

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 1056/2018

Urteil vom 19. Februar 2020

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Seiler, Präsident,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz, Stadelmann,
Bundesrichterin Hänni,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Verfahrensbeteiligte
Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR,
Beschwerdeführerin,
Rechtsdienst, MLaw Hussein Nouredine,

gegen

SWISSPERFORM Gesellschaft für Leistungsschutzrechte,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ernst Brem,

Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten
ESchK.

Gegenstand
Tarif A Fernsehen (Swissperform) [2014-2017],

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 22. Oktober 2018
(B-3812/2016).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die Verwertungsgesellschaft "SWISSPERFORM", Gesellschaft für Leistungsschutzrechte (im Weiteren: "Swissperform"), beantragte am 18. Juni 2013 der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) einen neuen "Tarif A Fernsehen" zu genehmigen ("Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Fernsehen). Dieser sollte für vier Jahre, d.h. vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017, gelten und sich auf die folgenden Rechte beziehen:

- die Verwendung von durch verwandte Schutzrechte geschützten, im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern zu Sendezwecken nach Art. 35 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1) im Fernsehen.

- die Vervielfältigung von auf im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern festgehaltenen Darbietungen und Aufnahmen nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken im Fernsehen im Sinne von Art. 24b URG (in der Fassung vom 5. Oktober 2007).

- das Recht, in Fernsehsendungen enthaltene Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik in Verbindung mit ihrer Sendung zugänglich zu machen und die dazu notwendigen Vervielfältigungen vorzunehmen im Sinne von Art. 22c Abs. 1 lit. a - c URG (in der Fassung vom 5. Oktober 2007).

A.b. Der Tarifentwurf regelte unter Buchstabe B. die Erhebung der hierfür jeweils geschuldeten Vergütungen. Danach sind die im Folgenden zitierten Aufnahmen (Ziffern 7.1 und 7.2) nutzungsbezogen nach den Vorgaben in Ziffer 9 des "Tarifs A Fernsehen" zu bemessen:

7.1 gesendete geschützte nicht mit Bildaufnahmen synchronisierte Handelstonträger inkl. diejenigen, die in über Fernsehkanäle ausgestrahlte (n) Radioprogramme (n) enthalten sind. Die entsprechende Vergütung schliesst die entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b (Vervielfältigungen zu Sendezwecken) und Art. 22c (Zugänglichmachung gesendeter musikalischer Werke) URG ein.

7.2 gesendete geschützte Handelstonträger, die mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen inkl. Werbespots synchronisiert wurden. Die entsprechende Vergütung schliesst die entsprechenden Nutzungen nach Art. 24b (Vervielfältigungen zu Sendezwecken) und Art. 22c (Zugänglichmachung gesendeter musikalischer Werke) URG ein.

Für die Berechnung der verschiedenen Entschädigungen sah Ziffer 9 des vorgeschlagenen "Tarifs A Fernsehen" unter anderem vor:

Die Entschädigungen für die Nutzungen gemäss Ziffn. 7.1, 7.2 [...] werden für jedes Programm und jede Nutzungskategorie getrennt berechnet und betragen

- 1,6575 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.1 am Programm.

- 3,315 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm.

A.c. Die ESchK genehmigte am 4. November 2013 den Tarif mit gewissen Anpassungen. Sie strich unter anderem die Tarifziffer 7.2 des Entwurfs und formulierte diese sowie die dazu gehörende Tarifziffer 9 Lemma 2 um:

- Die Ziffer 7.2 wird gestrichen und wie folgt ersetzt: 'Das Zugänglichmachen gesendeter Tonbildträger gemäss Art. 22c URG, die vom Sender oder in seinem Auftrag durch Synchronisierung eines geschützten Handelstonträgers produziert wurden.'

[...]

- Ziffer 9 Lemma 2 wird an die neue Ziffer 7.2 angepasst: '0.015% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziffer 7.2 am Programm.'

Die ESchK begründete ihre Änderungen unter anderem damit, dass nicht Art. 35 Abs. 1 und Art. 24b URG (keine bzw. nur beschränkte Kollektivverwertung), sondern Art. 33 Abs. 2 URG zur Anwendung komme (Selbstverwertung der Rechte der ausübenden Künstler und Künstlerinnen). Die ausübenden Künstler hätten das ausschliessliche Recht, zu bestimmen, ob und gegebenenfalls zu welchen Bedingungen ihre auf Tonträger festgelegten Darbietungen in einen Tonbildträger integriert werden dürften. Die ESchK sei somit unzuständig, in diesem Bereich eine Angemessenheitskontrolle vorzunehmen. Dagegen sei das Recht zum Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke gemäss Art. 22c URG tariflich zu regeln, da dieses Recht nur über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden könne. Dementsprechend seien die Tarifziffern

7.2 und die damit verbundene Ziffer 9 Lemma 2 neu zu formulieren.

B.

