

Urteilstkopf

140 II 483

43. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Swissperform, Schweizerische Gesellschaft für Leistungsschutzrechte gegen Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, SRG SSR und Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014

Regeste (de):

Art. 35, 46 und 59 URG; Angemessenheit des Tarifentwurfs A Radio 2013-2016; Bedeutung der Genehmigung durch die Eidgenössische Schiedskommission (ESchK).

Ein von der ESchK genehmigter Tarif schafft nicht in dem Sinne zivilrechtliche Verbindlichkeit, dass eine darin enthaltene Regelung zwangsläufig rechtens ist. Die Prüfung materiellrechtlicher Fragen durch die ESchK erfolgt nur vorfrageweise (E. 5).

Ist zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden umstritten, ob bestimmte Nutzungshandlungen nach Gesetz vergütungspflichtig sind oder nicht, hat die ESchK im Verfahren der Tariffestsetzung (Art. 46 bzw. 59 URG) über diese materiellrechtliche Frage zu entscheiden. Die Tarife der Verwertungsgesellschaften unterliegen somit einer doppelten und komplementären Kontrolle durch die ESchK und die Zivilgerichte (E. 6).

Regeste (fr):

Art. 35, 46 et 59 LDA; équité du projet de tarif A radio 2013-2016; portée de l'approbation par la Commission arbitrale fédérale (CAF).

Un tarif approuvé par la CAF n'est pas contraignant d'un point de vue civil, en ce sens que la réglementation prévue serait forcément conforme au droit. L'examen des questions matérielles par la CAF n'intervient qu'à titre préjudiciel (consid. 5).

S'il existe un désaccord entre les sociétés de gestion et les associations d'utilisateurs quant à la question de savoir si certains actes d'utilisation sont de par la loi soumis à rémunération ou non, la CAF est tenue de statuer sur cette question matérielle dans la procédure d'établissement des tarifs (art. 46 resp. 59 LDA). Les tarifs des sociétés de gestion sont ainsi soumis à un contrôle double et complémentaire, par la CAF et les tribunaux civils (consid. 6).

Regesto (it):

Art. 35, 46 e 59 LDA; adeguatezza del progetto di tariffa A radio 2013-2016; portata dell'approvazione da parte della Commissione arbitrale federale (CAF).

L'approvazione di una tariffa da parte della CAF non comporta, dal punto di vista civilistico, il riconoscimento vincolante del fatto che la regolamentazione in essa contenuta è conforme al diritto. L'esame di questioni di diritto materiale da parte della CAF interviene solo a titolo pregiudiziale (consid. 5).

Se esiste un disaccordo tra società di gestione e associazioni che rappresentano gli utenti in merito alla questione a sapere se, per legge, determinate attività di utilizzazione sottostanno a compenso, la CAF è tenuta a statuire su questo aspetto di carattere materiale nell'ambito della procedura di fissazione delle tariffe (art. 46 risp. 59 LDA). Le tariffe delle società di gestione sono così sottoposte a un controllo doppio e complementare, da parte della CAF e dei tribunali civili (consid. 6).

BGE 140 II 483 S. 484

A.

A.a Am 31. Dezember 2012 lief die Gültigkeitsdauer des Tarifs A Radio (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Radio) ab; diesen Tarif hatte die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) am 6. Oktober 2009 gestützt auf eine einvernehmliche Tarifeingabe der Tarifparteien genehmigt. Im Rahmen der Verhandlungen zum Folgetarif waren demgegenüber Rechtsfragen betreffend das geschützte Repertoire und das Meldewesen umstritten.

