

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}

2C 53/2014

Urteil vom 9. Oktober 2014

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler,
Bundesrichter Donzallaz,
Bundesrichter Stadelmann,
Bundesrichter Kneubühler,
Gerichtsschreiber Winiger.

Verfahrensbeteiligte
Swissperform, Schweizerische Gesellschaft für Leistungsschutzrechte, Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ernst Brem,

gegen

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft, SRG SSR, Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten.

Gegenstand
Tarif A Radio (Swissperform) 2013-2016,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 28. November 2013.

Sachverhalt:

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 Radio-sendungen 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.

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 Ausübendeneinen 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]”.

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.

Die SRG beantragt Abweisung der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht und die ESchK verzichten auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

1.1. 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 [Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1]) ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG; Urteil 2C 146/2012 vom 20. August 2012 E. 1 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin ist als betroffene Tarifpartei zur Beschwerde legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG).

1.2. Streitgegenstand sind letztinstanzlich nur noch die Ziff. 8 und 10 des Tarifs. Die vor der Vorinstanz ebenfalls noch umstrittenen Ziff. 22 und 24 werden vor Bundesgericht nicht mehr thematisiert.

1.3. Das Bundesgericht prüft die richtige Anwendung von Bundesrecht und Völkerrecht frei und von Amtes wegen (Art. 95 lit. a und b, Art. 106 Abs. 1 BGG). Die Verletzung von Grundrechten prüft es nur auf entsprechende Rüge hin (Art. 106 Abs. 2 BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen oder auf entsprechende Rüge hin berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig (d.h. willkürlich) ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG).

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 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 abhängt, 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 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 Tarifierstellung 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 Sende Zwecken 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 zum aktuellen Zeitpunkt der unsicheren Rechtslage insbesondere in Bezug auf das sogenannte US-Repertoire entbehrlich. Die Streichung sei daher zulässig.

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz: Die vorinstanzliche Aussage, auch eine Berechnung aufgrund der Ziff. 7 des Tarifs bei mehreren Verbreitungsvektoren wäre möglich, widerspreche dem klaren Wortlaut der Tarifbestimmungen gemäss Ziff. 7 und 17.

3.2. Dabei geht es aber - wie die Beschwerdeführerin in ihrer Eventualbegründung denn auch ausführt - nicht um eine Sachverhaltsfeststellung, sondern um eine Frage der Auslegung des Tarifs, mithin um eine Rechtsfrage (vgl. E. 9.3 hiernach).

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 dienten, auch wenn sie zwischen den Parteien unbestritten seien, der Klarheit, da sie die gesetzliche Umschreibung klärten und auf nicht ohne Weiteres auffindbare Bestimmungen der einschlägigen internationalen Abkommen hinwiesen. Eine solche Klarstellung sei sinnvoll für die Nutzer und die Öffentlichkeit, namentlich auch ausländische Schwestergesellschaften. Lemma 3 regle eine inhaltlich zwischen den Parteien umstrittene Tarifierfassungsfrage, 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 Tarifbemessung, 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 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. a bis 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 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.; 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! 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 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 Sendezwecken 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 vom 20. Juni 1997 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 Sendezwecken 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! 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 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.; 133 III 568 E. 5.1 S. 577; BARRELET/EGLOFF/KÜNZI, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 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; 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 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; CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Verwertung von Urheberrechten: Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, S. 462; Barrelet/Egloff/Künzi, a.a.O., Rz. 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: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [URG], 2. Aufl. 2012, Rz. 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 E. 3, in: sic! 1/2013 S. 30). Auch in anderen Fällen haben die ESchK und auf Beschwerde hin das Bundesgericht im Rahmen des Tarifverfahrens 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 Harddisks 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., Rz. 10 zu Art. 59 URG; VINCENT SALVADÉ, Tarifs de droits d'auteur: contrôle des abus ou abus de contrôle?, in: Medialex 2003 S. 100; IVAN CHERPILLOD, in: Medialex 1999 S. 105). Zwar ist der genehmigte Tarif für materiellrechtliche Fragen nicht rechtsverbindlich (vgl. E. 5.2 hiervor), 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.

7. Ziff. 8 Lemma 1 und 2

7.1. Die Streichung von Ziff. 8 Lemma 1 und 2 wurde von der Vorinstanz damit begründet, diese seien inhaltlich unstrittig. Wenn es tatsächlich um die Umschreibung der dem Tarif unterworfenen Handlungen ginge, müsste die Bestimmung wohl eher unter dem Titel "A. Gegenstand des Tarifs" stehen als im Zusammenhang mit der Regelung der Vergütung. Zudem wäre die explizite Regelung des Schutzzumfangs zivilrechtlich nicht bindend. Die ESchK sei daher nicht verpflichtet, solche Bestimmungen zu genehmigen.