Gegen den Beschluss vom 4. November 2013 gelangten die Tarifbeteiligten an das Bundesverwaltungsgericht, welches die Beschwerde der SRG am 30. März 2015 abwies und jene der Swissperform teilweise guthiess (B-1298/2014) : Das Bundesverwaltungsgericht genehmigte unter anderem die Ziffer 7.2 des Tarifs in der ursprünglich vorgeschlagenen Fassung; es sah vor, dass die Vergütungen ab dem 1. Januar 2014 und nicht erst ab dem Urteilsdatum vom 30. März 2015 bzw. der Rechtskraft seines Entscheids geschuldet seien; es setzte die Zahlungspflicht in diesem Sinn "rückwirkend" in Kraft. Das Bundesverwaltungsgericht befand, dass das Vervielfältigen zu Sendezwecken und das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke nach Art. 24b sowie Art. 22c URG auch auf im Handel erhältliche, synchronisierte Tonaufnahmen ("Handelstonträger") in audiovisuellen Gesamtwerken anzuwenden und darum im "Tarif A Fernsehen" zu belassen seien. Das Bundesgericht trat am 4. Juni 2015 auf eine von der SRG hiergegen gerichtete Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht ein, da es sich um einen Rückweisungs- und damit um einen Zwischenentscheid handelte, bei dem die Voraussetzungen für eine separate Anfechtung nicht gegeben waren (vgl. Art. 93 BGG; Urteil 2C 394/2015).

C.

Am 18. Dezember 2015 prüfte die ESchK die vom Bundesverwaltungsgericht an sie zurückgewiesenen Punkte. Sie lehnte es ab, die Tragweite von Tarifziffer 7.2 (Kollektiv- oder Einzelverwertung) noch einmal zum Verfahrensgegenstand zu machen. Sie könne und dürfe nur in den zurückgewiesenen Punkten neu entscheiden, die anderen Aspekte seien durch das Bundesverwaltungsgericht definitiv beurteilt. Sie habe unter anderem die Angemessenheit von Ziffer 9 Lemma 2 des Tarifs neu zu prüfen. Gestützt auf die bisherige Situation und um eine allzu sprunghafte Erhöhung der Entschädigungen in einem Schritt zu vermeiden, erscheine eine Reduktion des Satzes um 50 % für die Nutzung gemäss Ziffer 7.2 des Tarifs auf 1,6575 % angemessen (statt 3,315% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Tarifziffer 7.2 am Programm); zudem sei für jedes Jahr im Rahmen der Tarifziffer 9 Lemma 2 ein "gestaffeltes Kostendach" ("Deckelung") von jährlich Fr. 100'000.– vorzusehen. Die rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifs auf den 1. Januar 2014 sei im Hinblick auf die spezielle Situation bei den urheberrechtlichen Tarifen nicht zu beanstanden.

D.

Die Tarifbeteiligten gelangten hiergegen an das Bundesverwaltungsgericht; dieses wies am 22. Oktober 2018 die Beschwerde der SRG ab und hiess jene der Swissperform gut: Eine rückwirkende Inkraftsetzung sei zulässig im Hinblick auf das synallagmatische Verhältnis von Nutzungsrecht und Zahlungspflicht. Das Bundesverwaltungsgericht lehnte den Antrag der SRG ab, die Vergütungen gemäss Tarifziffer 7.2 erst ab dem 1. Januar 2016 für geschuldet zu erklären (E. 3). Die Deckelung erweise sich ihrerseits als unzulässig (Jahrespauschale nicht nach Bruttoprinzip [E. 6.4.1], Abmachungen stets unpräjudiziell [E. 6.4.2], Vergleichstarif endete im Jahr 2009 [E. 6.4.3] usw.). Die Beschwerde der Swissperform sei in diesem Punkt deshalb gutzuheissen und die "Deckelung" aufzuheben.

E.

Die SRG beantragt vor Bundesgericht, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Oktober 2018 aufzuheben und die Sache zur erneuten Beurteilung an dieses zurückzuweisen. Eventuell beantragt sie, Ziffer 1 des Beschlusses der ESchK vom 18. Dezember 2015 betreffend "Tarif A Fernsehen" (SWISSPERFORM) mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017 wie folgt zu ändern:

1.1 Ziffer 9 Lemma 2:

" 1,6575 0,82875 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm. Während der Geltungsdauer des Tarifs darf diese Entschädigung jedoch nicht mehr als

- Fr. 100'000.– für das Jahr 2014
- Fr. 200'000.– für das Jahr 2015

- Fr. 300'000 – für das Jahr 2016
 - Fr. 400'000 – für das Jahr 2017
- betragen.”

1.2 [unverändert]

1.3 Ziffer 7.2 wird mit folgendem Zusatz genehmigt: ”Die Vergütung für diese Aufnahmen ist ab dem 1. Juli 2016 geschuldet.”

Die SRG macht geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 29 BV) und Art. 60 URG (Grundsatz der Angemessenheit) falsch angewendet; der angefochtene Entscheid verstosse gegen das Rückwirkungsverbot, die ”Ballettregel” und führe mit der Aufhebung der ”Deckelung” zu einer sprunghaften Erhöhung der Entschädigung für die Nutzung nach Tarifziffer 7.2; eine solche sei nach der Praxis der ESchK unzulässig.

Die Swissperform beantragt, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Beide Parteien hielten im zweiten Schriftenwechsel an ihren Anträgen und Ausführungen fest.

Das Bundesverwaltungsgericht und die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten haben darauf verzichtet, zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Das Bundesverwaltungsgericht ist am 2. Mai 2019 hierauf zurückgekommen und legt dar, dass die SRG bisher zu niedrige Jahrespauschalen bezahlt habe, weshalb der Anstieg auf angemessene Werte auch unter Berücksichtigung der Verhinderung sprunghafter Ausgestaltungen von Tarifen zulässig sei. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat sich nicht geäussert.