A.b Am 18. Juni 2012 legte Swissperform der ESchK einen Tarifentwurf Tarif A Radio 2013-2016 vor. Dieser bezieht sich gemäss seiner Ziff. 2 auf die folgenden Rechte: "- die Verwendung von durch verwandte Schutzrechte geschützten im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken im Radio nach Art. 35 Abs. 1 URG. Zu den Sendezwecken gehört auch die Verbreitung von Radiosendungen im Internet. - die Vervielfältigung von auf im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern festgehaltenen Darbietungen und Aufnahmen nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken im Radio im Sinne von Art. 24b URG. - das Recht, in Radiosendungen enthaltene Darbietungen und Aufnahmen nicht theatralischer Musik in Verbindung mit ihrer Sendung an private Kunden auf dem Gebiet der Schweiz nach dem Zeitpunkt der Sendung zugänglich zu machen und die dazu notwendigen Vervielfältigungen vorzunehmen im Sinne von Art. 22c Abs. 1 lit. a-c URG. Ein entsprechendes Angebot an Adressaten ausserhalb des Staatsgebietes der Schweiz ist von der tariflichen Erlaubnis nicht gedeckt und bedarf der zusätzlichen ausdrücklichen Erlaubnis der Rechteinhaber."

BGE 140 II 483 S. 485

Die Vergütung wird für jedes Programm getrennt erhoben und beträgt 3,33 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit (Ziff. 7). Weiter enthielt der Tarifentwurf u.a. folgende Bestimmungen: "Ziff. 8

Als geschützt gilt eine Aufnahme, wenn ihre Sendung zu einer Vergütungspflicht nach Art. 35 Abs. 4 URG und/oder auf Grund eines für das Gebiet der Schweiz verbindlichen Staatsvertrages führt. Als geschützt gelten insbesondere Aufnahmen, die eines oder mehrere der folgenden Kriterien erfüllen: - auf der Aufnahme ist die künstlerische Darbietung eine(s/r) oder mehrerer ausübende Künstler(s/innen) festgehalten, dessen/deren gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz ist und/oder dessen/deren Heimatland schweizerischen Ausübenden einen entsprechenden Schutz gewährt. - Hersteller oder Mithersteller ist eine Person oder ein Unternehmen deren/dessen Heimatland bzw. Sitzstaat schweizerischen Produzenten und/oder Ausübenden einen entsprechenden Schutz gewährt. - die Aufnahme wurde zuerst oder gleichzeitig in einem anderen Mitgliedland des WPPT veröffentlicht, das dieses Abkommen ohne Vorbehalt zu Art. 15 WPPT ratifiziert hat, welcher eine Vergütungspflicht oder ein exklusives Recht an der Sendung im Handel erhältlicher Tonträger zugunsten schweizerischer Berechtigter ausschliesst. Ziff. 10

Wird ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet und ist eine Aufnahme nur bezüglich einzelner Verbreitungsvektoren geschützt, so wird der Vergütungssatz für diese Aufnahme im Verhältnis der Kosten dieses Verbreitungsvektors zu den Gesamtverbreitungskosten gekürzt." Die SRG beantragte - soweit hier noch streitig - die Streichung der Ziff. 8 und 10 des Tarifs.

B. Mit Beschluss vom 29. Oktober 2012 genehmigte die ESchK den Tarif A Radio (Swissperform) [2013-2016] mit folgendem Dispositiv: "1. Der Tarif A Radio [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Radio] der Verwertungsgesellschaft Swissperform wird in der Fassung vom 18. Juni 2012 mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 mit den folgenden Änderungen genehmigt: 1.1. Ziff. 8 wird gestrichen.

1.2. Ziff. 10 wird gestrichen.

[...]

2.-4. [Kosten, Rechtsmittelbelehrung und Eröffnung]."

BGE 140 II 483 S. 486

C. Swissperform erhob gegen den Beschluss der ESchK Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, der Tarif sei in der Fassung vom 18. Juni 2012 ohne Änderungen zu genehmigen; eventuell sei der Tarif zur Genehmigung an die ESchK zurückzuweisen. Mit Urteil vom 28. November 2013 wies das Bundesverwaltungsgericht die

Beschwerde ab.

