Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2C 146/2012

Urteil vom 20. August 2012
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz, Stadelmann,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Verfahrensbeteiligte
Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, Herr Dr. Patrick Holtz, Rechtsanwalt, Rechtsdienst,
Beschwerdeführerin,

gegen

Swissperform, Schweizerische Gesellschaft
für die verwandten Schutzrechte,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Willi Egloff,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand
Tarif A Fernsehen (Swissperform),

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 3. Januar 2012.

Sachverhalt:

A.
Am 6. Juli 2009 beantragte die Verwertungsgesellschaft Swissperform bei der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (im Folgenden: ESchK) die Genehmigung des Tarifs A für das Fernsehen für die Jahre 2010-2012. Dieser Tarif richtet sich gemäss seiner Ziff. 1 an die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (im Folgenden: SRG) hinsichtlich ihrer Tätigkeit als Sendeunternehmen im Bereich des Fernsehens und bezieht sich gemäss seiner Ziff. 2 auf die folgenden Rechte:
Verwendung von durch verwandte Schutzrechte geschützten im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern zu Sendezwecken nach Art. 35 Abs. 1 URG im Fernsehen.
Die Vervielfältigung von auf im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern festgehaltenen Darbietungen und Aufnahmen nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken im Fernsehen im Sinne von Art. 24b URG.
Das Recht, in Fernsehsendungen enthaltene Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik in Verbindung mit ihrer Sendung zugänglich zu machen und die dazu notwendigen Vervielfältigungen vorzunehmen im Sinne von Art. 22c Abs. 1 lit. a-c URG.

Der beantragte Tarif enthielt u.a. folgende Bestimmungen:
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.
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 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.
Eventualiter beantragte Definition:
(Variante A;) 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.
Die ESchK holte eine Stellungnahme des Preisüberwachers und der SRG ein, führte am 9. November 2009 eine Sitzung mit den Parteien durch und genehmigte am gleichen Tag den beantragten Tarif mit den folgenden Änderungen:

1.1 Ziff. 7
Die Vergütung für geschützte Tonaufnahmen wird auf 1,6575 Prozent reduziert;
1.2
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;

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

B.
Die SRG erhob gegen diesen Tarifgenehmigungsbeschluss Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit dem Antrag, der Tarif A sei mit den 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.
Mit Urteil vom 3. Januar 2012 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab und bestätigte den Beschluss der ESchK vom 9. November 2009.

C.

Die SRG erhebt mit Eingabe vom 8. Februar 2012 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht und bestätigt das vorinstanzlich gestellte Begehren; eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz, subeventualiter an die ESchK zurückzuweisen.
Swissperform beantragt Abweisung der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht, die ESchK und das Eidg. Institut für geistiges Eigentum verzichten auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.
Gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts betreffend einen Tarifgenehmigungsbeschluss der ESchK (vgl. Art. 59 und 74 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [URG, SR 231.1]) ist entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, auch wenn dabei vorfrageweise über die Auslegung zivilrechtlicher Begriffe des URG zu entscheiden ist (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG e contrario; Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; Urteil 2C 527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 2.3 mit Hinweis auf BGE 133 II 263 E. 2.2 [zur früheren prozessualen Rechtslage]; RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, S. 354 f.), zumal auch die grundsätzliche Frage der Vergütungspflicht im Verfahren der Tariffestlegung zu entscheiden ist (BGE 135 II 172 E. 2.3.2/3 S. 179 f.; Urteil 4C.290/2001 vom 8. November 2002 E. 1.2, sic! 2003 S. 323). Die SRG ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG; vgl. BGE 135 II 172 E. 2.3). Auf das form- und fristgerecht eingereichte Rechtsmittel ist einzutreten.

2.
2.1 Die vom streitigen Tarif erfassten Rechte können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (Art. 22c Abs. 1, Art. 24b Abs. 1 und Art. 35 Abs. 3 URG). Diese stellen für die von ihnen geforderten Vergütungen Tarife auf, verhandeln darüber mit den massgebenden Nutzerverbänden und legen die Tarife der Schiedskommission zur Genehmigung vor (Art. 46 URG). Die Schiedskommission genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist; sie kann nach Anhörung der am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaft und der Nutzerverbände Änderungen vornehmen (Art. 59 Abs. 1 und 2 URG). Rechtskräftig genehmigte Tarife sind für die Gerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG).

2.2 Die von den Verwertungsgesellschaften aufzustellenden und von der ESchK zu genehmigenden Tarife können nur die Höhe der Vergütungen festsetzen, auf welche nach Gesetz Anspruch besteht. Im Rahmen der in Art. 60 URG enthaltenen Angemessenheitskriterien hat die ESchK als sachkundiges Organ einen gewissen Gestaltungsspielraum, der auch von den Gerichten zu respektieren ist (BGE 133 II 263 E. 8.2/8.3). Hingegen können die Tarife nicht die Ansprüche oder die damit abgegoltenen Rechte abweichend von der gesetzlichen Regelung umschreiben (BGE 135 II 172 E. 2.3.3 S. 180; 125 III 141 E. 4a S. 144 f.). Deren Auslegung ist eine Rechtsfrage, die vom Bundesgericht mit freier Kognition zu prüfen ist (Art. 95 lit. a BGG).

