Urteilskopf

140 II 305

28. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Swissperform gegen Association Suisse des Radios Numériques (ASROC) und Mitb. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_783/2013 vom 27. Februar 2014

Regeste (de):
Art. 15 und 16 WPPT, Art. 190 BV, Art. 60 URG; Begriff der "Angemessenheit" bzw. des wirtschaftlich angemessenen Entgelts für die Nutzung von Leistungsschutzrechten (Gemeinsamer Tarif S Sender [2011-2013]).

Dem Gesetzgeber ist es mit Blick auf die Unbestimmtheit der Regelung in Art. 15 und Art. 16 WPPT nicht verwehrt, den Begriff der Angemessenheit aufgrund einer politischen Wertung gesetzlich auf ein Verhältnis von zehn (Urheberrechte) zu drei (Leistungsschutzrechte) festzulegen, wie er dies in Art. 60 Abs. 2 URG getan hat (E. 5 und 6).

Der Vorbehalt, dass die Berechtigten "bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt" erhalten sollen (Art. 60 Abs. 2 zweiter Halbsatz URG), lässt Abweichungen hiervon bzw. von der Dreiprozentgrenze in einer Gesamtwertung allenfalls zu, wenn gewichtige Gründe dafür sprechen, dass tatsächlich kein angemessenes Entgelt aus einem Tarif resultiert. Die sogenannte "Wettbewerbssimulationsmethode" ist nur bedingt geeignet, die Angemessenheit einer Tarifregelung zu würdigen (E. 6.5).

Der Umstand, dass beim derzeitigen Stand der Kenntnisse die Leistungsschutzrechte in anderen europäischen Ländern teilweise höher abgegolten werden ("Ländervergleichsmethode"), lässt den Gemeinsamen Tarif S Sender (2011-2013) in der von der ESchK genehmigten Fassung nicht als bundesrechtswidrig erscheinen (E. 7).

Regeste (fr):
Art. 15 et 16 WPPT, art. 190 Cst., art. 60 LDA; notion d"'équité" en particulier de rémunération équitable pour l'utilisation des droits voisins (Tarif commun S [2011-2013]).

Il n'est pas interdit au législateur, au vu de l'imprécision des art. 15 et 16 WPPT, de fixer par choix politique la rémunération équitable dans un rapport de dix (pour les droits d'auteur) à trois (pour les droits voisins), comme cela est prévu par l'art. 60 al. 2 LDA (consid. 5 et 6).

La réserve selon laquelle une gestion rationnelle doit procurer aux ayants droit une rémunération équitable (art. 60 al. 2, 2e phrase, LDA) ne permet de s'écarter de ce rapport respectivement du seuil de trois pour-cents que lorsqu'il existe des motifs importants montrant qu'un tarif consacre une absence effective de rémunération équitable. La "méthode de simulation de la concurrence" ne permet qu'à certaines conditions d'évaluer l'équité d'un tarif (consid. 6.5).

Le fait qu'en l'état actuel des connaissances, les droits voisins soient partiellement mieux rémunérés dans d'autres Etats européens ("méthode de la comparaison entre Etats") ne permet pas de considérer que, dans sa version approuvée par la CAF, le Tarif commun S (2011-2013) soit contraire au droit fédéral (consid. 7).

Regesto (it):
Art. 15 e 16 WPPT, art. 190 Cost., art. 60 LDA; nozione di "adeguatezza" rispettivamente di remunerazione adeguata per l'utilizzazione di diritti affini (Tariffa comune S [2011-2013]).

Vista l'imprecisione degli art. 15 e 16 WPPT, non è proibito al legislatore di stabilire mediante una scelta politica la remunerazione adeguata in un rapporto di dieci (per i diritti d'autore) a tre (per i diritti affini), come

è previsto dall'art. 60 cpv. 2 LDA (consid. 5 e 6).

