



Abteilung II
B-1624/2018, B-1699/2018

Urteil vom 18. Februar 2019

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiber Pascal Waldvogel.

Parteien

**Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft,
SRG SSR,**
Generaldirektion I Generalsekretariat, Rechtsdienst,
Giacomettistrasse 1, Postfach 570, 3000 Bern 31,
Beschwerdeführerin A und Beschwerdegegnerin B,

gegen

**SWISSPERFORM,
Gesellschaft für Leistungsschutzrechte,**
Kasernenstrasse 23, 8004 Zürich,
vertreten durch Dr. Stephan Beutler, Rechtsanwalt,
Beutler Künzi Stutz AG, Thunstrasse 63, 3000 Bern 6,
Beschwerdeführerin B und Beschwerdegegnerin A

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

Gegenstand

Tarif A Radio (Swissperform) [2017-2019].

Sachverhalt:

A.

A.a Am 31. Dezember 2016 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.

A.b Mit Eingabe vom 14. Juli 2016 reichte die SWISSPERFORM (nachfolgend: Beschwerdeführerin B) der Vorinstanz einen Tarifentwurf ein und beantragte die Genehmigung eines neuen Tarifs A Radio mit Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2019. Der Tarifentwurf enthielt unter anderem folgende Ziffern:

"1 Dieser Tarif richtet sich an die SRG hinsichtlich ihrer Tätigkeiten als Sendunternehmen im Bereich des Radios.

2 Der Tarif bezieht sich auf die folgenden Rechte:

- 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 zeitgleiche unveränderte Verbreitung von Radiosendungen im Internet.

- [...]

[3-6]

7 Die Vergütung wird unter den in Ziff. 11 genannten Voraussetzungen für jedes Programm getrennt erhoben. Sie beträgt

- für das Senden 3% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit, wobei als geschützte Aufnahmen solche gelten, die nach Art. 35 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 35 Abs. 4 URG und/oder auf Grund eines für das Gebiet der Schweiz verbindlichen internationalen Abkommens Schutz geniessen.

- für das Vervielfältigungsrecht zu Sendezwecken (Art. 24b URG) 0,6% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils Handelstonträger an der Sendezeit, soweit der Schutz der Handelstonträger gemäss Art. URG 39 noch nicht abgelaufen ist.

- für das Recht auf Zugänglichmachung gesendeter musikalischer Werke (Art. 22c URG) 0,03% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils Handelstonträger an der Sendezeit, soweit der Schutz der Handelstonträger

gemäss Art. URG 39 noch nicht abgelaufen ist. Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verbreitung der Sendung erfolgen.

[8-10]

11 Als Gesamteinnahmen der SRG im Sinne von Ziff. 10 gelten die jährlichen Einnahmen aus der Tätigkeit der SRG als Radio-Sendeunternehmen, so insbesondere

- der Anteil der SRG aus den Radioempfangsgebühren;*
- Einnahmen aus der Sendung von Mitteilungen und Anzeigen;*
- Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Radio, abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch abzüglich 15% der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen. Zu den entsprechenden Einnahmen zählen auch Einnahmen von Drittfirmen, insbesondere von Produktionsfirmen oder Werbeakquisitionsfirmen, soweit sie auf Grund der Sende-/Mitteilungstätigkeit der SRG eingenommen werden. Massgebend sind die Bruttoeinnahmen dieser Drittfirmen. Als Bruttoeinnahmen gelten die den Werbetreibenden bzw. Kunden von diesen Firmen in Rechnung gestellten Beträge;*
- Erträge aus Leistungsschutzrechten und Urheberrechten an Sendungen und darin enthaltenen Werken, inkl. dem Verkauf von Programmen und Vergütungen von Verwertungsgesellschaften;*
- Einnahmen aus Zuhörerbeteiligungen, Wettbewerben und Aktionen.*

Nicht in die Berechnung einbezogen werden nicht mit der Sendetätigkeit zusammenhängende Erträge wie z.B. Erträge auf Finanzanlagen.

[12-21]

22 Eine Pflicht zur Meldung und Dokumentation des ISRC besteht mindestens dann, wenn der ISRC zusammen mit der Aufnahme vom Lieferanten der Aufnahme in irgend einer Form mitgeteilt bzw. mitgeliefert wird oder nachträglich unter Hinweis auf eine bestimmte Aufnahme (z.B. durch den Lieferanten oder die SWISSPERFORM) nachgemeldet wird. Nachmeldungen und Korrekturen von ISRC's hat die SRG sofort zu verarbeiten und der SWISSPERFORM mitzuteilen.

23 Besteht nach Ziffer 22 keine Pflicht zur Meldung des ISRC, sind zusätzlich die nachfolgend aufgeführten Angaben mitzuteilen:

- Label (sofern bekannt)*
- Katalog Nummer (sofern bekannt)*

- interne Nummer der Aufnahme in einer Datenbank der SRG
- Datum oder Jahr der Aufnahme (sofern bekannt)
- Werkverzeichnisangaben (sofern bekannt)
- Titel des Musikwerks (in Originalsprache gemäss Tonträger, ggf. inklusive Versionsangaben ("live", "remix", etc.) zum Werktitel) (sofern bekannt)
- Bei Klassikaufnahmen ist zusätzlich der gesendete Satz in üblicher Form anzugeben.

24 Stellt sich heraus, dass die SRG nach Ziffer 22 zur Angabe des ISRC verpflichtet gewesen wäre, ist SWISSPERFORM berechtigt, die nachgewiesenen Recherchekosten der SRG zu verrechnen.

[25-28]

29 SWISSPERFORM kontrolliert die eingegangenen Meldungen. Offensichtlich falsche Meldungen hat SWISSPERFORM innerhalb von 90 Tagen nach Zustellung zu beanstanden. Für nicht offensichtlich falsche Meldungen hat SWISSPERFORM ein zeitlich unbeschränktes Nachfrage- und Beanstandungsrecht. SWISSPERFORM kann unvollständige Meldungen zur Nachbearbeitung an den Absender zurückweisen. SWISSPERFORM kann im Falle von vermuteten Lücken in den Meldungen ferner verlangen, dass von der SRG für gewisse Sendezeiten eine Kopie der in diesem Zeitraum veranstalteten Sendungen sowie weitere Informationen zu diesen Sendungen zu Kontrollzwecken herausgegeben werden. Die SRG verpflichtet sich, von unklaren Meldungen Samples der betroffenen Tonaufnahmen zu liefern.

30 Kann aufgrund von mangelhaften oder unvollständigen Sendemeldungen der Schutzstatus einer Tonaufnahme nicht eruiert werden, so gilt diese Tonaufnahme als "geschützte Aufnahme" im Sinne von Ziffer 7.

[31-38]."

B.

Mit Beschluss vom 23. November 2016 genehmigte die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK; Vorinstanz) den Tarif A Radio (Swissperform) 2017-2019 mit folgendem Dispositiv:

"1. Der Tarif A Radio (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sende-zwecken) wird in der Fassung, wie sie dem Gesuch um Genehmigung

vom 14. Juli 2016 in den Beilagen 39 und 40 angehängt ist, mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2019 mit den folgenden Änderungen genehmigt:

- 1.1 Ziffer 7 Lemma 2: "für das Vervielfältigungsrecht zu Sendezwecken (Art. 24b URG) ~~0.6%~~ 0.3% der Einnahmen [...]"
- 1.2 Ziffer 7 Lemma 3: "[...] ~~Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verarbeitung der Sendung erfolgen.~~"
- 1.3 Ziffer 11 Lemma 3: "Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Radio, ~~abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch~~ abzüglich 15% der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen. [...]"
- 1.4 Ziffer 11 Lemma 4: "Erträge aus Leistungsschutzrechten und Urheberrechten an Sendungen und darin enthaltene Werken, inkl. dem Verkauf von Programmen (mit Ausnahme von Programmen, die keine Musik enthalten) und Vergütungen von Verwertungsgesellschaften;"
- 1.5 Ziffer 22: "[...] Diese Bestimmung tritt per 1. Juli 2018 in Kraft."
- 1.6 Ziffer 29: "SWISSPERFORM kontrolliert die eingegangenen Meldungen und beanstandet sie gegebenenfalls innerhalb von 90 Tagen nach Zustellung. SWISSPERFORM kann im Falle von vermuteten Lücken [...]"
- 1.7 Ziffer 30 wird gestrichen.
2. [Kosten]
3. [Rechtswirkung mit Ablauf der Beschwerdefrist]
4. [Mitteilung]."

C.

Mit Eingabe vom 16. März 2018 erhob die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR (nachfolgend: Beschwerdeführerin A) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Ziffer 1 des Beschlusses der ESchK vom 23. November 2016 betreffend Tarif A Radio Swissperform mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2019 sei wie folgt zu ergänzen:
 - 1.1 bis 1.4 [unverändert]
 - 1.5 Ziffer 22: wird gestrichen

Eventualiter: Ziffer 22: "Eine Pflicht zur Meldung und Dokumentation des ISRC besteht mindestens dann, wenn der ISRC zusammen mit der Aufnahme vom Lieferanten der Aufnahme ~~in irgend einer Form~~ einem für die SRG-Systeme importierten Format mitgeteilt bzw. mitgeliefert wird oder nachträglich unter Hinweis auf eine bestimmte Aufnahme (z.B. durch den Lieferanten oder die SWISSPERFORM) nachgemeldet wird. Nachmeldungen und Korrekturen von ISRC's hat die SRG sofort zu verarbeiten und der SWISSPERFORM mitzuteilen. Diese Bestimmung tritt per 1. Juli 2018 in Kraft."

1.6 [unverändert]

1.7 [unverändert]

1.8 Ziffer 2: "[...] Zu den Sendezwecken gehört auch die ~~zeitgleiche unveränderte~~ Verbreitung von Radiosendungen im Internet."

1.9 Ziffer 7 Lemma 1: "[...] Für geschützte Aufnahmen, die gleichzeitig mit einer redaktionellen Eigenleistung der SRG gesendet werden, halbiert sich der Tarifsatz."

1.10 Ziffer 24 wird gestrichen

Eventualiter: Ziffer 24: "Stellt sich heraus, dass die SRG nach Ziffer 22 zur Angabe des ISRC verpflichtet gewesen wäre, ist SWISSPERFORM berechtigt, die nachgewiesenen Recherchekosten der SRG zu verrechnen, sofern nur der ISRC eine Erhebung und Verteilung der Vergütung für die konkrete geschützte Aufnahme ermöglicht hätte." [...]"

D.

Mit Eingabe vom 16. März 2018 erhob auch die Beschwerdeführerin B Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

"1. Dispositivziffer 1.2 des EschK-Beschlusses vom 23. November 2016 betreffend Tarif A Radio 2017 – 2019 SWISSPERFORM sei aufzuheben, und der Tarif A Radio 2017 – 2019 von SWISSPERFORM sei mit folgender Ziffer 7 Lemma 3 zu genehmigen (Fassung gemäss Tarifeingabe vom 14. Juli 2016 bzw. gemäss Beilage 39 zur Tarifeingabe): "für das Recht auf Zugänglichmachung gesendeter musikalischer Werke (Art. 22c URG) 0,03% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils Handelstonträger an der Sendezeit, soweit der Schutz der Handelstonträger gemäss Art. URG 39 noch nicht abgelaufen ist. Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verbreitung der Sendung erfolgen."

2. *Dispositivziffer 1.3 des EschK-Beschlusses vom 23. November 2016 betreffend Tarif A Radio 2017 – 2019 SWISSPERFORM sei insoweit aufzuheben, als dass der Satzteil "abzüglich der nachgewiesenen effektive Kosten für die Akquisition höchstens jedoch" gestrichen wurde, und der Tarif Radio A 2017 – 2019 SWISSPERFORM sei entsprechend mit folgender Ziffer 11 Lemma 3 zu genehmigen (Fassung gemäss Tarifeingabe vom 14. Juli 2016 bzw. gemäss Beilage 39 zur Tarifeingabe): "Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Radio, abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch abzüglich 15% der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen. Zu den entsprechenden Einnahmen zählen auch Einnahmen von Drittfirmen, insbesondere von Produktionsfirmen oder Werbeakquisitionsfirmen, soweit sie auf Grund der Sende-/Mitteilungstätigkeit der SRG eingenommen werden. Massgebend sind die Bruttoeinnahmen dieser Drittfirmen. Als Bruttoeinnahmen gelten die den Werbetreibenden bzw. Kunden von diesen Firmen in Rechnung gestellten Beträge;"*.
3. *Dispositivziffer 1.4 des EschK-Beschlusses vom 23. November 2016 betreffend Tarif A Radio 2017 – 2019 SWISSPERFORM sei insoweit aufzuheben, als dass der Einschub "(mit Ausnahme von Programmen, die keine Musik enthalten)" zu streichen ist, und der Tarif A Radio 2017 – 2019 SWISSPERFORM sei entsprechend mit folgender Ziffer 11 Lemma 4 zu genehmigen (Fassung gemäss Tarifeingabe vom 14. Juli 2016 bzw. gemäss Beilage 39 zur Tarifeingabe): "Erträge aus Leistungsschutzrechten und Urheberrechten an Sendungen und darin enthaltenen Werken, inkl. dem Verkauf von Programmen und Vergütungen von Verwertungsgesellschaften;"*.
4. *Eventualiter zu 1 bis 3: Dispositivziffern 1.2, 1.3 und 1.4 des EschK-Beschlusses vom 23. November 2016 betreffend Tarif A Radio 2017 – 2019 SWISSPERFORM seien aufzuheben, und die Sache sei in Bezug auf diese Dispositivziffern an die Vorinstanz zurückzuweisen, verbunden mit der Anweisung an die Vorinstanz, dass diese die Tarifziffern 7 Lemma 3, 11 Lemma 3 und 11 Lemma 4 gemäss Tarifangabe vom 14. Juli 2016 bzw. gemäss Beilage 39 zur Tarifeingabe zu genehmigen habe. [...]"*

E.