2.3 Umstritten ist, ob die in den Ziff. 14 und 15 des genehmigten Tarifs enthaltenen Vergütungsregeln mit der gesetzlichen Umschreibung der zu vergütenden Verwendung in Art. 35 URG übereinstimmt. Dessen Abs. 1 und 4 lauten wie folgt:
"1 Werden im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs (Art. 33 Abs. 2 Bst. e) oder der Aufführung verwendet, so haben ausübende Künstler und Künstlerinnen Anspruch auf Vergütung.
...
4 Ausländischen ausübenden Künstlern und Künstlerinnen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz haben, steht ein Anspruch auf Vergütung nur zu, wenn der Staat, dem sie angehören, den schweizerischen Staatsangehörigen ein entsprechendes Recht gewährt."
In französischer Sprache hat der genannte Erlasstext folgenden Wortlaut:
"1 Si des phonogrammes ou des vidéogrammes disponibles sur le marché sont utilisés à des fins de diffusion, de retransmission, de réception publique (art. 33, al. 2, let. e) ou de représentation, l'artiste a droit à une rémunération."

...
4 Les artistes interprètes étrangers qui n'ont pas leur résidence habituelle en Suisse n'ont droit à une rémunération que si l'Etat dont ils sont ressortissants accorde un droit correspondant aux ressortissants suisses.
Und die italienische Fassung von Art. 35 Abs. 1 bzw. 4 URG lautet:
"1 L'artista interprete ha diritto a un compenso qualora supporti audio o audiovisivi disponibili in commercio siano utilizzati ai fini di diffusione, ritrasmissione, ricezione pubblica (art. 33 cpv. 2 lett. e) o rappresentazione."
...
4 Gli artisti interpreti stranieri senza residenza abituale in Svizzera hanno diritto a compenso soltanto se appartengono a uno Stato che accorda la reciprocità."
3. Ziff. 14 des genehmigten Tarifs (vgl. vorne lit. A)

3.1 Zu prüfen ist zunächst, ob Ziff. 14 des Tarifs gesetzmässig ist.
3.1.1 Wie die Beschwerdegegnerin richtig vermerkt, hat die Vorinstanz auf S. 16 ihres Entscheids als Anfechtungsobjekt unzutreffenderweise nicht die von der ESchK genehmigte Formulierung von Ziff. 14 (Variante A) wiedergegeben, sondern die von der Swissperform ursprünglich beantragte Hauptvariante. Es ist deshalb klarzustellen, dass die genehmigte, hier zur Diskussion stehende Fassung von Ziff. 14 lautet:
"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 ..."
In der mit dem Genehmigungsantrag eingereichten französischen bzw. italienischen Version lautet der streitige Passus:
"Sont réputés des enregistrements audiovisuels protégés au sens du ch. 7 les enregistrements d'oeuvres audiovisuelles réalisés par des tiers qui sont aussi disponibles sur le marché pour le public sur des supports de données, ..."
"Per registrazione audiovisiva protetta ai sensi del punto 7 s'intendono le registrazioni audiovisive di opere audiovisive prodotte da terzi, che sono reperibili in commercio anche per il pubblico su supporti dati ..."
Dieser genehmigten Fassung steht die von der Beschwerdeführerin beantragte Version gegenüber:
"... gelten im Handel erhältliche Tonbildträger, die zum Zwecke der Sendung im freien Fernsehen verwendet werden, sofern ..."
3.1.2 Die beiden Versionen unterscheiden sich dadurch, dass in der von der Beschwerdeführerin beantragten Fassung eine Vergütungspflicht nur besteht, wenn der Tonbildträger als solcher, der vom Sendeunternehmen für die Sendung verwendet wird, in der gleichen Form (z.B. CD, DVD, Internet-Download) auch dem Publikum angeboten wird. Nach der Feststellung der Vorinstanz möchte die Beschwerdeführerin damit die von ihr verwendeten und nach ihrer Darstellung allein im Spezialhandel erhältlichen Digi-Beta-Kassetten von der Vergütungspflicht ausschliessen. In der von der ESchK genehmigten Fassung reicht es hingegen, wenn die Aufnahme als solche bzw. eine von der ersten Aufnahme abgeleitete Kopie für das Publikum erhältlich ist, wenn auch in einem anderen Format als in demjenigen, welches für die Sendung verwendet wird. Der Streit bezieht sich nur auf die Tonbildträger. Die Regelung für Tonträger (Ziff. 13 des Tarifs) ist nicht angefochten.
3.1.3 Der von der Beschwerdeführerin beantragte Text unterscheidet sich sodann vom genehmigten dadurch, dass im ersteren der im letzteren enthaltene Einschub "oder aufgrund internationaler Abkommen oder Gegenrecht" fehlt. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt (vgl. S. 29 des angefochtenen Entscheides), dass dieser Satzteil lediglich Art. 35 Abs. 4 URG konkretisiere, welcher kraft Gesetzesvorschrift auch dann gelte, wenn dies nicht explizit im Tarif vereinbart werde. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit dieser Argumentation nicht auseinander und begründet nicht, dass und inwiefern ihrer Fassung eine eigenständige, über das Gesetz hinausgehende Bedeutung zukommen sollte. Es ist deshalb darauf nicht näher einzugehen.