Mit Verfügung vom 16. Januar 2019 legte der Abteilungspräsident der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung in dem Sinne bei, dass er die von der ESchK vorgesehene ”Deckelung der Abgaben” bis zum vorliegenden Entscheid fortgelten liess.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts über einen Tarifgenehmigungsbeschluss nach dem Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 59 und 74 URG). Da grundsätzlich alle Eintretensvoraussetzungen gegeben sind (vgl. Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs.1 lit. a; Art. 89 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG), ist die vorliegende Eingabe materiell zu behandeln (vgl. die Urteil 2C 685/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 1.2, nicht publ. in BGE 143 II 617 und 2C 146/2012 vom 20. August 2012 E. 1).

1.2. Die Swissperform macht in formeller Hinsicht geltend, die Anträge und Eventualanträge der SRG seien widersprüchlich und unverständlich; dies ist unter Berücksichtigung der Beschwerdebegründung im Gesamtzusammenhang nicht der Fall (vgl. BGE 136 V 131 E. 1.2 S. 135 f. mit Hinweisen). Es ist hinreichend klar, was die SRG will: nämlich die Entschädigung von 1,6575% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Tarifziffer 7.2 am Programm gestützt auf die ”Ballettregel” auf 0,82875 % zu halbieren; die von der Vorinstanz aufgehobene ”Deckelung” wieder herzustellen sowie die Frage des ”rückwirkenden” Inkrafttretens des Tarifs zu ihren Gunsten zu entscheiden (statt auf den 1. Januar 2014 auf den 1. Juni 2016).

2.

2.1. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG); es prüft unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG) jedoch nur die in der Beschwerde dargelegten Rechtsverletzungen, falls weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offen-

sichtlich sind (BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144); dies ist hier nicht der Fall.

2.2.

2.2.1. Das Bundesgericht ist im Übrigen an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser erweise sich in einem entscheidungswesentlichen Punkt als offensichtlich falsch oder unvollständig (BGE 142 I 135 E. 1.6 S. 144 f.; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254; zur Unvollständigkeit der Sachverhaltsfeststellung: BGE 136 II 65 E. 1.4 S. 68; 134 V 53 E. 4.3 S. 62). Inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung bzw. die Sachverhaltsfeststellung klarerweise unhaltbar sein sollen (Art. 9 BV: Willkürverbot), muss in der Beschwerdeschrift detailliert aufgezeigt werden - ebenso die Relevanz allfälliger offensichtlicher Fehler für den Ausgang des Verfahrens (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53 mit Hinweisen; 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.). Die Beschwerdeführerin beanstandet in mehreren Punkten, der Sachverhalt sei offensichtlich falsch festgestellt; sie zeigt indessen nur punktuell auf, inwiefern die ermittelten - teilweise durch die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz zugestandenen - unzutreffenden Sachverhaltsfeststellungen entscheidungswesentlich wären. Soweit nötig prüft das Bundesgericht die Sachverhaltsrügen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung der noch offenen Fragen.

2.2.2. Soweit die Beschwerdeführerin den angefochtenen Entscheid nur appellatorisch kritisiert und der Auffassung der Vorinstanz lediglich ihre Sicht der Dinge gegenüberstellt, ohne aufzuzeigen, inwiefern die Ausführungen und Annahmen bezüglich des Sachverhalts und der Beweiswürdigung im angefochtenen Entscheid Art. 9 BV (Willkürverbot) verletzen, wird auf ihre Darlegungen mangels rechtsgenügender Begründung nicht weiter eingegangen (vgl. statt vieler die Urteile 2C 393/2019 vom 18. September 2019 E. 2.2 und 2C 456/2019 vom 3. September 2019 E. 1.2; LAURENT/MERZ, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar zum BGG, 3. Aufl. 2018, N. 53 zu Art. 42 BGG). Das Bundesgericht behandelt im Folgenden nur die der gesetzlichen Begründungspflicht genügenden Ausführungen (Art. 105 Abs. 2 BGG; BGE 143 II 283 E. 1.2.2 S. 286; 137 II 353 E. 5.1 S. 356).

3.

Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht zu Unrecht geltend, der angefochtene Entscheid sei nicht hinreichend begründet. Die Vorinstanz hat die ausschlaggebenden Elemente in ihrem Entscheid dargelegt und ist damit ihrer Begründungspflicht nachgekommen. Es war der Beschwerdeführerin gestützt auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid möglich, diesen sachgerecht anzufechten: Die Vorinstanz hat sich mit den einzelnen Einwänden der Beschwerdeführerin hinreichend vertieft auseinandergesetzt; sie war nicht gehalten, auf alle Vorbringen im Einzelnen einzugehen. Ausschlaggebend sind die argumentativ wesentlichen Elemente der Begründung; zu nicht entscheidungsrelevanten Punkten musste sich das Bundesverwaltungsgericht nicht (weiter) äussern (zur Begründungspflicht: vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236, 184 E. 2.2.1 S. 188; je mit Hinweisen).

4.