Mit Verfügung vom 6. April 2018 wurden die beiden Verfahren B-1624/2018 (Beschwerde der Beschwerdeführerin A) und B-1699/2018 (Beschwerde der Beschwerdeführerin B) unter der erstgenannten Verfahrensnummer vereinigt.

F.

Mit Eingabe vom 1. Mai 2018 verzichtete die Vorinstanz auf eine Vernehmung.

G.

Mit Eingabe vom 8. Mai 2018 reichte die Beschwerdeführerin A die Beschwerdeantwort zur Beschwerde der Beschwerdeführerin B ein und beantragte deren Abweisung.

H.

Mit Eingabe vom 2. Juli 2018 reichte die Beschwerdeführerin B die Beschwerdeantwort zur Beschwerde der Beschwerdeführerin A ein und beantragte deren Abweisung.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerden zuständig (Art. 74 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 [URG, SR 231.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. f VGG). Der Beschluss der Tarifgenehmigung vom 23. November 2016 ist eine individuell-abstrakte Verfügung, die der Beschwerde unterliegt (Art. 5 VwVG). Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch den Beschluss besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie haben den einverlangten Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und ihre Beschwerdeschriften frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

2.

2.1 Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht verfügt über volle Kognition und kann auch die Angemessenheit des angefochtenen Tarifbeschlusses überprüfen (Art. 49 Bst. c VwVG; Urteile des BVGer B-1298/2014 vom 30. März 2015 E. 2.3 "Tarif A Fernsehen [Swissperform]" und B-2152/2008 vom 12. Juni

2009 E. 2.1 "Tarif AS Radio"). Allerdings auferlegt es sich eine Zurückhaltung, wo die Vorinstanz als unabhängiges Fachgericht über komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts oder Interessenabwägungen zwischen Berechtigten- und Nutzergruppen entschieden hat und die Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften berücksichtigen musste (vgl. BGE 133 II 263 E. 8.2 "GT 4d"). Im Ergebnis handelt es sich bei der Angemessenheit von Tarifen um die Frage, ob die Vorinstanz ihren Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht hat (Urteil des BGer 2C_783/2013 vom 27. Februar 2014 E. 2.2.2 "GT S"; Urteil des BVGer B-1298/2014 vom 30. März 2015 E. 2.3 "Tarif A Fernsehen [Swissperform]").

3.

3.1 Verwertungsgesellschaften stellen für die Vergütungen, die sie für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten fordern, Tarife auf (Art. 46 Abs. 1 URG). Die Rechte, die dem Tarif zugrunde liegen, sind den Verwertungsgesellschaften entweder treuhänderisch übertragen oder deren Ausübung ist ihnen gesetzlich vorbehalten, wobei die Wahrnehmung durch gesetzliche Prozessstandschaft erfolgt (vgl. BGE 133 III 568 E. 5.1 "BBC"; BGE 124 III 489 E. 2a "Joe's Videothek"). Nur auf der Grundlage gültiger Tarife können Verwertungsgesellschaften Rechte ausüben, wenn deren Wahrnehmung der Bundesaufsicht unterstellt ist. Die Tarife haben zwar die gesetzliche Ordnung von Exklusivrechten und erlaubter Nutzung zu beachten und können keine Befugnisse schaffen, die mit dem Gesetz nicht vereinbar sind. Für die Angemessenheit innerhalb der gesetzlichen Ordnung sind sie aber verbindlich für Zivilgerichte (Art. 59 Abs. 3 URG) und dienen den Verwertungsgesellschaften als Rechtsgrundlage für Zivilforderungen (vgl. BGE 140 II 483 E. 6.4 "Tarif A Radio [Swissperform]" m.w.H.).

Die Kollektivwahrnehmung von Rechten soll aufgrund allgemein formulierten und hoheitlich genehmigten Tarifen praktische Schwierigkeiten bei der Erfassung und Kontrolle von Massennutzungen lösen. Da sie die vergütungspflichtigen Handlungen möglichst vollständig erfasst, strebt sie auch im Interesse der Werknutzer nach einer einheitlichen, vorhersehbaren und praktikablen Einziehung anstelle einer individuellen Einholung von marktgerechten Vergütungen (BGE 125 III 141 E. 4a "Fotokopierpauschale"; BGE 140 II 483 E. 6.4 "Tarif A Radio [Swissperform]"). Wenn eine wirtschaftliche Nutzungsform der kollektiven Verwertung untersteht, bleibt den Berechtigten kein Wahlrecht, ob sie individuell verwerten wollen oder nicht,

da das Gesetz den Verwertungsgesellschaften ein faktisches Monopol einräumt (BGE 133 III 568 E. 5.2 "BBC").

3.2 Die Vorinstanz genehmigt einen Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Die Genehmigung orientiert sich am Ziel eines sachgerechten Interessenausgleichs zwischen den Schutzberechtigten, namentlich den Werkschaffenden, einerseits und den (Massen-)Nutzern andererseits. Der am Massstab der marktgerechten Vergütung ausgerichtete Interessenausgleich (Urteil des BVGer B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 3.1.1 "GT S") dient auch der Rechtssicherheit (BGE 135 II 172 E. 2.3.4 "GT 3c"). Die Tarifgenehmigung reicht über eine blosser Bewilligungskompetenz hinaus. Die Vorinstanz darf Änderungen am Tarifwortlaut vornehmen (Art. 59 Abs. 2 URG). Sie hat vorfrageweise zu prüfen, ob die im Tarif genannten Rechte im erwähnten Umfang bestehen und die erfassten Nutzungshandlungen unter die Bundesaufsicht fallen (BGE 140 II 483 E. 6.7 "Tarif A Radio [Swissperform]"). Im Interesse der Nutzer hat sie zu beachten, dass wirtschaftlich zusammengehörende Nutzungen, auch wenn sie von unterschiedlichen Gesellschaften verwertet werden, soweit tunlich in einem Tarif geregelt werden (Art. 47 Abs. 1 URG [Gemeinsamer Tarif]; vgl. Urteil des BVGer B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 5.2 m.w.H.). Wenn nicht alle beteiligten Nutzerverbände zugestimmt haben, so wird der Tarif in der Regel vor der Vorinstanz mündlich verhandelt (Art. 11 und Art. 12 der Urheberrechtsverordnung vom 26. April 1993 [URV; SR 231.11]).

Allerdings darf die Vorinstanz beim Genehmigungsentscheid in die Autonomie der antragstellenden Verwertungsgesellschaften nicht weiter eingreifen, als für einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen Schutzberechtigten und Nutzenden erforderlich ist. Wo mehrere Lösungen denkbar sind, würde es ihre Prüfungsbefugnis übersteigen, eine ihr zweckmässig erscheinende Lösung gegen den Willen der Verwertungsgesellschaften durchzusetzen. Die zur Genehmigung unterbreiteten Tarifvorlagen prüft sie mit voller Kognition, doch hat sie eine gewisse Dispositionsfreiheit und die Autonomie der Verwertungsgesellschaften zu beachten (vgl. Art. 46 URG [Tarifpflicht]; Urteil des BGer 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 7.3; GOVONI/STEBLER, in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. II/1: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, N. 1359 ff.; BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 59 N. 2). Ist die beantragte Lösung nicht genehmigungsfähig – insbesondere wenn die rechtlich gebotenen Unterscheidungen der geregelten Nutzung fehlen oder der vorgeschlagene

Tarifentwurf als unangemessen erscheint –, so gibt die Vorinstanz der Verwertungsgesellschaft Gelegenheit, die Tarifvorlage so zu ändern, dass eine Genehmigung möglich ist. Macht die Verwertungsgesellschaft von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so kann die Spruchkammer der Vorinstanz die notwendigen Änderungen selbst vornehmen (Art. 15 Abs. 1 und 2 URV; zum Ganzen Urteil des BVGer B-1298/2014 vom 30. März 2015 E. 2.2).

3.3 Das Tarifgenehmigungsverfahren beginnt mit dem Antrag auf Genehmigung eines Tarifs durch eine oder mehrere Verwertungsgesellschaften (Art. 46 Abs. 3 i.V.m. Art. 59 Abs. 1 URG). Der Antrag hat über den Verlauf der Verhandlungen zwischen den Parteien Aufschluss zu geben und muss mindestens sieben Monate vor dem vorgesehenen Inkrafttreten gestellt werden, damit der Vorinstanz genügend Zeit für die Einholung der Stellungnahme des Preisüberwachers und für das Genehmigungsverfahren bleibt (GOVONI/STEBLER, a.a.O., N. 1444). Vor der Angemessenheitsprüfung hat sie die Vorfrage zu prüfen, ob die mit der Tarifvergütung abgegoltene Nutzung dem Urheber vorbehalten ist und der Bundesaufsicht und damit der Tarifpflicht untersteht (Art. 40 URG; BVGE 2011/2 E. 4.1 "GT 3c"). Die Vorinstanz prüft überdies, ob die Tarifverhandlungen der Verwertungsgesellschaften mit den massgebenden Nutzerverbänden korrekt, insbesondere mit der gebotenen Einlässlichkeit, geführt worden sind. Wenn dies nicht der Fall ist, kann die Präsidentin oder der Präsident der Vorinstanz den Genehmigungsantrag unter Ansetzung einer Frist zur Verbesserung zurückweisen (Art. 9 Abs. 3 URV; BVGE 2011/2 E. 4.1; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 46 N. 6; GOVONI/STEBLER, a.a.O., N. 1445).

3.4 Die Parteien des Tarifverfahrens haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (vgl. BGE 135 II 286 E. 5.1; BVGE 2009/35 E. 6.4.1 m.w.H.).

Die Garantie des Gehörsanspruchs richtet sich im Anwendungsbereich des Tarifgenehmigungsverfahrens nach dem VwVG (Art. 26-33, Art. 35 VwVG). Mit dem Gehörsanspruch korreliert die Pflicht der Behörden, die Vorbringen tatsächlich zu hören (Art. 30 Abs. 1 VwVG), in der Entscheidungsfindung angemessen zu berücksichtigen (Art. 32 VwVG) und den Entscheid zu begründen (Art. 35 VwVG). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der oder die Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1).

3.5 Die Parteivorbringen sind nachfolgend im Rahmen der Anträge und anhand der beanstandeten Tarifiziffern zu prüfen, auch insoweit, als die Parteien eine Gehörsverletzung geltend machen. Der Gehörsanspruch schützt vor formeller Rechtsverweigerung. Rechtsverweigerungen in materieller Hinsicht verstossen gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV). Das Willkürverbot hat jedoch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keinen selbständigen Gehalt, da das Gericht das Anfechtungsobjekt mit voller Kognition prüfen kann (Art. 49 VwVG; E. 2). Soweit die Parteien das Willkürverbot als verletzt rügen, sind die Rügen im Zusammenhang mit den entsprechenden Tat- und Rechtsfragen zu behandeln.

4.

4.1 Ziff. 2, Lemma 1 des genehmigten Tarifs sieht Folgendes vor: "Der Tarif bezieht sich auf die folgenden Rechte: [-] 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 zeitgleiche unveränderte Verbreitung von Radiosendungen im Internet."

4.2 Die Beschwerdeführerin A beantragt, den Zusatz "zeitgleiche unveränderte" ersatzlos zu streichen. Sie begründet den Antrag damit, dass die Übertragung von Darbietungen und deren Festlegung über das Internet als Senden zu qualifizieren sei. Die Sendung eines Sendeunternehmens gelte zudem immer als Teil des Programms. Die originär über das Internet verbreiteten Einzelereignisse seien somit ein Senden des Programmteils. Den Programmteil (Einzelereignisse) als andere Nutzungsart – Aufführen oder Vorführen – zu qualifizieren als das Programm in seiner Gesamtheit, sei

willkürlich. Der Tarif sei auch anwendbar auf originär über Internet verbreitete Sendungen.