3.2 Die Parteien sind sich uneinig über die Auslegung des Begriffs "im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger" (vgl. Art. 35 Abs. 1 URG).
Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der Ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die

einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 138 II 410 E. 4.1 S. 413, 136 III 23 E. 6.6.2.1 S. 37; 136 V 195 E. 7.1 S. 203; 135 V 50 E. 5.1 S. 53; 134 II 308 E. 5.2 S. 311).
3.2.1 Die Vorinstanz hat erwogen, Art. 33 Abs. 2 lit. c URG bringe den Begriff "Ton- und Tonbildträger" in Zusammenhang mit jenem der "Festlegung", der mit demjenigen der Aufnahme gleichbedeutend sei. Angesichts der technischen Entwicklung seien diese Begriffe nicht mehr an einen bestimmten physischen Datenträger (Schallplatte, CD, Tonband) gebunden. Zwar werde der Begriff des Ton- und Tonbildträgers immer noch im Zusammenhang mit physischen Datenträgern verwendet, sei jedoch nicht mehr an eine spezifische Erscheinungsform gebunden. Als im Handel erhältlich seien Träger zu verstehen, die an praktisch beliebige Abnehmer angeboten würden. Sämtliche Erscheinungsformen der Festlegung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 URG würden auf die gleiche Stufe gesetzt und bildeten Vervielfältigungen des gleichen Werks. Sodann erwog das Bundesverwaltungsgericht, es wäre 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. Ein Ton- oder Tonbildträger gelte deshalb auch dann als im Handel erhältlich, wenn eine von der gleichen Festlegung abstammende Vervielfältigung in einer anderen physischen Form angeboten werde, als sie tatsächlich zu Sendezwecken verwendet werde. Würde jede Erscheinungsform eines Trägers als selbständige Festlegung betrachtet, müsste in unpraktikabler Weise für jede Festlegung bzw. für jede Auflage und Vertriebskette einer Festlegung gesondert bestimmt werden, ob sie unter das Verbotsrecht oder den Vergütungsanspruch falle.
Schliesslich prüfte das Bundesverwaltungsgericht die streitigen Erlasstexte unter den verschiedenen Auslegungsmethoden: Geltungszeitlich sei zu berücksichtigen, dass infolge der technischen Entwicklung die Information durch Digitalisierung vom materiellen Träger entkoppelt werde. Eine Anbindung von Art. 35 Abs. 1 URG an den physischen Erwerb eines Datenträgers eines bestimmten Formats erscheine unter diesen Umständen sachfremd. In teleologischer Hinsicht wolle Art. 35 URG den ausübenden Künstlern eine Nutzungsvergütung zusprechen, zugleich aber das exklusive Senderecht nach Art. 33 Abs. 2 URG einschränken. Weiter wolle Art. 35 URG den Interpreten ermöglichen, ihre Vergütungsansprüche im Gegenzug für die ihnen entzogenen Verbotsansprüche möglichst einfach und flächendeckend geltend zu machen. "Im Handel erhältlich" beziehe sich somit nicht auf den konkret verwendeten Datenträger, sondern auf die verwendete Festlegung.
3.2.2 Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber der Auffassung, dass als Ton- oder Tonbildträger nur die körperliche Festlegung gelte. Art. 35 Abs. 1 URG schränke die Vergütungspflicht entsprechend Art. 12 des Internationalen Abkommens vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom-Abkommen, RA; SR 0.231.171) und Art. 15 des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996 (WPPT; SR 0.231.171.1) ein und umfasse nur solche Träger, die dem Publikum für den Privatgebrauch angeboten würden. Ausgeschlossen seien damit Träger, welche das Publikum nicht erwerben könne. Es komme somit für die Vergütungspflicht darauf an, von welchem Trägerformat die zur Sendung verwendete Aufnahme stamme. Für den in Art. 35 Abs. 1 URG genannten Nutzungsbereich "Senden" würden die entsprechenden Urheberrechte nur im musikalischen Bereich kollektiv wahrgenommen; diese Konstellation ermögliche es, ohne weiteres im Handel erhältliche Tonträger zu Sendezwecken einzusetzen. Im Audiovisionsbereich sei dies aber ohne Zustimmung der Urheberrechtsinhaber nicht möglich; die Senderechte müssten individuell erworben werden. Die traditionellerweise vom Verleiher zur Verfügung
gestellten Tonbildträger seien nicht im Handel erhältlich; für die Sendung sei auch die Zustimmung der ausübenden Künstler erforderlich und damit keine Vergütung nach Art. 35 URG geschuldet.
3.2.3 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, das neuere internationale Konventionsrecht definiere die Festlegung funktional und nicht mehr im Hinblick auf einen bestimmten (Tonbild-) Träger. Davon sollte auch das mit dem Konventionsrecht verbundene nationale Recht ausgehen. Schutzobjekt seien nicht die Träger an sich, sondern die Darbietung und deren Festlegung. Würde man die Vergütungspflichten an ein bestimmtes Format knüpfen, könnten die Sendeunternehmen durch Wahl bestimmter Formatierungen die Rechtslage manipulieren. Das Abstellen auf den physischen Träger versage sodann beim Weitersenden und beim öffentlichen Empfang. Nicht im Handel erhältlich sei der Kinofilm während der exklusiven Auswertungszeit im Kino. Dieses "Kinoprivileg" könne aber nicht auf das Senden von Filmen ausgedehnt werden, die bereits auf DVD erhältlich seien. Sodann ermögliche nur die von der Vorinstanz vertretene Rechtsauffassung die Gleichstellung audiovisueller Darbietungen mit den lediglich auf Tonträgern festgehaltenen Darbietungen.

