Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-2152/2008
{T 1/2}

Urteil vom 12. Juni 2009

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher.

Parteien

Swissperform, Utoquai 43, Postfach 221, 8024 Zürich,
vertreten durch Herrn PD Dr. iur. Ernst Brem,
Im Langacher 21, Postfach 10, 8805 Richterswil,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

und

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

Gegenstand

Beschluss vom 11. Dezember 2007 betreffend den Tarif AS Radio.

Sachverhalt:

A.
Am 21. Dezember 2001 genehmigte die Vorinstanz auf Antrag der Beschwerdeführerin den "Tarif A Radio". Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid auf Beschwerde am 28. Mai 2003 (Urteil des Bundesgerichts 2A.353/2002 vom 28. Mai 2003 *Tarif A Radio*, veröffentlicht in sic! 2003, 885 ff.). Der Tarif A Radio verpflichtet die Beschwerdegegnerin, an die Beschwerdeführerin für die Nutzung im Handel erhältlicher Tonträger in Radiosendungen eine Vergütung von 3% der Einnahmen jeder Sendekette pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit zuhanden der ausübenden Künstlerinnen und Künstler zu bezahlen. Der Tarif wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 8. Januar 2002 veröffentlicht; seine Gültigkeit später wiederholt verlängert, das letzte Mal bis zum 31. Dezember 2009.

B.
Am 11. Juli 2007 unterbreitete die Beschwerdeführerin der Vorinstanz einen neuen Tarif "*AS Radio Swissperform – Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) in Programmen, die ins Internet eingespeist werden (Simulcasting und Webradio)*" (nachfolgend "Tarif AS Radio"). Damit soll die Beschwerdegegnerin wiederum zur Ablieferung von 3% der Einnahmen pro geschütztem Senderepertoire verpflichtet werden, jedoch beschränkt auf Aufnahmen, die vom Tarif A Radio nicht erfasst sind, für deren Nutzung aber eine Vergütungspflicht besteht. Voraussetzung ist, dass sie über das Internet wie ein Radioprogramm "kontinuierlich" verbreitet werden, also ohne dass Dritte zu Zeiten ihrer Wahl darauf Zugriff haben. Eventualiter verlangte die Beschwerdeführerin, den Tarif nur für ein Jahr zu genehmigen und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, bis dahin verbindliche Zahlen zu den bei ihr anfallenden Kosten vorzulegen. Subeventualiter sei der Vergütungssatz einstweilen auf 1,5% zu reduzieren, bis diese Zahlen vorlägen.

Zur Begründung ihres Tarifantrags erklärte die Beschwerdeführerin, der Tarif A Radio umfasse die kontinuierliche Nutzung per Internet nicht, namentlich nicht die Verbreitungsformen ("Vektoren") Simulcasting und Webradio. *Simulcasting* bezeichne das zeitgleiche Einspeisen gesendeter Programme ins Internet, *Webradio* das kontinuierliche Einspeisen ins Internet ohne einen parallelen Sendevorgang. Eine Ausweitung des Tarifs A Radio auf diese Vektoren anstelle eines neuen Ta-

rifs sei nicht angezeigt, da Simulcasting und Webradio zumindest nach dem anwendbaren Staatsvertrags- und dem europäischen Verwertungsrecht nicht unter den Begriff des Sendens fielen und weil das zukünftige Webradioprogramm vielleicht nicht pro Senderkette angeboten werde, wie jener Tarif es voraussetze. Der Tarif AS Radio beschränke sich allerdings auf die Internetverbreitung von Aufnahmen, deren konventionelle Sendung unter dem Tarif A Radio nicht abgerechnet werde, ergänze jenen Tarif also bloss.

Im Resultat sei vom Tarif AS Radio vor allem für die Nutzung von US-amerikanischen Aufnahmen die Zahlung einer Vergütung zu erwarten. In den USA bestehe kein Gegenrecht für die Sendenutzung von Aufnahmen mit Schweizer Interpretinnen und Interpreten, wohl aber Gegenrecht für Simulcasting und Webradio. US-amerikanische Aufnahmen seien darum in der Schweiz, wegen des Gegenrechtsvorbehalts von Art. 34 Abs. 4 URG, hinsichtlich ihrer Verwendung in Radiosendungen ungeschützt, aber geschützt für ihre Verbreitung im Internet. Der Tarif AS Radio werde sich darum nur auf jene ca. 8% des Programmrepertoires der Beschwerdegegnerin auswirken, die aus den USA stammten, und eine Vergütung von rund CHF 1 Mio. pro Jahr generieren.

C.
Mit Stellungnahme vom 17. September 2007 beantragte die Beschwerdegegnerin, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, da das sogenannte Simulcasting bereits vom bestehenden Tarif A Radio erfasst werde, für das US-amerikanische Repertoire gar nicht geschützt sei und sie auch kein Webradio betreibe. Eventualiter beantragte die Beschwerdegegnerin, die Tarifvorlage sei nicht zu genehmigen.