4.3 Die Beschwerdeführerin B entgegnet, die Formulierung mit den beiden Zusätzen "zeitgleich" und "unverändert" sei eine notwendige Klarstellung und sachlich gerechtfertigt. Der Umfang der über den Tarif A Radio vergüteten Leistungen sei damit geklärt. Das Webcasting von Einzelereignissen sei kein Senden im Sinne des Urheberrechtsgesetzes und im Sendetarif deshalb nicht berücksichtigt worden.

4.4 Die Vorinstanz führt in der Begründung des Beschlusses aus, das Webcasting sei zu unterscheiden vom Simulcasting. Unter Simulcasting werde die zeitgleiche und unveränderte Übertragung eines auch über andere Vektoren verbreiteten Rundfunkprogramms via Internet verstanden. Von Webcasting sei die Rede, wenn die als Radio- und Fernsehprogramme bezeichneten Programme ausschliesslich gestreamt, mithin über das Internet an die Empfangscomputer übermittelt würden. Das Webcasting von Einzelereignissen sei kein Senden, sondern ein Aufführen, wobei das Schrifttum wohl präziser von "Vorführen" spreche. Da der Tarif sich ausdrücklich auf die Verwendung von Handelstonträgern zu Sendezwecken beziehe, sei es zu begrüssen, dass mit der Ergänzung "zeitgleiche und unveränderte" Verbreitung von Radiosendungen im Internet klargestellt werde, dass das Aufführen oder Vorführen von Einzelereignissen (z.B. Konzerten) im Internet nicht erfasst werde. Alles deute darauf hin, dass das Webcasting schon bisher durch den Tarif A Radio nicht gedeckt gewesen sei. Der Zusatz sei keine inhaltliche Neuerung, sondern eine Klarstellung des Tarifwortlauts.

4.5

4.5.1 Art. 35 URG regelt den Vergütungsanspruch für die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern (Marginalie) mit folgendem Wortlaut:

¹ Werden im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs (Art. 33 Abs. 2 Bst. e) oder der Aufführung verwendet, so haben ausübende Künstler und Künstlerinnen Anspruch auf Vergütung.

² Der Hersteller oder die Herstellerin des benutzten Trägers ist an der Vergütung für die ausübenden Künstler und Künstlerinnen angemessen zu beteiligen.

³ Die Vergütungsansprüche können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.

[⁴]."

4.5.2 Der Sendezweck wird im Tarif neu so definiert, dass die zeitgleiche unveränderte Verbreitung von Radiosendungen im Internet zu den Sendezwecken gehört (Ziff. 2, Lemma 1). Die zeitgleiche und unveränderte Übertragung eines Rundfunkprogramms, das auch terrestrisch oder über Kabel empfangen werden kann, heisst "Simulcasting" (PETER MOSIMANN in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. II/1: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, S. 393 Fn. 1936). Dass das Simulcasting zum Senden gehört, liegt ausser Streit. Strittig ist dagegen die Frage, wie das "Webcasting" von Einzelereignissen unter Art. 35 Abs. 1 URG zu qualifizieren ist.

4.5.3 Das Webcasting unterscheidet sich vom Simulcasting dadurch, dass es keine terrestrische oder kabelgebundene Übermittlung eines Sendesignals gibt; dabei wird die Streaming-Technik verwendet (MOSIMANN, a.a.O., S. 393 Fn. 1936; WILLI EGLOFF, Rundfunk im Internet? Zur urheberrechtlichen Qualifikation von Simulcasting und Webcasting, in: sic! 2005 S. 96 ff., S. 104). Ob Art. 35 Abs. 1 URG das Webcasting – als "Sendung, Weiter-sendung, öffentlichen Empfang oder Aufführung" – erfasst, ist durch Auslegung zu ermitteln. Zwar ist mit "öffentlichem Empfang" genau das Gleiche gemeint, was in Art. 33 Bst. e URG "Wahrnehmbar-Machen zugänglich gemachter, gesendeter oder weitergesendeter Werke" heisst, und auch "Aufführung" entspricht dem "Vortragen, Aufführen, Vorführen, anderswo Wahrnehmbar- oder Zugänglich-Machen" in Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG. Zutreffend wird jedoch darauf hingewiesen, dass das "Zugänglich-Machen" nicht in den Anwendungsbereich von Art. 35 Abs. 1 URG fallen kann. Andernfalls hätte nämlich Art. 22c URG ("Das Recht, in Radio- und Fernsehsendungen enthaltene nichttheatralische Werke der Musik in Verbindung mit ihrer Sendung zugänglich zu machen, kann nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden, wenn [...]") überhaupt keinen Anwendungsbereich und die Bestimmung wäre sinnlos, was nicht anzunehmen ist. Deshalb wird überzeugend angenommen, dass das Zugänglich-machen nicht unter Art. 35 Abs. 1 URG fällt (Art. 22c URG e contrario; zum Ganzen: WILLI EGLOFF, Broadcasting, Simulcasting, on-demand-Dienste u.ä. im Lichte der Art. 22c und 35 URG, in: sic! 2010 S. 221 ff, S. 223 f.). Demnach erfasst Art. 35 Abs. 1 URG sämtliche Formen der öffentlichen Wiedergabe ("Sendung, Weiter-sendung, öffentlichen Empfang oder Aufführung") mit Ausnahme der Zugänglichmachung (WILLI EGLOFF,

Broadcasting, Simulcasting, on-demand-Dienste u.ä. im Lichte der Art. 22c und 35 URG, in: sic! 2010 S. 221 ff, S. 224).

4.5.4 Die Unterscheidung von Sendung und Zugänglichmachung ist wichtig, zumal für die Nutzungsform der Zugänglichmachung Ausschliesslichkeitsrechte (Art. 33 Abs. 2 Bst. a und Art. 36 Bst. b URG) bestehen, die Sendung jedoch nur einen Vergütungsanspruch (Art. 35 URG) begründet (WILLI EGLOFF, Broadcasting, Simulcasting, on-demand-Dienste u.ä. im Lichte der Art. 22c und 35 URG, in: sic! 2010 S. 221 ff, S. 224; MOSIMANN, a.a.O., S. 393 Fn. 1936). Unter Senden ist das Ausstrahlen der Werke, drahtlos oder über Leitungen, auf terrestrischem Weg oder über Satelliten, zu verstehen, wobei es um die gleichzeitige Übermittlung des gleichen Sendeinhaltes an eine mehr oder weniger grosse Zahl von Personen geht (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 24; EGLOFF, Rundfunk im Internet? Zur urheberrechtlichen Qualifikation von Simulcasting und Webcasting, in: sic! 2005 S. 96 ff., S. 106). Unter Zugänglichmachen versteht das Urheberrechtsgesetz das Bereitstellen von Werken oder Darbietungen derart, dass Personen sie an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl abrufen können (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c, Art. 33 Abs. 2 lit. a, Art. 36 lit. b, Art. 37 lit. e URG). Die Übertragung von Programmsignalen über das Internet gilt als Sendung bzw. Weitersendung nur, sofern sie linear in vorgegebenem, vom Nutzer nicht beeinflussbarem Programmablauf erfolgt (REHBINDER/VIGANÒ, URG, 3. Aufl. 2008, Art. 10 N. 21). Ob die öffentliche Wiedergabe bzw. Übertragung linear erfolgt oder nicht, wird zum Abgrenzungskriterium für die Unterscheidung von Senden und Zugänglichmachen. Erfolgt die öffentliche Wiedergabe linear, liegt ein Senden vor (Simulcasting, Web-Radio, Web-TV). Alles, was nicht-linear öffentlich verbreitet wird (alle On-Demand-Dienste, Podcast-Dienste und Möglichkeiten des Direktzugriffs auf Sendearchive) ist Zugänglichmachen (WILLI EGLOFF, Broadcasting, Simulcasting, on-demand-Dienste u.ä. im Lichte der Art. 22c und 35 URG, in: sic! 2010 S. 221 ff., S. 224 f.; vgl. auch BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 N. 26a). Vorbehältlich der Sondernorm von Art. 22c URG, fallen Online-Nutzungen von Ton- und Tonbildträgern nicht unter Art. 35 URG (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 35 N. 8).

4.5.5 Die Vorinstanz geht mit der Beschwerdeführerin B davon aus, dass das Webcasting von Einzelereignissen als Auf- bzw. Vorführen zu qualifizieren sei, während die Beschwerdeführerin A ein Senden annimmt. Ob das Webcasting von Einzelereignissen allenfalls als "Aufführung" im Sinne von Art. 35 Abs. 1 URG zu qualifizieren wäre, braucht nicht entschieden zu werden, denn zumindest ist es keine "Sendung". Ein Sendevorgang im

Sinne des Gesetzes fehlt beim Webcasting von Einzelereignissen, die originär über das Internet verbreitet werden. Nach dem Gesagten handelt es sich um nicht-lineare Online-Nutzungen. Die Konsumenten können sie zu einem beliebigen Zeitpunkt abrufen. Sie fallen nicht unter Art. 35 URG und werden jedenfalls vom Sendetarif nicht erfasst. Für die Qualifikation unter dem Urheberrechtsgesetz kann die Beschwerdeführerin A aus dem Programmbegriff im Sinne des Bundesgesetzes über Radio- und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) nichts ableiten. Die Formulierung in Ziff. 2, Lemma 1 des Tarifs, wonach zu den Sendezwecken auch die zeitgleiche unveränderte Verbreitung von Radiosendungen im Internet gehört, ist eine Klarstellung. Sie verletzt kein Bundesrecht. Der Antrag ist abzuweisen.

5.

5.1 Ziff. 7, Lemma 1 des genehmigten Tarifs sieht Folgendes vor: "Die Vergütung wird unter den in Ziff. 11 genannten Voraussetzungen für jedes Programm getrennt erhoben. Sie beträgt [-] für das Senden 3% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit, wobei als geschützte Aufnahmen solche gelten, die nach Art. 35 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 35 Abs. 4 URG und/oder auf Grund eines für das Gebiet der Schweiz verbindlichen internationalen Abkommens Schutz geniessen."

5.2 Die Beschwerdeführerin A beantragt, Ziff. 7, Lemma 1 am Ende durch folgenden Zusatz zu ergänzen: "[...] Für geschützte Aufnahmen, die gleichzeitig mit einer redaktionellen Eigenleistung der SRG gesendet werden, halbiert sich der Tarifsatz." Sie begründet den Antrag damit, dass sowohl die kognitive Konzentration der Zuhörer als auch die Ballettregel einen tieferen Tarifsatz rechtfertigen würden. So nähmen Zuhörer die im Hintergrund laufende Musik anders wahr, als wenn der Hit des Tages gespielt werde, was ein relevantes Kriterium für die Entschädigung sei. Sodann falle die redaktionelle Eigenleistung der SRG SSR nicht unter den Tarif. Die gleichzeitig mit der Musik gesendete, nicht vergütungspflichtige redaktionelle Eigenleistung müsse bei der Festlegung des Tarifs berücksichtigt werden. Die Vorinstanz habe in einem ähnlichen Fall die Halbierung des Tarifsatzes als angemessen beurteilt.

5.3 Die Beschwerdeführerin B entgegnet, die Ergänzung der Beschwerdeführerin A werfe mehr Fragen auf, als sie beantworte. Die Bestimmung sei unklar, ungenau und diffus. Für die Beurteilung der Nutzungsintensität und damit der Angemessenheit des Tarifs sei die Kognition der Hörerinnen und

Hörer nicht relevant. Die Beschwerdeführerin A führe keine rechtlichen und inhaltlichen Erklärungen dazu an, welche konkreten Sendungsinhalte sie meine. Soweit die Ballettregel überhaupt relevant sei, werde diese bereits seit 2001 im Sinne einer Pauschalisierung berücksichtigt.

5.4 Die Vorinstanz führt in der Begründung des Beschlusses aus, der vorliegende Tarif sei mit dem GT H (Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung im Gastgewerbe) nicht zu vergleichen. Das Problem der Unterscheidung von der Sendung mit geschützten Aufnahmen als Hintergrundmusik und als Hauptbestandteil einer Musiksendung sei bereits im bestehenden Tarif berücksichtigt. Eine Differenzierung, wie sie die Beschwerdeführerin A fordere, sei bisher zu Recht nicht vorgenommen worden. Dabei seien gewisse Pauschalisierungen unumgänglich. Es sei davon auszugehen, dass die Ballettregel bereits im Rahmen der Angemessenheitsprüfung früherer Tarife A Radio berücksichtigt worden sei.

5.5

5.5.1 Art. 60 URG regelt den Grundsatz der Angemessenheit (Marginalie) mit folgendem Wortlaut:

¹ Bei der Festlegung der Entschädigung sind zu berücksichtigen:

- a. 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;
- b. die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen;
- c. das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen.

² Die Entschädigung beträgt in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte; sie ist jedoch so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten.

³ Die Werkverwendungen nach Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b sind tariflich zu begünstigen."