3.2.4 Die Parteien sind an sich übereinstimmend der Meinung, dass der Begriff des "Tonbildträgers" nur im Zusammenhang mit einem physischen Datenträger verwendet wird, wobei dies aber nicht auf tangible Medien (CD, DVD u.dgl.) beschränkt ist, sondern auch digitale Speichermedien umfasst. Keine Uneinigkeit besteht auch in der Auslegung des Begriffs "im Handel erhältlich". Damit ist gemeint, dass der Ton- oder Tonbildträger zum Verkauf, zur Ausleihe oder zur Vermietung an grundsätzlich jedermann bzw. an praktisch beliebige Abnehmer angeboten wird, und zwar legal (ROLF AUF DER MAUR, in: BARBARA K. MÜLLER/REINHARD OERTLI, Stämpflis Handkommentar Urheberrechtsgesetz, 2006, N 3 f. zu Art. 35; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar URG, 3. A. 2008, N 4 f. zu Art. 35; YVONNE BURCKHARDT, Die Vermögensrechte der ausübenden Künstler und Künstlerinnen gemäss Art. 33 Abs. 2 und Art. 35 URG, sic! 2000 S. 165 ff., 170 f.; HILTY, a.a.O., S. 329 f.; EMANUEL MEYER, Der Vergütungsanspruch für das Senden von Ton- und Tonbildträgern nach Art. 35 URG [inkl. Gegenrechtsvorbehalt], sic! 2010 S. 122 ff., 123; PETER MOSIMANN, Die verwandten Schutzrechte, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und
Wettbewerbsrecht, zweiter Band Urheberrecht, 2. A. 2006, S. 331-406, 376; MICHAEL VIANA, Die Rechte der Tonträgerhersteller im schweizerischen, amerikanischen und internationalen Urheberrecht, 1999, S. 72 f.). Uneinigkeit besteht hingegen darin, ob sich der Ausdruck "im Handel erhältlich" auf die Aufnahme oder auf den Träger bezieht: Die Beschwerdegegnerin stellt darauf ab, ob die Aufnahme als solche im Handel erhältlich ist, wenn auch in einem anderen Format als demjenigen, welches für die Sendung verwendet wird (d.h. eine von der ersten Festlegung abgeleitete Kopie der Aufnahme). Die Beschwerdeführerin hält für ausschlaggebend, ob der für die Sendung verwendete physische Träger im Handel erhältlich sei. Diese Streitfrage ist zu entscheiden.

3.3 Die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Fassung entspricht dem Wortlaut des Gesetzes zumindest in der deutschen Fassung besser, wonach der Ton- oder Tonbildträger im Handel erhältlich sein muss (vgl. auch AUF DER MAUR, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 35 URG; anders FRANÇOIS DESSEMONTET, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, 2. Auflage 2011, S. 123 f.; ebenso zur Auffassung wie sie die Beschwerdegegnerin vertritt, neigend YVONNE BURCKHARDT (a.a.O., S. 170 f.) sowie BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 6 und 9 zu Art. 35, ähnlich MEYER, a.a.O., S. 124.). Die französische Version des Gesetzes spricht allerdings von "phonogrammes ou vidéogrammes", was nach dem Wortsinn nicht zwingend auf einen bestimmten physischen Träger bezogen sein muss. Doch spricht auch die französische Version des Gesetzes in Art. 35 Abs. 2, wo der Begriff offensichtlich gleichlautend zu verstehen ist wie in Abs. 1, von "support", was sich eher auf den konkreten physischen Träger bezieht. Ebenso spricht die italienische Fassung des Gesetzes in beiden Absätzen von "supporti".

3.4 Die Materialien zum URG geben auf die hier zu beantwortende Frage keine direkte Antwort. Es lässt sich daraus bloss in allgemeiner Weise entnehmen, dass der Gesetzgeber mit dem URG von 1992 die Stellung der Interpreten verstärken und ihnen mit Art. 35 eine zusätzliche Vergütung einräumen wollte (vgl. Urteil 2A.256/1998 vom 2. Februar 1999 E. 3b, sic! 1999 S. 255 [Gemeinsamer Tarif S]). Sodann ergibt sich aus dem Protokoll der Nationalratskommission vom 26./27. Juni 1991, S. 59, dass mit dem Begriff "im Handel erhältlich" die Kinofilme ausgeschlossen werden sollten, um das Kinoauswertungsprivileg sicherzustellen (vgl. Art. 12 Abs. 1bis URG und dazu [zur alten Fassung]BGE 133 III 273 E. 3.2.3). Daraus ergibt sich aber keine Antwort auf die Frage, ob das Gesetz nur die Kinofilme während der Exklusivauswertungszeit ausschliessen wollte oder auch andere Tonbildträger.

3.5 Beide Parteien berufen sich unter anderem auf die einschlägigen internationalen Abkommen (vorne benannt in E. 3.2.2).
3.5.1 Nach Art. 12 RA hat der Benützer den ausübenden Künstlern, den Herstellern von Tonträgern oder beiden eine einzige angemessene Vergütung zu zahlen, wenn ein zu Handelszwecken veröffentlichter Tonträger oder ein Vervielfältigungsstück eines solchen Tonträgers für die Funksendung oder für irgendeine öffentliche Wiedergabe unmittelbar benützt wird. Nach Art. 15 WPPT haben ausübende Künstler und Tonträgerhersteller Anspruch auf eine einzige angemessene Vergütung, wenn zu gewerblichen Zwecken ("for commercial purposes") veröffentlichte Tonträger unmittelbar oder mittelbar für eine Sendung oder öffentliche Wiedergabe benutzt werden. Der Begriff "im Handel erhältlich" in Art. 35 Abs. 1 URG entspricht der Formulierung "zu Handelszwecken" in Art. 12 RA bzw. "zu gewerblichen Zwecken" in Art. 15 Abs. 1 WPPT. Freilich schliessen die