La riserva secondo la quale deve essere garantita agli aventi diritto "una remunerazione adeguata mediante una gestione razionale" (art. 60 cpv. 2, seconda frase, LDA) permette di scostarsi da questo rapporto rispettivamente dalla soglia del tre per cento quando vi sono motivi importanti che dimostrano che una tariffa non prevede effettivamente una remunerazione adeguata. Il cosiddetto "metodo di simulazione della concorrenza" consente solo in modo limitato di valutare l'adeguatezza di una tariffa (consid. 6.5).

Il fatto che, allo stato attuale delle conoscenze, i diritti affini siano in parte meglio remunerati in altri Stati europei ("metodo del confronto tra gli Stati") non permette di ritenere che, nella versione approvata dalla Commissione arbitrale federale, la Tariffa comune S (2011-2013) sia contraria al diritto federale (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 306

A.

A.a Mit Eingaben vom 25. und 31. Mai 2010 beantragten die beiden konzessionierten Verwertungsgesellschaften für Urheber- und Leistungsschutzrechte Swissperform und Suisa der Eidgenössischen Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte (im Folgenden: Schiedskommission oder ESchK), einen neuen "Gemeinsamen Tarif (GT) S Sender" mit Geltung vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2013 (nachfolgend GT S [2011-2013]) zu genehmigen. Während für den alten GT S Sender (1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009, verlängert bis zum 31. Dezember 2010) für die Nutzung von Leistungsschutzrechten noch der "Zusatztarif Swissperform zum Gemeinsamen Tarif S für die Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken" galt, erfasst der neue GT S (2011-2013) auch die Nutzung der Leistungsschutzrechte.

A.b (...)
Die Verwertungsgesellschaften schlugen für die Nutzung der verwandten Schutzrechte in Sendern mit Werbeeinnahmen in Ziffer 7.2 folgenden weiteren Zuschlag vor: "Die gemäss Ziffer 13.2 sowie Ziffer 16 in Verbindung mit Ziffer 7.1 auf Basis der massgeblichen Werbeeinnahmen gemäss Ziffer 8.1, Lemma 1 in Verbindung mit Ziffer 8.2 und 9 berechneten Vergütungen für die verwandten Schutzrechte erhöhen sich um 50 %." Am 27. Oktober 2010 beantragte die Swissperform eventualiter neu, Ziffer 7.2 wie folgt zu formulieren: "(...) Die gemäss Ziffer 13.2 sowie Ziffer 16 in Verbindung mit Ziffer 7.1 auf Basis der massgeblichen Werbeeinnahmen gemäss Ziffer 8.1, Lemma 1 in Verbindung mit Ziffer 8.2 und 9 berechneten Vergütungen für die verwandten Schutzrechte erhöhen sich für das Jahr 2011 um 10 %, für das Jahr 2012 um 20 % und ab dem Jahr 2013 um 30 %."

A.c Mit Beschluss vom 4. November 2010 genehmigte die ESchK den GT S (2011-2013) mit Ausnahme der vorgeschlagenen Ziffer 7.2 und kleinen (hier nicht mehr umstrittenen) Änderungen.

B. Die Swissperform gelangte hiergegen mit dem Antrag an das Bundesverwaltungsgericht, die Ziffer 7.2 in der von ihr am 27. Oktober 2010 vorgeschlagenen Fassung in den Tarif aufzunehmen, was dieses mit Urteil vom 2. Juli 2013 (B-2612/2011) ablehnte (...).

C. Die Swissperform beantragt vor Bundesgericht, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und Ziffer 7.2 - wie von ihr am 27. Oktober 2010 vorgeschlagen - in den Tarif S aufzunehmen; allenfalls sei dieser im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. (...) Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab und bestätigt die genehmigte Fassung des GT S (2011-2013). (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5. In rechtlicher Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe den Begriff des "angemessenen Entgelts" (Art. 60 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [URG; SR 231.1]) bundesrechtswidrig verstanden: Entgegen der Auffassung der Vorinstanz beurteile sich die Angemessenheit nicht primär nach der Wettbewerbssimulationsmethode, sondern nach den in nicht