D. Mit Eingabe vom 18. Januar 2014 erhebt Swissperform Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Sie beantragt, das angefochtene Urteil und die Ziff. 1.1 und 1.2 des Beschlusses der ESchK vom 29. November (recte: Oktober) 2012 seien aufzuheben und der Tarif sei mit der ursprünglich eingegebenen Fassung von Ziff. 8 und 10 zu genehmigen. Eventualiter sei die Sache zur Neuentscheidung an die ESchK, subeventualiter an die Vorinstanz zurückzuweisen. (...) Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2013 auf und weist die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die ESchK zurück. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die ESchK hat erwogen, sie müsse gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen der Tarifgenehmigung jeweils prüfen, ob eine bestimmte Nutzung Rechte oder Vergütungsansprüche betreffe, deren Wahrnehmung nach Art. 40 URG (SR 231.1) unter die Bundesaufsicht und damit unter die Tarifpflicht falle. Sie habe ferner Rechtsfragen, die sich mittelbar auf die Angemessenheit einer tariflich vorgesehenen Entschädigung auswirken, vorfrageweise im Genehmigungsverfahren zu klären. In casu sei nicht umstritten, dass die vom Tarif erfasste Verwendung Rechte und Vergütungsansprüche betreffe, deren Verwertung der Bundesaufsicht unterstellt sei. Es stelle sich vielmehr die Frage, ob der Tarif auf das US-Repertoire anzuwenden sei, was davon abhängе, ob dieses Repertoire in der Schweiz nachbarrechtlich geschützt sei. Diese Rechtsfrage berühre weder die Rechtsgrundlage des Tarifs noch dessen Angemessenheit und sei deshalb nicht im Rahmen des Tarifgenehmigungsverfahrens zu beantworten. Mit Ziff. 8 Abs. 1 Lemma 1 und 2 sollten offenbar unbestrittene Sachverhalte geregelt werden, was nicht im Tarif festgehalten werden müsse, da damit nur rechtliche Bestimmungen

BGE 140 II 483 S. 487

konkretisiert würden. Mit Lemma 3 solle eine Vorfrage geregelt werden, welche die ESchK nicht überprüfen müsse. Auch bei Ziff. 10 gehe es um eine Rechtsfrage, welche nicht im Rahmen der Tarifprüfung, sondern der Tarifier Anwendung zu prüfen sei. Grundsätzlich gelange hier ebenfalls der Vergütungssatz von 3,33 % zur Anwendung; sinke der Anteil der geschützten Aufnahmen, wenn ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet werde, so sei der entsprechende Reduktionsfaktor auch ohne spezielle Regelung zu berücksichtigen. Das ergebe sich bereits aus Ziff. 7 des Tarifs. Deshalb seien die Ziff. 8 und 10 zu streichen.

2.2 Auch das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung, materiellrechtliche Fragen über den urheberrechtlichen Schutz seien vom Zivilrichter zu entscheiden und im verwaltungsrechtlichen Verfahren nur vorfrageweise zu prüfen, wenn dies zur Prüfung der Angemessenheit des Tarifs erforderlich sei. Gemäss Praxis der ESchK sei bei Sendetarifen mit einem linearen Prozenttarif die Rechtsfrage, inwieweit die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken vergütungspflichtig sei, keine zur Angemessenheitsprüfung notwendige Vorfrage. Lemma 1 und 2 von Ziff. 8 seien inhaltlich unbestritten. Die ESchK sei nicht verpflichtet, solche Bestimmungen zu genehmigen. Lemma 3 betreffe eine zivilrechtliche Vorfrage, deren Beantwortung in der Zuständigkeit der Zivilgerichte liege. Ausserdem erscheine diese Ziffer eher als eine Frage der Auslegung oder Anwendung des Tarifs als eine Frage der Tariffestsetzung. Schliesslich seien Bestimmungen zum Gegenstand des Tarifs nicht unter dem Titel "Vergütung" aufgestellt worden. Die Streichung von Ziff. 8 erscheine daher als zulässig. Auch bei Ziff. 10 stehe eine Vorfrage zum materiellen Urheberrecht bzw. zur effektiven Nutzung im Zentrum. Die Vorfrage berühre nicht die Angemessenheit des Tarifs; vielmehr verlange die Beschwerdeführerin eine Berechnungsmethode für den Fall, dass sie mit ihrer Rechtsauffassung hinsichtlich des Schutzes des US-Repertoires durchdringen könne, was zur Zeit unsicher sei. Die ESchK sei nicht verpflichtet, Tarifbestimmungen zu genehmigen, die nur unter gewissen Annahmen überhaupt erst zum Tragen kämen. Es könne offengelassen werden, ob die Berechnung der Vergütung bei mehreren Verbreitungsvektoren gestützt auf die Ziff. 7 und 10 zu unterschiedlichen Ergebnissen führten; immerhin sei mit der ESchK davon auszugehen, dass auch eine Berechnung aufgrund der Ziff. 7 des Tarifs bei mehreren Verbreitungsvektoren möglich wäre. Deshalb sei die Ziff. 10

BGE 140 II 483 S. 488

zum aktuellen Zeitpunkt der unsicheren Rechtslage insbesondere in Bezug auf das sogenannte US-Repertoire entbehrlich. Die Streichung sei daher zulässig. (...)