internationalen Abkommen auch für die Tonträger nicht aus, dass die einzelnen Staaten einen weitergehenden Schutz gewähren; insbesondere können die Staaten auch auf die Voraussetzung "zu gewerblichen Zwecken" verzichten (JÖRG REINBOTHE/SILKE VON LEWINSKI, The WIPO Treaties 1996, 2002, S. 383 Rz. 18 f. zu Art. 15 WPPT). Der in Art. 35 Abs. 1 URG enthaltene Begriff "im Handel erhältlich" muss daher nicht zwingend gleich ausgelegt werden wie der Begriff "zu gewerblichen Zwecken" in Art. 15 WPPT. Im Zweifel ist allerdings davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese Bestimmungen umsetzen wollte.
3.5.2 In Art. 12 RA ist ausdrücklich festgelegt, dass das Vergütungsrecht auch besteht, wenn ein zu Handelszwecken veröffentlichter Tonträger "oder ein Vervielfältigungsstück eines solchen Tonträgers" für die Sendung verwendet wird. Diese Erweiterung fehlt in Art. 15 WPPT, doch scheint das nicht eine bewusste Abweichung zu sein (REINBOTHE/VON LEWINSKI, a.a.O., S. 384 N 20 zu Art. 15 WPPT; vgl. auch MICHEL M. WALTER, Etude comparative de la Convention de Rome, du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes [WPPT]et de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce [Accord sur les ADIPC]; évolution et éventuelle amélioration de la protection des droits voisins au sens de la Convention de Rome, Bulletin du droit d'auteur, 2000 H. 3 S. 4 ff., 30 f.). Das könnte darauf hindeuten, dass nicht der konkrete, für die Sendung verwendete Träger im Handel erhältlich sein muss.
3.5.3 Art. 35 URG geht über die internationalen Abkommen hinaus, indem er ein Vergütungsrecht nicht nur für Tonträger, sondern auch für Tonbildträger statuiert (AUF DER MAUR, a.a.O., N 5 Vorbem. zu Art. 33-39, N. 1 zu Art. 35; MEYER, a.a.O., S. 124; ERNST BREM, Der Begriff des im Handel erhältlichen Tonbildträgers nach Art. 35 Abs. 1 URG, sic! 2010 S. 214 ff, 215). Indessen will die schweizerische Gesetzgebung die Ton- und die Tonbildträger gleich behandeln (BBl 1989 III 503 f.; BBl 2006 3399 f.). Insofern können diejenigen Bestimmungen der internationalen Abkommen, die sich auf Tonträger beziehen, analog auch für die Tonbildträger herangezogen werden. Nach der Legaldefinition des Tonträgers in Art. 2 lit. b WPPT (auf den sich die Wendung "zu gewerblichen Zwecken veröffentlicht" in Art. 15 WPPT bezieht) bedeutet "Tonträger"/"phonogramme"/"fonogramma" die "Festlegung der Töne einer Darbietung oder anderer Töne oder einer Darstellung von Tönen ausser in Form einer Festlegung, die Bestandteil eines Filmwerks oder eines anderen audiovisuellen Werks ist" ("la fixation des sons provenant d'une interprétation ou exécution ou d'autres sons, ou d'une représentation de sons ...", "qualunque fissazione dei suoni di una esecuzione o di altri suoni o di una rappresentazione di suoni ..."). Die Festlegung ist ihrerseits definiert in Abs. 2 lit. c WPPT als "Verkörperung von Tönen oder von Darstellungen von Tönen in einer Weise, dass sie mittels einer Vorrichtung wahrgenommen, vervielfältigt oder wiedergegeben werden können" ("l'incorporation de sons, ou des représentations de ceux-ci, dans un support qui permette de les percevoir, de les reproduire ou de les communiquer à l'aide d'un dispositif"; "l'incorporazione di suoni o di loro rappresentazioni, che ne consenta la percezione, riproduzione o comunicazione mediante apposito dispositivo"; vgl. auch Art. 3 lit. b RA, welche Norm den Tonträger definiert als "jede ausschliesslich auf den Ton beschränkte Festlegung der Töne einer Darbietung oder anderer Töne"). Dieser Wortlaut legt eher die Interpretation der Beschwerdegegnerin nahe, wonach sich der Begriff des Tonträgers auf die einmal erfolgte Festlegung bezieht und nicht auf das konkrete Format. Das Erfordernis der "Veröffentlichung", worunter das Angebot in einer genügenden Anzahl von Vervielfältigungsstücken gemeint ist (Art. 2 lit. e WPPT), schliesst diese Betrachtung nicht aus: Dadurch wird nur verlangt, dass die Aufnahme in genügender Stückzahl kopiert wurde, doch
heisst das nicht zwingend, dass die Sendung der Aufnahme von einer solchen Kopie erfolgen muss, denn Art. 15 Abs. 1 knüpft nicht an die Verwendung des Vervielfältigungsstücks an, sondern des Tonträgers. Dass die Töne als Bestandteile eines audiovisuellen Werks in Art. 2 lit. b WPPT ausdrücklich ausgeschlossen sind, bezieht sich sodann nur darauf, dass Tonbildträger nach WPPT nur beschränkt geschützt sind, schliesst aber die analoge Heranziehung für die Auslegung des insoweit weiter gehenden Schweizer Rechts nicht aus.
3.6
Zu prüfen sind weiter Sinn und Zweck der Bestimmung (vgl. vorne E. 3.2):
3.6.1 Art. 35 URG hat eine mehrfache Funktion: Einerseits begründet er einen Vergütungsanspruch der ausübenden Künstler für die entsprechenden Verwendungen; andererseits schliesst er individuelle Vergütungsansprüche der einzelnen Berechtigten aus und lässt nur die kollektive Verwertung zu. Insoweit wird der nach Art. 33 Abs. 2 URG an sich bestehende Verbotsanspruch durch einen (kollektiv geltend zu machenden) Vergütungsanspruch ersetzt (BBl 2006 3431 f.; AUF DER MAUR, a.a.O., N. 2 zu Art. 35; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 3 zu Art. 35; BURCKHARDT, a.a.O., S. 170; HILTY, a.a.O., S. 325 f.). Im Geltungsbereich von Art. 35 ist eine vertragliche Rechteeinräumung nicht mehr möglich (vgl. in Bezug auf die Ansprüche nach Art. 13 URG BGE