regulierten Märkten erzielten Preisen sowie hilfsweise nach demjenigen Ertrag, den andere an der Schaffung des gleichen Produkts Beteiligte für ihren Beitrag erzielten. Daraus ergebe sich, dass die Vergütung für die verwandten Schutzrechte gegenüber jenen für Urheberrechte erhöht werden müsse. Mit dem Beharren auf einer einzig zulässigen Beweismethode habe die Vorinstanz das Untersuchungsprinzip verletzt und überspitzt formalistisch die freie Beweiswürdigung ausgeschlossen. Sie habe auch den Auslandsvergleich und die Intensität des Zusammenhangs zwischen Einnahmengenerierung und Nutzung der tariflichen Leistung nicht hinreichend gewichtet. Sodann rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Völkerrecht, indem die Vorinstanz zugelassen habe, dass Leistungsschutzrechte im Unterschied zu den Urheberrechten regelmässig erheblich weniger Vergütung erzielten, als ihrem wirtschaftlichen Wert entspreche. Dadurch sei Art. 15 Abs. 1 des WIPO-Vertrags vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT; SR 0.231.171.1) verletzt. Eine Abweichung vom wirtschaftlichen Wert wäre nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen Erklärung gemäss Art. 15 Abs. 3 WPPT zulässig; eine solche habe die Schweiz aber nicht abgegeben. Die aus der Relation von 10:3 resultierende Ungleichbehandlung von Urheber- und Leistungsschutzberechtigten verstosse gegen Art. 16 WPPT, der - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - unmittelbar angewendet werden müsse. Eine völkerrechtskonforme Auslegung des Gesetzes verbiete es, an die Leistungsschutzberechtigten für eine Abweichung von der im Gesetz vorgesehenen Relation überhöhte Beweisanforderungen zu stellen.

6.

6.1 Werden zu gewerblichen Zwecken veröffentlichte Tonträger unmittelbar oder mittelbar für eine Sendung oder öffentliche Wiedergabe benutzt, so haben nach Art. 15 Abs. 1 WPPT ausübende Künstler und Tonträgerhersteller Anspruch auf eine "einzige angemessene Vergütung" (ebenso Art. 12 des Internationalen Abkommens vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller und der Sendeunternehmen [SR 0.231.171; nachfolgend: RA], abgesehen vom Aspekt der Vervielfältigung, vgl. dazu Urteil

2A.256/1998 vom 2. Februar 1999 E. 3c, in: sic! 1999 S. 255, sowie BBl 2006 3389 ff., 3431 f. zu Art. 24b). Jede Vertragspartei kann erklären, dass sie die Bestimmungen in Absatz 1 nur in Bezug auf bestimmte Nutzungsarten anwenden, deren Anwendung in einer anderen Weise einschränken oder sie überhaupt nicht zur Anwendung

bringen werde (Art. 15 Abs. 3 WPPT). Nach Art. 16 Abs. 1 WPPT können (in Analogie zu Art. 10 des WIPO-Urheberrechtsvertrags vom 20. Dezember 1996 [WCT; SR 0.231.151]und Art. 9 Abs. 2 der in Paris revidierten Berner Übereinkunft vom 24. Juli 1971 zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst [RBÜ; SR 0.231.15]; vgl. BBl 2006 3389 ff., 3413 zu Art. 10, 3419 zu Art. 15) die Vertragsparteien in ihren Rechtsvorschriften in Bezug auf den Schutz der ausübenden Künstler und der Hersteller von Tonträgern Beschränkungen und Ausnahmen gleicher Art vorsehen, wie sie in ihren Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit dem Schutz des Urheberrechts an Werken der Literatur und Kunst vorgesehen sind. Nach Absatz 2 begrenzen sie die Beschränkungen und Ausnahmen in Bezug auf die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Verwertung der Darbietung oder des Tonträgers beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der ausübenden Künstler oder Tonträgerhersteller unzumutbar verletzen (sog. "Dreistufentest", vgl. BGE 133 III 473 E. 6.1 S. 485 f.). Die Beschwerdeführerin leitet hieraus ab, dass die Vergütungen für Leistungsschutzrechte denjenigen für Urheberrechte entsprechen oder jedenfalls angenähert werden müssen oder Unterschiede zumindest nur mit einer besonderen Begründung gemäss Dreistufentest zulässig sind (ähnlich BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, N. 6a zu Art. 60 URG; BREM/SALVADÉ/WILD, in: Urheberrechtsgesetz [URG], Müller/Oertli [Hrsg.], 2. Aufl. 2012, N. 15 zu Art. 60 URG; REHBINDER/VIGANO, URG, 3. Aufl. 2008, N. 3 zu Art. 24b URG).