4.1. Der "Tarif A Fernsehen" (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sende Zwecken im Fernsehen) betrifft die Tätigkeiten der SRG als Sendeunternehmen im Bereich des Fernsehens. Der Tarif bezieht sich unter anderem auf die Nutzung von im Handel erhältlichen Ton- und Tonbildträgern in den Fernsehprogrammen der Beschwerdeführerin. Diese Rechte können nur von zugelassenen Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (Art. 22c Abs. 1, Art. 24b Abs. 1 und Art. 35 Abs. 3 URG), welche für die von ihnen geforderten Vergütungen Tarife aufstellen, darüber mit den massgebenden Nutzerverbänden verhandeln und die Tarife der Schiedskommission zur Genehmigung unterbreiten (Art. 46 URG).

4.2. Die ESchK billigt den ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Art. 60 URG konkretisiert für die Tarife den Grundsatz der Angemessenheit (dazu BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., N. 1 f. zu Art. 60 URG; GOVONI/STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbs-

recht, II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, S. 520 ff.). Bei der Festlegung der angemessenen Entschädigung sind folgende Kriterien zu berücksichtigen: (1) 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 (Art. 60 Abs. 1 lit. a URG); (2) die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Art. 60 Abs. 1 lit. b URG) und (3) das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen (Art. 60 Abs. 1 lit. c URG). Nach Art. 60 Abs. 2 URG beträgt die Entschädigung für die Urheberrechte in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands und maximal drei Prozent für die verwandten Schutzrechte; sie ist jedoch so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten.

4.3. Im vorliegenden Fall bilden noch drei Fragen Verfahrensgegenstand; nämlich, (1) ob die Vorinstanz und die ESchK bei der Festsetzung der Entschädigung in Tarifiziffer 9 Lemma 2 des "Tarifs A Fernsehen" die "Ballettregel" richtig angewendet haben (hierzu nachstehende E. 5); (2) ob die Vorinstanz die von der ESchK angeordnete "Deckelung" (zeitlich gestaffelte Erhöhung des Entschädigungsbetrags) zu Recht aufgehoben hat (hierzu nachstehende E. 6) und (3) ob der "Tarif A Fernsehen" im Hinblick auf die Dauer der verschiedenen Verfahren "rückwirkend" auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt werden durfte (hierzu nachstehende E. 7).

5. Ballettregel

5.1. Im Beschluss vom 18. Dezember 2015 betreffend den "Tarif A Fernsehen" (Swissperform) hielt die ESchK fest, dass bei der Prüfung der Angemessenheit im Rahmen der Art des benutzten Werks auch die Komplexität und der Herstellungsaufwand bei einer Werkkategorie mitzuberücksichtigen seien (Art. 60 Abs. 1 lit. b URG; DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, N. 158). Im vorliegenden Fall bilde der in Ziff. 9 Lemma 3 des Tarifs gemäss dem ursprünglichen Genehmigungsgesuch vom 18. Juni 2013 für gesendete geschützte Handelstonbildträger (mit Ausnahme der Musikfilme [Ziffer 7.4 des Tarifs]) festgehaltene Vergütungssatz von 3.315 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen Basis für die Berechnung der geschuldeten Vergütung für die gesendeten geschützten Handelstonträger; es rechtfertige sich, im Hinblick auf den Unterschied der Komplexität der Werkkategorien (Handelstonträger bzw. Handels tonbild träger) den Ansatz für Tarifiziffer 7.2 von 3.315 % um 50 Prozent auf 1,6575 % zu senken.

5.2. Das Bundesverwaltungsgericht lehnte es am 22. Oktober 2018 ab, dem Antrag der SRG, die Nutzung synchronisierter Handelstonträger nach Tarifiziffer 7.2 in Anwendung der "Ballettregel" als Teilleistung zu würdigen und den Vergütungssatz von Tarifiziffer 9 Lemma 2 zusätzlich zu halbieren: Die Integrationsvorgänge nach Tarifiziffern 7.1 und 7.2 unterschieden sich in der technischen Verwendung, Herkunft und Auftrageberschaft des (allenfalls) verwendeten Bildmaterials, nicht aber massgeblich in der Sendenutzung des anspruchsbegründenden Tonträgers. Da Vergütungsrechte an den Bildinhalten fehlten, vermöchten sie keinen Unterschied der Tarifvergütung zu begründen. Eine allgemeine niedrigere Nutzungsintensität der synchronisierten gegenüber der nicht synchronisierten Nutzung, lasse sich nicht feststellen. Bildinhalte könnten auch unter Tarifiziffer 7.1 asynchron mit der geschützten Tonaufnahme kombiniert werden und die Nutzungsweise als Sendung bleibe dabei im Wesentlichen dieselbe.

5.3. Die SRG beantragt, die Tarifiziffer 9 Lemma 2 auf 0.82875 % zu senken. Unter dem Aspekt der "Ballettregel" seien nicht nur über die Verwertungsgesellschaften unter Bundesaufsicht abzurechnende Leistungsschutzrechte relevant. Es müsse bei der Bemessung der Tarifhöhe untersucht werden, welche nicht unter den Tarif fallende Werke, Leistungen und Beiträge der SRG gleichzeitig mit dem Handelstonträger gesendet würden. Die "Ballettregel" gelte nicht nur bei mehreren, zum selben Zeitpunkt gleichzeitig gesendeten Werken und Leistungen, bei denen keine (anderen) Vergütungsansprüche anfielen. Bei den in Eigenproduktionen integrierten Handelstonträgern fielen weitere Ansprüche an. Entsprechend rechtfertige es sich, in Anwendung der "Ballettregel" eine (zusätzliche) Reduktion von 50 % auf den Basissatz von 1.6575 % vorzunehmen, was zu den beantragten 0.82875 % führe. Radioprogramme würden auch im Fernsehen gesendet. Dabei filme eine Standkamera den Moderator, währendem Musik laufe. Bei dieser Musikanwendung seien sich die Parteien sowie die ESchK einig, dass ein Tarifsatz von 1.6575% pro-rata-temporis angemessen erscheine. TV-Eigenproduktionen