4.

4.1 In rechtlicher Hinsicht erblickt die Beschwerdeführerin in der Streichung der beiden Ziffern eine Verletzung der Tarifpflicht und der Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften (Art. 46 URG) sowie eine Verletzung der Bestimmungen über die Tarifgenehmigung (Art. 59 URG). Ziff. 8 Lemma 1 und 2 dienen, auch wenn sie zwischen den Parteien unbestritten seien, der Klarheit, da sie die gesetzliche Umschreibung klären und auf nicht ohne Weiteres auffindbare Bestimmungen der einschlägigen internationalen Abkommen hinweisen. Eine solche Klarstellung sei sinnvoll für die Nutzer und die Öffentlichkeit, namentlich auch ausländische Schwestergesellschaften. Lemma 3 regle eine inhaltlich zwischen den Parteien umstrittene Tarifierungsfrage, welche im Tarif geregelt werden müsse. Sie betreffe jährlich Zehntausende von Einzeltiteln und die Beschwerdeführerin habe ein wesentliches Interesse daran, die Frage auf dem einfachen verwaltungsrechtlichen Rechtsweg zu klären, anstatt aufwendige Zivilprozesse führen zu müssen, zumal nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch zivilrechtliche Feststellungsklagen nicht zulässig seien. Die Weigerung der Vorinstanzen, diese Frage zu klären, verletze auch Art. 30 und 35 BV. Dasselbe gelte für die Streichung von Ziff. 10; entgegen der Auffassung der Vorinstanz enthalte Ziff. 7 des Tarifs für den in Ziff. 10 geregelten Fall keine Bemessungsregel. Das Fehlen einer solchen Regel im Tarif würde eine zivilrechtliche Durchsetzung der Ansprüche verunmöglichen.

4.2 Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Lemmata 1 und 2 von Ziff. 8 würden auch ohne explizite Erwähnung im Tarif problemlos umgesetzt, so dass ihre Aufnahme in den Tarif nicht notwendig sei. Lemma 3 betreffe keine Frage, die zur Prüfung der Angemessenheit des Tarifs notwendig sei; die umstrittene Frage sei auf dem zivilrechtlichen Weg zu klären. Auch Ziff. 10 betreffe nicht die Tarifierung, sondern die Anwendung, was nicht im verwaltungsrechtlichen Verfahren zu klären sei. Die Frage sei ohne weiteres zivilrechtlich klärbar.

4.3 Streitig ist somit in erster Linie, ob umstrittene zivilrechtliche Fragen im Verfahren der Tarifgenehmigung zu prüfen und zu
BGE 140 II 483 S. 489

entscheiden sind, bzw. wie sich das zivil- und das verwaltungsrechtliche Verfahren zueinander verhalten.

5.

5.1 Der hier streitige Tarif betrifft die Verwertung der in Art. 22c Abs. 1, Art. 24b und Art. 35 Abs. 1 URG geschützten Rechte. Diese Rechte können nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (Art. 22c Abs. 1, Art. 24b Abs. 1 und Art. 35 Abs. 3 URG). Die Geltendmachung der Rechte unterliegt der Bundesaufsicht (Art. 40 Abs. 1 lit. abis und b URG). Die Verwertungsgesellschaften sind verpflichtet, die zu ihrem Tätigkeitsgebiet gehörenden Rechte wahrzunehmen (Art. 44 URG). Sie 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). Bei der Festlegung der Entschädigung sind nach Art. 60 Abs. 1 URG zu berücksichtigen: der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand (lit. a); die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (lit. b); das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträgern oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen (lit. c). Rechtskräftig genehmigte Tarife sind für die Gerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG).