5.5.2 Die Vergütung beträgt nach dem Tarif 3% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahme an der Sendezeit (Ziff. 7, Lemma 1). Die Bestimmung von Art. 60 URG bezweckt, die Rechteinhaber proportional am Ertrag ihres geschützten Beitrags zu beteiligen,

ohne begründete Unterschiede in der Gewichtung damit auszuschliessen (Urteil des BGer 2A.491/1998 vom 1. März 1999 E. 3b/bb "Tarif D"; Urteil des BVGer B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 5.4 "GT Z"). Als Berechnungsbasis dient der aus der Nutzung erzielte Ertrag, hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand (Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG). Dieser entspricht aber nicht immer dem Gesamtertrag oder -aufwand der Nutzung. Die Pro-rata-temporis-Regel (vgl. Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG) sieht deshalb vor, dass der geschützte und der ungeschützte Teil von Werk, Darbietung, Ton- bzw. Tonbildträgers oder Sendung ins Verhältnis zu setzen sind. Das heisst, die ungeschützten Leistungen sind so weit in Abzug zu bringen, als sie den Ertrag beeinflusst haben (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60 N. 16; BREM/SALVADÉ/WILD, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2012, Art. 60 N. 12). Auf geschützte Leistungen, die nicht dem Tarif unterstehen, wird die Pro-rata-temporis-Regel analog angewendet (sog. Ballettregel). Während die Pro-rata-temporis-Regel besagt, dass sich die Entschädigung gemäss dem Anteil der nicht geschützten Werke an der Gesamtdauer reduziert, soll mit der Ballettregel bei konzertähnlichen Darbietungen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass neben der geschützten Musik andere urheberrechtlich geschützte, jedoch nicht kollektiv verwertete Werke genutzt werden. Die Ballettregel bezweckt gerade mit Rücksicht auf andere Urheberrechte, durch eine Reduktion im tariflichen Sinn Raum für andere Schutzberechtigte zu schaffen, die vom fraglichen Tarif nicht erfasst sind (Urteil des BGer 4A_482/2003 vom 19. März 2014 E. 2.2.3; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60 N. 17; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 60 N. 12).

5.5.3 Die Pro-rata-temporis-Regel ging in die Tarifregel für das Senden ein. Soweit es die redaktionelle Eigenleistung der SRG SSR als ungeschützte Leistung am Programm zu berücksichtigen gilt, wird ihr mit der Tarifregel Rechnung getragen. Inwiefern es dem Redaktionsanteil als geschützte Leistung (mit Blick auf Art. 37 URG) Rechnung zu tragen gälte, zeigt die Beschwerdeführerin A nicht auf und ist nicht zu ersehen. Vor Vorinstanz formulierte sie den beantragten Zusatz noch wie folgt: "Für geschützte Aufnahmen, die überwiegend gleichzeitig mit einer redaktionellen Eigenleistung der SRG gesendet werden, halbiert sich der Tarif." Die Vorinstanz hält fest, die Formulierung "überwiegend" lasse einen mannigfaltigen Interpretationsspielraum, es sei unklar, welche Art Sendung genau erfasst werde. Auch wenn die Neuformulierung des Zusatzes zunächst klarer erscheint, so stellen sich weiterhin zahlreiche Abgrenzungsfragen, wie Beschwerdeführerin B zutreffend einwendet (vgl. Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin B, S. 21). Die Abgrenzungsprobleme wären bei der Anwendung

des Tarifs hinderlich und würden ihn schwer praktikabel machen. Aus diesem Grund sind gewisse Pauschalisierungen hinzunehmen und vorliegend auch angebracht (vgl. auch Urteil des BVGer B-1736/2014 vom 2. September 2015 E. 2.2). Dass die Vorinstanz auf eine weitere Differenzierung verzichtet, erscheint sachgerecht. Ebenso wenig überzeugt der Vergleich mit dem GT H und der verringerten Nutzungsintensität. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, liegt dem Tarif eine grundsätzlich andere Nutzungsweise zugrunde als dem GT H (vgl. hierzu angefochtener Beschluss, S. 30). Die kognitive Konzentration der Zuhörer entspricht keinem Entschädigungskriterium im Sinne von Art. 60 URG, weshalb die Beschwerdeführerin A nichts daraus ableiten kann. Die Formulierung von Ziff. 7, Lemma 1 ist nicht zu beanstanden. Der Antrag ist abzuweisen.

6.

6.1 Ziff. 7, Lemma 3 des genehmigten Tarifs sieht Folgendes vor: "Die Vergütung wird unter den in Ziff. 11 genannten Voraussetzungen für jedes Programm getrennt erhoben. Sie beträgt [...] für das Recht auf Zugänglichmachung gesendeter musikalischer Werke (Art. 22c URG) 0,03% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils Handelstonträger an der Sendezeit, soweit der Schutz der Handelstonträger gemäss Art. URG 39 noch nicht abgelaufen ist". Aufgehoben wurde die im Entwurf noch vorgesehene Ergänzung am Schluss: "Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verbreitung der Sendung erfolgen."

6.2 Die Beschwerdeführerin B beantragt, die aufgehobene Ergänzung sei in den Tarif aufzunehmen bzw. Ziff. 7, Lemma 3 in der vor Vorinstanz beantragten Fassung zu genehmigen. Sie begründet den Antrag damit, dass die Nutzungen nach Art. 22c URG nach ihrer Auffassung zeitlich limitiert seien. Ohne Antwort auf diese Rechtsfrage könne die Angemessenheit nicht beurteilt werden. Die Vorinstanz, welche die Frage verneine, verletze Bundesrecht und internationales Recht. Art. 22c URG sei als Schrankenbestimmung generell eng und konform zu Art. 16 WPPT auszulegen. Damit die Ausnahme vom Ausschliesslichkeitsrecht auf bestimmte Sonderfälle beschränkt bleibe, brauche es eine zeitliche Limitierung. Die Limitierung sei auch aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Musikknutzung im Internet erforderlich. Der Musikkonsum, insbesondere das Streaming (z.B. Spotify), habe sich verändert, was unter Art. 22c URG zu berücksichtigen sei. Auch der Wortlaut der Bestimmung ("in Verbindung mit ihrer Sendung") weise auf eine zeitliche Begrenzung des privilegierten Zugänglichmachens

hin. Schliesslich stimme die zeitliche Grenze mit dem GT12 überein und führe zu einem angemessenen Interessenausgleich. Die Vorinstanz verweise zur Begründung fast ausschliesslich auf den Beschluss vom 30. Juni 2008 betreffend den Zusatztarif zum Tarif A Radio von Swissperform, der keine genügende Begründung enthalte. Die Begründungspflicht in der Form einer Prüfungs- und Konkretisierungspflicht sei verletzt.

6.3 Die Beschwerdeführerin A wendet ein, die Beschwerdeführerin B versuche mit ihrem Rechtsbegehren Voraussetzungen in das Gesetz hineinzuinterpretieren, die vom Gesetzgeber nicht vorgesehen seien. Bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung gehe hervor, dass eine solche Interpretation nicht vertretbar sei. Art. 16 WPPT sei nicht direkt anwendbar. Das Prinzip des Dreistufentests habe der Gesetzgeber beim Erlass von Art. 22c URG berücksichtigt. Es sei offensichtlich, dass sich die Schranke auf Sonderfälle beziehe. Weshalb eine zeitliche Schranke zu mehr Rechtssicherheit führen solle, sei nicht ersichtlich. Die Angebote auf der Plattform der SRG SSR stünden auch nicht in Konkurrenz zum Streaming, da sie sich sowohl im Verwendungszweck als auch im angesprochenen Publikum klar unterschieden. Angesichts der verschiedenen Nutzergruppen sei der Tarif nicht vergleichbar mit dem GT12. Dass "in Verbindung mit ihrer Sendung" (Art. 22c Abs. 1 URG Ingress) "7 Tage" bedeuten soll, sei willkürlich. Ein zeitliches Kriterium enthalte Art. 22c URG nicht.

6.4 Die Vorinstanz hält in der Begründung des Beschlusses fest, dass sich aus Art. 22c URG kein zeitliches Kriterium ergebe. Der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der jeweiligen Modalitäten des Zugänglichmachens könne durch eine Anpassung der Vergütungssätze Rechnung getragen werden. Der GT12 sei mit dem vorliegenden Tarif nicht vergleichbar. Der umstrittene Satz sei deshalb zu streichen.

6.5

6.5.1 In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin A eine Verletzung der Begründungspflicht, die sich aus Art. 35 VwVG ergibt (oben E. 3.4). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1).

6.5.2 Die Begründungspflicht ist nicht verletzt. Die Vorinstanz führt aus, Ziff. 9 des Zusatztarifs zum Tarif A Radio habe zwar noch eine Einschränkung auf dreissig Tage enthalten (Beschluss der ESchK vom 30. Juni 2008). Bereits der Tarif A Radio (Swissperform) (2013-2016) habe jedoch keine zeitliche Beschränkung mehr vorgesehen. Nach wie vor vertrete sie die Auffassung, dass sich aus Art. 22c URG kein (offensichtliches) zeitliches Kriterium ergebe (vgl. angefochtener Beschluss, S. 38 f.). Der Beschluss ist ausreichend begründet. Die Vorinstanz hat sich mit den von der Beschwerdeführerin B aufgeworfenen Fragen und Argumenten auseinandergesetzt. Die Ausführungen in der Beschwerde zeigen denn auch, dass eine sachgerechte Anfechtung ohne weiteres möglich war.

6.6

6.6.1 Art. 22c URG enthält im Verhältnis zu Art. 35 URG (oben E. 4.5) eine Sondernorm für bestimmte Formen der Online-Nutzung von Sendungen (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 35 N. 8) und regelt das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Marginalie) mit folgendem Wortlaut:

"¹ Das Recht, in Radio- und Fernsehsendungen enthaltene nichttheatralische Werke der Musik in Verbindung mit ihrer Sendung zugänglich zu machen, kann nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden, wenn:

- a. die Sendung überwiegend vom Sendeunternehmen selber oder in seinem Auftrag hergestellt wurde;
- b. die Sendung einem nichtmusikalischen Thema gewidmet war, das gegenüber der Musik im Vordergrund stand und vor der Sendung in der üblichen Art angekündigt wurde; und
- c. durch das Zugänglichmachen der Absatz von Musik auf Tonträgern oder durch Online-Angebote Dritter nicht beeinträchtigt wird.

² Unter den Voraussetzungen nach Absatz 1 kann auch das Recht auf Vervielfältigung zum Zwecke des Zugänglichmachens nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden."

6.6.2 Die Sondernorm setzt ein Zugänglichmachen "in Verbindung mit ihrer Sendung" voraus (Art. 22c Abs. 1 URG Ingress). Die Bestimmung wurde im Rahmen der Gesetzesrevision mit Blick auf das Bedürfnis, die Sendung zeitverschoben ins Internet zu stellen (vgl. AB 2007 N 1208), eingeführt. Die Einführung der Bestimmung macht nur Sinn, wenn sie sich auf das

zeitverschobene Zugänglichmachen bezieht, da das Senderecht für nicht-theatralische Werke der Musik gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. a URG bereits vorher der kollektiven Verwertungspflicht unterstand, soweit es nicht von den Urhebern oder ihren Erben selbst wahrgenommen wurde (OERTLI, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2012, Art. 22c N. 3; vgl. auch REHBINDER/VIGANÒ, a.a.O., Art. 22c N. 2). Die Formulierung "in Verbindung mit ihrer Sendung" ist daher nicht zeitlich, sondern funktional aufzufassen. Diese Auslegung entspricht der ganz überwiegenden Lehre, wonach die Verbindung zur Sendung auch dann bestehen kann, wenn die Internet-Nutzung der Sendung über eine längere Zeit hinweg zugänglich bleibt (IVAN CHERPILLOD, in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. II/1: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, S. 313 Fn. 1508; OERTLI, a.a.O., Art. 22c N. 4; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 22c N. 4; a. M. REHBINDER/VIGANÒ, a.a.O., Art. 22c N. 5). Die Verbindung hat bei funktionaler Auslegung lediglich die Bedeutung, dass die kollektive Verwertungspflicht nur für solche Musikwerke gilt, die in einer Radiosendung enthalten sind und dabei die ganze Sendung zugänglich gemacht wird, nicht jedoch die einzelnen Musikstücke (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 22c N. 3).

6.6.3 Die Sondernorm stellt eine sog. Schrankenbestimmung dar, d.h. eine Beschränkung oder Ausnahme im Sinne von Art. 16 des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger (SR 0.231.171.1; WPPT), der Folgendes bestimmt: "Die Vertragsparteien können 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" (Abs. 1). "Die Vertragsparteien begrenzen 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" (Abs. 2). Art. 16 Abs. 2 WPPT umschreibt den Dreistufentest.