enthielten ebenfalls Musik. Im Gegensatz zu den Radioprogrammen im TV genüge hier eine Standkamera jedoch nicht. Vielmehr handle es sich um komplexe Produktionen, die verschiedene Werke und Leistungen enthielten. Es wirkten zahlreiche Personen mit wie Moderatoren, Off-Sprecher, Schauspieler, Kameraleute, Regisseure, Drehbuchautoren, Filmeditoren, Produzenten usw., deren Leistungen von der SRG ebenfalls zu entschädigen seien. Es müsse auf den Tarifansatz für Radioprogramme im TV in der Höhe von 1.6575% pro-rata-temporis die "Ballettregel" angewandt werden, um einen Tarifsatz zu ermitteln, der die höhere Anzahl von Berechtigten angemessen berücksichtige.

5.4.

5.4.1. Die in Art. 60 Abs. 1 lit. c URG vorgesehene Regel, wonach bei der Bemessung der Vergütung das Verhältnis zwischen geschützten und ungeschützten Werken und Leistungen zu berücksichtigen ist, umfasst zwei Aspekte: Einerseits die hier nicht umstrittene sog. "Pro-rata-temporis"- Regel (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 16 zu Art. 60 URG); sie kommt dann zur Anwendung, wenn der Nutzungsertrag aus einer kontinuierlichen Tätigkeit anfällt, bei der die im Tarif vergüteten Werke und Leistungen nur einen Teil der Zeit der Tätigkeit abdecken. In diesem Fall ist die tarifliche Entschädigung im Verhältnis der Dauer der tariflich erfassten Leistung zur Gesamtzeit zu kürzen.

5.4.2. Sind bei einer gleichzeitigen Nutzung mehrere geschützte Werke und Leistungen verbunden, deren Entschädigungen nur zum Teil im Tarif geregelt werden, so ist gestützt auf die sog. "Ballettregel" die im Tarif geschuldete Vergütung zu reduzieren. Die Ballettregel findet z.B. in den Tarifen zur Vorführung und Sendung von audiovisuellen Werken und bei den Aufführungstarifen für die sog. Bühnenmusik Anwendung (DIETER MEIER, a.a.O., N. 160; BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, N. 17 zu Art. 60 URG; BREM/SALVADÉ/WILD, in: Müller/Oertli, SHK Urhebergesetz [URG], 2006, N. 10 - 11 zu Art. 60 URG; CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, in: SIWR II/1, 2. Aufl. 2014, N. 1466). Bei der "Ballettregel" wird die Urheberrechtsentschädigung anteilmässig reduziert, falls mit den kollektiv verwerteten Werken gleichzeitig andere Werke oder Werkteile dargeboten werden, wie dies beim "Ballett" der Fall ist, wo neben der Musik die Choreographie eine entscheidende Rolle spielt (vgl. das Urteil 2A.248/1997 vom 16. Februar 1998 E. 2c/aa [Zirkusmusik]). Obwohl die "Ballettregel" im geltenden Gesetz nicht explizit erwähnt wird, gilt sie dennoch aufgrund von Art. 60 Abs. 1 lit. c URG als ein Element der Angemessenheitsprüfung (BREHM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N.10 ff. zu 60 URG). Wie gross die Reduktion zu sein hat, ist von Fall zu Fall zu bestimmen und je nach Werkkategorie zu unterscheiden (DIETER MEIER, a.a.O., N. 160 f.).

5.4.3. Die Auslegung der Vorinstanz, wonach die "Ballettregel" im Rahmen der Tarifiziffer 7.2 nicht zur Anwendung kommen könne, ist zu eng: Bei der Tarifiziffer 7.1 geht es um die Sendung von Handelstonträgern, die nicht mit Bildaufnahmen synchronisiert sind, zu denken ist etwa an eine musikalische Unterlegung eines Standbilds oder von Bildern einer Webcam, ohne dass die Bilder mit der Musik synchronisiert worden wären. Anders verhält es sich bei Tarifiziffer 7.2: Dort geht es um Handelstonträger, die mit "vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen incl. Werbespots" gesendet werden. In dieser Situation sind zusätzliche Leistungen denkbar, da der geschützte Handelstonträger eben mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen synchronisiert wird. Dabei kann es sich im Resultat potentiell um komplexe TV-Produktionen handeln, die verschiedene Werke und Leistungen sowie unter anderem allenfalls auch gesendete geschützte Handelstonträger umfassen. Es können dabei - wie die SRG zutreffend geltend macht - somit weitere urheber- oder nachbarrechtliche Ansprüche zu entschädigen sein. Die "Ballettregel" gebietet, diesem Umstand im Einzelfall angemessen Rechnung zu tragen.