D.
Mit Beschluss vom 11. Dezember 2007 trat die Vorinstanz auf das Tarifgenehmigungsgesuch nicht ein, soweit es das Webradio betraf, und verweigerte ihm mit Bezug auf das Simulcasting die Genehmigung. Zur Begründung führte sie aus, ein aktuelles Rechtsschutzinteresse fehle, um die Eingabe zum Webradio zu beurteilen, da die Beschwerdegegnerin kein Webradio betreibe. Simulcasting sei mit analogem Senden zwar nicht unbedingt gleichzusetzen, da sich dafür bald neue technische Möglichkeiten eröffnen könnten. Es könne aber vorliegend offen gelassen werden, ob es sich dabei um eine neue tarifrelevante Nutzungsform mit zusätzlichen Hörerzahlen oder nur um einen neuen

Verbreitungsweg handle, auf den sich die bestehenden Hörerkreise bloss verlagerten. Denn ein neuer Tarif mit zusätzlichen Vergütungsansprüchen rechtfertige sich schon darum nicht, weil der Beschwerdegegnerin eine Aufspaltung in einen Tarif A Fernsehen und einen Tarif A Radio zugemutet worden sei und ohne ihr Einverständnis keine weitere Aufteilung angemessen wäre, zumal der Tarif AS Radio den Tarif A Radio nur ergänze und sich im Ergebnis auf das US-amerikanische Repertoire beschränke. Derselbe Ablehnungsgrund gelte für den Subeventualantrag. Ob das amerikanische Repertoire beim Simulcasting geschützt sei, sei sodann eine Frage der Tarifanwendung und stelle sich im Tarifgenehmigungsverfahren nicht.

E.

Am 3. April 2008 erhob die Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

„1. Der Beschluss der Vorinstanz vom 11. Dezember 2007 betreffend den Tarif AS Radio Swissperform sei aufzuheben und im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur Neuentscheidung zurückzuweisen.
2. Die Gerichtskosten seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.
3. Die Beschwerdegegnerin sei zur Ausrichtung einer Parteientschädigung zu verpflichten."

Als Begründung präzisierte sie, sie fechte den Beschluss nur mit Bezug auf das Simulcasting an. Die Vorinstanz habe dazu ihr rechtliches Gehör verletzt, den Sachverhalt ungenügend ermittelt, die Frage des Schutzes des US-Repertoires offen gelassen und ihr Ermessen bei der Tarifprüfung fehlerhaft ausgeübt. Simulcasting sei keine bloss periphere Nutzung. In den Verhandlungen zum Tarif A Radio sei das Simulcasting nie diskutiert worden, und gegenüber ausländischen Verwertungsgesellschaften führe es wegen seiner rechtlichen Qualifikation zu Problemen. Als Bewertungsfrage im Tarifgenehmigungsverfahren und nicht als Frage der Tarifanwendung sei zu entscheiden, wie eine Senderkette eine Nutzung abzugelten habe, die nur in einem Teil der genutzten Verbreitungsvektoren geschützt sei.

F.

Die Vorinstanz beantragte mit Stellungnahme vom 27. Mai 2008 ihren Beschluss vollumfänglich zu bestätigen. Sie habe die Tarifgenehmigung verweigert, weil solche Tarifbestimmungen formell im Tarif A Radio und nicht separat zu regeln seien, der materiellen Begründung des Tarifs AS Radio aber damit nicht widersprochen. Wenn mehrere Ver-

wertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich einen einzigen Tarif aufzustellen haben, müsse das für eine einzige Verwertungsgesellschaft umso mehr gelten. Damit erübrige sich auch die Feststellung des Nutzungsumfangs und die Prüfung der Frage nach dem Schutz des amerikanischen Repertoires.

G.
Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Stellungnahme vom 26. August 2008, nicht auf die Beschwerde einzutreten, eventualiter sie abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Das bloss kassatorische und nicht reformatorische Beschwerdebegehren sei unzulässig. Die Beschwerdegegnerin habe der Trennung der beiden Tarife aber auch nie zugestimmt. Stattdessen lasse sich die Nutzungsform des Simulcasting im Tarif A Radio problemlos regeln. Im Rahmen der Anwendung dieses Tarifs sei die Berücksichtigung des amerikanischen Repertoires zu diskutieren und allenfalls vom Zivilrichter zu entscheiden.

H.
Eine Parteiverhandlung wurde nicht durchgeführt (Art. 40 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig, Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) zu beurteilen. Darunter fällt auch der vorliegend angefochtene Beschluss der Vorinstanz vom 11. Dezember 2007. Auch Art. 33 Bst. f und Art. 74 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1) bestimmen, dass gegen Verfügungen der Vorinstanz beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden kann. Um eine von dieser Zuständigkeit ausgenommene Materie nach Art. 32 VGG geht es vorliegend nicht.