7.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die beiden Lemmata seien zwar in den Tarifverhandlungen nicht umstritten gewesen, seien aber doch nicht selbstverständlich und dienten jedenfalls der Klarstellung. Die ESchK sei daher nicht befugt, sie zu streichen. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, es handle sich um Definitionen zum Repertoireschutz, die sich auf das Urteil des Bundesgerichts 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 5b/dd stützten und bis heute auch ohne explizite Erwähnung im Tarif problemlos umgesetzt würden. Es sei nicht notwendig, die Bestimmungen in den Tarif aufzunehmen.

7.3. Der Tarif wird grundsätzlich von den Verwertungsgesellschaften aufgestellt (Art. 46 URG). Die ESchK genehmigt die Tarife, wenn sie angemessen sind (Art. 59 Abs. 1 URG). Im Umkehrschluss hat sie die Genehmigung zu verweigern, wenn der Tarif unangemessen ist. Sind mehrere angemessene Lösungen denkbar, ist es nicht Sache der ESchK, die Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften bzw. die Verhandlungsbefugnisse der Tarifpartner zu beschränken und an deren Stelle die ihr zweckmässig erscheinende Lösung durchzusetzen (Urteil 2A.177/1997 vom 16. Februar 1998 E. 3b).

7.4. Ein Tarif wird nicht schon dadurch unangemessen, dass er Bestimmungen enthält, welche zwar möglicherweise nicht unbedingt nötig, aber auch nicht umstritten sind. Wie die Beschwerdeführerin mit Recht vorbringt, kann es für den (vor allem auch ausländischen) Leser, der nur den Tarif liest und weder das schweizerische Gesetz noch die entsprechende Bundesgerichtspraxis zur Hand hat, nützlich sein, derartige Klärungen im Tarif zu finden. Zudem muss ein Tarif zwangsläufig definieren, für welche Rechte er gelten soll. Ob sich solche Klärungen im Teil "Gegenstand" finden oder ob der Tarif regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Vergütung entrichtet wird, ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von entscheidender Bedeutung. Es ist daher kein plausibler Grund für die Streichung der beiden Lemmata ersichtlich.

8. Ziff. 8 Lemma 3

8.1. Ziff. 8 Lemma 3 ist demgegenüber zwischen den Parteien inhaltlich umstritten: Es geht dabei um den Schutzzumfang für Tonträger aus Ländern, die nicht Gegenrecht gewähren, was hauptsächlich die USA betrifft. Das Bundesgericht hatte im Urteil 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 5b/dd erkannt, trotz dem Gegenrechtsvor-

behalt gemäss Art. 35 Abs. 4 URG könnten sich grundsätzlich aus 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) solche Schutzansprüche ergeben; die Schweiz habe jedoch mit einem Vorbehalt zum RA erklärt, Art. 12 nicht auf Tonträger anzuwenden, deren Hersteller nicht Angehöriger eines vertragsschliessenden Staates sei (wie die USA). Dieser Vorbehalt sei auch innerstaatlich gültig, soweit das URG nicht weitergehende Ansprüche gewähre. Bei einem Tonträger eines amerikanischen Herstellers mit einem amerikanischen Künstler oder mit einem solchen aus einem andern Staat, der nicht Gegenrecht hält, habe deshalb weder der Künstler noch der Hersteller einen Anspruch auf Entgelt.

8.2. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, seit dem Inkrafttreten des WIPO-Vertrags vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT; SR 0.231.171.1) per 1. Juli 2008, welchen auch die USA - anders als das RA - ratifiziert haben, habe sich die Lage geändert: Die Schweiz habe für sich das Kriterium der ersten Veröffentlichung für anwendbar erklärt. Da die Schweiz keinen Vorbehalt gemäss Art. 15 Abs. 3 WPPT angebracht habe, seien US-Tonträger mit US-Künstlern aufgrund der Inländergleichbehandlung (Art. 4 Abs. 1 WPPT) in der Schweiz geschützt. Zwar habe die USA einen Vorbehalt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 WPPT angebracht und sei das traditionelle terrestrische Broadcasting in den USA schutzlos. Doch seien Tonträger nach Art. 5 Abs. 1 RA nicht nur geschützt, wenn der Hersteller Angehöriger eines anderen vertragsschliessenden Staates sei (lit. a, Merkmal der Staatsangehörigkeit), sondern auch wenn - alternativ - der Tonträger erstmals (bzw. gemäss Art. 5 Abs. 2 RA innert 30 Tagen seit der Erstveröffentlichung) in einem anderen vertragsschliessenden Staat veröffentlicht worden sei (lit. c, Merkmal der Veröffentlichung). Diese Schutzberechtigung gelte aufgrund von Art. 3 Abs. 2 WPPT auch für das US-Repertoire, das in einem Staat erstveröffentlicht wurde, welcher den WPPT ohne entsprechenden Vorbehalt ratifizierte.