5.4.4. Wird der Handelstonträger mit vom Sender oder in seinem Auftrag produzierten Bildaufnahmen synchronisiert, entsteht ein Werk, bei dem die beigefügten Bildelemente, welche nicht unter den "Tarif A Fernsehen" fallen, die Sendung des geschützten Handelstonträgers im Hinblick auf die Bildaufnahmen in den Hintergrund treten lassen. Die "visuelle Dramatik" kann in diesem Fall den eigenständigen musikalischen Wert des Handelstonträgers verdrängen. Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen sind unter dem Aspekt der "Ballettregel" nicht nur über Verwertungsgesellschaften unter Bundesaufsicht abzurechnende Leistungsschutzrechte zu berücksichtigen, sondern auch Rechte, welche ausserhalb der gemeinsamen Verwertung - etwa Bild-, Bildregie-

oder Drehbuchrechte - abzugelten sind. Bei dieser Reduktion sind die übrigen Bemessungsfaktoren, insbesondere diejenigen nach Art. 60 Abs. 1 lit. b URG, zu berücksichtigen (vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N. 12 zu Art. 60 URG). Die Ballettregel soll den notwendigen Raum für Vergütungen schaffen, die zwar anspruchsberechtigt sind, vom in Frage stehenden Tarif aber nicht erfasst werden. Dies drückt bereits der Begriff der "Ballettregel" aus: Die Musik ist dort Gegenstand einer kollektiven, der Bundesaufsicht unterstellten Verwertung, die öffentliche Aufführung der Choreographie indessen nicht (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 17 zu Art. 60 URG).

5.4.5. Die Beschwerdeführerin geht mit ihrem in diesem Zusammenhang gestellten Rückweisungsantrag zutreffend davon aus, dass es nicht am Bundesgericht sein kann, einen entsprechenden Prozentsatz erstinstanzlich im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu bestimmen; es ist dem Bundesgericht auch nicht möglich, die 1,6575 % im Rahmen der Tarifiziffer 9 Lemma 2 gestützt auf die "Ballettregel" zu kürzen: Es liegen hierzu keine Zahlen oder klar glaubhaft gemachte Situationen einer Anwendung der "Ballettregel" vor; es kann deshalb nicht abgeschätzt werden, welches im konkreten Fall eine "angemessene" Kürzung der Entschädigung sein könnte und worauf sich diese bezöge. Die SRG hat als Beispiel für die Anwendung von Tarifiziffer 7.2 auf die Sendungen "Mini Beiz - Dini Beiz", "Dok" sowie die Krimiserie "Der Bestatter" verwiesen. Andere Beispiele hat sie nicht genannt. Für komplexere TV-Produktionen dürfte - wie die Swissperform zu Recht einwendet - in der Regel aber Auftragsmusik und nicht ein Handelstonträger verwendet werden. Die SRG hat im Rahmen der Tarifiziffer 7.2 keine konkreten Produktionen nennen können, die klarerweise unter die "Ballettregel" fallen würden; es ist an ihr, im Rahmen künftiger Tarife quantitativ und qualitativ zu belegen, in welchem Zusammenhang und Umfang sie sich auf die "Ballettregel" berufen will. Eine blosse theoretische Möglichkeit des Bestandes anderer abzugeltender Rechte genügt nicht, um bereits in den Genuss der "Ballettregel" zu kommen. Es wird an den Tarifbeteiligten liegen, mit Blick auf die konkrete Anwendung von Tarifiziffer 7.2 die Ausgestaltung und die Gewichtung der einzelnen abzugeltenden Elemente künftig zu klären und die Anrufung der "Ballettregel" - falls nötig und begründet - anlässlich eines neuen Tarifs zu konkretisieren. Können sich die Tarifbeteiligten nicht einigen, wird es an der Schiedskommission sein, diesen ermessensgeprägten Entscheid zu fällen (vgl. das Urteil 2A.248/1997 vom 16. Februar 1998 E. 2c/aa in fine).

5.5. Die Schiedskommission hat die beantragte Entschädigung von ursprünglich 3.315 % um 50 Prozent auf 1,6575 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Tarifiziffer 7.2 am Programm reduziert; ohne genauere abweichende sachverhaltliche Grundlagen rechtfertigt es sich, die von ihr als Fachinstanz bestimmte und durch die Vorinstanz bestätigte Entschädigung von 1,6575 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Tarifiziffer 7.2 am Programm zu bestätigen und dem hier umstrittenen "Tarif A Fernsehen" vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2017 zugrunde zu legen.

6. "Deckelung"

Als zweiter Punkt stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit des "gestaffelten Kostendachs" ("Deckelung") im Rahmen von der nach Tarifiziffer 7.2 in Verbindung mit Ziffer 9 Lemma 2 geschuldeten Vergütung, um eine sprunghafte Erhöhung der geschuldeten Entschädigung für die Nutzerin (SRG) "abzufedern".