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie

ist damit zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Eingabefrist ist gewahrt (Art. 50 VwVG), und der Vertreter hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.2 Näher zu prüfen ist die Zulässigkeit der Beschwerdebegehren. Die Beschwerdegegnerin hält das kassatorische Begehren auf Rückweisung "im Sinne der Erwägungen" für unzulässig, da die Beschwerde reformatorischen Charakter habe und da die Begehren nicht genügend bestimmt seien. Sie stützt sich auf BGE 133 III 489 f. E. 3.1, der die Beschwerde in Zivilsachen als reformatorisches Rechtsmittel nach Art. 107 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) bezeichnet und ausführt, Beschwerdeführer, die ein solches ergriffen, dürften sich nicht darauf beschränken, die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung oder die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen. Dasselbe soll der Beschwerdegegnerin zufolge auch für die verwaltungsgerichtliche Beschwerde gelten.

1.3 Nach Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Die vor allem auf verwaltungsinterne Beschwerden zugeschnittene Bestimmung geht in der Tat, im Interesse der Verfahrensökonomie, von einem reformatorischen Primat aus (vgl. Madeleine Camprubi, in Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 61, Rz. 13; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1362/2006 vom 30. Mai 2007 E. 1.3). Ausnahmsweise sind Kassation und Rückweisung jedoch vorbehalten (im Zivilverfahren ebenso BGE 133 III 490 E. 3.1). Dieser Weg ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht nur angezeigt, wenn ein Nichteintretensentscheid aufgehoben worden ist oder von der Vorinstanz umfangreiche Sachverhaltsabklärungen nachzuholen sind, sondern auch, wenn sich wesentliche neue, im aufgehobenen Entscheid noch nicht geprüfte Rechtsfragen stellen oder nicht ohne Not in das Ermessen der mit örtlichen Verhältnissen besser vertrauten oder fachlich kompetenteren Behörde eingegriffen werden soll (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7420/2006 vom 10. Dezember 2007 E. 4 *Workplace* mit weiteren Hinweisen und B-648/2008 vom 27. Januar 2009, E. 1.2 *Hirsch/ Hirsch*).

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz – da sie dem Tarif AS Radio die Genehmigung aus tarifstrukturellen Gründen ohnehin verweigert hat – bewusst darauf verzichtet, das Simulcasting rechtlich abschliessend als Vektor oder als tariflich selbständige Nutzungsform zu qualifizieren. Sie hat diese Verbreitungsform erst dahingehend eingeordnet, dass man sie mit analogem Senden zwar nicht gleichsetzen könne, sie aber doch unter den Begriff der Sendung im Sinne von Art. 40 Abs. 1 Bst. b und Art. 35 URG falle, also grundsätzlich der Bundesaufsicht unterstellt sei. Wie sie in ihrer Vernehmlassung klarstellt, war die Vorinstanz nur aufgrund dieser Einordnung bereit, überhaupt auf die Simulcasting-Tarifvorlage einzutreten. Hingegen liess sie die Frage offen, ob das von der Beschwerdegegnerin angebotene Simulcasting dem vom Tarif A Radio abgegoltenen Senden rechtlich so nahe kommt, dass es davon konsumiert wird, oder ob es daneben eine selbständig abzugeltende Nutzung darstellt, auch wenn sie klar entschied, dass eine solche selbständige Abgeltung jedenfalls im gleichen Tarif wie die analoge Sendung zu regeln wäre. Sollte das Bundesverwaltungsgericht den Einwänden der Beschwerdeführerin vorliegend Recht geben, müsste diese offen gelassene Frage entschieden werden, wofür es tatsächlicher Erhebungen zum Umfang, Aufwand und zur Nutzung des Simulcasting-Angebots der Beschwerdegegnerin sowie zur Verbreitung von Software bedürfte, mit welchen Simulcastingprogramme – dem angefochtenen Entscheid zufolge – "offenbar" aufgezeichnet und strukturiert auf der Festplatte abgelegt werden können, wovon die Vorinstanz aber ohne Sachverhaltsermittlung berichtet. Diesen relevanten Sachverhalt zu untersuchen und diese Fragen in erster Instanz zu prüfen obläge nicht dem Bundesverwaltungsgericht, sondern, wie die Beschwerdeführerin korrekt darlegt, der fachlich versierteren Vorinstanz in Zusammenarbeit mit den Parteien (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 8.3, veröffentlicht in sic! 2008 S. 723 *Verteilungsreglement zu Tarif W*).