6.2 Nach der Systematik von Art. 15 WPPT sind Erklärungen im Sinne von Absatz 3 nur erforderlich, soweit von den Grundsätzen von Absatz 1 abgewichen wird, also soweit keine "angemessene Vergütung" vorgesehen ist. Desgleichen liegt eine Beschränkung oder Ausnahme im Sinne von Art. 16 WPPT nur vor, wenn die Rechte an sich eingeschränkt werden oder wenn gemäss Art. 15 Abs. 3 WPPT der Vergütungsanspruch eingeschränkt oder ausgeschlossen würde (ANKE BEINING, Der Schutz ausübender Künstler im internationalen und supranationalen Recht, 2000, S. 122). Solange eine "angemessene" Vergütung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 WPPT ausgerichtet wird, kommt Art. 16 WPPT nicht zur Anwendung. Wenn die Beschwerdeführerin den Zuschlag gemäss der strittigen Ziffer 7.2 mit Art. 16 WPPT begründet, setzt sie bereits voraus, dass ohne diesen die Vergütung nicht als angemessen gelten kann. Genau dies ist

aber umstritten. Es ist deshalb in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich die Vergütung als angemessen im Sinne von Art. 15 Abs. 1 WPPT erweist. Ist dies der Fall, stellt sich die Frage nach der Tragweite von Art. 16 WPPT nicht.

6.3 Solange das Völkerrecht mehrere Lösungen zulässt, ist es dem Gesetzgeber regelmässig unbenommen, national eine hiermit kompatible Regelung umzusetzen. Auch das Postulat der harmonisierenden Auslegung von Völkerrecht und Landesrecht kann alsdann nicht dazu führen, dass eine bestimmte der mehreren völkerrechtlich zulässigen Lösungen als für die Auslegung des Landesrechts einzig massgebend betrachtet wird, solange die nationale Regelung sich im Ergebnis als mit dem übergeordneten Recht vereinbar erweist. Weder Art. 12 RA

noch Art. 15 WPPT enthalten nähere Ausführungen dazu, was unter "angemessen" zu verstehen ist. Den nationalen Gesetzgebern steht damit bei der Umsetzung der entsprechenden völkerrechtlichen Vorgabe ein relativ erheblicher Gestaltungsspielraum zu (BGE 133 II 263 E. 7.3.3). Der blosse Umstand, dass sowohl Urheber- als auch Leistungsschutzrechte geschützt werden, bedeutet nicht zwingend, dass beiden der gleiche Wert beigemessen werden muss: Der Wert der Leistungsschutzrechte ist unabhängig von demjenigen der Urheberrechte, und die Relation zwischen Urheber- und Leistungsschutzrechten variiert je nach den Umständen (so auch das von der Beschwerdeführerin eingereichte Gutachten von DANIEL GERVAIS, Compatibilité de l'article 60 de la Loi suisse sur le droit d'auteur avec les conventions internationales, Oktober 2010, Rz. 13 und 53). In diesem Rahmen ist es zwar eine mögliche Lösung, den Leistungsschutzrechten prinzipiell einen gleichen oder ähnlichen Wert beizumessen wie den Urheberrechten, doch ist dies nicht zwingend. Die Leistungsschutzrechte wurden historisch denn auch viel später anerkannt als die Urheberrechte.

