. 267 E. 4b/aa *Tarif D* mit Hinweisen). Der Tarif muss zudem auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, also der gesetzlichen Unterscheidung von ausschliesslichen Rechten von Urheberberechtigten, Rechten und Vergütungsansprüchen, die der Bundesaufsicht unterstellt sind, freier Nutzung und Schranken entsprechen (Art. 40 Abs. 1 URG). Schliesslich müssen die Tarifverhandlungen mit den massgebenden Nutzervertretern ausreichend und mit der gebotenen Einlässlichkeit geführt worden sein (Art. 46 URG). Der Ent-

scheid über die Angemessenheit des Tarifs ist für Zivilgerichte verbindlich, jener über seine gesetzliche Grundlage dagegen nicht (Art. 59 Abs. 3 URG; BGE 125 III 141 S. 144 E. 4a *Fotokopierpauschale*).

3.4. Im Rahmen der Angemessenheit des Tarifs sind auch die Höhe und Bemessungsweise der Tarifvergütung zu prüfen. Art. 60 URG bezweckt, Urheber- und Nachbarberechtigte proportional am Ertrag (Umsatz) ihres geschützten Beitrags partizipieren zu lassen, ohne begründete Unterschiede in der Gewichtung damit auszuschliessen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.491/1998 vom 1. März 1999, veröffentlicht in sic! 1999 S. 266 E. 3b/bb *Tarif D*). Nach Art. 60 Abs. 2 URG beträgt die Vergütung in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte. Sie ist so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten. Als Berechnungsbasis ist der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand zu veranschlagen (Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG). Dieser entspricht aber nicht immer dem Gesamtertrag oder -aufwand der Dienstleistung oder Veranstaltung, zu der die vergütete Nutzung unter anderem zählt, sondern ist auf dessen Basis im Verhältnis der geschützten zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträgern oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen, die den Gesamtertrag oder -aufwand mit verursacht haben, zu ermitteln (Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG). Es kann zudem zureichende Gründe geben, bestimmte Nutzungen im Tarif nach der Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Art. 60 Abs. 1 Bst. b URG) oder nach Art der Werkverwendung (Art. 60 Abs. 3 URG) stärker oder milder zu belasten.

Um dieses angemessene Verhältnis zwischen geschützten und ungeschützten Beiträgen im Sinne von Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG zu berechnen, gelten die folgenden Teilnutzungsregeln:

3.4.1. Das Verhältnis von geschützter zu ungeschützter Werknutzung wird nach ihrer zeitlichen Dauer gemessen, falls der Ertrag auch seinerseits von der Dauer der Nutzung oder zumindest der Einräumung der Nutzungsmöglichkeit abhängt ("pro-rata temporis-Regel", vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 500; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60 Rz. 16; ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [URG], Bern 2006, Art. 60 Rz. 11). Für

Konzertgesellschaften werden zum Beispiel Konzertpausen im Verhältnis zur Dauer der Konzerte insgesamt in Abzug gebracht, da ihr Ertrag in angenommener Proportion zur gespielten Musik steht (Ziff. 8 des Tarifs D [2008-2013], veröffentlicht im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] Nr. 101 vom 28. Mai 2008). Amateur-Musikvereinigungen und -Orchestervereinen wird ein solcher Abzug hingegen nicht gewährt, da ihre Vergütung nicht proportional zur Dauer der Musik, sondern zu ihrer Mitgliederzahl berechnet wird (Ziff. 8 des Tarifs B [2010-2014], veröffentlicht im SHAB Nr. 232 vom 30. November 2009).

3.4.2. Ungeschützte, aber gleichzeitig mit der geschützten Nutzung eines Werks oder einer Darbietung erbrachte Leistungen sind so weit in Abzug zu bringen, als sie den Ertrag mit beeinflusst haben ("akzessorische Werknutzung"). Gleiches gilt für die Kombination von Werken und/oder Darbietungen. Auch dieser Ertrag muss, nach Massgabe ihres Einflusses, mit Hilfe einer praktikablen Formel auf die verschiedenen Beiträge aufgeteilt werden ("Ballettregel"; vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60, Rz. 17; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 60 Rz. 12). Die Ballettregel entspricht der kombinierten Anwendung von Art. 60 Abs. 1 Bst b und c URG. Ein gesetzliches Beispiel dafür ist die Aufteilung im Verhältnis von ca. 10:3 zwischen Urheber- und Nachbarrechten in Art. 60 Abs. 2 URG (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 493 f.).

3.4.3. Haben mehrere Personen als Urheberinnen oder Urheber an der Schaffung eines Werks oder an einer Darbietung als ausübende Künstlerinnen oder Künstler mitgewirkt, so dass ihnen nach dem Gesetzeswortlaut urheber- oder nachbarrechtliche Ansprüche gemeinschaftlich zustehen (Art. 7 Abs. 1 und 34 Abs. 1 URG), fragt sich, in welchem Umfang ihre Beiträge als geschützt angerechnet werden, wenn nicht alle Personen die Tarifkriterien für die Anrechnung erfüllen. Dieser Punkt war in den Tarifverhandlungen zwischen den Parteien umstritten, doch haben sie sich, wie die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss ausführt, inzwischen geeinigt, Ton- und Tonbildträger im Sinne von Art. 35 Abs. 1 URG stets vollständig als geschützt anzurechnen, wenn mindestens eines mehrerer Ensemblemitglieder die Kriterien von Art. 35 URG – namentlich von Art. 35 Abs. 4 URG – erfüllt. Diese Lösung braucht vorliegend nicht mehr geprüft zu werden, und die Frage kann offenbleiben.

4.

4.1. Die von der Beschwerdeführerin angefochtene Variante von Ziff. 14 des Tarifs lautet:

> "Als geschützte Tonbildaufnahmen im Sinne von Ziff. 7 gelten von Dritten zum Zwecke der Sendung im freien Fernsehen erworbene Tonbildaufnahmen von audiovisuellen Werken, sofern auf der Aufnahme die Darbietung mindestens einer ausübenden Künstlerin oder eines ausübenden Künstlers festgehalten ist, der oder die aufgrund von Art. 35, Abs. 1, in Verbindung mit Art. 35, Abs. 4 URG, oder aufgrund internationaler Abkommen oder Gegenrecht Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat.".

Die Beschwerdeführerin möchte folgenden Wortlaut von Ziff. 14 durchsetzen:

> "Als geschützte Tonbildaufnahmen im Sinne von Ziff. 7 gelten im Handel erhältliche Tonbildträger, die zum Zwecke der Sendung im freien Fernsehen verwendet werden, sofern auf der Aufnahme die Darbietung mindestens einer ausübenden Künstlerin oder eines ausübenden Künstlers festgehalten ist, der aufgrund von Art. 35 Abs. 1 URG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat.".