1.4 Der Beschwerdegegnerin ist zwar darin Recht zu geben, dass das Begehren der Beschwerdeführerin zu unbestimmt lautet, soweit es auf nicht näher bezeichnete Erwägungen des vorliegenden Urteils verweist. Indessen sind an Rechtsbegehren im Verwaltungsverfahren keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Vielmehr genügt es, wenn aus der Beschwerdebegründung klar und widerspruchsfrei ersichtlich ist, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung beanstandet wird (André Moser, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Art. 52, N 1; Frank

SEETHALER/FABIA BOCHSLER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 52, N 47 f.). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin im Rahmen der Beschwerdebegründung ausgeführt, dass sie den angefochtenen Beschluss beschränkt auf die Tarifbestimmungen über das Simulcasting anficht, auf welche die Vorinstanz eingetreten war, und vom Bundesverwaltungsgericht jene Gründe überprüft haben möchte, aufgrund welcher die Vorinstanz der Tarifvorlage zum Simulcasting die Genehmigung verweigert hat. Dem Bestimmtheitserfordernis von Art. 52 VwVG ist damit Genüge getan.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Verfügungen der Vorinstanz unterstanden bis Ende 2006 dem Weiterzug an das Bundesgericht. Die Kognition des Bundesgerichts bei Entscheidungen der Vorinstanz war nach Art. 104 Bst. a des inzwischen aufgehobenen Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 ("OG") auf die Verletzung von Bundesrecht, Ermessensüberschreitung und Ermessensmissbrauch beschränkt (BGE 133 II 270 E. 4.1 *GT 4d*, Urteil des Bundesgerichts 2A.53/2006 vom 19. Juni 2007 E. 4.1, veröffentlicht in sic! 2007 S. 725 *MP3-Player II*). Demgegenüber kann vor Bundesverwaltungsgericht auch die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung gerügt werden (Art. 49 Bst. c VwVG). Beschwerden gegen Entscheidungen der Vorinstanz sind somit nach dem neu anwendbaren Verfahrensrecht mit voller Kognition zu beurteilen. Im Gegensatz zum Verfahren vor dem Bundesgericht sind vor dem Bundesverwaltungsgericht ausserdem tatsächliche Noven zulässig (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.204; zum Verfahren vor dem Bundesgericht: BGE 133 III 270 E. 4.2 *GT 4d*).

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat allerdings den Grundsatz der Einheit des Verfahrens zu beachten (vgl. BGE 134 V 311 E. 3.3.1, 133 V 191 E. 4.2), aus welchem unter anderem abgeleitet wird, dass sein Entscheidungsbereich nicht breiter sein kann als der seiner Vorinstanz. Hierauf hat das Bundesgericht bereits unter dem neu anwendbaren Verfahrensrecht hingewiesen (Urteil des Bundesgerichts 2C_527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 8.3, veröffentlicht in sic! 2008, 723 *Verteilungsreglement zu Tarif W*; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 7. März

1986 E. 5b, veröffentlicht in Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht [SMI] 1986, 317 *Tarif I*). Vorliegend hat zwar auch die Vorinstanz die ihr vorgelegten Tarife auf Angemessenheit zu überprüfen (Art. 59-60 URG). Sie bewahrt den Verwertungsgesellschaften, als Vertreterinnen privatautonomer Urheberrechts- und Leistungsschutzberechtigter, aber eine gewisse Dispositionsfreiheit und Tarifautonomie (Art. 46 URG; Carlo Govoni/Andreas Stebler, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten in: Roland von Büren/Lucas David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht/ SIWR Bd. II/1, Basel 2006, S. 496 ff., Denis Barrelet/Willi Egloff, Das neue Urheberrecht, Bern 2008, Art. 59, N 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, 317 *Tarif I*).

Diese Einschränkungen der Prüfungsdichte binden auch das Bundesverwaltungsgericht. Es auferlegt sich überdies Zurückhaltung in der eigenen Auslegung und Abwägung, wo die Vorinstanz als unabhängiges Fachgericht über komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts oder Interessenabwägungen zwischen Berechtigten- und Nutzergruppen geurteilt hat (Benjamin Schindler, in Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Art. 49, N 4 ff. 9 und 12, Moser/Beusch/Kneubühler, a. a. O., N. 2.154; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_527/2007 vom 13. Mai 2008, E. 8.3 veröffentlicht in sic! 2008 S. 723 *Verteilreglement Tarif W*). Dagegen beurteilt es Beschwerden wegen Verletzung der Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften frei.

2.3 Die Vorinstanz auferlegt den Verwertungsgesellschaften im Gegenzug eine höhere Mitwirkungspflicht und beschränkt die Nachreichbarkeit von Tatsachenmaterial (Entscheid der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 4. November 1997 E. 5c, veröffentlicht in sic! 1998 S. 379 *Tonträgertarif,* Ernst Brem/Vincent Salvadé/Gregor Wild, in Barbara K. Müller/Reinhard Oertli, Urheberrechtsgesetz [URG], Bern 2006, Art. 59, N 5; vgl. auch E. II.2 des angefochtenen Entscheids). Eine Mitwirkungspflicht besteht im Verwaltungsrecht allgemein für Tatsachen, die eine Partei, die das Verfahren durch eigenes Begehren einleitet oder die eigene Rechte geltend macht, besser kennt als die Behörde und die ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht ohne vernünftigen Aufwand erhoben werden können (Art. 13

VwVG; BGE 128 II 142 E. 2b). Sie relativiert die Untersuchungsmaxime von Art. 12 VwVG und obliegt der mitwirkungsverpflichteten Partei unabhängig davon, ob diese auch die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C.388_2008 vom 16. Dezember 2008 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7413/2006 vom 15. Oktober 2008 E. 4.2 *Madison*).