6.4 Die Regelung in Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 URG schreibt in Übereinstimmung mit Art. 15 Abs. 1 WPPT vor, dass die Tarife angemessen sein müssen. Nach Art. 60 Abs. 2 URG beträgt die Entschädigung "in der Regel höchstens" 10 bzw. 3 %, doch haben die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein "angemessenes Entgelt" zu erhalten. Das Bundesgericht hat bereits im Urteil "Leerkassettentarif" in eingehender Auseinandersetzung mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte dargelegt, dass es sich bei den Sätzen von 10 bzw. 3 % in Art. 60 Abs. 2 URG nicht um eine Regelbestimmung, sondern um eine Höchstgrenze handelt, die nur (aber immerhin)

unter der in Absatz 2 (2. Halbsatz) vorgesehenen Voraussetzung überschritten werden darf, d.h. wenn die genannten Prozentsätze nicht zu einem angemessenen Entgelt für die Berechtigten führen (2A.142/1994 vom 24. März 1995 E. 10 und 11, in: SMI 1996 III S. 437 und JdT 1995 I S. 277). Dabei hat es selber auf die gesetzliche Relation von 10:3 zwischen Urheber- und verwandten Rechten abgestellt (E. 10e). Es besteht kein Anspruch darauf, dass die 10%- bzw. 3%-Grenze in jedem Tarif ausgeschöpft wird (E. 10b und c sowie 11e; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 18 zu Art. 60 URG; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N. 17 zu Art. 60 URG; FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit d'auteur, 1999, S. 487; GOVONI/STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: SIWR Bd. II/1, von Büren/David [Hrsg.], 2. Aufl. 2006, S. 409 ff., 499 f.).

6.5 Als entscheidend erweist sich unter diesen Umständen, was als "angemessen" zu gelten hat. Art. 60 Abs. 1 URG enthält dazu einige Kriterien, doch ergeben sich daraus keine konkreten Prozentsätze. Der Begriff der angemessenen Entschädigung kann unterschiedlich interpretiert werden: Er kann als Gegensatz zu einer "vollen" Entschädigung zu verstehen sein (vgl. z.B. BGE 139 IV 261 E. 2.2 zu Art. 135 StPO; BGE 137 III 185 E. 5 zu Art. 122 ZPO; BGE 129 II 154 E. 3.4.2 zu Art. 124 BV; siehe zur Bedeutung für die Urheberrechtsentschädigungen MARBACH/RIVA, Zur sogenannten 10%-Regel im Urheberrecht, in: Die Verwertung von Urheberrechten in Europa, Reto M. Hilty [Hrsg.], 1995, S. 59 ff., 70 ff.). Er kann aber auch im Sinne eines "pretium iustum" ausgelegt werden, d.h. als eine Entschädigung, die ein angemessenes Einkommen erlaubt. Bei dieser Vorgabe könnte berücksichtigt werden, dass die Urhebertätigkeit in der Regel ausschliesslich durch Urheberrechtsvergütungen entschädigt wird, während Interpreten und Tonträgerhersteller daneben oft über weitere Einnahmenquellen verfügen. Schliesslich kann die angemessene Vergütung verstanden werden als das Entgelt, das unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt erzielt werden könnte (so bereits das Urteil des Bundesgerichts A.313/1984 etc. vom 7. März 1986 E. 7b; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N. 5 zu Art. 60 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 493; REHBINDER/VIGANO, a.a.O., N. 8 zu Art. 24c URG; VINCENT SALVADÉ, Tarifs de droits d'auteur: contrôle des abus ou abus de contrôle?, Medialex 2003 S. 93 ff., 101). Allerdings ist das Abstellen auf einen tatsächlichen Marktpreis kaum möglich, da aufgrund der obligatorischen kollektiven Verwertung ein Markt, der zu Vergleichszwecken herangezogen werden könnte, eben gerade