124 III 489 E. 1). Der Anwendungsbereich von Art. 35 URG zieht damit die Grenze zwischen vertraglichem und gesetzlichem Rechtserwerb bzw. zwischen vertraglicher und kollektiver Verwertung (BREM, a.a.O., S. 217; HILTY, a.a.O., S. 329 f.). Zugleich stellt Art. 35 Abs. 4 den Vergütungsanspruch ausländischer Künstler, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz haben, unter den Vorbehalt des Gegenrechts, was vor allem im audiovisuellen Bereich von erheblicher Bedeutung ist (YVONNE BURCKHARDT, Der persönliche Anwendungsbereich der Vergütungsrechte gemäss Art. 35 URG für ausübende Künstler und Künstlerinnen; der Gegenrechtsvorbehalt von Abs. 4 im Verhältnis zum Rom-Abkommen und zum WPPT, sic! 2011 S. 631 ff., 634 ff.). Soweit also nicht der kollektive Vergütungsanspruch besteht, sondern das Ausschliesslichkeitsrecht nach Art. 33 bestehen bleibt, entfällt auch das Gegenrechtserfordernis.

3.6.2 Als ratio legis (vgl. vorne E. 3.2) von Art. 35 erscheint, dass dann Vergütungen bezahlt werden, wenn im Kaufpreis für den Träger die Entschädigung für die Zweitnutzung nicht bereits enthalten ist (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 7 zu 35; BURCKHARDT, a.a.O. [2000], S. 171; MEYER, a.a.O., S. 123). Ist hingegen im Kaufpreis eine solche Entschädigung bereits inbegriffen, wie das bei denjenigen Datenträgern der Fall ist, die nur an Sendeunternehmen zum Zweck der Sendung verkauft werden, soll keine zusätzliche Vergütung anfallen (MEYER, a.a.O., S. 123). Auch daraus ergibt sich allerdings noch nicht eine genaue Grenzziehung: Denn die Auslegung des Gesetzes kann nicht davon abhängen, ob und wofür (bisher) in der Realität Vergütungen vereinbart worden sind. Im Gegenteil hängt von der Auslegung des Gesetzes ab, für welche Verwendungen ein kollektiver Vergütungsanspruch nach Art. 35 URG besteht bzw. für welche individuelle Verbotsrechte bestehen und individuelle Vergütungen ausgehandelt werden können.

3.6.3 In diesem Zusammenhang ist dem von der Vorinstanz bereits hervorgehobenen Interesse Rechnung zu tragen, die gesetzlich vorgesehenen Ansprüche möglichst einfach geltend machen zu können: Die gesetzlichen Lizenzen bzw. die Regeln über die kollektive Verwertung im Urheber- und Leistungsschutzrecht finden ihre Rechtfertigung darin, dass einerseits die Berechtigten faktisch nicht in der Lage sind, die in Frage stehenden Nutzungen zu kontrollieren und ihre Ansprüche individuell geltend zu machen, und andererseits die Allgemeinheit auf die Verwendung der Werke angewiesen ist (BBl 1984 III 190; BGE 124 III 489 E. 2a; MONIKA STÖHR, Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, 2007, S. 26 f.). Die Auffassung der Beschwerdeführerin hätte nicht etwa zur Folge, dass die ausübenden Künstler keine Sendevergütungen erhalten könnten; diese müssten jedoch individuell vereinbart werden, was wohl wenig praktikabel wäre. Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien werden im Fernsehbereich praktisch keine Tonbildträger verwendet, die im gleichen physischen Format im Handel erhältlich sind (z.B. DVD), so dass bisher keine Vergütung für die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonbildträgern bezahlt wird. Die Beschwerdeführerin hat im Verfahren vor der Vorinstanz geltend gemacht, sie entschädige die ausübenden Künstler zusammen mit den andern Rechteinhabern über den Vertriebsvertrag. Die Beschwerdegegnerin brachte demgegenüber vor, die Beschwerdeführerin habe nicht nachgewiesen, dass sie aufgrund der besonderen schweizerischen Rechtslage für Sendungen in der Schweiz höhere vertragliche Entschädigungen entrichte als diese für Sendungen in Ländern ohne entsprechende Regelung üblich seien. Die Interpreten würden an den Verwertungserlösen nicht partizipieren.