6.1. Das Bundesverwaltungsgericht ging davon aus, dass die "gestaffelten Kostendächer" während der Laufzeit des Tarifs aus mehreren Gründen widerrechtlich seien: Die frühere Pauschale sei nicht nach dem Bruttoprinzip berechnet worden, sodass der neue Tarif sich auf eine sachlich gerechtfertigte Umstellung der Berechnungsbasis stütze, die eine entsprechende Erhöhung gebiete (E. 6.4.1 des angefochtenen Entscheids). Beide Parteien hätten seit 1995 die Jahrespauschale stets als unpräjudizierbar bezeichnet, wovon die ESchK Kenntnis genommen habe (zur Pauschalentschädigung: BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 5 zu Art. 60 URG). Ihre Zustimmung vermöge kein Vertrauen der Beschwerdeführerin und ihrer tarifbetroffenen Nutzer in die Kontinuität der Pauschale zu begründen (E. 6.4.2 des angefochtenen Entscheids). Trotz Rechtskraft des "GT A Fernsehen" [2010-2012] sei die nachträglich ausgehandelte Pauschalentschädigung für das Jahr 2013 nur akonto vereinbart worden; sie könne für die Beschwerdeführerin nicht als Richtwert dienen (E. 6.4.3 des angefochtenen Entscheids). Die Höhe der "Gestaffelten Kostendächer" sei anhand der Gesamtvergütung des "Tarifs A Fernsehen" berechnet, aber in Tarifiziffer 9 Lemma 2 auf Vergütungen aus der Nutzung im Sinne von

Ziff. 7.2 beschränkt worden, was Interpretinnen und Interpreten solcher Werke willkürlich benachteilige, andere Berechtigte an Handelstonträgern, z.B. Interpretinnen und Interpreten nichtsynchronisierter Sendungen nach Tarifziffer 7.1, dagegen bevorzuge (E. 6.4.4 des angefochtenen Entscheids). Zusammenfassend hält die Vorinstanz fest, dass die "Deckelung" von Tarifziffer 9.2 sich aus jedem dieser Gründe als unzulässig erweise. Eine Abfederung der längst fälligen Erhöhung um rund Fr. 400'000.– pro Jahr, mit der die Parteien für den "Tarif A Fernsehen" übereinstimmend insgesamt rechneten, also eines Anteils von Fr. 100'000.– für die vorliegend noch strittige Tarifziffer, erscheine angesichts der überaus langen Einführungszeit eines nutzungsabhängigen Tarifs als unverhältnismässig und damit rechtswidrig. Die Umstellung auf eine nutzungsproportionale Vergütungsbeziehung über zwanzig Jahre nach Inkrafttreten des URG rufe vielmehr nach einer sofortigen Erhöhung auf angemessene Vergütungswerte, weshalb sich eine zweite Rückweisung an die Vorinstanz erübrige.

6.2. Die SRG macht geltend, die Aufhebung der "gestaffelten Kostendächer" sei bundesrechtswidrig und im Übrigen mit dem Rückwirkungsverbot unvereinbar. Der Entscheid der Vorinstanz sei zudem ungenügend begründet und verletze damit ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. hierzu vorstehende E. 3). Die Kontinuität der Vergütung und der Verteilung sei, soweit diese sie betreffe, gewahrt; die interne Verteilung im Rahmen der Swissperform sei von ihr nicht beeinflussbar. Entgegen der Annahme der Vorinstanz liege keine grundlegende Umstellung der Berechnungsgrundlage vor, da auch der neue Tarif das Bruttoprinzip nicht vollständig umsetze. Die Verzögerung bei der Einführung der nutzungsabhängigen Entschädigung und des Bruttoprinzips hätten beide Beteiligte zu verantworten. Die Aufhebung der "Deckelung" führe zu einer Erhöhung des Tarifs im Vergleich zum Vorgängertarif von über 30 %. Eine solche sprunghafte Erhöhung sei nach der Praxis der ESchK unzulässig. Die Swissperform sehe vor, für das Jahr 2016 eine Vergütung für die integrierten Tonträger von Fr. 751'000.– einzuziehen. Aufgrund der Deckelung würde sie - die Beschwerdeführerin - jedoch nur Fr. 300'000.– schulden; insgesamt rechne sie - ohne die "Deckelung" - und mit der vollen Rückwirkung - mit Nachforderungen in der Höhe von Fr. 2'000'000.–. Die ausgezahlte Gesamtsumme 2014 habe sich im Vergleich zur Gesamtsumme 2013 wesentlich erhöht. Auf die interne Weiterverteilung der Gelder komme es nicht an. Das Bestehen einer sprunghaften Erhöhung bemesse sich vielmehr an der gesamthaften Tarifleistung der Nutzerseite.

6.3.

6.3.1. Die Swissperform wandte sich vor dem Bundesverwaltungsgericht gegen das "gestaffelte Kostendach" ("Deckelung"). Sie stelle den Grundsatz des Verbots der sprunghaften tariflichen Erhöhung nicht grundsätzlich infrage, doch müsse er im Rahmen von Art. 60 Abs. 2 URG und dem Kausalitätsprinzip von Art. 49 Abs. 1 URG konkretisiert werden. Danach hätten die Verwertungsgesellschaften die Erlöse nach Massgabe des Ertrags der einzelnen Werke und Darbietungen zu verteilen (vgl. das Urteil 2C 527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 9.2 [Verteilung unter dem GT W]). Die Fachgremien der Swissperform hätten beschlossen, die Einnahmen hälftig der Phono- und der Audiovisionsseite gutzuschreiben. Diese Aufteilung habe sich im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass die SRG sich geweigert habe, weitere konkrete Zahlen zu liefern. In der Tarifperiode 2010 bis 2013 flossen den Berechtigten im Jahresdurchschnitt so je Fr. 600'000.– zu. Die Musikvideoverteilung erfolgte aus praktischen Gründen auf der Phonoseite, welcher die entsprechenden Tarifeinnahmen in der Grobverteilung intern zugewiesen wurden.