Der in Art. 13 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum vom 15. April 1994 (SR 0.632.20, Anhang 1C; TRIPS) allgemein festgeschriebene Dreistufentest sieht vor, dass (1.) Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle eingegrenzt werden, (2.) die normale Verwertung des

Werkes nicht beeinträchtigt werden darf und (3.) die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht unangemessen verletzt werden dürfen. Die erste Teststufe schliesst generalklauselartige Ausnahmebestimmungen aus. Es muss klar sein, welche Zielsetzung mit der Ausnahme oder Beschränkung verfolgt wird. Die zweite Teststufe verlangt eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeiten des Urheberrechts. Dabei bestimmt sich nach der Art des fraglichen Rechts und nach dem diesbezüglichen Absatzmarkt, was eine normale Verwertung ist. In der dritten Teststufe ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn vorzunehmen. Ein Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ist unzulässig, sofern er ihnen nicht zugemutet werden darf. Die Beeinträchtigung ist dann unzumutbar, wenn die Interessen Dritter diejenigen des Rechtsinhabers nicht zu überwiegen vermögen (BGE 133 III 473 E. 6 "Elektronischer Pressespiegel"; GASSER/OERTLI, in: MÜLLER/OERTLI [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2012, Vorbem. zu Art. 19-28 N. 16a; vgl. allgemein zum Dreistufentest SANDRA BRÄNDLI, Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme, Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel digitaler Herausforderungen, S. 381 ff., Rz. 694-700).

Rechtsinhaber, die sich in konventionsrechtlich garantierten Schutzrechten bei der Anwendung zu weit reichender Schrankenbestimmungen beeinträchtigt sehen, können sich unmittelbar auf den Dreistufentest berufen, um im Wege konventionskonformer Auslegung die im Einzelfall gebotene Redimensionierung des Schranken-Anwendungsbereichs (nicht aber eine eigentliche Normenkontrolle) durchzusetzen (REHBINDER/VIGANÒ, a.a.O., Art. 1 N. 14). Das Tarifgenehmigungsverfahren ist keine Anwendung im Einzelfall. Bei der Überprüfung eines Genehmigungsbeschlusses geht es nur um die Frage, ob die Schrankenbestimmung einer konventionskonformen Auslegung zugänglich ist. Eine direkte Berufung auf Art. 16 WPPT ist aufgrund der fehlenden direkten Anwendbarkeit ausgeschlossen (Urteil des BVGer B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 7.5.2 am Ende).

6.6.4 Durch die Schrankenbestimmung von Art. 22c URG wird das Ausschlusslichkeitsrecht auf bestimmte Sonderfälle eingeschränkt. Erfasst wird nur das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke und nur Sendeunternehmen werden dadurch begünstigt. Die Zielsetzung ist klar und liegt gerade in der besagten Begünstigung. Dass die Schrankenbestimmung wie jede Rechtsnorm auslegungsbedürftig sein kann, ändert nichts daran, dass sie keine Ausnahmebestimmungen in der Art einer Generalklausel schafft. Entgegen der Beschwerdeführerin B ist die erste Teststufe unproblematisch.

Sodann verhindert die Schrankenbestimmung die normale Verwertung des Urheberrechts nicht. Die Auswertung wird lediglich im Bereich des Zugänglichmachens durch eine kollektive Wahrnehmung über zugelassene Verwertungsgesellschaften ersetzt. Der Absatz von Musik wird dadurch nicht beeinträchtigt. Wie die Beschwerdeführerin A richtig darlegt, stellt die Plattform auf der Internetseite der SRG SSR keine Konkurrenz zu Streaming-Plattformen wie Spotify dar. Sowohl der Verwendungszweck als auch das Publikum unterscheiden sich merklich. Ein Konsument, der ein bestimmtes Musikstück hören will, wird eine Streaming- oder Musikplattform konsultieren. Wer hingegen eine Sendung der SRG SSR, bei der ein nichtmusikalisches Thema im Vordergrund steht, hören möchte, wird diese konsumieren. Die zweite Teststufe ist damit auch erfüllt.

Schliesslich hat die Schrankenbestimmung einer Abwägung der Interessen der Rechtsinhaber und der von Dritten standzuhalten. Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die zwingende kollektive Verwertung nicht den Inhalt der Rechte, sondern nur deren individuelle Ausübung beschränkt. Der Eingriff in die Interessen der Rechtsinhaber ist als gering zu werten, zumal das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke der Kollektivverwertung nur unter strengen, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen unterstellt wird (vgl. Art. 22c Abs. 1 Bst. a, b und c URG). Dem stehen die Interessen der Sendeunternehmen und der Konsumenten gegenüber, die durch ein allfälliges Verbotsrecht oder eine zeitliche Limitierung des Zugänglichmachens stark in ihren Kommunikationsgrundrechten beeinträchtigt würden. Ausserdem erscheint es nicht sinnvoll, dass das entsprechende Zugänglichmachen nach sieben Tagen wieder dem Verbotsrecht der Schutzberechtigten untersteht und die Sendeunternehmen über ein weiteres Zugänglichmachen verhandeln müssten. Auch die dritte Teststufe ist demzufolge nicht verletzt.

Zusammenfassend ist die Schrankenbestimmung von Art. 22c URG auch ohne zeitliche Einschränkung einer konventionsrechtlichen Auslegung zugänglich und steht nicht im Widerspruch zum Dreistufentest. Daher besteht kein Anlass, eine Zeitschranke aufzunehmen, zumal sich solches aus dem Wortlaut von Art. 22c URG offensichtlich nicht ergibt. Ein Vergleich mit der 7-Tageslimite im GT12 drängt sich nicht auf, zumal sehr unterschiedliche Nutzergruppen, Rechte und Schranken betroffen sind, wie die Beschwerdeführerin A zutreffend darlegt. Die Formulierung in Ziff. 7, Lemma 3 ist nicht zu beanstanden. Der Antrag ist abzuweisen.

7.

7.1 Ziff. 11, Lemma 3 des genehmigten Tarifs sieht Folgendes vor: "Als Gesamteinnahmen der SRG im Sinne von Ziff. 10 gelten die jährlichen Einnahmen aus der Tätigkeit der SRG als Radio-Sendeunternehmen, so insbesondere [...] Erträge aus Werbung, Sponsoring und Bartering im Radio, abzüglich 15% der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen [...]". Aufgehoben wurde der im Entwurf noch beantragte Einschub: "[...], abzüglich der nachgewiesenen effektiven Kosten für die Akquisition, höchstens jedoch [...]".

7.2 Die Beschwerdeführerin B beantragt, der aufgehobene Einschub sei in den Entwurf aufzunehmen bzw. Ziff. 11, Lemma 3 in der vor Vorinstanz beantragten Fassung zu genehmigen. Sie begründet den Antrag damit, dass die Aufhebung das Bruttoprinzip verletze. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ergebe sich aus den Tarifen A kein pauschaler Abzug und mit dem Tarif GT S sei der vorliegende nicht vergleichbar. Die Begründung sei willkürlich. Die Vorinstanz verletze die Pflicht zur vollständigen und richtigen Sachverhaltsabklärung, dies auch dort, wo sie auf die unsubstanzierten Behauptungen der Beschwerdeführerin A zur Zumutbarkeit abstelle. Es sei zumutbar, den Nachweis der effektiven Kosten zu verlangen und den Satz von 15% nur als Höchstgrenze zu definieren. Mit dem beantragten Einschub werde eine Nachweispflicht nicht Dritten, sondern der Beschwerdeführerin A auferlegt. Die Pauschalisierung führe im Ergebnis zur Erhaltung des Status Quo statt zur stufenweisen Abschaffung des Abzugs, verhindere die Anwendung des Bruttoprinzips und bewirke einen unnötigen, nicht weiter begründbaren Systemwechsel.

7.3 Die Beschwerdeführerin A bringt vor, sie sei dem Anliegen, den Akquisitionskostenabzug abzuschaffen, einen grossen Schritt entgegengekommen. Dieser habe zuletzt 40% betragen. Die Vorinstanz genehmige nun einen Abzug von 15%. Der Nachweis der effektiven Kosten sei mit einem nicht zumutbaren Aufwand für die SRG verbunden und einem ebenso hohen Kontrollaufwand für die Beschwerdeführerin B. Der Pauschalabzug widerspreche keinem einheitlichen Prinzip, sondern stütze sich auf die Praxis des Bundesgerichts, wonach Pauschalisierungen unvermeidlich seien und die tarifgestützte Abwicklung von Vergütungsleistungen nur funktionieren könne, wenn auf anerkannte Durchschnittswerte abgestellt werde. Der pauschale Abzug von 15% sei von der Beschwerdeführerin B bisher immer akzeptiert worden und er sei auch im SUISA-Tarif vorgesehen. Das entspreche einer einfachen und fairen Handhabung der Akquisitionskosten.

7.4 Die Vorinstanz führt in der Begründung des Beschlusses aus, es gelte das Bruttoprinzip. Allerdings sei das Bruttoprinzip im Quervergleich der einschlägigen Tarife in unterschiedlichem Grad verwirklicht, obwohl in der jüngeren Rechtsprechung eine eindeutige Tendenz zur Verminderung der umstrittenen Abzüge, gegebenenfalls sogar eine gänzliche Aufhebung derselben erkennbar sei. Ein Systemwechsel dürfe zwar zur Erhöhung der geschuldeten Vergütungen führen, habe angesichts des etablierten Grundsatzes der Vermeidung sprunghafter Erhöhungen in der Regel aber gestaffelt zu erfolgen. Vor diesem Hintergrund erscheine die Reduktion des Abzugs für Akquisition von 40% auf 15% als angemessen, der Abzug sei jedoch als Pauschalabzug auszugestalten. Dies ergebe sich aufgrund eines Vergleiches mit anderen Tarifen (GT S, Tarif A [SUISA] [2012-2017] und Tarif A Fernsehen [2014-2017]). Für die Ausgestaltung als Pauschale im vorliegenden Tarif spreche auch das Argument, dass Admeira AG keine Pflicht auferlegt werden könne, Einblick in ihre Geschäftsbücher zu gewähren, und dass es schwierig sei, die jeweiligen Einnahmen zu trennen, da die Beschwerdeführerin A Teilhaberin von Admeira AG sei.

7.5

7.5.1 Art. 59 URG i.V.m. Art. 60 URG regelt die Genehmigung des Tarifs nach dem Grundsatz der Angemessenheit (oben E. 5.5.1). Bei der Festlegung der Entschädigung ist 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 zu berücksichtigen (Art. 60 Abs. 1 lit. a URG). Die Entschädigung darf für die Urheberrechte in der Regel höchstens zehn Prozent und für die verwandten Schutzrechte höchstens drei Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands betragen; sie ist jedoch so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten (Art. 60 Abs. 2 URG). Mit dem "aus der Nutzung erzielten Ertrag" ist nicht der Gewinn zu verstehen, sondern der Umsatz, der Bruttoertrag (BBI 1989 III 564: "Bruttoeinnahmen"; Urteil des BGer 2A.491/1998 vom 1. März 1999 E. 3 b/bb, publiziert in sic! 1999 S. 264 ff.). Die Berechtigten sollen prozentual am Umsatz beteiligt werden. Ein bestimmter Geldbetrag (Umsatz) gehört zum anrechenbaren Ertrag, soweit er im Hinblick auf die mit der Veranstaltung verbundene Werknutzung eingenommen wird. Massgebend ist, ob der bezahlte Geldbetrag in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der vom Tarif erfassten Tätigkeit und der damit verbundenen Werknutzung steht (Urteil des BGer 2A.311/2002 vom 29. Januar 2003 E. 2.1 f. m.w.H.; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60 N. 11; REHBINDER/VIGANÒ, a.a.O., Art. 60 N. 2).

In Ausnahmefällen können Kosten abgezogen werden (vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 60 N. 8).

7.5.2 Der Tarif sieht einen Pauschalabzug von 15% der gesamten während eines Rechnungsjahres erwirtschafteten Einnahmen vor (Ziff. 11, Lemma 3). Die Beschwerdeführerin B wickelt mit ihrem Antrag zum Akquisitionsabzug selbst ab vom Bruttoprinzip. Sie beanstandet weder den Abzug als solchen noch die Abzugshöhe, sondern nur dessen Ausgestaltung als Pauschale. Sie rügt eine rechtsfehlerhafte Sachverhaltsfeststellung. Zwar trifft zu, dass zwei der drei vergleichsweise herangezogenen Tarife – Tarif A Fernsehen (2014-2017) und Tarif A (SUISA) (2012-2017) – keine Pauschale kennen. Sie sehen eine Deckelung der effektiv nachgewiesenen Kosten mit einer Höchstgrenze vor, wie sie auch die Beschwerdeführerin B beantragte. Die Rüge der rechtsfehlerhaften Sachverhaltsfeststellung geht aber an der Sache vorbei. Denn der Sinn der Erwägung der Vorinstanz liegt offensichtlich darin, dass – wie sie andernorts ausführt – das massgebende Bruttoprinzip in unterschiedlichem Grad verwirklicht ist (angefochtener Beschluss, S. 35). Der Vergleich mit dem Tarif GT S zeigt in der Tat, dass dieser Tarif einen pauschalen Abzug von Werbeeinnahmen vorsieht. Das Vorbringen, die von der Vorinstanz vorgenommene Streichung stelle einen Einbruch in ein einheitliches Prinzip dar, ist daher unbegründet. Auch kann keine Rede sein von einem unnötigen, nicht begründbaren Systemwechsel.