Sie argumentiert, die angefochtene Variante von Ziff. 14 beruhe auf einer unrichtigen Anwendung von Art. 35 URG und dem dieser Bestimmung zugrundeliegenden Art. 12 des Rom-Abkommens durch die Vorinstanz. Unter Ton- oder Tonbild-"träger" im Sinne dieser Bestimmungen sei eine körperliche Festlegung und keine unkörperliche Aufnahme zu verstehen. Ein Ton- oder Tonbildträger sei darum im Sinne dieser Bestimmungen "im Handel erhältlich", wenn der zum Zweck der Sendung verwendete Träger tatsächlich als solcher im freien Handel erworben worden sei oder wenn ein zu Werbezwecken an die Sendeunternehmen verteilter "Bemusterungstonträger" verwendet worden sei, der in gleicher Form hätte im Handel erworben werden können. Allerdings würden die von Sendeunternehmen ausgestrahlten, schauspielerischen Darbietungen am Audiovisionsmarkt in der Regel gegen Bezahlung einer Lizenzgebühr von spezialisierten Firmen erworben. Diese Lizenzgebühr komme den Tarifberechtigten zugute, die von der angefochtenen Tarifregelung darum ungerechterweise doppelt entschädigt würden. Teilweise abweichend hatte die Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz noch argumentiert, unter die "im Handel erhältlichen Tonbildträger" fielen auch Downloads von Filmaufnahmen übers Internet, solange sie in einer zum Eigengebrauch üblichen Form erworben worden seien, da dann mit den im bezahlten Kaufpreis enthaltenen Entschädigungen erst der Eigengebrauch und noch nicht das

Senden vergütet worden sei. Anders verhalte es sich bei einer vom zuständigen Rechteinhaber eigens im Hinblick auf die Ausstrahlung erworbenen Sendelizenz (Beschwerdeschrift, E. 3 Bst. b Abs. 3).

4.2. Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, die Verwendung von Bemusterungstonträgern durch Sendeunternehmen sei bereits Usanz gewesen, als das Rom-Abkommen geschlossen wurde. Die Vergütungspflicht knüpfe nach den genannten Bestimmungen, entgegen dem Normverständnis der Beschwerdeführerin, an der Verwendung der dem Träger zugrundeliegenden Aufnahme und nicht an der körperlichen Festlegung an. Durch Art. 35 URG seien Audiovisionsausübende den Ausübenden im Phonobereich gleichgestellt. Schon im Rom-Abkommen werde die "fixation" oder "fixed performance" (Festlegung) nicht als Grenze für den Entschädigungsanspruch verstanden, vielmehr entstehe dieser auch durch die Nutzung jeder davon abgeleiteten Kopie. Dasselbe habe für die audiovisuelle Nutzung von geschützten Aufnahmen zu gelten. Dass die Sendeunternehmen die Rechte zur nachbarrechtlichen Nutzung bereits auf vertraglichem Weg erwerbe, werde bestritten und sei nur ausserhalb der unter Art. 35 URG fallenden Nutzung der Fall. Aus diesem Grund würden die ausübenden Künstlerinnen und Künstler von der Beschwerdeführerin auch nicht doppelt entschädigt.

4.3. Die Vorinstanz erwog zu dieser Frage, der Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 URG lasse keine klaren Schlussfolgerungen zu, da er auf Deutsch den körperlichen Ausdruck "Träger" und auf Französisch die unkörperlichen Begriffe "phonogrammes" und "vidéogrammes" gleichbedeutend verwende. Der Terminologie des Rom-Abkommens und des WPPT zufolge müsse "wohl eher die Aufnahme und nicht der physische Träger gemeint sein". Dass ein Werk im Zeitpunkt der Sendung für jedermann im Handel erhältlich sei, auch wenn das für die Sendung benutzte Werkexemplar im konkreten Fall nicht im Handel erworben wurde, müsse folglich genügen. Den Gesetzesmaterialien seien keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass mit der Änderung der im Entwurf der III. Expertenkommission ursprünglich enthaltenen Formulierung: "*…rechtmässig hergestellte und in Verkehr gebrachte Ton- und Tonbildträger…*" nicht bloss die Kollektivvergütungspflicht von Kinobetrieben ("Kinoprivileg"), sondern auch jene von Sendeunternehmen ausgeschlossen werden wollte. Für eine vertragliche Vergütung an Audiovisionsausübende, und insofern für eine doppelte Entschädigung, bestehe darum keine rechtliche Grundlage (Beschluss vom 9. November 2009, Ziff. 3 Bst. c).

5.
Werden im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung verwendet, haben ausübende Künstler und Künstlerinnen Anspruch auf Vergütung. Die Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (Art. 35 Abs. 1 und 3 URG).

5.1. Bis 2008 verlieh Art. 33 URG den Ausübenden kein Ausschliesslichkeitsrecht an der Sendung der Aufnahme einer Darbietung, sondern blieb in dieser Hinsicht auf den "Minimalschutz" des Rom-Abkommens beschränkt, der ein Ausschliesslichkeitsrecht nur an der Sendung der Live-Darbietung und an der Vervielfältigung der Aufnahme verlangt (Art. 4 Bst. c und Art. 7 Ziff. 1 Bst. a Rom-Abkommen; BBl 1989 III 550). Art. 35 URG schloss deshalb nach damaligem Verständnis auch keine stillschweigende Lizenz an einem Ausschliesslichkeitsrecht der ausübenden Künstler und Künstlerinnen mit ein, sondern gewährte den Vergütungsanspruch – ungewöhnlicherweise – für eine an sich freie Nutzung (Urteil des Bundesgerichts 2A.256/1998 vom 2. Februar 1999, veröffentlicht in sic! 1999 S. 256 E. 3a *Tarif S*; PETER MOSIMANN in: Roland von Büren, Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Band II/1, 2. Aufl. Basel 2006, S. 376; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 35 Rz. 3*).* Mit Änderung vom 5. Oktober 2001 wurde Art. 33 Abs. 2 URG im Rahmen des Beitritts der Schweiz zum WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996 (WCT, SR 0.231.151) und zum WPPT um die Worte "oder deren Festlegung" ergänzt, wodurch der Umfang der Ausschliesslichkeitsrechte der ausübenden Künstler und Künstlerinnen erweitert wurde (BBl 2006, 3416). Werden zur Sendung, Weitersendung, zum öffentlichen Empfang der Sendung oder zur Aufführung im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger verwendet, so hat dieser Verbotsanspruch der ausübenden Künstler und Künstlerinnen, deren Darbietung auf dem Träger festgehalten ist, einem blossen Vergütungsanspruch zu weichen. Art. 35 Abs. 1 URG statuiert deshalb aufgrund des geänderten Wortlauts von Art. 33 URG eine gesetzliche Lizenz für die Sendung, inkl. Weitersendung, und für die in internationalen Abkommen mit dem Oberbegriff "öffentliche Wiedergabe" umschriebenen Massennutzungen von Handelston- und Handelstonbildträgern (YVONNE BURCKHARDT in sic! 2000, 169 f.; RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 356).