In Tarifgenehmigungsverfahren besteht eine erhöhte Mitwirkungspflicht der Verwertungsgesellschaften und der Nutzerverbände, da diese die Tarife grundsätzlich unter sich aushandeln müssen und allein über die zur Prüfung des Tarifs erforderlichen Zahlen und Statistiken verfügen, die sie der Vorinstanz einzureichen haben (Art. 9 Abs. 1 URV). Aus denselben Gründen haben sie vor der Vorinstanz wie auch im Beschwerdeverfahren substanziert auszuführen und zu belegen, von welchen Fakten bei der Gestaltung des Tarifs auszugehen ist, wenn sie mit der Berechnung des Tarifs oder dem Entscheid der Vorinstanz nicht einverstanden sind (Urteil des Bundesgerichts 2A.288/2002 vom 24. März 2003 E. 4.2.1, veröffentlicht in sic! 2003 S. 703 *Tarif VN*).

3.
Als erstes sind die materiellen Beschwerdepunkte zu prüfen, da die Angelegenheit, wie erwähnt, im Gutheissungsfall ohnehin an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der angefochtene Entscheid verletze Art. 35 Abs. 1, 45 Abs. 4 und 59 Abs. 1 URG, weil er für eine Aufspaltung zwischen dem Tarif A Radio und dem Tarif AS Radio keine genügenden Gründe anerkenne.

3.1 Nach Art. 46 Abs. 1 URG stellen die Verwertungsgesellschaften für die von ihnen geforderten Vergütungen Tarife auf. Über deren angemessene Gestaltung haben sie mit den massgebenden Nutzerverbänden zu verhandeln und ernsthaft nach einer Einigung zu suchen (Art. 46 Abs. 2 URG und Art. 9 Abs. 3 der Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [URV, SR 231.11]). Kann keine Einigung erzielt werden, kann die Vorinstanz im Rahmen der Bundesaufsicht (Art. 40 URG) den Tarif entweder in der ihr vorgelegten oder in einer von ihr geänderten Form genehmigen (Art. 46 Abs. 3 und 59 Abs. 2 URG). Voraussetzung dafür ist, dass der Tarif in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Die Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften wird in dieser Angemessenheitsprüfung insofern berücksichtigt als der Tarif genehmigt

wird, falls er die Angemessenheitskriterien von Art. 60 URG erfüllt und die gegen ihn sprechenden Nutzerinteressen nicht überwiegen. Aus der Tarifautonomie folgt hingegen nicht, dass formale Fragen wie die Aufspaltung der Wahrnehmung eines Rechts in mehrere Tarife von der Angemessenheitsprüfung ausgenommen und der Autonomie der Verwertungsgesellschaft überlassen sind. Vielmehr zählt auch die Verteilung der vertretenen Rechte auf einen oder mehrere Tariferlasse zur "Gestaltung" im Sinne von Art. 46 Abs. 2 URG, da auch sie die Abrechnungspflicht der Nutzerinnen und Nutzer und die Übersichtlichkeit der Tarife beeinflusst (Urteil des Bundesgerichts 2A.353/2002 vom 28. Mai 2003 E. 3.2.1, veröffentlicht in sic! 2003 S. 886 f. *Tarif A Radio [Swissperform]*).