5.2 Art. 59 Abs. 3 URG dient der Rechtssicherheit: Er soll verhindern, dass ein von der Schiedskommission - und gegebenenfalls auf Beschwerde hin vom Bundesverwaltungsgericht bzw. vom Bundesgericht - gutgeheissener Tarif in einem Forderungsprozess gegen einen zahlungsunwilligen Werknutzer erneut in Frage gestellt werden kann. Den Zivilgerichten ist es daher verwehrt, einen rechtskräftig genehmigten Tarif erneut auf seine Angemessenheit hin zu prüfen; sie sind an das Ergebnis des Genehmigungsverfahrens gebunden. Der Tarif kann aber keine Vergütungen vorsehen für Nutzungen, die urheberrechtlich gar nicht geschützt sind. Auch die Genehmigung eines Tarifs durch die ESchK kann nicht Vergütungsansprüche schaffen, die mit zwingenden gesetzlichen Vorschriften unvereinbar sind. Im

BGE 140 II 483 S. 490

Streitfall bleiben demnach die Zivilgerichte befugt und verpflichtet, darüber zu wachen, dass aus den Tarifen im Einzelfall keine gesetzwidrigen Vergütungsansprüche abgeleitet werden (BGE 135 II 172 E. 2.3 S. 177 ff.; BGE 125 III 141 E. 4a S. 144 f.; vgl. auch BGE 127 III 26 E. 4 S. 28; Urteil 4A_482/2013 vom 19. März 2014 E. 2.2.1). Hingegen kann nicht im Zivilverfahren der Vorwurf erhoben werden, der rechtskräftige Tarif sei unangemessen bzw. die gemäss Tarif geschuldete Vergütung sei unangemessen (Urteil 4A_482/2013 vom 19. März 2014 E. 2.2.2). Die Anwendung und Auslegung des genehmigten Tarifs im Einzelfall ist wiederum Rechtsfrage, die von den Zivilgerichten zu prüfen ist (Urteil 4A_482/2013 vom 19. März 2014 E. 2.2.3; vgl. BGE 133 III 568 E. 5 S. 577; Urteil 4A_418/2007 vom 13. Dezember 2007 E. 8).

5.3 Daraus ergibt sich, dass ein genehmigter Tarif nicht in dem Sinne zivilrechtliche Verbindlichkeit schafft, dass eine darin enthaltene Regelung zwangsläufig rechtens ist. Die Prüfung materiellrechtlicher Fragen durch die ESchK erfolgt nur vorfrageweise (BGE 135 II 172 E. 2.3.2 S. 179; Urteil 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 3b/bb, in: sic! 1/1998 S. 33; DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, S. 123 f.). Hingegen stellt sich hier umgekehrt die Frage, ob ein Tarif zivilrechtlich umstrittene Vorfragen überhaupt beantworten soll oder muss.

6.

6.1 Die ESchK und die Vorinstanz gehen davon aus, dass im Tarifgenehmigungsverfahren nur diejenigen materiellen Rechtsfragen (vorfrageweise) zu prüfen sind, die sich mittelbar auf die Angemessenheit einer tariflich vorgesehenen Entschädigung auswirken.

6.2 Im Urteil 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997 (in: sic! 1/1998 S. 33; Gemeinsamer Tarif S [Radio- und Fernsehprogramm mit Ausnahme der SRG]) hatten die Nutzer kritisiert, die Schiedskommission habe bei der Genehmigung des Tarifs zu Unrecht nicht präzisiert, ob die Herstellung sogenannter "ephemerer" Aufnahmen ebenfalls unter Art. 35 URG falle und damit vom Tarif erfasst werde. Es sei im Genehmigungsverfahren zu klären, wie Art. 35 URG zu verstehen sei. Das Bundesgericht bejahte dies mit folgender Begründung (E. 3b/bb): "Der Tarif S regelt unter anderem den Vergütungsanspruch bezüglich der verwandten Schutzrechte bei der Verwendung von Ton- und Tonbildträgern zum Zwecke der Sendung (Art. 35 Abs. 1 URG). Gemäss Art. 33 Abs. 2 lit. c URG haben die ausübenden Künstler an sich das ausschliessliche Recht, ihre Darbietung auf Ton- und Tonbild- oder Datenträger BGE 140 II 483 S. 491