5.2. Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG bringt den Begriff "Ton- und Tonbildträger" in Zusammenhang mit jenem der "Festlegung". Die Schweiz hat den Begriff "Festlegung" erst mit der Anpassung von Art. 33 Abs. 2 URG eingeführt. In der Literatur stellt HILTY fest, "Festlegung" bedeute die Verwendung von Speichermedien. Der Begriff stimme mit jenem der "im Handel erhältlichen Ton- oder Tonbildträger" nicht überein (HILTY, a.a.O., Rz. 356). Das RBÜ definiert in Art. 9 Abs. 3 jede Aufnahme auf einen Bild- oder Tonträger als Vervielfältigung, während in Art. II Ziff. 9 Bst. c und Art. III Ziff. 7 Bst. b des Anhangs zum RBÜ von "Festlegungen" gesprochen wird. Art. 10 WPPT spricht nicht von "Festlegung", sondern von "auf Tonträgern festgelegten Darbietungen". In der übrigen schweizerischen Literatur wird der Begriff der Festlegung nicht definiert (vgl. ROLF AUF DER MAUR, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [URG], Bern 2006, Art. 33 Rz. 11; PETER MOSIMANN, a.a.O., S. 375; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 33 Rz. 14f.). BORNHAUSER qualifiziert nach Art. 9 Abs. 1 und 3 RBÜ den Aufnahmevorgang bereits als Vervielfältigung, ohne den Begriff der Festlegung zu benützen (JONAS BORNHAUSER, Anwendungsbereich und Beschränkung des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts im digitalen Kontext, Bern, 2010, 2.Titel §4 Rz. 31). Nach VIANA sollte in den Definitionen von Art. 2 Bst. b und c WPPT mit dem Zusatz "or representations thereof" (im deutschen Text "oder von Darstellungen von Tönen") die digitalisierte Aufzeichnung miterfasst werden (MICHAEL VIANA, Die Rechte der Tonträgerhersteller im schweizerischen, amerikanischen und internationalen Urheberrecht, Basel 1999, S. 38). Tatsächlich nimmt Art. 2 Bst. c WPPT nicht Bezug zu physischen Datenträgern, sondern definiert "Festlegung" als Verkörperung von Tönen oder von Darstellungen von Tönen in einer Weise, dass sie mittels einer Vorrichtung wahrgenommen, vervielfältigt oder wiedergegeben werden können.

Dass der Begriff "Festlegung" aus der Zeit mechanischer Tonaufnahmen stammt, erscheint naheliegend. Im 19. Jahrhundert wurden Tondarbietungen aufgezeichnet, indem mittels eines Schalltrichters und einer dadurch mechanisch bewegten Nadel eine Rille in eine Wachsplatte graviert wurde. Diese Rille wurde später im Säurebad in den aus Zink bestehenden Träger geätzt. Von diesem Master wurden Pressungen aus Schellack gezogen (*http://www.hifimuseum.de/technik-gestern-und-heute.html*, besucht am 23. November 2011). Der Ausdruck Festlegung entsprach damals der Unveränderlichkeit, die der Aufnahme zukam. Nach deutscher Auffassung wird mit der Festlegung der erste Produktionsschritt der Vervielfältigung im Sinne von §16 Abs. 2 des deutschen Urheberrechtsgeset-

zes (UrhG) bezeichnet, mittels derer eine Darbietung so aufgezeichnet wird, dass sie wiederholbar wird. Die Begriffe "Vervielfältigung" und "Festlegung" sind dabei fast deckungsgleich: "Vervielfältigung ist die Herstellung einer oder mehrerer körperlicher Festlegungen, die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgend eine Weise wiederholt unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen" (ANDREAS DUSTMANN in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Kommentar zum UrhG, 10. Aufl., Stuttgart 2008, § 16 Rz. 9) bzw. "Vervielfältigung ist jede körperliche Festlegung des Werks, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen" (DREYER in Dreyer/Kotthoff/Meckel [Hrsg.], Urheberrecht, Heidelberg 2004, §16 Rz. 6). Vervielfältigung ist bereits die erste körperliche Festlegung eines Werkes (DUSTMANN, a.a.O., Rz. 10). Die Festlegung des Werkoriginals muss geeignet sein, das Werk unmittelbar oder jedenfalls mittelbar wahrnehmbar zu machen (DUSTMANN, a.a.O., Rz. 16). Was eine körperliche Festlegung bedeutet, wird ebenfalls präzise formuliert: "Bei der Vervielfältigung [ist] stets eine körperliche Festlegung erforderlich. Daran fehlt es z.B. bei der Projektion eines Werkes auf eine Leinwand oder der Wiedergabe auf dem Bildschirm eines PC" (DREYER, a.a.O., Rz. 7). Die körperliche Festlegung definiert sich also nicht danach, ob eine Stahlnadel eine Rille in eine Wachsplatte graviert, sondern ob das Zwischenprodukt zur Vervielfältigung tauglich ist. Die Festlegung ist die erste notwendige Stufe der Vervielfältigung. Körperlichkeit definiert sich in diesem Zusammenhang nach der Permanenz, mit der die Aufzeichnung verfügbar bleibt. Auch die digitale Speicherung von Werken, gleich ob Erstspeicherung (Digitalisierung durch Scannen) oder Übertragung von einem Speichermedium in ein anderes, ist nach dieser Auffassung eine Festlegung, die es mittelbar, nämlich durch entsprechende Soft- bzw. Hardware gestattet, sie mit den menschlichen Sinnen wahrzunehmen, und damit gleichzeitig eine Vervielfältigung (DUSTMANN, a.a.O., Rz. 12). Kürzer und präziser formuliert es DREYER: "Ferner ist die Digitalisierung von Werken eine Vervielfältigung, wenn sie mit einer körperlichen Festlegung einhergeht […]. Dies gilt unabhängig davon, ob und auf welche Art und Weise die digitalisierte Fassung festgelegt wird, während die Digitalisierung als solche noch nicht ausreicht" (DREYER, a.a.O., Rz. 28). Erläutert wird dies damit, dass "in der Abspeicherung von Informationen auf einem Datenträger, z.B. auf der Festplatte oder Diskette, und in ihrem Ausdruck in ihrer Konfiguration mittels eines Druckers eine Vervielfältigung [liege]" (DREYER, a.a.O., Rz. 26). Zum Beispiel stellt nach diesem Verständnis das bewegte Bild im Sucher der Digitalkamera noch keine Festlegung dar, weil hier die Darbietung zwar digitalisiert, aber nicht physisch

festgelegt wird. Sobald aber auf den Auslöser gedrückt und das Bild auf der Chipkarte gespeichert wird, besteht eine körperliche Festlegung. Die Festlegung besteht demzufolge ab dem Moment, indem das Gerät abgeschaltet, einem unbeteiligtem Dritten übergeben und von diesem die Aufnahme wieder sichtbar gemacht werden könnte. Vorübergehende Vervielfältigungen (wie etwa die technisch notwendige Speicherung im Cache eines Computers beim Internetzugriff) sind jedoch nicht als Festlegungen zu betrachten (DREYER, a.a.O., Rz. 30).

Im US-amerikanischen Copyright Law ist die Festlegung (fixation) notwendige Schutzvoraussetzung für Werke und Darbietungen. Ein Werk gilt demnach als körperlich festgelegt ("fixed in a tangible medium"), wenn es in einer Vervielfältigung oder einer Tonaufnahme verkörperlicht ist, die nicht nur vorübergehend wahrgenommen, wiedergegeben oder kommuniziert werden kann (§ 101, Stichwort "fixed", des US Copyright Act vom 19. Oktober 1976, veröffentlicht in *http://www.copyright.gov/title17/92chap1.pdf*). Dies wurde im Fall Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc., 547 F. Supp. 999 (N.D. Ill. 1982) präzisiert, als District Judge DECKER feststellte, dass die Speicherung einer elektronisch erstellten Bildsequenz in einem Chip einer Festlegung entspreche und nur eine Live-Darbietung vom urheberrechtlichen Schutz ausgeschlossen sei. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Nachdem die Konvergenz der Technologien (vgl. E. 6.2) die früher entscheidenden Unterschiede zwischen den physischen Datenträgern aufgehoben hat und das WPPT dies ausdrücklich berücksichtigen will, ist die Festlegung nicht an einen bestimmten physischen Datenträger gebunden.