7.5.3 Um eine Sprunghaftigkeit in der Tarifabfolge zu vermeiden, hat die Vorinstanz den bisher vorgesehenen Abzug einerseits von 40% auf 15% reduziert und ihn andererseits als Pauschalabzug ausgestaltet. Die Beschwerdeführerin B bringt vor, die pauschale Ausgestaltung sei unnötig, da die Beschwerdeführerin A schon bisher nur 15% als Abzug geltend gemacht habe. Sie verschweigt, dass die Beschwerdeführerin A im Jahr 2012 einen Kostenabzug von 40% geltend machte (vgl. Beilage 5 der Beilagen zur Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin A) und dass es sich beim geltend gemachten Abzug seit 2013 um eine Pauschale von 15% handelt (vgl. Beilage 6 der Beilagen zur Beschwerdeantwort der Beschwerdeführerin A). Der Pauschalabzug von 15% entspricht damit dem, was die Parteien bisher einvernehmlich praktizierten, und erscheint schon aus diesem Grund nicht unangemessen. Die Anpassung der Tarifregelung erfolgt abgewogen und massvoll auch mit Blick auf die anvisierte Abschaffung des Akquisitionsabzugs, da es sprunghafte Veränderungen zu vermeiden gilt (vgl. Urteil des BVGer B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 7.2.3 m.w.H.;

vgl. auch DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, N. 152).

7.5.4 Der Vorwurf, die Vorinstanz stütze sich auf unsubstanzierte Behauptungen der Beschwerdeführerin A, statt den Sachverhalt zur Zumutbarkeit zu klären, geht fehl. Die Vorinstanz hat im Verfahren der Tarifgenehmigung nicht die Zumutbarkeit einer Regelung für Nutzer zu klären, sondern deren Angemessenheit mit dem Ziel des sachgerechten Interessenausgleichs zwischen den Parteien (Art. 59-60 URG; BGE 135 II 172 E. 2.3.4). Soweit sie ausführt, die Admeira AG könne keine Pflicht auferlegt werden, Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, stellt sie eine rechtliche Erwägung an. Es trifft zu, dass der Antrag der Beschwerdeführerin A der Beschwerdeführerin B und keiner Dritten (Admeira AG) eine Nachweispflicht auferlegt hätte. Das ändert nichts daran, dass der Nachweis der effektiven Kosten auf Seiten der Beschwerdeführerin A einen erhöhten Berechnungsaufwand und auf Seiten der Beschwerdeführerin B einen nicht unerheblichen Kontrollaufwand mit sich bringen würde. Der Pauschalabzug macht den Tarifvollzug leichter handhabbar und entspricht der bisherigen Praxis der Parteien. Pauschalisierungen sind bis zu einem gewissen Grad unvermeidlich (vgl. BGE 125 III 141 E. 4b). In Anbetracht aller angeführten Argumente (Grundsatz der Verhinderung von Sprunghaftigkeit, kein Systemwechsel, anvisierte Abschaffung des Abzugs, Praxis der Parteien, Praktikabilität und Pauschalisierung) ist der Pauschalabzug in der Formulierung von Ziff. 11, Lemma 3 nicht zu beanstanden. Der Antrag ist abzuweisen.

8.

8.1 Ziff. 11, Lemma 4 des genehmigten Tarifs sieht Folgendes vor: "Als Gesamteinnahmen der SRG im Sinne von Ziff. 10 gelten die jährlichen Einnahmen aus der Tätigkeit der SRG als Radio-Sendeunternehmen, so insbesondere: [...] Erträge aus Leistungsschutzrechten und Urheberrechten an Sendungen und darin enthaltenen Werken, inkl. dem Verkauf von Programmen (mit Ausnahme von Programmen, die keine Musik enthalten) und Vergütungen von Verwertungsgesellschaften [...]". Eingefügt wurde der im Entwurf noch nicht vorgesehene Zusatz in Klammern.

8.2 Die Beschwerdeführerin B beantragt, den in Klammer hinzugefügte Zusatz zu streichen bzw. Ziff. 11, Lemma 4 in der vor Vorinstanz beantragten Fassung zu genehmigen. Sie begründet den Antrag damit, dass der Verkauf von Programmen auch ohne Musik zur Berechnungsgrundlage gehöre. Der Verkauf solcher Programme habe offensichtlich einen Bezug zur

Sendetätigkeit der Beschwerdeführerin A. Als Teil der relevanten Gesamteinnahmen sei der Ertrag zu berücksichtigen. Dadurch, dass die Vorinstanz das Beteiligungsprinzip bereits beim Umfang der Berechnungsgrundlage anwende, kürze sie doppelt. Es sei unklar, was mit "Programmen, welche keine Musik enthalten" gemeint sein solle. Auch in Nachrichtensendungen werde immer wieder Musik eingespielt. Beziehe sich "Programm" hingegen auf jede einzelne Sendung, so führe dies zu einem hohen administrativen Aufwand, was mit den Grundsätzen der wirtschaftlichen Verwertung und Verwaltung nicht vereinbaren sei. Die Vorinstanz verletze die Grundsätze der Geschäftsführung (Art. 45 URG), den Grundsatz der Angemessenheit (Art. 60 URG) und das rechtliche Gehör, da sie den Sachverhalt nicht vollständig abgeklärt (Art. 12 VwVG) und den Entscheid nicht begründet habe (Art. 35 VwVG, Art. 9 und 29 BV).

8.3 Die Beschwerdeführerin A wendet ein, die Beschwerdeführerin B vermische verschiedene urheberrechtliche Grundsätze. Sämtliche Erträge, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Sendung von im Handel erhältlichen Tonträgern stehen, gehörten nicht zum anrechenbaren Ertrag (Beteiligungsprinzip). Erst in einem zweiten Schritt sei zu prüfen, wie die Höhe der prozentualen Entschädigung berechnet werde (Bruttoprinzip). Die Vorinstanz habe gestützt auf das Beteiligungsprinzip die Beurteilung vorgenommen, ob der Verkauf von Programmen, zu den tarifyrelevanten Einnahmen zu zählen sei. Eine doppelte Kürzung liege nicht vor. Die Vorinstanz wende das Beteiligungsprinzip konsequent an: Wenn Einnahmen nicht mit der Sendung von Handelstonträgern erzielt werden, fallen sie auch nicht in die tarifyrelevanten Gesamteinnahmen. Pauschalisierungen seien unvermeidlich, weshalb die Beschwerdeführerin B aus der Aufzählung von einzelnen Sendungen nichts ableiten könne.

8.4 Die Vorinstanz führt in der Begründung des Beschlusses aus, die Erträge aus dem Verkauf von Programmen oder Sendungen, die keine Musik enthalten, seien auszuschliessen. Angesichts des Beteiligungsprinzips sei der Ausschluss sachgerecht. Anders als beim Sponsoring von Radiosendungen auch ohne Musikanteile sei nicht ersichtlich, inwiefern bei der Produktion bzw. dem Vertrieb dieser Art von Programmen oder Sendungen überhaupt geschützte Werke bzw. "Darbietungen" verwendet würden.

8.5 In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin B eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da der Sachverhalt nicht vollständig abgeklärt und der Entscheid nicht begründet worden sei. Die Vorinstanz beruft sich auf das Beteiligungsprinzip und kommt zum Schluss, dass es sachgerecht sei,

die Erträge aus dem Verkauf von Programmen oder Sendungen, für deren Schaffung keine Rechte an Handelstonträgern genutzt werden, von den Einnahmen aus der Tätigkeit der SRG SSR als Radio-Sendeunternehmen, auszuschliessen (angefochtener Beschluss, S. 38). Die Begründung führt die wesentlichen Überlegungen an, auf die der Entscheid gestützt wird. Der Begründungspflicht ist damit Genüge getan (oben E. 3.4). Ebenso wenig ist eine Verletzung der Pflicht zur Sachverhaltsfeststellung (Art. 12 VwVG) ersichtlich. Entgegen der von der Beschwerdeführerin B vertretenen Auffassung war die Vorinstanz nicht verpflichtet, abzuklären, ob jede Sendung auch Musik ab Handelstonträger enthalte. Die Ausnahme betrifft ja nur die Einnahmen aus dem Verkauf solcher Programme, die keine Musik enthalten. Dass es keine Programme ohne Musik gibt, liesse sich überhaupt nicht feststellen. Die Vorbringen in formeller Hinsicht erweisen sich als unbegründet.

8.6

8.6.1 Art. 60 URG verlangt für die Angemessenheit, bei der Festlegung der Entschädigung den aus der Nutzung erzielten Ertrag zu berücksichtigen (Abs. 1 Bst. a: Bruttoprinzip); die Entschädigung ist so festzusetzen, dass die Berechtigten ein angemessenes Entgelt erhalten bzw. prozentual am Ertrag beteiligt werden (Abs. 2: Beteiligungsprinzip). Das Beteiligungsprinzip ist ein im europäischen Rechtsverständnis verankerter Grundsatz, wonach der Urheber tunlichst an den wirtschaftlichen Früchten zu beteiligen ist, die andere aus der Verwertung seines Werkes ziehen (MEIER, a.a.O., N. 140; vgl. auch BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 60 N. 11). Die Beteiligung setzt eine tarifbezogene Berechnungsgrundlage zur Bestimmung des Ertrags voraus. Zum anrechenbaren Ertrag gehört alles, was im Hinblick auf die mit der Veranstaltung verbundene Werknutzung eingenommen wird (Urteil des BGer 2A.491/1998 vom 1. März 1999 E. 3b/bb). Massgebend ist, ob der Geldbetrag in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der vom Tarif erfassten Tätigkeit und der damit verbundenen Werknutzung steht (Urteil des BGer 2A.311/2002 vom 29. Januar 2003 E. 2.2 m.w.H.).

8.6.2 Als Gesamteinnahmen der SRG SSR im Sinne von Ziff. 10 gelten die jährlichen Einnahmen aus der Tätigkeit der SRG SSR als Radio-Sendeunternehmen (Ziff. 11 Ingress). Der Hintergrund der Formulierung "mit Ausnahme von Programmen, die keine Musik enthalten" ist offenbar ein Kooperationsangebot des Generaldirektors der SRG SSR an andere Medienunternehmen, das in der entgeltlichen Übernahme von SRF-Nachrichtensendungen besteht (angefochtener Beschluss, S. 37). Der Ertrag aus dem

Verkauf von Programmen, die keine Musik enthalten, steht nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang zur Tätigkeit als Radio-Sendeunternehmen. Da nur solche Programme ausgenommen werden, die keine Musik enthalten, haben die im Handel erhältlichen Tonträger zum Bruttoertrag nichts beigetragen.

8.6.3 Nach der Gesetzessystematik innerhalb von Art. 60 URG ist in einem ersten Schritt die Berechnungsgrundlage zu klären (Abs. 1) und in einem zweiten Schritt die Beteiligung zu bestimmen (Abs. 2), aber sowohl das Bruttoprinzip als auch das Beteiligungsprinzip dienen dazu, eine angemessene Entschädigung festzulegen. Die Festlegung folgt keiner bestimmten Rangfolge. Die Bestimmung schliesst nicht aus, das Beteiligungsprinzip als leitender Gesichtspunkt zu berücksichtigen, wenn es gilt, das jeweils relevante Gesamteinkommen zu bestimmen. Denn das Gesamteinkommen ist abhängig vom tarifbezogenen Gegenstand. Das so bestimmte Gesamteinkommen verletzt das Bruttoprinzip nicht und führt zu keiner doppelten Kürzung. Der Kammersatz ist klar. Nicht zum anrechenbaren Ertrag gehört der Ertrag aus dem Verkauf von Programmen, die keine Musik enthalten (z.B. Nachrichten-Programme). Der Kontrollaufwand der Beschwerdeführerin B dürfte sich in Grenzen halten. Dass und inwiefern die Grundsätze der Geschäftsführung (Art. 45 URG) verletzt sein könnten, ist weder ersichtlich noch anzunehmen. Die Formulierung in Ziff. 11, Lemma 4 des Tarifs ist nicht zu beanstanden. Der Antrag ist abzuweisen.

9.

9.1 Ziff. 22 des genehmigten Tarifs sieht Folgendes vor: "Eine Pflicht zur Meldung und Dokumentation des ISRC besteht mindestens dann, wenn der ISRC zusammen mit der Aufnahme vom Lieferanten der Aufnahme in irgend einer Form mitgeteilt bzw. mitgeliefert wird oder nachträglich unter Hinweis auf eine bestimmte Aufnahme (z.B. durch den Lieferanten oder die SWISSPERFORM) nachgemeldet wird. Nachmeldungen und Korrekturen von ISRC's hat die SRG sofort zu verarbeiten und der SWISSPERFORM mitzuteilen. Diese Bestimmung tritt per 1. Juli 2018 in Kraft."