8.3. Die Beschwerdegegnerin erblickt demgegenüber in der Erstveröffentlichung (Art. 5 Abs. 1 lit. c RA) nur einen sekundären Anknüpfungspunkt für den Fall, dass das Merkmal der Staatsangehörigkeit (lit. a) nicht greift. Künstler und Tonträgerhersteller aus den USA würden aufgrund von Art. 3 Abs. 1 und 2 WPPT i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. a RA als Angehörige des WPPT-Vertragsstaats USA gelten, so dass das Kriterium der Erstveröffentlichung nicht massgeblich sei. Die in ihrer abstrakten Formulierung durchaus korrekte Tarifbestimmung in Lemma 3 von Ziff. 8 werde daher toter Buchstabe bleiben, da es offenbar neben den USA keine produktionsstarken Länder gebe, die dem WPPT nicht angehörten.

8.4. Die Parteien sind sich somit uneinig über die Auslegung von Art. 5 RA und seine Bedeutung im Hinblick auf Art. 4 WPPT. Da der Tarif keine rechtswidrigen Vergütungen vorsehen kann (vgl. E. 5.2 hiavor), ist das streitige Lemma 3 nur zulässig, wenn die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin zutrifft. Allerdings ist der Wortlaut des Lemma 3 nicht auf das US-Repertoire bezogen. Der Tarif legt damit nicht konkret fest, ob ein bestimmter US-Titel generell geschützt ist (was ausser von der Auslegung von RA und WPPT auch von der Ausgestaltung der US-amerikanischen Vorbehalte und Gesetzgebung abhängt). In diesem Sinne handelt es sich bei der zwischen den Parteien umstrittenen Frage nicht um eine konkrete Tarifierungsfrage, sondern vielmehr um eine abstrakte Rechtsfrage nach dem rechtlich geltenden Schutzzumfang. Diese umstrittene und für die Rechtmässigkeit des Tarifs erhebliche Frage ist nach der dargelegten Rechtslage (vgl. E. 6.6 und 6.7 hiavor) im Rahmen des Tarifgenehmigungsverfahrens durch die ESchK zu prüfen, zumal eine entsprechende zivilrechtliche Feststellungsklage nicht zulässig wäre (vgl. E. 6.5 hiavor). Zwar wäre eine zivilrechtliche Forderungsklage denkbar, indem die Beschwerdeführerin gegen die Beschwerdegegnerin auf Bezahlung der (gemäss ihrer Rechtsauffassung) geschuldeten tarifgemässen Vergütung klagt. Die Möglichkeit eines solchen Vorgehens schliesst jedoch nicht aus, dass die Frage bereits im Tarifgenehmigungsverfahren geprüft wird (vgl. E. 6.7 hiavor).

9. Ziff. 10

9.1. Die Vorinstanz hat die Streichung von Ziff. 10 mit zwei verschiedenen Argumentationen begründet: Einerseits hat sie erwogen, die Beschwerdeführerin rechtfertige die Bestimmung damit, dass seit dem Beitritt der Schweiz zum WPPT auch einzelne Verbreitungsvektoren des US-Repertoires in der Schweiz geschützt seien. Diese Ziffer erscheine nur sinnvoll, wenn die streitige Rechtsfrage im Sinne der Argumente der Beschwerde-

führerin entschieden würde. Die Beschwerdeführerin verlange letztlich eine Berechnungsmethode für den Fall, dass sie mit ihrer Rechtsauffassung hinsichtlich des Schutzes des US-Repertoires auf dem Verhandlungsweg oder dem zivilrechtlichen Prozessweg durchdringen könne. Das sei aber unsicher, so dass die ESchK nicht verpflichtet sei, Tarifbestimmungen zu genehmigen, die nur unter gewissen Annahmen überhaupt zum Tragen kämen. Andererseits hat sie ausgeführt, auch eine Berechnung aufgrund der Ziff. 7 des Tarifs wäre bei mehreren Verbreitungsvektoren möglich. Deshalb sei die Ziff. 10 entbehrlich.