aufzunehmen und solche Aufnahmen zu vervielfältigen. Ebenso sind die Hersteller der Ton- und Tonbildträger gegen Vervielfältigungen geschützt (Art. 36 URG). Unter diesen Umständen muss zur Beurteilung der Angemessenheit des Tarifs aber geklärt werden, ob diese Schutzrechte bei ephemeren Aufnahmen zusätzlich geltend gemacht werden können oder in Art. 35 URG aufgehen. Auch wenn sich die tariflichen Ansprüche grundsätzlich nach den Einnahmen der Sender bemessen (vgl. Art. 60 Abs. 1 URG) und damit nicht unmittelbar davon abhängen, ob von den Ton- und Tonbildträgern zu Sende Zwecken auch noch ephemere Aufnahmen erstellt werden, hat die Schiedskommission die entsprechende Frage doch zu prüfen. Bei der Festlegung der Entschädigung sind allfällige weitere Leistungen des Pflichtigen zu berücksichtigen (vgl. Art. 60 Abs. 1 lit. c URG); hierzu gehören auch solche, welche die Tarifunterworfenen allenfalls gestützt auf Art. 33 Abs. 2 lit. c bzw. Art. 36 URG für ephemere Aufnahmen zusätzlich zu erbringen hätten. Im angefochtenen Entscheid wurde deshalb zu Unrecht auf die Problematik nicht weiter eingegangen. Die Frage nach dem Verhältnis von Art. 35 URG zu den Ausschliesslichkeitsrechten der ausübenden Künstler und der Hersteller wirkt sich zumindest mittelbar auf die Angemessenheit der tariflich vorgesehenen Entschädigung aus und ist deshalb - im Interesse der Rechtssicherheit - von Bundesrechts wegen bereits im Genehmigungsentscheid zu klären (vgl. unveröffentlichtes Urteil vom 10. Mai 1995 i.S. Schweizerischer Bühnenverband c. SUISA, E. 3c), auch wenn im Streitfall letztlich die ordentlichen Gerichte darüber zu entscheiden hätten."

Weiter führte das Bundesgericht aus, die ESchK sei bei der Festlegung des für die Beurteilung der Angemessenheit zu berücksichtigenden Verhältnisses geschützter zu ungeschützten Leistungen (Art. 60 Abs. 1 lit. c URG) von einer unzutreffenden Rechtsauffassung ausgegangen (zit. Urteil 2A.539/1996, E. 5). Das Bundesgericht wies daher die Sache an die ESchK zurück, damit diese prüfe, ob Art. 35 Abs. 1 URG auch ephemere Aufnahmen zu Sende Zwecken umfasse und wie bei zutreffender Rechtsauffassung das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken sei. In der Folge prüfte die ESchK diese Fragen, was erneut zu einem Verfahren vor Bundesgericht führte, in welchem das Bundesgericht ausführlich prüfte, ob ephemere Aufnahmen unter Art. 35 URG fallen (Urteil 2A.256/1998 vom 2. Februar 1999 E. 3, in: sic! 3/1999 S. 255). Das Bundesgericht ging somit davon aus, dass Rechtsfragen geklärt werden müssen, die sich auf den Geltungsbereich des Tarifs

auswirken (zit. Urteil 2A.256/1998 vom 2. Februar 1999, E. 4c in fine). Nach den Urteilen 2A.180/1994 vom 10. Mai 1995 und 2A.288/2002 vom 24. März 2003 hat sodann die ESchK im Rahmen der Tarifgenehmigung aus Gründen der Rechtsklarheit abzuklären, welche Teile BGE 140 II 483 S. 492

des Tarifs der Bundesaufsicht unterliegen; zu diesem Zweck muss vorfrageweise geprüft werden, wie weit der Schutzzumfang geht.

6.3 Die Vorinstanzen schliessen aus diesen Entscheiden, dass umgekehrt eine vorfrageweise Prüfung materiellrechtlicher Fragen im Tarifverfahren nicht zu erfolgen habe, soweit die Bundesaufsicht nicht umstritten und der Tarif linear sei, so dass sich die Frage nach dem Umfang der geschützten Rechte nicht auf die Angemessenheit des Tarifs auswirke. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Auffassung zutrifft.