9.2 Die Beschwerdeführerin A beantragt, Ziff. 22 zu streichen, eventualiter die Formulierung "[...] in irgend einer Form mitgeteilt bzw. mitgeliefert [...]" aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen: "[in] einem für die SRG-Systeme importierbaren Format mitgeteilt bzw. mitgeliefert [...]" Sie begründet den Antrag damit, dass sie Musik von verschiedensten Quellen

beziehe. Die Quellen würden jedoch keine einheitlichen technischen Voraussetzungen mit sich bringen, um den International Standard Recording Code (ISRC) herauszulesen. Die Schnittstellen-Anpassung für alle Quellen, um den ISRC in das Musikarchivsystem zu migrieren, würde Schwierigkeiten und hohe Kosten verursachen. Aufgrund des nicht zumutbaren Aufwandes sei Ziff. 22 zumindest im Sinne des Eventualantrages anzupassen.

Die Beschwerdeführerin A macht eine fehlende gesetzliche Grundlage, eine Verletzung von Art. 51 URG, eine rechtsfehlerhafte Sachverhaltsfeststellung und eine Gehörsverletzung geltend. Die Vorinstanz habe in Bezug auf die Kosten und Schwierigkeiten den Sachverhalt unrichtig festgestellt und falsch gewürdigt. Sie stelle fest, für die Beschwerdeführerin B lägen die Kosteneinsparungen auf der Hand und die SRG SSR müsse verpflichtet werden, den ISRC zu melden. Ihre Vorbringen seien nicht gehört, geprüft und berücksichtigt worden. Damit habe die Vorinstanz nicht nur den Sachverhalt unvollständig ermittelt, sondern auch das rechtliche Gehör verletzt. Ein Zusammenhang zwischen den Verwaltungskosten und dem Melden des ISRC sei nicht erwiesen, und die Beschwerdeführerin B könne einen Grossteil der Aufnahmen auch ohne ISRC automatisch "matchen".

Das Gesetz enthalte keine Grundlage, die SRG SSR gegen ihren Willen zu verpflichten, den ISRC in der von der Beschwerdeführerin B verlangten elektronischen Form auch dann zu melden, wenn sie den ISRC aufgrund technischer Hürden nicht in der eigenen Datenbank aufnehmen könne. Die Bestimmung von Art. 51 URG sehe zwar eine Auskunftspflicht der Nutzer gegenüber den Verwertungsgesellschaften vor, nicht aber, dass es in einer spezifischen Form geschehen müsste. Dies ergebe sich aus der laufenden Revision des Urheberrechtsgesetzes. Die Beschwerdeführerin B zeige nicht auf, dass die Meldung des ISRC geeignet und erforderlich sei, um die Vergütung zu berechnen und die Verteilung vorzunehmen, und inwiefern die Meldung zumutbar sei. Die Daten würden zeigen, dass die Aufnahmen auch ohne ISRC eindeutig identifiziert werden könnten. Für die SRG SSR sei es ein nicht zumutbarer finanzieller und personeller Aufwand, wenn sie für sämtliche Plattformen, bei denen sie Musik beziehe, eine Schnittstelle programmieren müsste. Es dürften ihr keine Aufgaben auferlegt werden, die für Nutzer gesetzlich nicht vorgesehen und unzumutbar seien.

9.3 Die Beschwerdeführerin B erwidert, die Beschwerdeführerin A habe nie näher ausgeführt, aus wie vielen Quellen sie wie viele Titel jährlich beziehe. Sie gehe auch nicht darauf ein, dass die Migration des ISRC in ihre eigene

Datenbank auch Kosteneinsparungen bringe. Die Vorinstanz habe alle vorgelegten Informationen und Beweismittel ausgewertet und den relevanten Sachverhalt vollständig und korrekt ermittelt. Soweit es nicht der Fall sei, habe sich das die Beschwerdeführerin A selbst zuzuschreiben.

Durch Auslegung von Art. 51 Abs. 1 URG sei zu beantworten, ob Nutzer zur elektronischen Meldung von Nutzerinformationen verpflichtet werden könnten. Der Zweck der Norm sei sicherzustellen, dass die Verwertungsgesellschaften alle für ihre Aufgaben notwendigen Informationen erhalten würden. Das Bundesgericht berücksichtige auch Art. 45 Abs. 1 URG, wonach die Verwertungsgesellschaften zu einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung verpflichtet seien. Die wirtschaftliche Nutzung hänge von der Form der Meldung ab. Die URG-Revision soll die in Art. 51 Abs. 1 URG anerkannte Pflicht zur elektronischen Meldung nur im Wortlaut verankern, weshalb eine gesetzliche Grundlage bereits bestehe. Der ISRC sei der heute anerkannte flächendeckende Standard, er sei geeignet, Aufnahmen eindeutig zu identifizieren, und zwecks wirtschaftlicher Verwaltung nach Art. 45 Abs. 1 URG auch erforderlich. Der Code könne von der Beschwerdeführerin A mit vernünftigem Aufwand importiert werden. Schon aufgrund der Wichtigkeit des Codes sei es ihr zuzumuten, diesen in ihre Datenbank einzulesen und zu melden. Die Neuformulierung des Eventualantrags sei nicht geeignet, die Berechnung der Vergütung und die Verteilung der Einnahmen effizient zu gestalten oder zu verbessern, und nicht justiziabel.

9.4 Die Vorinstanz führt in der Begründung des Beschlusses aus, der Tarif soll neu eine Verpflichtung zur Meldung des ISRC aufnehmen. Da die Beschwerdeführerin A trotz Zusicherung im Jahr 2012 die notwendigen Systemanpassungen offenbar immer noch nicht vorgenommen habe, scheine eine tarifliche Verpflichtung der einzige Weg zu sein. Anders als im Jahr 2012 sei die Bestimmung von Ziff. 22 heute als angemessen zu erachten. Die Kosteneinsparungen bei der Beschwerdeführerin B lägen auf der Hand und die Investitionen der Beschwerdeführerin A erschienen zumutbar. Der ISRC sei die effizienteste Methode, eine Aufnahme zuzuordnen. Aus dem Entwurf zum neuen URG folge nicht, dass der Beschwerdeführerin A keine Pflicht zur Meldung des ISRC auferlegt werden könne.

9.5

9.5.1 In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin A eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und macht geltend, der Sachverhalt sei rechtsfeh-

lerhaft festgestellt. Sie führt aus, dass sie ihrer Zusicherung nachgekommen sei und ein Musik-Archivsystem aufgebaut habe, das die Meldungen an die Verwertungsgesellschaften weitgehend automatisiere. Das System melde z.B. den ISRC, wenn Music Promotion Network (MPN) die Quelle des Bezugs sei, doch sie beziehe Musik auch von anderen. Müsste sie die Schnittstellen für alle Bezugsquellen anpassen, so wäre dies mit hohen Kosten verbunden, was nicht verlangt werden könne. In Bezug auf diese Schwierigkeiten habe die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig ermittelt und nicht alle rechtserheblichen Aspekte bei der Beurteilung von Ziff. 22 und Ziff. 24 berücksichtigt. Der Gehörsanspruch sei damit verletzt.

9.5.2 Aus dem angefochtenen Beschluss geht hervor, dass die Vorinstanz die Vorbringen der Beschwerdeführerin A im Sachverhalt vollständig und korrekt wiedergegeben hat (vgl. angefochtener Beschluss, S. 16 ff.). Dass sie ein rechtserhebliches Argument nicht erfasst hätte, ist nicht zu ersehen. Auch die Vorinstanz ist nicht gehalten, sich mit allen Parteiäusserungen einlässlich auseinanderzusetzen und jedes Vorbringen ausdrücklich zu widerlegen; es genügt, dass sie die wesentlichen Überlegungen nennt, von denen sie sich beim Entscheid hat leiten lassen (oben E. 3.4). Dies hat sie getan (vgl. angefochtener Beschluss, S. 39 ff.). Die Beschwerde zeigt denn auch, dass eine sachgerechte Anfechtung des Beschlusses möglich war. Die Vorbringen in formeller Hinsicht erweisen sich als unbegründet.

9.6

9.6.1 Art. 51 URG regelt die Auskunftspflicht gegenüber den Verwertungsgesellschaften (Kapitelüberschrift) mit folgendem Wortlaut:

"¹ Soweit es ihnen zuzumuten ist, müssen die Werknutzer und -nutzerinnen den Verwertungsgesellschaften alle Auskünfte erteilen, welche diese für die Gestaltung und die Anwendung der Tarife sowie die Verteilung des Erlöses benötigen.

² Die Verwertungsgesellschaften sind verpflichtet, Geschäftsgeheimnisse zu wahren."

9.6.2 Die Auskunftspflicht umfasst alles, was den Verwertungsgesellschaften erlaubt, Kenntnis von den verwendeten Werken und vom Ausmass der Nutzung zu erhalten (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 51 N. 4). Sie besteht jedoch nur im Rahmen des Zumutbaren. Damit ist gemeint, dass den Nutzern nicht die Meldung von Angaben zugemutet werden darf, deren Beschaffung mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden wäre (GOVONI/STEBLER, a.a.O., N. 1415). So kann etwa von den Schulen keine

Liste der den Schülern verteilten Fotokopien oder von den Kopierzentren keine Liste der für ihre Kunden kopierten Werke erwartet werden. Auf der anderen Seite kann es unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls für Sendeunternehmen, für Betriebe, die Videos vermieten, oder für Bibliotheken, die Bücher vermieten, zumutbar sein, Listen der verwendeten Werke zu liefern (BARRELET/ EGLOFF, a.a.O., Art. 51 N. 5). Das Bundesgericht erachtete die auf eine tarifliche Bestimmung gestützte Pflicht, Angaben über Label und Katalognummern der benützten Tonträger oder über einen anderen Identifikationscode zu melden, als bundesrechtskonform (Urteil des BGer 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6b, publiziert in sic! 1/1998, S. 33 ff.).

9.6.3 Die Pflicht zur Meldung und Dokumentation des ISRC soll neu mindestens dann bestehen, wenn der ISRC zusammen mit der Aufnahme vom Lieferanten der Aufnahme in irgend einer Form mitgeteilt bzw. mitgeliefert wird oder nachträglich unter Hinweis auf eine bestimmte Aufnahme nachgemeldet wird (Ziff. 22). Eine entsprechende Bestimmung war bereits beim abgelaufenen Tarif unter den Parteien strittig. Die Vorinstanz verzichtete beim Tarif A Radio (Swissperform) (2013-2016) noch auf die Statuierung einer Pflicht zur Meldung des ISRC und eine Sanktionsmöglichkeit. Die Beschwerdeführerin B hat diese Bestimmung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Das Gericht führte damals aus, die Einschätzung der Vorinstanz, wonach der Beschwerdeführerin A ein erheblicher Mehraufwand entstehen würde, sei nachvollziehbar. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Umstellung der Meldesysteme offenbar eine Frage der Zeit sei. Allenfalls wären zukünftige Systeme in der Lage, die Meldeprobleme ohne Nacherfassung von Hand zu lösen. Es sei jedoch nicht ausgeschlossen, dass das Meldewesen aufgrund neuer Fakten bzw. neuer technischer Entwicklung zukünftig anders beurteilt würde (Urteil des BVGer B-2429/2013 vom 28. November 2013 E. 5.3.1 f.).