5.3. In Art. 33 Abs. 2 Bst. c wird auch von Aufnahmen gesprochen. Es stellt sich somit die Frage nach dem Verhältnis von Aufnahme und Festlegung. In Art. 2 WPPT und Art. 3 Rom-Abkommen (SR 0.231.171) wird die Aufnahme nicht definiert. Art. 9 Abs. 3 RBÜ (SR 0.231.15) bestimmt, dass jede Aufnahme auf einen Bild- oder Tonträger als Vervielfältigung im Sinne der Übereinkunft gelte. Implizit ergibt sich auch eine Definition aus Art. 19 Abs. 3 Bst. d URG, wo von der Aufnahme von Vorträgen, Aufführungen oder Vorführungen eines Werkes auf Ton-, Tonbild- oder Datenträger gesprochen wird. Gemäss BORNHAUSER besteht die Aufnahme aus einer Vervielfältigung, die auf einen Datenträger gespeichert wird (BORNHAUSER, a.a.O., § 4 Rz. 31). Die obenstehenden Ausführungen zeigen, dass zwischen den Begriffen der Aufnahme und der Festlegung keine Unterschiede bestehen.

5.4. Ob Ton- oder Tonbildträger im Sinne der beschwerdeführerischen Argumentation physische Datenträger (Beschwerdeschrift, Ziff. VI [2]) oder nach Lesart der Vorinstanz elektronisch lesbare Datenabfolgen darstellen, kann allein aus dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 URG nicht beantwortet werden. Die Beschwerdeführerin möchte damit den physischen Datenträger, d.h. die Schallplatte, CD, das Tonband, bezeichnet wissen. Wie in E. 5.2 ausgeführt wird, stammt der Begriff aus der Zeit analoger Ton- und Bildaufnahmen und wurde sein Sinn in der digitalen Welt unklar, da die verschiedenen Technologien konvergiert haben. Den Begriff "Ton- und Tonbildträger" definiert das URG nicht. Eine Aufzählung aus drei alternativen Begriffen in mehreren Bestimmungen im deutschen und italienischen Gesetzestext lautet zwar: "Ton-, Tonbild- oder Datenträger" (Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG, Art. 19 Abs. 3 Bst. d URG, Art. 69 Abs. 1 Bst. h und i URG). Diese Aufzählung deutet an, dass Ton- und Tonbildträger keine Datenträger seien. Dies widerspricht allerdings dem französischen Gesetzeswortlaut, der von "phonogrammes, vidéogrammes et *autres* supports de données" spricht. Übersetzt bedeutet dies "Ton-, Tonbild- und andere Datenträger". Auf den sprachlichen Unterschied zwischen Ton- und Tonbildträger und Datenträger kann es jedoch ohnehin nicht ankommen, da für die heutige Technik jeder Ton- oder Tonbildträger ein Datenträger ist (AUF DER MAUR, a.a.O, Art. 36 Rz. 4). Im historischen Kontext haben Tonträger, Tonbildträger und Datenträger unterschiedliche Entwicklungen durchgemacht. Viele Jahre lang wurden sie durch ihre physische Erscheinungsform und separaten Verkaufskanäle charakterisiert. Der Begriff "Ton- und Tonbildträger" war im heute geltenden Regelungskontext bereits in Art. 34 Abs. 2 Bst. c und Art. 36 des Gesetzesentwurfs des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19. Juni 1989 (BBl 1989 III 477 ff.) enthalten. Er entstammt dem Rom-Abkommen und dem GTÜ. Der Bundesrat ging in der Botschaft zum URG offenbar von einem körperlichen Begriff der "Ton- und Tonbildträger" aus, als er erläuterte, Art. 34 Abs. 2 Bst. c, der heutige Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG, gebe dem ausübenden Künstler das ausschliessliche Recht, seine Darbietung "auf einem materiellen Träger festzulegen" (BBl 1989 III 549). Auch MOSIMANN geht von einem körperlichen Träger aus, da er darunter "insbesondere Schallplatten, CD, Videokassetten, DVD, Harddisk" versteht (MOSIMANN, a.a.O., S. 390). Gemäss VIANA umfasst der international geltende Tonträgerbegriff alle technischen Vorrichtungen, auf bzw. von denen mit Hilfe geeigneter Geräte Töne jeglicher Art analog und digital aufgezeichnet, gespeichert, übertragen und beliebig oft reproduziert werden können (VIANA, a.a.O., S. 39). Dies entspricht zwar noch einem materiellen Trägerbegriff, beschränkt sich jedoch nicht mehr auf eine einzige

Erscheinungsform einer Aufnahme als "Träger". Art. 3 Bst. b Rom-Abkommen und Art. 1 Bst. a GTÜ stützen die Sichtweise eines körperlichen Mediums nicht. Sie definieren "Tonträger" als "ausschliesslich auf den Ton beschränkte Festlegung der Töne einer Darbietung oder anderer Töne", was einer Aufnahme und nicht einem physischen Medium entspricht (vgl. E. 5.2). Im US-amerikanischen Recht erfolgt lediglich eine Unterscheidung zwischen Vervielfältigungen (copies) und Tonträgern (phonorecords). Unter Tonträger fallen demnach sämtliche Tonaufnahmen, die nicht als Film-Soundtrack zu qualifizieren sind, während mit Vervielfältigungen subsidiär alle anderen Aufzeichnungen gemeint sind (VIANA, a.a.O., S. 40f.). Die Differenzierung erfolgt, weil im US-amerikanischen Copyright Act die Inhaber von Tonaufnahmen spezielle ausschliessliche Rechte erhalten (VIANA, a.a.O., 41). Eine Anknüpfung am physischen Medium erfolgt jedoch nicht. Auch das WPPT knüpft nicht am physischen Medium an, denn gemäss Art. 2 Bst. b WPPT ist ein Tonträger nicht mehr nur eine Aufzeichnung von Tönen, sondern auch die Aufzeichnung von Verkörperungen bzw. Darstellungen von Tönen. Mit dieser Ergänzung sollen Aufzeichnungen erfasst werden, die insbesondere aufgrund von digitalen Veränderungen aufgezeichneter Töne vorgenommen werden (VIANA, a.a.O., 194). Die Aufnahme als zentrales Resultat der Herstellerleistung sei in den Mittelpunkt zu rücken. Vervielfältigt werde nicht der Tonträger selbst, sondern das auf ihm enthaltene Programm, mit anderen Worten die festgelegte Aufnahme (POTO WEGENER, Sound Sampling, der Schutz von Werk- und Darbietungsteilen der Musik nach Schweizerischem Urheberrechtsgesetz, Basel, 2007, S. 231).

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Begriff des Ton- und Tonbildträgers zwar immer noch im Zusammenhang mit physischen Datenträgern verwendet wird, jedoch nicht mehr an eine spezifische Erscheinungsform gebunden ist.

6.