3.6.4 Wie es sich damit sachverhaltlich verhält, braucht nicht abgeklärt zu werden. Einleuchtend ist aber jedenfalls die Überlegung der Vorinstanz, dass die Ansprüche der Interpreten im Rahmen der kollektiven Verwertung gemäss Art. 35 URG einfacher geltend gemacht werden können als durch individuelle vertragliche Vereinbarung, zumal angesichts der fortlaufenden technischen Entwicklung, welche die physische Form der einmal gemachten Festlegung nebensächlich werden lässt. Das gleiche Praktikabilitätsanliegen kommt im neuen Art. 24b URG (in der Fassung vom 5. Oktober 2007) zum Ausdruck, wonach gegenüber den Sendeunternehmen das Vervielfältigungsrecht zu Sendezwecken an nicht theatralischen Werken der Musik bei der Verwendung von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern nur über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann. Diese Bestimmung ist eine Reaktion des Gesetzgebers auf das Urteil des Bundesgerichts 2A.256/1998 vom 2. Februar 1999 E. 3 und 4a (sic! 1999 S. 255), wonach der Vergütungsanspruch von Art. 35 URG nur das Senderecht abgilt, nicht aber das Vervielfältigungsrecht (gemäss Art. 33 Abs. 2 lit. c oder Art. 36 URG), so dass dieses von den Sendeunternehmen zusätzlich erworben werden muss, und zwar auch für ephemere Vervielfältigungen (a.M. Obergericht Zürich im Urteil vom 14. November 2002 [sic! 2003 S. 320]; vgl. MOSIMANN, a.a.O., S. 378). Der Bundesrat führte in der Botschaft zur Revision des URG an, infolge dieser Rechtsprechung spiele die mit Art. 35 Abs. 1 URG angestrebte Regelung in der Praxis nicht, weil die Sendeunternehmen das Vervielfältigungsrecht separat abgelten müssten. Deshalb sollte auch das Ver-

vielfältigungsrecht in Bezug auf die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern zu Sendezwecken der kollektiven Verwertung unterstellt werden, wodurch die mit Art. 35 URG angestrebte Regelung vervollständigt werde; die Vervielfältigungsentschädigung sollte gemäss der neuen Regelung in die Sendetarife integriert werden (BBl 2006 3402, 3431 f.; vgl. auch MEYER, a.a.O., S. 124; AB 2006 S 1208 [Kommissionssprecher Stadler], 1209 [Lombardi]). Diese Änderung dokumentiert das Anliegen des Gesetzgebers, die wenig praktikablen Verbotsrechte durch eine eher extensiv verstandene und damit weite Anwendung der kollektiven Verwertung zu ersetzen.

3.7 Insgesamt erweist sich nach dem Gesagten in Bezug auf Ziff. 14 des Tarifs die vorinstanzliche Auffassung als zutreffend und die Beschwerde als unbegründet.
4. Ziff. 15 des genehmigten Tarifs (vgl. vorne lit. A)
Umstritten ist weiter die Vergütung für geschützte Tonaufnahmen, die in geschützte Tonbildaufnahmen integriert sind (integrierte Tonträger).

4.1 Von den Beteiligten nicht in Frage gestellt wird, dass nach Römer Abkommen eine Vergütungspflicht für integrierte Tonträger nicht vorgeschrieben ist, wenn der ausübende Künstler seine Zustimmung zur Integration erteilt hat (Art. 7, 12 und 19 RA). Sodann schliesst Art. 2 lit. b WPPT Festlegungen, die Bestandteil eines Filmwerks oder eines anderen audiovisuellen Werks sind, vom Begriff des Tonträgers aus, womit nach dem WPPT eine Vergütungspflicht an sich entfällt. Die Tragweite dieser Bestimmung ist zwar umstritten. Indessen kann das nationale Recht einen weitergehenden Schutz vorsehen. Die Beschwerdegegnerin stützt ihre Auffassung denn auch nicht auf die internationalen Abkommen, sondern auf das schweizerische Recht. Erweist sich diese Auffassung als zutreffend, kann die Tragweite von Art. 2 lit. b WPPT offen bleiben.

4.2 Art. 35 Abs. 1 URG gilt gleichermassen für Ton- und Tonbildträger. Es wäre offensichtlich nicht im Sinne des Gesetzes, wenn für Tonträger dann, wenn sie in einen Tonbildträger integriert sind, keine Vergütungspflicht mehr bestünde. Fraglich kann nur sein, ob eine Vergütung als Tonträger oder aber als Tonbildträger geschuldet ist. Das hat Auswirkungen namentlich in zweierlei Hinsicht: Erstens ist gemäss der von der ESchK vorgenommenen Korrektur von Ziff. 7 des Tarifs die Vergütung für Tonträger tiefer als diejenige für Tonbildträger. Zweitens kann es sein, dass der Tonträger als solcher geschützt wäre, nicht aber der Tonbildträger, u.a. deshalb, weil er nicht im Handel erhältlich ist oder weil die in Art. 35 Abs. 4 URG enthaltenen Gegenrechts- oder Abkommensvorbehalte für Ton- und Tonbildträger unterschiedlich ausgestaltet sind; es fragt sich dann, ob in diesem Fall eine Vergütung geschuldet ist.