9.2. Der ersten Argumentation kann nicht zugestimmt werden: Zwar diskutieren die Parteien vorinstanzlich wie vor Bundesgericht kontrovers die Frage, ob es Fälle gibt, in denen einzelne Vektoren des US-Repertoires in der Schweiz geschützt sind. Indessen enthält die Ziff. 10 in Bezug auf diese Frage keinerlei Aussagen, sondern legt nur fest, wie die Vergütung zu bemessen ist, sofern es solche geschützte einzelne Vektoren gibt. Kommen solche nicht vor, ist die Ziffer allenfalls gegenstandslos und überflüssig; sie wird dadurch aber entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht konventions- oder gesetzwidrig. Es geht daher von vornherein nicht um eine vorfrageweise Prüfung der Frage, unter welchen Voraussetzungen es solche Fälle einzelner geschützter Verbreitungsvektoren gibt. Dass diese Frage unter den Parteien umstritten ist, kann kein Grund sein, um diesen Fall im Tarif nicht zu regeln: Wie in E. 6.4 hiervor dargelegt, setzt die zivilprozessuale Geltendmachung einer Vergütung voraus, dass dafür ein genehmigter Tarif besteht, was auch die Beschwerdegegnerin einräumt. Würde die streitige Ziff. 10 gestrichen, so wäre es der Beschwerdeführerin verunmöglicht, die Vergütung für den darin vorgesehenen Fall geltend zu machen und damit ihre Rechtsauffassung gerichtlich überprüfen zu lassen, zumal auch eine entsprechende zivilrechtliche Feststellungsklage nicht zulässig ist (vgl. E. 6.5 hiervor). Von einer Regelung der streitigen Tarifffrage könnte deshalb nur abgesehen werden, wenn klar und unbestritten wäre, dass der zu regelnde Sachverhalt überhaupt nie eintritt. Das ist hier jedoch nicht der Fall.

9.3. Zum zweiten Argument ist zu bemerken, dass die Ziff. 7 nur festlegt, dass die Vergütung für jedes Programm getrennt erhoben wird und 3,33 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahme an der Sendezeit beträgt. Werden zeitgleich über ein Programm mehrere Teilprogramme gesendet, so werden gemäss Ziff. 17 des Tarifs die Sendezeiten aller Teilprogramme zur Sendezeit dieses Programms hinzugezählt; die Vergütung nach Ziff. 7 bestimmt sich in diesem Fall nach dem Anteil der geschützten Aufnahmen an der so errechneten Sendezeit. Die streitige Ziffer 10 regelt demgegenüber nicht den Fall verschiedener Programme, sondern den Fall verschiedener Verbreitungsvektoren für ein und dasselbe Programm. Selbst wenn - wie offenbar der Vorinstanz vorschwebt - die Ziff. 7 und 17 analog auf diesen Fall angewendet würden, wäre das Bemessungskriterium (Prozentsatz der Einnahmen pro rata Sendezeit) ein anderes als das in Ziff. 10 vorgesehene (Kürzung im Verhältnis der Kosten des betreffenden Verbreitungsvektors). Um Ziff. 10 streichen zu können, müsste begründet werden, weshalb das darin vorgesehene Kriterium nicht angemessen (Art. 60 URG) sein soll. Eine solche Begründung liegt hier aber nicht vor.

10.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die ESchK einerseits hätte prüfen müssen, ob die Lemma 3 von Ziffer 8 der Rechtslage entspricht; andererseits hätte sie beurteilen müssen, ob die Regelung in Ziff. 10 für den darin geregelten Fall angemessen (Art. 60 URG) ist. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen. Da sich die Parteien zu den zu beurteilenden Rechtsfragen nur eventualiter und möglicherweise nicht abschliessend geäußert haben und da für die Beurteilung der Angemessenheit in erster Linie die ESchK zuständig ist, der dabei ein vom Bundesgericht zu respektierender Beurteilungsspielraum zusteht (BGE 133 II 263 E. 8.2 S. 278), rechtfertigt es sich, die Sache nicht reformatorisch durch das Bundesgericht zu entscheiden, sondern an die ESchK zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 Satz 2 BGG).

11.

Die Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei trägt die Gerichtskosten (Art. 65 Abs. 1-3 und Art. 66 Abs. 1 BGG) und hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2013 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 15'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.– zu bezahlen.

4.

Die Sache wird zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten sowie dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. Oktober 2014

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

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Winiger