6.1. Weiter ist der Ausdruck "im Handel erhältlich" auszulegen. Im deutschen Recht wird festgehalten, dass ein Tonträger im Handel erhältlich sei, wenn mit Zustimmung des Berechtigten Vervielfältigungsstücke des Werkes nach ihrer Herstellung in genügender Anzahl der Öffentlichkeit angeboten oder in Verkehr gebracht worden sind. Als im Handel verbreitet seien Tonträger zu verstehen, die zum Verkauf, Verleih oder Vermietung an praktisch beliebige Abnehmer angeboten werden. Der Begriff des Handels dürfe hier nicht zu eng gefasst werden; es reiche aus, dass sie

vom Hersteller direkt vertrieben werden. Die Formulierung "im Handel erhältlich" sei somit eine rechtliche und keine faktische, denn selbst ein vergriffener Tonträger gelte als "im Handel erhältlich" (VIANA, a.a.O., S. 72f.; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 35 Rz. 5). Unter im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern seien solche zu verstehen, die zum Verkauf, zur Ausleihe oder zur Vermietung an praktisch beliebige Abnehmerinnen und Abnehmer angeboten werden (BARRELET/EGLOFF, a.a.O, Art. 35 Rz. 4; Yvonne BURCKHARDT, Die Vermögensrechte der ausübenden Künstler und Künstlerinnen gemäss Art. 33 Abs. 2 und Art. 35 URG in sic! 2000, S. 170). Die Erhältlichkeit im Handel sei weit zu fassen, so dass auch jeglicher entgeltlicher Verkauf des Ton- resp. Tonbildträgers durch das Sendeunternehmen erfasst ist (MOSIMANN, a.a.O., S. 376). Gemäss deutscher Auffassung besteht nur ein Vergütungsanspruch, wenn zur Sendung ein erschienener oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemachter Tonträger verwendet wird (THOMAS DREIER in Thomas Dreier/Gernot Schulze [Hrsg.], UrhG, Kommentar, 3. Aufl., München, 2008, §73 Rz. 4). REHBINDER spricht sogar von erlaubterweise aufgenommenen und erlaubterweise öffentlich zugänglich gemachten oder als Bild- und Tonträger erschienen Darbietungen (MANFRED REHBINDER, Urheberrecht, 14. Aufl., München, 2006, §59 Rz. 791). Dieser Begriff schliesst auch kostenlose und kostenpflichtige Internet-Downloads als "im Handel erhältlich" mit ein.

Ein ähnliches Ergebnis erhält man, wenn man vom Begriff der Festlegung als körperliche Masterkopie für spätere Vervielfältigungen ausgeht. Sämtliche weiteren Erscheinungsformen der Festlegung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 URG werden auf eine gleiche Stufe gesetzt und bilden Vervielfältigungen des gleichen Werks, sei es durch Ton-, Tonbild-, Datenträger, Sendungen oder physische Kopien. In diesem Falle wäre es aber zweckwidrig, technisch oder in Bezug auf den Vertriebskanal unterschiedliche Erscheinungsformen gesondert zu behandeln. Vielmehr sollten diejenigen Erscheinungsformen, die von der gleichen Festlegung abstammen, einander gleichgesetzt werden. In casu würde dies bedeuten, dass ein Ton- oder Tonbildträger auch dann als "im Handel erhältlich" gilt, wenn eine von der gleichen Festlegung abstammende Vervielfältigung in einer anderen physischen Form angeboten wird, als sie tatsächlich zu Sendezwecken verwendet wird, z.B. als Download, als Blue-Ray-Disc oder als DVD. Dies ergäbe sich e contrario auch aus der Diskussion der Abgrenzung (HILTY, a.a.O., Rz. 356) von Art. 33 Abs. 2 URG zu Art. 35 Abs. 1 URG. Wäre jede Erscheinungsform eines Ton- oder Tonbildträgers als selbständige Festlegung zu betrachten, müsste in unpraktikabler Weise für jede

Festlegung, ja für jede Auflage und Vertriebskette einer Festlegung, gesondert bestimmt werden, ob sie unter das Verbotsrecht oder den Vergütungsanspruch fällt.

Zum gleichen Schluss kommt man bei Betrachtung der nicht unter Art. 35 Abs. 1 URG fallenden Sachverhalte: Nicht im Handel erhältlich sind z.B. Aufnahmen eines Sendeunternehmens zu Sendezwecken, jene eines Künstlers zu privaten Zwecken (HILTY, a.a.O., Rz. 360) oder Tonträger, die illegal in den Handel gelangt sind (VIANA, a.a.O., S. 73 f.). Auch stellt die Vorinstanz zu Recht fest, dass mit der Bezeichnung der "im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträger" ausgeschlossen werden sollte, dass das Kinoprivileg auf diese Weise ausgehebelt werden kann, grundsätzlich aber "rechtmässig hergestellte und in Verkehr gebrachte Ton- und Tonbildträger" gemeint seien. Klar äussert sich auch BURCKHARDT, a.a.O., S. 170 f.: Nicht der im Handel erhältliche Träger als solcher löst das Vergütungsrecht oder die Vergütungspflicht aus, sondern die für den Handel bestimmte und im Träger inkorporierte Aufnahme der künstlerischen Darbietung. MEYER äussert sich spezifisch zur vorliegenden Fallkonstellation: Mit der Wendung "im Handel erhältlich" wird der Zweck der Norm eingeschränkt. Es soll eine Vergütung für eine im Verkaufspreis nicht eingerechnete Zweitnutzung sein. DJs beispielsweise können nicht über iTunes einkaufen, weil diese Downloads für den Eigengebrauch bestimmt sind und müssen spezielle DJ-Angebote verwenden, die dann natürlich teurer sind. Auch solche Angebote gelten als "im Handel erhältlich" (EMANUEL MEYER, sic! 2010, S. 123). Für den Vergütungsanspruch kommt es nicht darauf an, ob der Original-Ton- oder Tonbildträger verwendet wird oder ob dieser zuvor kopiert wurde (MEYER, a.a.O., S. 124). Im Überblick der Fachliteratur bezieht sich "im Handel erhältlich" somit nicht auf den konkret verwendeten physischen Datenträger, sondern auf die verwendete Festlegung, die in einer beliebigen Form und einem beliebigen Datenformat im Handel erhältlich ist.

6.2. In der geltungszeitlichen Auslegung ist abzuklären, inwieweit die rasante technische Entwicklung bei der Auslegung des Gesetzes berücksichtigt werden muss. Die technischen Erscheinungsformen und Grundlagen des Vertriebs von Phono- und Videogrammen befinden sich seit Jahrzehnten – besonders aber in den letzten Jahren – stark im Wandel. Nach einer Übersicht der Schweizer Nationalphonothek, Lugano, ist die 1856 beginnende Geschichte der Aufzeichnung von Klängen auf Tonspuren und ihrer Kommerzialisierung in allen Begegnungsbereichen vom Siegeszug der Mikrorillen-Vinylschallplatte ab 1947 und einer stetig und