6.4 Die durch das URG geschützten Rechte sind zivilrechtlicher Natur. Das Gesetz sieht denn auch einen zivilrechtlichen Rechtsschutz vor: Wer ein rechtliches Interesse nachweist, kann gerichtlich feststellen lassen, ob ein Recht oder Rechtsverhältnis nach dem URG vorhanden ist oder fehlt (Art. 61 URG). Wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet ist, hat zudem eine Leistungsklage auf Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz oder Genugtuung (Art. 62 URG). Auch die Ansprüche aus verwandten Schutzrechten können zivilprozessual durchgesetzt werden (vgl. z.B. BGE 129 III 715). Soweit die Rechte nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können (vgl. E. 5.1 hiervor), wird aber die individuelle Ausübung der Ansprüche durch die kollektive Wahrnehmung seitens der Verwertungsgesellschaften ersetzt (BGE 133 III 568 E. 4.3 S. 573 f. mit Hinweisen). Diese haben eine gesetzliche Prozessstandschaft (BGE 133 III 473 E. 2.1 S. 476 f., BGE 133 III 568 E. 5.1 S. 577; BARRELET/EGLOFF/KÜNZI, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, N. 2a zu Art. 62 URG). Sie können Zivilklage erheben gegen Personen, welche die von diesen Gesellschaften verwerteten Rechte verletzen (vgl. die Urteile 4C.401/2004 vom 9. März 2005 und 4C.28/2002 vom 6. Mai 2002). Soweit - wie in den hier interessierenden Fällen - die urheberrechtlichen Verbotsansprüche durch einen Vergütungsanspruch ersetzt werden (BGE 133 III 568 E. 5.6 S. 579), können sie die Vergütungen auf dem zivilrechtlichen Klageweg durchsetzen. Indessen enthalten die im Gesetz vorgesehenen zivilrechtlichen Klagerechte (Art. 61 ff. URG) nicht unmittelbar eine Rechtsgrundlage für entsprechende Forderungsklagen. Die Vergütungsforderungen stützen sich vielmehr auf den Tarif (BGE 125 III 141 E. 4a S. 143 ff.; BGE 133 III 473 E. 2.2 und E. 7, BGE 133 III 568 E. 5.6 S. 579; Urteil 4A_418/2007 vom 13. Dezember 2007 E. 2 und 3; vgl. auch Urteil 2C_598/2012 vom 21. November 2012 E. 2.1). Daraus folgt, dass die Verwertungsgesellschaften Entschädigungen für die BGE 140 II 483 S. 493

Inanspruchnahme der unter Bundesaufsicht stehenden Rechte nur geltend machen können, soweit ein genehmigter Tarif besteht (Art. 46 Abs. 1 URG; Urteil 2C_580/2012 vom 13. November 2012 E. 2.2; GOVONI/STEBLER, Verwertung von Urheberrechten: Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: SIWR Bd. II/1, 3. Aufl. 2014, S. 462; BARRELET/EGLOFF/KÜNZI, a.a.O., N. 5, 9 und 10 zu Art. 46 URG). Umgekehrt darf natürlich das Fehlen eines gültigen Tarifs nicht dazu führen, dass gesetzlich vorgesehene Entschädigungen nicht bezahlt werden (BREM/SALVADÉ/WILD, in: Urheberrechtsgesetz [URG], Müller/Oertli [Hrsg.], 2. Aufl. 2012, N. 8 zu Art. 46 URG). Es stellt sich deshalb die Frage, wie vorzugehen ist, wenn zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbänden umstritten ist, ob bestimmte Handlungen nach Gesetz vergütungspflichtig sind oder nicht.