nicht besteht (zit. Urteil vom 7. März 1986 E. 8a; Urteil A.565/1986 vom 11. Mai 1988 E. 6a, in: SMI 1989 I S. 80; MARBACH/RIVA, a.a.O., S. 72 f.; MONIKA STÖHR, Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, 2007, S. 143). Bei einer fiktiven Marktsimulation wäre zu berücksichtigen, dass das System der kollektiven Verwertung den praktischen Schwierigkeiten Rechnung trägt, mit denen das Erfassen von Massennutzungen urheberrechtlich geschützter Werke verbunden ist: Da sich diese Nutzungen der Kontrolle des Urhebers weitestgehend entziehen, wäre für ihn eine individuelle Geltendmachung kaum oder nur schwer möglich (BGE 125 III 141 E. 4a S. 143; vgl. auch RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, S. 335 f., 339; MANFRED REHBINDER, Urheberrecht, 16. Aufl. 2010, S. 281, 341 f.; VINCENT SALVADÉ, Les droits à rémunération instaurés par la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, sic! 5/1997 S. 448 ff., 451). Die Alternative zum tarifmässigen Entgelt der kollektiven Verwertung wäre für den Rechteinhaber im praktischen Ergebnis somit oft nicht ein höheres, individuell ausgehandeltes Entgelt, sondern eine geringere oder gar keine Vergütung. Das Ermitteln eines fiktiven Wettbewerbspreises erscheint damit eher hypothetisch. Das von der Beschwerdeführerin propagierte Abstellen auf Preise auf Vergleichsmärkten wiederum wirft seinerseits die Frage auf, welche Märkte zum Vergleich herangezogen werden sollen und inwiefern die massgeblichen Verhältnisse dort tatsächlich als vergleichbar gelten können.

6.6 In Anbetracht all dieser Unvollkommenheiten kann es dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, den Begriff der Angemessenheit aufgrund einer politischen Wertung gesetzlich zu konkretisieren und dabei auch den Leistungsschutzrechten einen anderen Wert beizumessen als den Urheberrechten. Die gesetzliche 10:3-Relation bewegt sich im Rahmen der grossen Bandbreite der völkerrechtlichen Vorgabe (vgl. oben E. 6.3) und ist für das Bundesgericht verbindlich (Art. 190 BV). Das Gesetz selber sieht zwar ausdrücklich die Möglichkeit einer Abweichung von den Regelhöchstsätzen vor; ebenso kann im Einzelfall die Relation von 10:3 durchbrochen werden, wenn besondere Gründe hierfür sprechen. Eine Auslegung, die zur Folge hat, dass generell von dieser Relation abgewichen wird, wäre indessen nicht mehr gesetzeskonform, ohne mit Blick auf den grossen Beurteilungsspielraum in Art. 15 Abs. 1 WPPT völkerrechtlich geboten zu sein.

7. Bei Berücksichtigung dieser Zusammenhänge erscheint die Beurteilung der Vorinstanzen hinsichtlich der geforderten Ergänzung des GT S (2011-2013) nicht bundesrechtswidrig:

7.1 Unbegründet ist namentlich die Rüge, das Bundesverwaltungsgericht habe die Intensität des Zusammenhangs zwischen Einnahmengenerierung und Nutzung der tariflichen Leistungen nicht hinreichend gewürdigt. Der genehmigte Tarif berücksichtigt mit der Abstufung gemäss Ziffer 13 ohne weiteres die Kriterien gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. b und c URG. Mit dem Hinweis auf einen Unterschied zwischen werbefinanzierten und mitgliederbeitragsfinanzierten Radiosendern beanstandet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, dass der Tarif einen Werbeakquisitionskostenabzug vorsieht. Mit Recht hat die ESchK festgestellt, dass dieser Abzug allenfalls in einer künftigen Tarifversion generell diskutiert werden könne, es aber im Lichte der gesetzlichen Regelung, namentlich der 10:3-Relation, nicht gerechtfertigt erscheine, diesen Abzug nur für die Leistungsschutzrechte (nicht aber für die Urheberrechte) mit einem besonderen Zuschlag zu kompensieren. Der Antrag der Beschwerdeführerin läuft darauf hinaus, für die hier umstrittenen Nutzungen diese Relation generell in Frage zu stellen und ist mit den gesetzlichen Vorgaben deshalb nicht vereinbar (vgl. oben E. 6.6).