stark ansteigenden, weltweiten Nutzung von Tonaufnahmen geprägt. Mit der Musikkassette kommt 1963 die Möglichkeit eigener Aufnahmen und privater Vervielfältigungen hinzu; 1982 wird die Compact Disc (CD) eingeführt, die das Kopieren von Aufnahmen ohne Qualitätsverlust auf Leerträger ermöglicht *(http://www.fonoteca.ch/yellow/soundMemory_de.htm*, besucht am 6. September 2011; vgl. HANS HIRSCH, Schallplatten zwischen Kunst und Kommerz, Wilhelmshaven 1987, S. 184 ff.; J. CHARLES STERIN, Mass Media Revolution, Boston 2010, S. 132 ff. und 278 ff.; vgl. zur Umsatzentwicklung nach 2004 DÉSIRÉE KIEL, Urheberrechtsschutz im Zeitalter der Digitalisierung, Saarbrücken 2007, S. 10 ff.). Für audiovisuelle Werke ist auf ähnliche Weise aus der privaten Magnetaufzeichnung von Filmen mit der Verbreitung der Video-Home-System-("VHS")-Kassette, die später von digitalen Trägern wie Digital Versatile Disc (DVD), Blue-ray Disc usw. abgelöst wurde, ein Vertriebsmarkt individueller Medien zum Werkgenuss entstanden (STERIN, a.a.O., S. 162 ff.). Neben den Angeboten der Sendeunternehmen und Vorführanstalten hat sich die individuelle Ton- und Tonbildnutzung damit als eigene kommerzielle Nutzungsform am Phono- und am Audiovisionsmarkt etabliert. Im Zuge von Digitalisierung und Komprimierung von Tonaufnahmen, exponentiell wachsenden Speicherkapazitäten und zunehmendem Einsatz von Internet, globalen Vertriebs- und Tauschplattformen hat sich die Aufmerksamkeit hier erst in den letzten Jahren vom physischen Tonträger auf die gespeicherte Aufnahme, vom "Album" auf den "Track", verschoben (STERIN, a.a.O., S. 284). Die Unterschiede zwischen Festlegung, Vervielfältigung und Ton- und Tonbildträger verwischen damit zunehmend. Früher konnte man die gravierte Wachsplatte als Festlegung, das Pressen der Grammophonplatte als Vervielfältigungsvorgang und die Platte selbst als Tonträger bezeichnen (vgl. E. 5.4). Heute läuft der Vorgang vorwiegend digital ab. Er kann beispielsweise in der direkten Aufnahme einer Darbietung mittels Mobiltelefon und dem nachfolgenden Vervielfältigen durch Versenden der Datei im Internet, kopieren der Datei auf den PC, brennen auf DVD und Speichern auf USB-Stick erfolgen. Es gibt keine eindeutige Erscheinungsform des Datenmaterials mehr, vielmehr geht es um Datensequenzen, die von so verschiedenen Geräten wie Personal Computer, Mobiltelefon, Fernsehgerät, mobilem DVD-Player oder Satellitenempfänger mit angeschlossenem Monitor wiedergegeben werden können. Die Information wird durch Digitalisierung vom materiellen Träger entkoppelt. Die Verbindung der Information mit einem digitalen Speicherträger ist im Unterschied zu derjenigen bei analogen Werken keine untrennbare. Die Datensätze können problemlos weiter vervielfältigt und über das Internet weitverbreitet werden. Eine weitere Besonderheit der Digitalisierung be-

steht darin, dass sowohl das Ergebnis des Digitalisierungsvorgangs wie auch das Speichermedium aus einem aus Nullen und Einsen zusammengesetzten Binärcode bestehen. Dies führt zur Konvergenz der Speichermedien (BORNHAUSER, a.a.O., 2.Titel §5 Rz. 34f.) und findet immer mehr ohne fest zugeordneten Tonträger statt (vgl. STERIN, a.a.O., S. 153). Ein grosser Teil des Musik- und Videohandels erfolgt bereits online, so erfolgen 29 % des weltweiten Musikhandels digital (FRANCES MOORE in IFPI Digital Music Report 2011, S. 3, veröffentlicht unter *http://www.ifpi.org/content/library/DMR2011.pdf*,). Auch Radiostationen senden heute häufiger ab Harddisk anstelle von CD-Wechslern und Laufwerken. In dieser Breite werden entsprechende Entwicklungen für den Audiovisionsmarkt erst vorhergesagt; doch bestehen schon Prototypen von digitalen Spielfilmen und Filmprojektionen. Die technischen Grundlagen und Geräte sind erhältlich, und Filme werden in einem gewissen Umfang auch bereits per Internet getauscht oder geliefert (JOHANNES WEBERS, Handbuch der Film- & Videotechnik, 8. Aufl. Poing 2007, S. 674; PHILIPPE STALLA, Der Film wird digital, Saarbrücken 2007, S. 8 ff.). Neue Internet-Technologien wie Streaming, Simulcasting (gleichzeitiges Anbieten von Webzugang zu Radio- und Fernsehsendern) und Webcasting (reiner Webzugang zu Radio- und Fernsehsendern) machen die Abgrenzung zwischen Sendern und On-Demand-Diensten immer schwieriger (MICHAEL RÜBERG, Vom Rundfunk- zum Digitalzeitalter, München 2007, S. 291ff.). Musik, Film, Internet, Radio, Fernsehen, Telefonie und Computerdaten konvergieren immer mehr zu einem Ganzen (NIELS KLUSSMANN, Lexikon der Kommunikations- und Informationstechnik, 3. Aufl., Heidelberg 2001, S. 572 f.; KIEL, a.a.O., S. 78; FRANK BÖSCH, Mediengeschichte, Frankfurt 2011, S. 229), so dass die einzelnen Gattungen zeitweise kaum mehr auseinanderzuhalten sind. Die tatsächliche Form der Datenübernahme ist völlig nebensächlich geworden und die Unterschiede verschiedener Erscheinungsformen verschwimmen. Die für Ton- und Tonbildträger notwendigen Daten können auf fast jedem beliebigen Datenträger, mittels Internet sogar auf weit entfernten Servern, gespeichert werden. Auch das Bundesgericht hat in BGE 133 II 263, 276 entschieden, dass der offen formulierte Art. 20 Abs. 3 URG (Leerkassettenabgabe) so auszulegen sei, dass die Vergütung sich technologieneutral auf alle Trägersysteme zu erstrecken habe, die sich für Ton- und Tonbildaufnahmen eignen und vorrangig dafür Anwendung finden. Unter diesen Umständen sind die Begriffe "Tonträger", "Tonbildträger" und "Datenträger" nur noch als beispielhafte Aufzählung zu verstehen. Eine Anbindung von Art. 35 Abs. 1 URG an den physischen Erwerb eines Datenträ-

gers eines bestimmten Formats erschiene unter diesen Umständen sachfremd.

6.3. In der teleologischen Auslegung ist zu prüfen, welcher Sinn und Zweck mit einer Bestimmung verfolgt wird. Art. 35 URG bringt gleichzeitig Erleichterungen und Einschränkungen für die Sendeanstalt, denn er bezweckt nicht nur die Zusprechung einer angemessenen Nutzungsvergütung an die ausübenden Künstler und Künstlerinnen, sondern schränkt auch deren exklusives Senderecht gemäss Art. 33 Abs. 2 URG ein, wodurch für die Sendeanstalt das Einholen dieser Erlaubnis entfällt. Diese Einschränkung geht über den Vergütungsanspruch hinaus, gilt sie doch auch für Ausübende aus Ländern, die schweizerischen Staatsangehörigen kein Gegenrecht gewähren (Art. 35 Abs. 4 URG). Weiter bringt Art. 35 URG eine Vereinfachung und Vereinheitlichung der Abrechnung, da nur mit einer einzigen Stelle, nämlich der Verwertungsgesellschaft, abgerechnet werden muss und kein individueller Vertragsschluss notwendig ist. Art. 35 URG zieht eine Grenze zwischen der vertraglichen und der kollektiven Verwertung (Siehe HILTY, a.a.O., Rz. 357). Über den Anwendungsbereich von Art. 15 WPPT hinaus, der nur einen Schutz für Tonträger vorsieht, sollte die Regelung auch auf Tonbildträger ausgedehnt werden. Art. 35 URG soll somit primär ermöglichen, dass ausübende Künstler und Künstlerinnen ihre Vergütungsansprüche im Gegenzug für die ihnen entzogenen Verbotsansprüche möglichst einfach und flächendeckend geltend machen können.