Dem von der Vorinstanz gezogenen Analogieschluss unter Art. 47 Abs. 1 URG ist dabei im Grunde, wenn auch mit weniger weitgehenden Folgen, zuzustimmen. Nach dieser Gesetzesbestimmung müssen für die gleiche Verwendung von Werken oder Darbietungen, welche mehrere Verwertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich wahrnehmen, gemeinsame Tarife nach einheitlichen Grundsätzen aufgestellt werden. Umso mehr ist darum ein "gemeinsamer" Tarif zu verlangen, wenn nur eine einzige Verwertungsgesellschaft an einer Verwertung beteiligt ist und mehrere von ihr wahrgenommene Nutzungsweisen der gleichen Nachfrage dienen oder gar wirtschaftlich eine Einheit bilden. Offensichtlich wäre eine Tarifordnung in diesem Sinne unübersichtlich und unangemessen, die für das Repertoire jedes Gegenrechtsstaates einen eigenen Tarif mit einer individuellen Beschreibung des wahrgenommenen Rechts enthält, nur weil die Beschwerdeführerin einen Austauschvertrag mit diesem Land beabsichtigt. Dagegen können für wirtschaftlich unterschiedliche Distributionszweige wie Radio und Fernsehen, die sich ohnehin auf unterschiedliche Bemessungsgrundlagen beziehen, getrennte Tarife durchaus angemessen und zulässig sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.353/2002 vom 28. Mai 2003 E. 3.2.1, veröffentlicht in sic! 2003 S. 887 *Tarif A Radio [Swissperform]*). Massgebliches Kriterium für die formale Tarifgestaltung ist damit weder die Anzahl der Erlasse oder Genehmigungsverfahren noch die Zustimmung der beteiligten Nutzerverbände allein. Stattdessen ist im Interesse der betroffenen Nutzerinnen und Nutzer zu verlangen, dass wirtschaftlich zusammenhängende Nutzungsformen umso eher im gleichen Tariferlass und nach gleichen Kriterien geregelt werden und dass mehrere Tariferlasse die Angemessenheitskriterien von Art. 60 URG umso eher gemeinsam und nicht nur einzeln einhalten sollen, je ähnli-

cher sie sich als Nutzungsangebote und mit Bezug auf ihre Nachfragerkreise wirtschaftlich sind. Nutzerinnen und Nutzer sollen ihre Meldungen und Abrechnungen grundsätzlich möglichst einfach und, wenn möglich, aufgrund einheitlicher Bemessungsgrundlagen und in einem einzigen Durchgang abliefern dürfen.

3.2 Vorliegend vermochte die Vorinstanz weder aufgrund von eigenen Sachverhaltsabklärungen noch von eingereichten Tatsachenbelegen als Beweisergebnis abschliessend festzustellen, dass eine konventionelle Sendetätigkeit einerseits und Simulcasting andererseits wirtschaftlich derart deckungsgleiche Distributionszweige gegenüber denselben Hörerkreisen darstellen, dass eine Aufspaltung der Wahrnehmung der Interpreten-Senderechte in einen Tarif A Radio und einen Tarif AS Radio partout unangemessen wäre. Sie liess vielmehr die Frage offen, ob diese Angebote nicht wirtschaftlich unterschiedlich genutzt werden und getrennte oder zumindest mit der künftigen Entwicklung der Internetnutzung mehr und mehr divergierende Publikumsgruppen ansprechen, so dass sich eine Tarifaufspaltung dadurch rechtfertigen kann. Stattdessen begnügte sie sich mit der Feststellung, dass die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Verhandlungen keine Nutzungszahlen vorgelegt habe, obwohl sie nach Art. 51 URG dazu verpflichtet gewesen wäre, und versagte dem Tarif AS Radio gleichwohl die Genehmigung, da die Voraussetzungen für eine Tarifaufspaltung nicht erfüllt seien.

3.3 Mit diesem Entscheid hat die Vorinstanz sich nicht etwa widersprochen, sondern die Parteien bloss auf ihrer Mitwirkungspflicht behaftet (vgl. E. 2.3). Nicht nur die Beschwerdegegnerin hatte nämlich die ihr bekannten Nutzungszahlen herauszugeben. Auch die Beschwerdeführerin hätte weiteres Tatsachenmaterial, das für die rechtliche Einordnung des Simulcasting erforderlich war, beizubringen gehabt. Der Vorinstanz oblag es nicht, die dafür nötigen Sachverhaltserhebungen selber durchzuführen. Sie durfte sich darauf beschränken, die spärlich ausgewiesenen Tatbestandselemente zu würdigen. Ihre Feststellung, dass die Voraussetzungen für eine Tarifaufspaltung aufgrund dieses beigebrachten Sachverhalts fehlten, ist haltbar, zumal sich von einer Abrechnung im Rahmen eines einzigen Tarifs Synergien erwarten lassen, weil Simulcasting einen klassischen Sendevorgang stets bedingt, dafür also in der Regel dieselben Sendelisten verwendet werden können.

An der Beweislast der Beschwerdeführerin als Gesuchstellerin ändert es nichts, dass ein Teil der erforderlichen Nutzungsdaten und wirtschaftlichen Gegebenheiten der Mitwirkungspflicht der Beschwerdegegnerin unterlagen. Sie trägt die Folgen, dass die erforderlichen Tatsachen zur Begründung einer aufgespalteten Rechtewahrnehmung, und damit für die Genehmigung des Tarifs, beim Entscheid der Vorinstanz gefehlt haben (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210], Art. 9 URV).