4.3 Die ESchK erwog, Art. 35 URG wolle die im audiovisuellen Sektor tätigen ausübenden Künstler denjenigen im Tonsektor gleichstellen. Der nationale Gesetzgeber gewähre hier einen höheren Schutzstandard als die Konventionen. Der Vergütungsanspruch bleibe erhalten, wenn die Sendung der Tonaufnahme ab einem audiovisuellen Träger erfolge, wobei allerdings der Gegenrechtsvorbehalt von Art. 35 Abs. 4 URG zu beachten sei. Die ESchK geht damit davon aus, dass auch bei einer Integration in einen Tonbildträger der Schutz als Tonträger erhalten bleibt.

4.4 In ihrer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht vertrat die Beschwerdeführerin die Auffassung, die in ein Filmwerk integrierte Tonaufnahme verliere ihren Charakter als Tonaufnahme, weshalb sie keinen eigenständigen Schutz als Tonaufnahme geniessen könne. Die Beschwerdegegnerin hingegen schloss sich der Auffassung der ESchK an. Das Bundesverwaltungsgericht erwog, nach Ziff. 15 Abs. 1 des Tarifs werde für die integrierte Tonaufnahme eine Vergütung als Tonbildträger berechnet, was nur eine aufgrund der Einheit des Tonbildträgers ohnehin naheliegende Klarstellung sei. Die Beschwerde erweise sich daher in Bezug auf Ziff. 15 Abs. 1 des Tarifs als unbegründet. Hingegen beziehe sich Ziff. 2 auf den Fall, dass ein Tonbildträger nur im Hinblick auf die in der Tonspur enthaltenen Tonaufnahmen geschützt sei, was u.a. darin liegen könne, dass alle auf der Bildspur gezeigten Ausübenden aus Ländern stammen, die kein Gegenrecht gewähren. Zwar gelange die mit Ziff. 2 bestimmte Pro-rata-Regel in solchen Fällen ohnehin zur Anwendung und mache keine Ausnahme von Abs. 1, so dass auch die Sendung eines derart teilgeschützten Trägers als Tonbildträgernutzung (zum höheren Tarif) und nicht als Tonträgernutzung berechnet werde. Ziff. 15 Abs. 2
setze zwar voraus, dass ein derartiger Tonbildträger überhaupt unter die Vergütungspflicht von Art. 35 falle, le-

ge dies aber nicht ausdrücklich fest. Es erscheine zweifelhaft, ob entsprechende Tonbildträger allein durch die anbegehrte Streichung dieser Bestimmung von einer Vergütungspflicht befreit würden. Durch die Integration entstehe ein Leistungsschutzrecht am Bildtonträger, das den Bild- und den Tonteil gleichermassen schütze. Es stelle sich zwar die Frage, ob die Unterscheidung, dass eine urheberrechtlich geschützte Tonspur über einen reinen Tonträger oder einen Tonbildträger abgespielt werde, überhaupt noch relevant sei; die Frage brauche jedoch nicht abschliessend beurteilt zu werden. Die Vorinstanz unterstellt damit die integrierten Tonaufnahmen dem Tonbildträgerschutz.

4.5 Die Beschwerdeführerin stimmt dem zu; sie macht aber geltend, bei dieser Rechtslage könne es nicht sein, dass in Bezug auf den Vergütungsanspruch nach Art. 35 Abs. 1 URG bei der Sendung eines Tonbildträgers der Tonträgerschutz immer dann wieder aufleben solle, wenn die Sendung des Tonbildträgers mangels Gegenrecht vergütungsfrei erfolgen könne. Deshalb sei Ziff. 2 von Art. 15 des Tarifs zu streichen. Ziff. 1 sei ebenfalls überflüssig. Ausreichende Grundlage sei Ziff. 7 des Tarifs.
Die Beschwerdegegnerin schliesst sich nunmehr ebenfalls der Rechtsauffassung der Vorinstanz an, erachtet aber den Streichungsantrag als unbegründet.

4.6 Streitig ist der Tarif als solcher, nicht seine Anwendung in einem konkreten Fall. Wie bei einer abstrakten Normenkontrolle über kantonale Erlasse (Art. 82 lit. b BGG) braucht in diesem Rahmen nicht jeder denkbare Anwendungsfall untersucht zu werden, sondern es ist bloss zu prüfen, ob der Tarif als solcher gesetzmässig ist. Weder aus dem Wortlaut von Ziff. 15 Abs. 2 des Tarifs noch aus der Bedeutung, welche die Vorinstanz dieser Bestimmung beigemessen hat, ergibt sich die von der Beschwerdeführerin gezogene Konsequenz, dass der Tonträgerschutz immer dann wieder aufleben soll, wenn der Tonbildträger mangels Gegenrecht vergütungsfrei erfolgen könne. Vielmehr verlangt der Wortlaut des Tarifs, dass "die Tonbildaufnahme (in welche die Tonaufnahme integriert ist)... geschützt" ist, und so hat auch die Vorinstanz ihn verstanden. Bei diesem Verständnis sagt der beanstandete Absatz nichts anderes als das Gesetz und äussert sich nicht näher dazu, unter welchen Voraussetzungen die Tonbildaufnahme als geschützt zu betrachten ist. Es besteht daher kein Grund, den Absatz zu streichen. Dasselbe gilt für Abs. 1 von Ziff. 15.

5.
Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin, um deren Vermögensinteressen es geht, die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG) und schuldet der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 12'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.– zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, und dem Eidg. Institut für geistiges Eigentum schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 20. August 2012

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Klopfenstein