6.4. Die Beschwerdeführerin möchte die Wendung "von Dritten zum Zwecke der Sendung im freien Fernsehen erworbene Tonbildaufnahmen" durch "im Handel erhältliche Tonbildträger" ersetzen, weil sie die von ihr verwendeten und nach ihrer (bestrittenen) Sachverhaltsdarstellung allein im Spezialhandel erhältlichen Digi-Beta-Kassetten vom Wortlaut ausschliessen möchte. Aufgrund der Feststellungen von E. 6.1 bezieht sich "im Handel erhältlich" jedoch nicht auf den konkret verwendeten physischen Datenträger, sondern auf die verwendete Festlegung. Damit erübrigt sich die Prüfung, ob Digi-Beta-Filme im Handel erhältlich sind, und die Befragung der hierfür angebotenen Zeugen (vgl. E. 2.4). Unter "Tonbildträger" sind Vervielfältigungen von Ton- und Videosequenzen zu verstehen, ungeachtet des physischen Aufzeichnungsmediums (E. 5.4). Die geänderte Ziff. 14 des Vertrags hätte folglich keinen anderen Sinn als die genehmigte Fassung, nämlich dass sie sich auf bearbeitete wie unbearbeitete Festlegungen von Film- oder Videosequenzen von Werken beziehe, die in einem beliebigen Format im Handel erhältlich sind. Weiter

möchte die Beschwerdeführerin in der Gegenrechtsklausel den Teilsatz "oder aufgrund internationaler Abkommen oder Gegenrecht" streichen. Die ursprüngliche und die geänderte Version dieses Satzes verweisen auf Art. 35 Abs. 4 URG, der den Vorbehalt anbringt, dass ausländische Künstler und Künstlerinnen ohne gewöhnlichen Wohnsitz in der Schweiz nur dann Anspruch auf eine Vergütung haben, wenn deren Staat Gegenrecht gewährt. Der angefochtene Satzteil konkretisiert demzufolge lediglich Art. 35 Abs. 4 URG, welcher kraft Gesetzesvorschrift auch dann gilt, wenn dies nicht explizit im Tarif vereinbart wird. Im Resultat veränderte die verlangte Umformulierung von Art. 14 des Tarifs die Rechtsposition der Beschwerdeführerin nicht, weshalb ihre Zweckmässigkeit fraglich ist und für die Vorinstanz kein Anlass bestand, sie in den Vertragstext aufzunehmen.

6.5. Die Beschwerde ist darum mit Bezug auf die Änderung von Ziff. 14 des Tarifs abzuweisen.

7.

7.1. Die Beschwerdeführerin verlangt des Weiteren, dass Ziff. 15 (vgl. zum Wortlaut E. C) des Tarifs zu streichen sei. Sie machte hierzu vor der Vorinstanz sinngemäss geltend, der Tonträgerschutz von Art. 35 URG erstrecke sich nicht auf Tonaufnahmen, die in audiovisuelle Werke integriert sind, weil diese keine ausschliesslich auf den Ton beschränkte Festlegungen mehr darstellten. Sie stützte sich dafür auf den Tonträgerbegriff des Rom-Abkommens sowie Stellen der österreichischen und deutschen Urheberrechtsliteratur.

Die Vorinstanz führte dazu aus, die Vergütungspflicht für in Tonbildträger integrierte Tonaufnahmen stütze sich nicht auf Konventionen, sondern auf Schweizer Recht. Die Integration einer Tonaufnahme in ein Filmwerk beeinträchtige die Rechte an diesem Tonträger nicht. Der Schweizerische Gesetzgeber habe die Audiovisionskünstler den Ausübenden im Tonsektor gleichstellen wollen. Es bestehe in der Schweiz ein höherer Schutzstandard und damit, unter Vorbehalt des Gegenrechts bei ausländischen Ausübenden, eine Vergütungspflicht für integrierte Phonogramme.

Die Beschwerdeführerin bringt hiergegen mit der Beschwerde vor, nach Art. 35 Abs. 4 URG stehe ausübenden Künstlern aus Ländern, die kein Gegenrecht gewähren, keine Vergütung zu. Art. 35 Abs. 1 URG erwähne nur Tonträger und Tonbildträger. Diese Unterscheidung sei insbesondere

im Hinblick auf in Tonbildträgern integrierte Tonspuren mit geschützten Aufnahmen erfolgt. Art. 2 Bst. b WPPT sehe explizit den Untergang des Tonträgerschutzes für in Tonbildträger integrierte Tonspuren vor. Dieses Konventionsrecht sei für die Schweiz verbindlich.

Die Beschwerdegegnerin argumentiert, wie die Vorinstanz, das Schweizer Recht enthalte keine Art. 19 Rom-Abkommen entsprechende Vorschrift, weshalb die Rechte am Phonogramm unverändert weiterbestünden.

7.2. Zunächst ist zu bemerken, dass die Kritik der Beschwerdeführerin nicht ausreichend zwischen den Absätzen von Ziff. 15 unterscheidet. Ziff. 15 Abs. 1 bezieht sich auf die allgemeine rechtliche Qualifikation einer Tonaufnahme, die in die Tonspur eines Tonbildträgers integriert ist. Nach dem angefochtenen Tarifwortlaut ist dafür keine zusätzliche Vergütung als Tonträger, sondern eine Vergütung als Tonbildträger zu berechnen. Sollten sich die Ausführungen der Beschwerdeführerin gegen diese Bestimmung richten, führten sie an der Sache vorbei. Dass das Konventionsrecht, wie die Beschwerdeführerin vorträgt, keine Anrechnung als Tonträger für solche Fälle vorsieht, wäre unter Ziff. 15 Abs. 1 des Tarifs unbedeutend, da diese Bestimmung – im Unterschied zur offenbar in Deutschland gepflegten Praxis (ROLF DÜNNWALD/TILO GERLACH, Schutz des ausübenden Künstlers, Kommentar zu §§ 73 bis 83 UrhG, Stuttgart 2008, § 78 Rz. 32) – gerade eine Anrechnung als Tonbildträger und nicht als Tonträger vorsieht. Zudem enthält Ziff. 15 Abs. 1 nur eine aufgrund der Einheit des Tonbildträgers ohnehin naheliegende Klarstellung. Die Streichung dieser Bestimmung hätte nicht zur Folge, dass das Senden des Tonbildträgers als Tonträgernutzung und nicht mehr als Tonbildträgernutzung gelten würde, selbst wenn sämtliche auf einer Bildspur auftretenden Künstler und Künstlerinnen unter den Gegenrechtsvorbehalt von Art. 35 Abs. 4 URG fielen. Die Bestimmung ist darum auch unter Art. 35 Abs. 4 URG nicht problematisch.