Dieser Nichtgenehmigungsentscheid der Vorinstanz hat allerdings keine materielle Rechtskraftswirkung in künftigen Genehmigungsverfahren. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin durch ihr teilweises Eintreten auf das Tarifgenehmigungsgesuch vielmehr den Weg geebnet, dass diese ihr eine neue Fassung des Ende 2009 auslaufenden Tarifs A Radio vorlegen und darin, entgegen der bisherigen Verhandlungsbereitschaft der Beschwerdegegnerin, Bestimmungen zum Simulcasting und zur Verwertung von Nutzungen aufnehmen kann, die nur für einen Teil ihrer Verbreitungsvektoren geschützt sind. Einer solchen Lösung steht der angefochtene Entscheid nicht entgegen. Wie die Vorinstanz korrekt vorbringt, können die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen in einem nächsten Verfahren vielmehr vollständig geprüft werden, sofern sie die bestehenden Sachverhaltslücken in ihrem neuen Antrag füllt. Es ist ihr auch unbenommen, stattdessen eine neue Fassung eines Tarifs AS Radio ohne Webradio oder einen integralen Internetradiotarif vorzulegen, solange sie dessen Voraussetzungen mit ausreichendem Tatsachenmaterial belegt.

3.4 Die Einwände der Beschwerdegegnerin gegen die Würdigung der Vorinstanz entbehren auch im Beschwerdeverfahren der erforderlichen Beweise, und zum Teil auch der Substanzierung.

Erstens ist nicht nachzuvollziehen, warum sie entsprechende Klauseln nicht ebenso gut in einem revidierten Tarif A Radio unterbringen kann, wenn sie vorbringt, Simulcasting werde im internationalen Recht manchmal verschieden vom Sendebegriff qualifiziert und könne darum bei der grenzüberschreitenden Nutzung zu Schwierigkeiten führen; der Tarif A Radio enthalte zudem keine Regel über die Abrechnung von Sendungen, die nur für einzelne der verwendeten Vektoren geschützt sind. Mit ihren Darlegungen zu unterschiedlichen Rechtsansichten über die Subsumption des Simulcasting unter verschiedene "communication to the public"-Tatbestände wird nämlich nicht erklärt, weshalb

die Einordnung des Simulcasting nicht auch im Tarif A Radio verallgemeinert werden kann, um den Abschluss von Austauschverträgen zu begünstigen.

Zweitens hat die Beschwerdeführerin ihre Behauptungen weder durch ausländisches Recht, Literatur noch durch Tatsachenmaterial belegt oder dargetan. Sie hat auch nicht substanziert, wodurch sie die Folgen der letztlich unvermeidbaren Unterschiede in der Einordnung der Internetnutzung in nationalen Urheberrechten und Staatsverträgen im Austausch mit ausländischen Verwertungsgesellschaften durch einen separaten Tarif AS Radio im Einzelnen mildern könnte, denn ein Austauschvertrag setzt eigentlich nur voraus, dass zwei Verwertungsgesellschaften Geld für Mitglieder der anderen Gesellschaft kassiert haben und austauschen wollen, und bedarf nicht unbedingt derselben rechtlichen Dogmatik des Rechts, dem diese Parteien unterstehen. Unklar ist auch, weshalb sie den Tarif AS Radio nicht auf das amerikanische Repertoire beschränkt hat, nachdem ihr nur daran gelegen sein will. Vor allem aber hätte sie darzulegen gehabt, weshalb neben ihren austauschpolitischen Motiven mit amerikanischen Verwertungsgesellschaften auch wirtschaftliche Unterschiede zwischen der Nutzung von konventionellem Radio und Simulcasting in der Schweiz bestehen, die einen separaten Tarif auch für die Beschwerdegegnerin als Nutzerin nahelegen oder zumindest in einer Gegenüberstellung ihrer Vor- und Nachteile als angemessen erscheinen lassen (vgl. E. 3.1).

3.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz aufgrund der ihr vorgelegten Anträge, Begründungen und Unterlagen eine Aufspaltung in die Tarife A Radio und AS Radio zulässigerweise für unangemessen beurteilt und dem Tarifantrag der Beschwerdeführerin zurecht die Genehmigung verweigert hat.

4.

4.1 In einem zweiten Schritt sind die Rügen der Beschwerde hinsichtlich der Gewährung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz zu prüfen. Hierzu führt die Beschwerdeführerin aus, dass der angefochtene Entscheid gestützt auf die unzutreffenden Feststellungen ergangen sei, dass es sich beim Simulcasting um eine "relativ periphere" Nutzung handle und dass kein Gegenseitigkeitsvertrag mit einer amerikanischen Verwertungsgesellschaft bestehe, die eine wirksame Vertretung der Rech-

te schweizerischer Rechteinhaber in den USA sicherstelle. Insoweit hält ihr die Vorinstanz zu Recht entgegen, dass diese Feststellungen nicht der Grund für die Abweisung gewesen seien. Tatsächlich hat die Vorinstanz die Frage, ob durch Simulcasting eine intensivere Nutzung stattfindet oder sich dadurch bloss die Nutzung im bestehenden Hörerkreis verschiebt, im angefochtenen Entscheid offen gelassen. Auch die Frage nach dem Schutz des US-amerikanischen Repertoires liess sie offen, da diese nicht von ihr zu beantworten sei. Entsprechend beruhte ihr Entscheid nicht auf diesen Feststellungen und erübrigt sich diesbezüglich die Prüfung einer allfälligen Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör und auf korrekte Ermittlung des Sachverhalts.