7.2 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf nicht regulierte Märkte - und zwar einerseits auf den Online-Markt und andererseits auf die Situation vor der Unterstellung des Vervielfältigungsrechts unter die kollektive Verwertung (Revision des URG vom 5. Oktober 2007, in Kraft ab 1. Juli 2008). In Bezug auf den Online-Markt ist jedoch nicht dargetan, dass es sich dabei tatsächlich um einen vergleichbaren Markt handelt, so dass die dort allenfalls erzielten Abgeltungen beim derzeitigen Kenntnisstand nicht ausschlaggebend sind. Bezüglich der Situation vor dem 1. Juli 2008 beruft sich die Beschwerdeführerin auf eine Aussage im angefochtenen Urteil, wonach die ESchK in ihrer Vernehmlassung darauf verweise, dass Leistungsschutzrechte im früheren, unregulierten schweizerischen Sendemarkt höher entschädigt worden seien. Daraus ergibt sich aber nicht, ob und in welchem Umfang bzw. unter welchen Rahmenbedingungen für die hier strittigen Nutzungen höhere Preise resultiert haben. Eine Unangemessenheit des GT S (2011-2013) in der genehmigten Fassung ist damit wiederum nicht rechtsgenügend dargetan.

7.3 Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, der Vergleich mit dem Ausland sei zu wenig berücksichtigt worden. Da die

Abgeltung - konventionsrechtlich vorgeschrieben - dem wirtschaftlichen Wert entsprechen soll, sei schwer verständlich, weshalb die Entgelte in anderen Ländern bis zum Doppelten der in der Schweiz bezahlten betrügen.

7.3.1 Wie ausgeführt (oben E. 6.3) ist Art. 15 Abs. 1 WPPT offen formuliert und legt keine bestimmte Methode für die Beurteilung der Angemessenheit fest. Es ist daher denkbar, dass unterschiedliche nationale Gesetzgebungen den Begriff der Angemessenheit abweichend voneinander konkretisieren. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Vergleiche mit ausländischen Tarifen zwar zulässig und sinnvoll; sie haben aber bloss eine beschränkte Aussagekraft, da die nationalen Gesetzgebungen unterschiedliche Kriterien vorgeben und auch die tatsächlichen Umstände differieren können (vgl. E. 8.6.4 des angefochtenen Urteils); vor dem Hintergrund der Schwierigkeit, das angemessene Entgelt zu bestimmen, erscheint der Vergleich mit ausländischen Tarifen dennoch als eines der wenigen greifbaren und berechenbaren Kriterien, vorausgesetzt er wird in einer Weise durchgeführt, die den massgebenden Unterschieden Rechnung trägt (zit. Urteil 2A.142/1994 E. 11c-e; vgl. auch DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, S. 78 Rz. 168).

7.3.2 Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Daten zum Auslandsvergleich eingehend gewürdigt. Sie hat berücksichtigt, dass gemäss der von ihr vorgelegten Studie in den meisten (aber nicht allen) europäischen Ländern die Vergütungen für Leistungsschutzrechte höher sind als gemäss dem hier zur Diskussion stehenden Tarif. Sie hat festgehalten, dass es aufgrund der vielen Parameter indessen schwierig erscheine, festzustellen, ob und inwiefern die Zahlen untereinander verglichen werden könnten. Diese Einschätzung ist nicht offensichtlich unrichtig und für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass tendenziell und durchschnittlich die in EU- und EWR-Ländern bezahlten Vergütungen höher sind als diejenigen in der Schweiz, kann angesichts der völkerrechtlich zulässigen gesetzlichen Regelung von Art. 60 Abs. 2 URG (vgl. oben E. 6.6), des fachlichen Ermessens der ESchK (nicht publ. E. 2.2) und der ungenügenden Datengrundlage der GT S (2011-2013) in der vorliegend genehmigten Form nicht als rechtswidrig bezeichnet werden.