Die Beschwerde erweist sich damit auch gegenüber Ziff. 15 Abs. 1 des Tarifs als unbegründet.

7.3. Hingegen bezieht sich Ziff. 15 Abs. 2 des Tarifs auf den Fall, dass ein Tonbildträger nur im Hinblick auf die auf ihrer Tonspur enthaltenen Tonaufnahmen geschützt ist, was nebst anderen möglichen Gründen daran liegen kann, dass alle auf der Bildspur gezeigten Ausübenden aus Ländern stammen, die schweizerischen Staatsangehörigen kein Gegenrecht

gewähren (Art. 35 Abs. 4 URG). Zwar gelangt die mit Ziff. 15 Abs. 2 bestimmte Pro-rata-temporis-Regel in solchen Fällen ohnehin zur Anwendung (E. 3.5.1). Insbesondere macht diese Bestimmung keine Ausnahme von Ziff. 15 Abs. 1 des Tarifs, so dass auch die Sendung eines derart teilgeschützten Tonbildträgers pro rata temporis als Tonbildträgernutzung (zum höheren Prozentsatz von 3,315 % in Ziff. 7 des Tarifs) und nicht als Tonträgernutzung berechnet wird. Ziff. 15 Abs. 2 setzt zwar voraus, dass ein derartiger Tonbildträger überhaupt unter die Vergütungspflicht von Art. 35 URG fällt und sein Schutz nicht "ausgeschlossen" ist, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, legt dies aber nicht ausdrücklich fest. Die Beschwerdeführerin kann diesen Absatz gestützt auf ihre Argumentation darum anfechten, doch erscheint zweifelhaft, ob entsprechende Tonbildträger allein durch die anbegehrte Streichung dieser Bestimmung, solange mit der Beschwerde nicht die Einfügung einer entsprechenden Richtigstellung verlangt wird, von einer Vergütungspflicht befreit würden. Die Frage kann indessen offen gelassen werden.

7.4. Nach Art. 33 Abs. 2 Bst. c URG in der Fassung vom 5. Oktober 2007 haben ausübende Künstler und Künstlerinnen unter anderem das ausschliessliche Recht, eine Festlegung ihrer Darbietung auf Tonbildträger aufzunehmen und solche Aufnahmen zu vervielfältigen. Von den Verfahrensbeteiligten wird mit Fug nicht in Frage gestellt, dass als eine derartige Festlegung auch eine Tonaufnahme in Frage kommt (vgl. E. 5.6), weshalb das ausschliessliche Recht ausübender Künstler und Künstlerinnen sich auch auf die Integration einer bestehenden Tonaufnahme auf die Tonspur eines Tonbildträgers erstreckt. Für die Einblendung einer Tonaufnahme in einen Tonbildträger ist die Zustimmung der Leistungsschutzberechtigten an der Aufnahme darum grundsätzlich einzuholen. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind nicht so zu verstehen, dass das Konventionsrecht den Schutz der Tonaufnahme auch in dieser Beziehung ausschliessen würde.

7.5. Nach Art. 19 Rom-Abkommen ist die Zustimmung eines ausübenden Künstlers zur Sendung seiner Darbietung nicht erforderlich, nachdem er sie bereits dafür erteilt hat, dass seine Darbietung in einen Bild- oder Tonbildträger eingefügt wird. Art. 2 Bst. b WPPT nimmt eine Festlegung, die Bestandteil eines Filmwerks oder eines anderen audiovisuellen Werks ist, zwar von der Definition des Begriffs "Tonträger" aus. Das "agreed statement" zu Art. 2 Bst. b WPPT stellt jedoch klar, dass diese Definition die Rechte an in Werken der Audiovisionskunst integrierten Tonaufnahmen nicht beeinträchtigt. Welche Rechte am Tonträger durch die Integra-

tion zurückbleiben, braucht vorliegend nicht geprüft zu werden. Vielmehr besteht Einigkeit, dass durch die Integration ein Leistungsschutzrecht am Bildtonträger entsteht, das sowohl den Bild- als auch den Tonteil gleichermassen schützt (ANNATINA MENN, Interessenausgleich im Filmurheberrecht, Bern, 2008, S. 126). Auch die deutschen Kommentatoren vertreten diese Ansicht (DREIER/SCHULZE, a.a.O., § 73 Rz. 6; § 127 Rz. 11; REHBINDER, a.a.O., §15 Rz. 201). Nachdem Digitalisierung und Entwicklung moderner Kompressionsmethoden und grossvolumiger Datenträger die Konvergenz von Daten, Ton- und Audiovisionsinhalten bewirken (E. 6.2), stellt sich zwar die Frage, ob die Unterscheidung, dass eine urheberrechtlich geschützte Tonspur über einen reinen Tonträger oder einen Tonbildträger abgespielt wird, überhaupt noch relevant sei. Die Frage braucht vorliegend jedoch nicht abschliessend beurteilt zu werden.

Auch die Rüge von Ziff. 15 Abs. 2 des Tarifs erweist sich damit als unbegründet.

8.
Die Beschwerde ist damit vollumfänglich abzuweisen und der angefochtene Beschluss der Vorinstanz zu bestätigen.

9.
Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die vorliegende Streitsache ist vermögensrechtlicher Natur (BGE 135 II 182 E. 3.2 *"GT 3c"*). Vor Bundesverwaltungsgericht ist ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Dafür ist vorliegend auf das Vermögensinteresse der Beschwerdeführerin während der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2012 abzustellen. Angaben über die genaue Höhe des Streitwerts fehlen. Wenn hilfsweise die Zahlungen des bisherigen Tarifs von Fr. 1'200'000.00 den aktuell geleisteten Akontozahlungen von Fr. 900'000.00 gegenübergestellt werden und davon ausgegangen wird, dass zusätzlich zu entschädigende Sachverhalte dazukommen, ergibt sich ein Fr. 300'000.00 deutlich übersteigender jährlicher Streitwert, der mit der Laufzeit von drei Jahren zu multiplizieren ist. Angesichts der komplexen Fragestellungen sowie Um-

fang und Schwierigkeit der Streitsache sind die Verfahrenskosten somit auf Fr. 21'000.00 festzulegen.

10.

Die unterliegende Beschwerdeführerin hat der obsiegenden Partei für die aus dem Verfahren erwachsenen, notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zu erstatten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Mangels Kostennote sind die Parteientschädigungen vorliegend auf Grund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs.1 VGKE). Angesichts der qualifizierten Kenntnisse, die das vorliegende Verfahren erforderte, kann von einem erhöhten Stundenansatz ausgegangen werden (Art. 10 Abs. 3 VGKE). Der Beschwerdegegnerin ist damit, aufgrund ihrer Aufwendungen im vorliegenden Verfahren, zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.00 (inkl. allfällige MWST) zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen und der Beschluss der Vorinstanz vom 9. November 2009 wird bestätigt.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 21'000.00 werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 21'000.00 verrechnet.

3.
Der Beschwerdegegnerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.00 (inkl. allfällige MWST) zulasten der Beschwerdeführerin zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
David Aschmann	Beat Lenel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die 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: 5. Januar 2012