4.2 Andererseits erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und eine unzutreffende Sachverhaltsfeststellung darin, dass die Vorinstanz ohne Diskussion der in ihrem Gesuch aufgeworfenen Fragestellungen entschieden hat, eine weitere tarifliche Aufsplittung im gleichen oder ähnlichen Nutzungsbereich und zwischen identischen Tarifpartnern wie beim Tarif A Radio führe zu einer unübersichtlichen Situation und sei ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht zulässig; stattdessen könne das Simulcasting besser im Tarif A Radio berücksichtigt werden, dessen Revision ohnehin bevorstehe. Was die Beschwerdeführerin hierzu vorbringt, beschlägt indessen nicht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne einer Möglichkeit zur angemessenen Mitwirkung im Verfahren, sondern beschränkt sich auf Kritik an dieser materiellen Würdigung (vgl. E. 3). Als Gesuchstellerin hat sie sich vor der Vorinstanz zur Notwendigkeit eines separaten Tarifs neben dem Tarif A Radio hinreichend äussern und ihren Grund für die Tarifaufspaltung darlegen können. Wie festgestellt nutzte sie diese Möglichkeit aber nur spärlich, indem sie auf hinreichend substanzierte und belegte Ausführungen verzichtete. Die Vorinstanz hat diese Darlegungen in ihren Erwägungen sinngemäss beantwortet. Dass die Begründung eher kurz ausfiel, erscheint unter diesen Umständen angemessen. Insbesondere war die Vorinstanz auch zum Zweck der Wahrung der Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften nicht verpflichtet, der Beschwerdeführerin ihren Nichteintretensentscheid mit Bezug auf die Tarifbestimmungen zum Webradio als Zwischenentscheid zu eröffnen, um dieser Gelegenheit zu geben ihre Tarifvorlage, z.B. als Revisionsvorlage des Tarifs A Radio, entsprechend anzupassen (vgl. PATRICK SUTTER, in Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Art. 29, N

14). Die Beschwerdeführerin hat denn auch keinen Anspruch auf rechtliches Gehör zu weiteren Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der Verwertung des Simulcasting zwar stellen, aber für die Vorinstanz nicht entscheidrelevant sind (PATRICK SUTTER, a.a.O., Art. 29 N 7).

5.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz der Tarifvorlage der Beschwerdeführerin zurecht die Genehmigung verweigert und den nachgewiesenen Sachverhalt weder unrichtig noch unvollständig festgestellt hat, ohne ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zu verletzen. Es erübrigt sich damit, zur vorläufigen rechtlichen Qualifikation des Simulcasting durch die Vorinstanz und zum Schutz des schweizerischen Interpretenrepertoires in den USA Stellung zu nehmen. Aus diesem Grund braucht auch nicht geprüft zu werden, wie das Simulcasting in Bezug auf das Senderecht nach Art. 35 URG einzuordnen ist und welche Veränderung das Inkrafttreten von Art. 15 des WIPO-Vertrags vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT) am 1. Januar 2008 auf die vorliegende Fragestellung bewirkt hat.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen.

6.
Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, wofür die vor Bundesverwaltungsgericht üblicherweise anwendbaren Bestimmungen und nicht Art. 16a ff. URV zur Anwendung gelangen (Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG, Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dafür ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beschwerdeführerin im Tarifgenehmigungsgesuch vor der Vorinstanz wären mit dem Tarif AS Radio jährliche Einnahmen von $ 1 Mio., umgerechnet ca. Fr. 1,14 Mio. zu erwarten gewesen, wovon auf die Bestimmungen zum Simulcasting, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, schätzungsweise die Hälfte entfallen. Da die Laufzeit des Tarifs für die Jahre 2010 und 2011 beantragt wurde, sind in Anwendung von Art. 4 VwVG und Art. 51 Abs. 4 Satz 1 BGG als Streit-

wert der Kapitalwert dieses mutmasslichen Ertrags von Fr. 507'000 pro Jahr, also total Fr. 1,14 Mio., zu veranschlagen. In Anwendung von Art. 4 VGKE ist die Gerichtsgebühr damit auf Fr. 7'000.- festzusetzen.

7.
Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin hat keine Auslagen geltend gemacht und damit keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 8 VGKE).

8.
Das vorliegende Urteil wird nach Eintritt der Rechtskraft dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum mitgeteilt (Art. 66a URG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 7'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und nach Eintritt der Rechtskraft mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 7'000.- verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das Eidg. Institut für Geistiges Eigentum, 3003 Bern (nach Eintritt der Rechtskraft)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
David Aschmann	Philipp J. Dannacher

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 ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 16. Juni 2009