9.6.4 Ob die Meldung und Dokumentation des ISRC erforderlich ist, d.h. ob die Verwertungsgesellschaft die Auskunft für die Gestaltung und die Aufwendung der Tarife sowie die Verteilung des Erlöses benötigt, beurteilt sich nach Art. 51 Abs. 1 URG der geltenden Fassung. Die laufende Revision des Urheberrechtsgesetzes beantwortet die Frage nicht, weshalb weder die Beschwerdeführerin A noch die Beschwerdeführerin B etwas für ihren Standpunkt daraus ableiten können. Die Frage ist unter geltendem Recht zu klären. Das Ziel der kollektiven Verwertung ist unter anderem eine einfache, praktikable und berechenbare Einziehung der Vergütungen, was auch im Interesse der Werknutzer liegt (BGE 125 III 141 E. 4a). Aus diesem

Grund ist bei der Auslegung von Art. 51 Abs. 1 URG auch Art. 45 Abs. 1 URG zu berücksichtigen, der die Verwertungsgesellschaften zu einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung verpflichtet (vgl. Urteil des BGer 4A_418/2007 vom 13. Dezember 2007 E. 8.2). Der ISRC ist eine zwölfstellige alphanummerische Kennzeichnung von Video- und Tonaufnahmen. Die Kennzeichnung ist einzigartig und erlaubt das einfache Erkennen einer Aufnahme (vgl. isrc.ifpi.org, besucht am 4.2.2019). Mit Hilfe des ISRC lässt sich eine Aufnahme eindeutig identifizieren und durch das Aufkommen von e-commerce gewinnt der Code ständig an Bedeutung. Die Ausführungen der Vorinstanz (vgl. angefochtener Beschluss, S. 41) sowie die Aussagen von A._____ (Auskunftsperson der B._____ AG) anlässlich des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. Protokoll der Verhandlung vom 23. November 2016, act. 15 der vorinstanzlichen Akten) zeigen auf, dass der Code mittlerweile der weltweite Standard für die Codierung von Schallplattenaufnahmen ist. Angesichts der Bedeutung erscheint es angebracht, dass die Beschwerdeführerin A der Beschwerdeführerin B den ISRC, wenn immer sie ihn mitgeliefert erhält, mitteilt. Die Beschwerdeführerin B benötigt den ISRC für den Tarif-Vollzug und die Verteilung, wobei er Voraussetzung ist, um dem Gebot der geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung längerfristig nachzukommen. Sowohl die Eignung als auch die Erforderlichkeit sind somit zu bejahen. Obwohl teilweise auch andere Angaben die Aufnahmen identifizieren, erlaubt einzig der ISRC eine einfache und eindeutige Identifikation. Vor diesem Hintergrund ist die Meldepflicht von der gesetzlichen Grundlage gedeckt. Das Bundesgericht hat bereits einmal entschieden, dass die Werknutzer im Rahmen des Zumutbaren im Tarif verpflichtet werden können, Identifikationscodes zu melden (Urteil des BGer 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6b, publiziert in sic! 1/1998, S. 33 ff.).

9.6.5 Ob die Meldung und Dokumentation des ISRC zumutbar ist, beurteilt sich nach den gleichen Grundlagen. Die Zumutbarkeit ist zu verneinen, wenn eine unverhältnismässige Leistung verlangt wird. Die Kosten, welche die Beschwerdeführerin A investieren müsste, um zusätzliche Schnittstellen zwischen ihrem Archivierungssystem und weiteren Bezugsquellen zu programmieren, dürften sicherlich nicht unwesentlich ausfallen. Andererseits liegen die erheblichen Kosteneinsparungen bei der Beschwerdeführerin B auf der Hand. Ein Teil der Aufnahmen lässt sich auch ohne ISRC automatisch zuordnen, doch entfällt der Aufwand für die manuelle Zuordnung jener Aufnahmen, die nicht identifiziert werden können. Ausserdem dürften Kosteneinsparungen längerfristig auch bei der Beschwerdeführerin A anfallen. Angesichts dessen, dass sie schon anlässlich des Genehmigungsverfahrens zum Tarif A Radio (2013-2016) in Aussicht gestellt hatte, ihre Systeme

so zu aktualisieren, dass der ISRC geliefert werden könne, scheinen der Aufwand und die Kosten für die Programmierung von Schnittstellen für weitere Bezugsquellen zumutbar. Die Beschwerdeführerin A zeigt den auch nicht auf, inwiefern die Meldepflicht zur Unzumutbarkeit führen würde.

9.7 Zusammenfassend erscheint es zumutbar, die Beschwerdeführerin A zur Mitteilung des ISRC zu verpflichten, wie dies der Tarif in Ziff. 22 vorsieht. Die Mitteilungspflicht findet ihre Grundlage in Art. 51 Abs. 1 URG, Art. 45 Abs. 1 URG und der dazu ergangenen Rechtsprechung. Eine Rechtsverletzung liegt nicht vor. Der Hauptantrag ist abzuweisen. Abzuweisen ist auch der Eventualantrag. Die beantragte Formulierung hätte zur Folge, dass die Beschwerdeführerin A durch das Archivierungssystem selbst bestimmen könnte, was importierbar ist und was nicht. Das lässt sich nicht überprüfen und wird dem Umstand nicht gerecht, dass die Beschwerdeführerin B den ISRC benötigt. Die Pflicht zur Lieferung besteht, wenn die Beschwerdeführerin A den Code von ihrem Lieferanten auch mitgeteilt erhält.

10.

10.1 Ziff. 24 des genehmigten Tarifs sieht Folgendes vor: "Stellt sich heraus, dass die SRG nach Ziffer 22 zur Angabe des ISRC verpflichtet gewesen wäre, ist SWISSPERFORM berechtigt, die nachgewiesenen Recherchekosten der SRG zu verrechnen."

10.2 Die Beschwerdeführerin A beantragt, Ziff. 24 zu streichen, eventualiter den Schluss der Ziffer durch folgenden Zusatz zu ergänzen: "[...], sofern nur der ISRC eine Erhebung und Verteilung der Vergütung für die konkrete geschützte Aufnahme ermöglicht hätte." Sie begründet den Antrag damit, es gebe keine gesetzliche Grundlage für die Sanktionierung der SRG SSR für eine fehlende oder mangelhafte Meldung eines einzelnen Elements, sofern die fehlende oder mangelhafte Mitwirkung nicht dazu führe, dass die Erhebung und Verteilung der Vergütung verunmöglicht werde. Die Möglichkeiten gemäss Ziff. 29 ff. des Tarifs würden genügen, damit die Beschwerdeführerin B alle nötigen Informationen erhalte, mit denen sie die Vergütung erheben und verteilen könne. Die Streichung von Ziff. 24 mache auch ökonomisch Sinn, da deren Anwendung auf beiden Seiten viel Geld und Ressourcen binden würde. Da erwiesen sein müsse, dass nur der ISRC die Erhebung und Verteilung der Vergütung ermöglicht hätte, sei Ziff. 24 zumindest im Sinne des Eventualantrages anzupassen.

10.3 Die Beschwerdeführerin B hält entgegen, Ziff. 31-32 seien für die Erhebung bzw. Schätzung des massgeblichen Repertoires nicht zielführend. Die Unterschiede, die in den Methoden und den erlangten Informationen bestehen, würden von der Beschwerdeführerin A übersehen. Insgesamt sei die Überwälzung der Recherchekosten eine angemessene Lösung, um doch noch zu den dringenden Verteilinformationen zu gelangen. Der Eventualantrag sei ebenfalls abzuweisen, da der Beschwerdeführerin B nicht zugemutet werden könne, wie bei einem Puzzle alle relevanten Angaben auf eigene Kosten zusammenzutragen und in der Datenbank zu ergänzen. Nach dem Eventualantrag träfe sie eine Beweispflicht. Den Beweis, dass die Aufnahme nicht identifiziert werden konnte und der ISRC die Lösung gewesen wäre, könne sie aber wohl nie erbringen.

10.4 Die Vorinstanz hält in der Begründung des Beschlusses fest, Ziff. 24 weise anders als Ziff. 30 keinen Strafcharakter auf, sondern diene lediglich für einen Ausgleich der Folgekosten bei einem Verstoss gegen die Meldepflicht des ISRC. Es sei sinnvoll und angemessen, die Pflicht zur Meldung abzustützen. Die Beweislast dafür liege bei der Beschwerdeführerin B.

10.5

10.5.1 Der Tarif sieht mit Ziff. 24 und Ziff. 31-32 verschiedene Regelungsgelalte vor. Ziff. 24 bestimmt, dass die Beschwerdeführerin B bei Nichtlieferung des ISRC die nachgewiesenen Recherchekosten auf die Beschwerdeführerin A überwälzen kann. Ziff. 31 bestimmt das allgemeine Vorgehen bei der Verletzung der Meldepflichten, die über die Nichtmeldung des ISRC hinausgehen. Hier führt die Verletzung der Meldepflicht zur Möglichkeit der Beschwerdeführerin B, den Umfang des geschützten Repertoires auf Kosten der Beschwerdeführerin A durch einen Experten erheben (Ziff. 31) bzw. schätzen zu lassen (Ziff. 32). Demgegenüber soll Ziff. 24 dazu beitragen, dass die Beschwerdeführerin A den ISRC auch tatsächlich liefert. Da sie nach Angaben der Beschwerdeführerin B und der Vorinstanz trotz Versprechungen in der Vergangenheit Mühe bekundet hatte, den Code tatsächlich zu liefern, wurde Ziff. 24 in den Tarif aufgenommen.

10.5.2 Dass der Tarif Regeln zur Meldepflicht und den Folgen bei Nichteinhaltung derselben enthalten kann, steht ausser Frage (BARRELET/ EGLOFF, a.a.O., Art. 51 N. 6; vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 51 N. 3). Andernfalls wäre Art. 51 Abs. 1 URG, auf den sich die Tarifregeln stützen, zahnlos. Die Durchsetzung der Meldepflicht erfolgt auf dem zivilprozessualen Weg (BBI 1989 III 545; vgl. auch BARRELET/ EGLOFF, a.a.O., Art. 51 N. 6 und

BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 51 N. 3). Der Ziff. 24 ist einfacher als der Regelungsmechanismus von Ziff. 31-32. Ziff. 31 setzt eine schriftliche Mahnung sowie die Ansetzung einer Nachfrist voraus und erst im Säumnisfall ist die Beschwerdeführerin B berechtigt, im Sinne einer Ersatzvornahme einen Experten auf Kosten der Beschwerdeführerin A zu beauftragen, den Umfang des Repertoires zu erheben. Ziff. 24 bestimmt demgegenüber für den Fall der Nichteinhaltung der Pflicht zur Mitteilung des ISRC einfach, dass die Beschwerdeführerin B die nachgewiesenen Recherchekosten in Rechnung stellen kann. Die Bedeutung des ISRC in der Musikbranche und der Mitteilungspflicht, die für die Beschwerdeführerin B unerlässlich ist, um der Pflicht einer wirtschaftlichen Verwaltung nachzukommen, wurden bereits dargelegt (oben E. 9.6.4). Damit ist es gerechtfertigt, die Mitteilungspflicht zu verstärken und bei einem Verstoss die nachgewiesenen Recherchekosten die Beschwerdeführerin A tragen zu lassen. Ein allfälliger Kontrollaufwand kann sie verhindern, indem sie den ISRC pflichtgemäss liefert. Der Antrag ist abzuweisen. Abzuweisen ist auch der Eventualantrag. Mit der beantragten Neuformulierung könnte sich die Beschwerdeführerin A aus der Verantwortung stehlen, wenn die Aufnahme auch ohne den ISRC identifiziert werden könnte. Dies würde die Meldepflicht schwächen und dem Ziel einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung zuwiderlaufen.

11.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der angefochtene Entscheid kein Bundesrecht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 49 VwVG). Für eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz besteht kein Anlass. Die Beschwerden der Beschwerdeführerinnen A und B sind abzuweisen.

12.

12.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten den Beschwerdeführerinnen A und B aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Streitsache ist vermögensrechtlicher Natur (vgl. BGE 135 II 172 E. 3.2). Die Beschwerdeführerin A geht für ihre Beschwerde von einem Streitwert zwischen Fr. 300'000.– und Fr. 400'000.– aus. Die Beschwerdeführerin B legt ihrer Beschwerde einen grob geschätzten Streitwert von Fr. 150'000.– zugrunde. Obwohl die Streitwertangaben

divergieren, ist es gerechtfertigt, für beide Beschwerden einen gleich hohen Streitwert ungefähr in der Mitte anzunehmen. In Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren sind die Verfahrenskosten für die vereinigten Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht auf insgesamt Fr. 16'000.–, d.h. je Fr. 8'000.– pro Beschwerdeverfahren, festzusetzen.

12.2 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Parteien; unnötiger Aufwand wird nicht entschädigt (Art. 8 VGKE). Keine Entschädigung ist geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht (Art. 9 Abs. 2 VGKE).

Die Beschwerdeführerin A obsiegt im Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin B (Dossier-Nr. B-1699/2018). Da der Vertreter in einem Arbeitsverhältnis zu ihr steht, ist keine Entschädigung geschuldet.

Die Beschwerdeführerin B obsiegt im Beschwerdeverfahren der Beschwerdeführerin A (Dossier-Nr. B-1624/2018). Da keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Berechnungsfaktoren (Art. 8, 9 und 11 VGKE) ist sie auf Fr. 4'000.– festzusetzen. Beschwerdeführerin A ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin B diesen Betrag als Parteientschädigung zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin A wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin B wird abgewiesen.

3.

Die Verfahrenskosten werden auf insgesamt Fr. 16'000.– festgesetzt. Der Beschwerdeführerin A und der Beschwerdeführerin B werden je Fr. 8'000.– auferlegt. Die einbezahlten Kostenvorschüsse werden nach Eintritt der Rechtskraft zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

4.

Die Beschwerdeführerin A wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin B eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu entrichten.

5.

Der Beschwerdeführerin A wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin A (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdeführerin B (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Tarif A Radio 2017 - 2020; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Daniel Willisegger

Pascal Waldvogel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 25. Februar 2019