6.5 In Frage käme eine zivilrechtliche Feststellungsklage; bejaht die Ziviljustiz die Vergütungspflicht, könnten alsdann die Verwertungsgesellschaften für die entsprechenden Handlungen Tarife aufstellen. Die heutige Beschwerdeführerin wollte denn auch auf diesem Weg mit Zivilklage (Art. 61 URG) gegen die heutige Beschwerdegegnerin feststellen lassen, ob bestimmte Nutzungshandlungen als nach Art. 35 URG vergütungspflichtige Verwendung von Tonbildträgern gelten. Indessen entschied das Bundesgericht mit Urteil 4C.290/2001 vom 8. November 2002 E. 1.2 (in: sic! 4/2003 S. 323), an einer solchen Feststellungsklage, die den Grundsatz der Vergütungspflicht bestimmter Verwendungsarten betreffe, bestehe kein schutzwürdiges Interesse, da diese Feststellung im Zusammenhang mit der Tarifpflicht im Sinne der Art. 46 ff. URG stehe. Der Verwertungsgesellschaft sei zuzumuten, die grundsätzliche Frage der Vergütungspflicht der umstrittenen Verwendungen im gesetzlich vorgesehenen Verfahren der Tariffestsetzung gemäss Art. 46 URG entscheiden zu lassen.

6.6 In der Folge umschrieb Swissperform im Tarif A Fernsehen für die Jahre 2010-2012, unter welchen Voraussetzungen von Dritten erworbene Tonbildaufnahmen geschützt seien, was die ESchK genehmigte. Auf Beschwerde hin prüfte letztinstanzlich auch das Bundesgericht, ob diese Umschreibung gesetzmässig sei bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Vergütung nach Art. 35

URG geschuldet sei (Urteil 2C_146/2012 vom 20. August 2012 E. 2.3 und 3, in: sic! 1/2013 S. 30). Auch in anderen Fällen haben die ESchK und auf Beschwerde hin das Bundesgericht im Rahmen des Tarifverfahrens
BGE 140 II 483 S. 494

materiellrechtliche Fragen beurteilt, ohne Bezug darauf zu nehmen, ob es um Fragen geht, die mittelbar Einfluss auf die Angemessenheit der Tarife haben. So definierte der gemeinsame Tarif 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten), was für Geräte unter die Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger im Sinne von Art. 20 Abs. 3 (und Art. 38) URG fallen; die ESchK und in der Folge das Bundesgericht prüften, ob Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende Grundlage für den Tarif bzw. die darin bezeichneten Vergütungspflichten abgibt (BGE 133 II 263 E. 7 S. 273 ff.).

6.7 Das Bundesgericht ging in diesen Entscheiden somit davon aus, umstrittene materiellrechtliche Fragen über den Umfang der geschützten Rechte seien im Tarifgenehmigungsverfahren zu klären. Dieses Vorgehen hat Vorteile: Das tarifrechtliche Verfahren erlaubt besser als eine auf den Einzelfall fokussierte Zivilklage eine Gesamtschau (BGE 135 II 172 E. 2.3.4 S. 181). Im Interesse der Rechtssicherheit müssen der Tarif bzw. der Genehmigungsentscheid der ESchK klarstellen, auf welche Rechte sie sich beziehen und zu diesem Zweck auch - soweit erheblich und umstritten - klären, welche Rechte überhaupt bestehen; dass parallel dazu der Zivilweg eingeschlagen werden könnte, ändert nichts an der Prüfungspflicht der ESchK (BGE 135 II 172 E. 2.3.2 S. 179). Insoweit unterliegen die Tarife der Verwertungsgesellschaften einer doppelten und komplementären Kontrolle durch ESchK und Zivilgerichte (BARRELET/EGLOFF/KÜNZI, a.a.O., N. 10 zu Art. 59 URG; VINCENT SALVADÉ, Tarifs de droits d'auteur: contrôle des abus ou abus de contrôle?, Medialex 2003 S. 100; IVAN CHERPILLOD, Medialex 1999 S. 105). Zwar ist der genehmigte Tarif für materiellrechtliche Fragen nicht rechtsverbindlich (vgl. E. 5.2 hiavor), vor allem wenn er bloss unterinstanzlich genehmigt ist. Gelangt die Frage aber im Tarifgenehmigungsverfahren bis vor Bundesgericht, kann dieses die Antwort auf die materiellrechtliche Streitfrage mit der dafür zuständigen I. zivilrechtlichen Abteilung koordinieren und damit eine höchstmögliche Rechtssicherheit schaffen. Dadurch lässt sich auch die Zahl der Zivilprozesse reduzieren.