6.3.2. In der Folge sei - so die Swissperform - die Nutzung von den geschützten Handelstonbildträgern durch die Tarifparteien auf eine Pauschalleistung von Fr. 1'050'000.– festgelegt und in dieser Form genehmigt worden. Den Tonträgerberechtigten flossen 2014 neben den Fr. 149'239.13 gestützt auf die "Deckelung" damit höchstens noch weitere Fr. 100'000.– für integrierte Tonträger zu. Dies bedeute, dass die Entschädigung an die Tonträgerberechtigten in diesem Jahr gegenüber den vergangenen Tarifperioden für eine weitgehend unveränderte Nutzung von Fr. 600'000.– auf Fr. 249'239.13, also um rund drei Fünftel, eingebrochen sei. Gegenüber dem vorhergehenden Tarif habe die ESchK mit dem "gestaffelten Kostendach" für die Künstler/Künstlerinnen, deren Darbietungen auf Handelstonträger festgehalten wurden, und die Beteiligungsrechte der Tonträgerproduzenten massiv reduziert (vgl. zu dieser Problematik: DIETER MEIER, a.a.o., N. 154).

6.4.

6.4.1. Am 18. Dezember 2015 prüfte die ESchK im Nachgang zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. März 2015 die Angemessenheit von Ziffer 9 Lemma 2 des "Tarifs A Fernsehen". Gestützt auf die bisherige Situation und um eine allzu sprunghafte Erhöhung in einem Schritt zu vermeiden, erachtete sie eine Reduktion des Entschädigungssatzes um 50 % für die Nutzung gemäss Ziff. 7.2 des Tarifs auf 1,6575 Prozent als angemessen. Bei den von den Parteien im Rahmen von Tarifziffer 7.2 geschätzten zusätzlich geschuldeten Fr. 800'000.– bis Fr. 1'000'000.– bestünde eine Erhöhung um 67 bis 83 Prozent im Vergleich zur bisherigen Vergütung. Zwar habe sie den ausschlaggebenden Vergütungssatz halbiert, weshalb die Mehrkosten bei Fr. 400'000.– bzw. Fr. 500'000.– Franken lägen, was noch einer Erhöhung um rund 40 % entspreche; der SRG sei auch eine solche, weil allzu sprunghaft, nicht zumutbar.

6.4.2. Die ESchK war deshalb nur bereit, Ziff. 9 Lemma 2 des Tarifs zu genehmigen, falls die Erhöhung unter Festlegung eines "gestaffelten Kostendachs" erfolgte. Die ESchK entschied deshalb:

1. Der mit Eingabe vom 18. Juni 2013 beantragte Tarif A Fernsehen (Swissperform) [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern und Tonbildträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG SSR) zu Sende Zwecken im Fernsehen] wird mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2017 nebst den sich aus dem Beschluss der Schiedskommission vom 4. November 2013 und dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1298/2014 vom 30. März 2015 ergebenden Änderungen mit folgenden Anpassungen genehmigt:

1.1 Ziffer 9 Lemma 2

1,6575 % der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen nach Ziff. 7.2 am Programm. Während der Geltungsdauer des Tarifs darf diese Entschädigung jedoch nicht mehr als

- Fr. 100'000.– für das Jahr 2014
- Fr. 200'000.– für das Jahr 2015
- Fr. 300'000.– für das Jahr 2016
- Fr. 400'000.– für das Jahr 2017

betragen.

6.5.

6.5.1. Die Beurteilung der ESchK erscheint im konkreten Fall nicht als rechtswidrig und ist demnach zu schützen: Das Bundesgericht geht wie die Schiedskommission davon aus, dass sprunghafte Erhöhungen zu Lasten der Nutzer - wenn möglich - zu vermeiden sind (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N. 4 - 6 zu Art. 60 URG). Ein Wechsel im Berechnungssystem kann zu grösseren Tarifierhöhungen führen, die zulässig sind, wenn sie auf sachlich begründete Umstellungen der Berechnungsgrundlagen zurückgehen; sie können auch ein Indiz dafür bilden, dass eine bisherige Entschädigung zu tief angesetzt war (vgl. hierzu das Urteil 2A.253/1999 vom 17. Februar 2000 E. 3d). Gestützt auf die Reduktion des anwendbaren Satzes von 3,315 % auf 1,6575 % sei der neue Tarif immer noch - so die ESchK - mit einer Erhöhung von 40 % verbunden, welche der Beschwerdeführerin nicht von einem Tag auf den anderen auferlegt werden könne.

6.5.2. Der hiervon abweichende Eingriff des Bundesverwaltungsgerichts trägt dem Beurteilungsspielraum der Vorinstanz zu wenig Rechnung. Tatsächlich waren während langer Zeit die für die Erhebung erforderlichen Daten zur Nutzung gemäss Tarifziffern 7.2 und 9 Lemma 2 nicht erhältlich; bereits im Genehmigungsentcheid vom 9. November 2009 (Tarif 1. Januar 2010 - 31. Dezember 2012) hielt die ESchK fest, es sei zu berücksichtigen, dass die Swissperform gestützt auf eine einvernehmliche Vereinbarung zwischen den Parteien aus dem bisherigen "Tarif A Fernsehen" jährlich pauschal 1,2 Millionen Franken eingenommen habe. Gemäss langjähriger und konstanter Praxis der Schiedskommission seien allzu sprunghafte Tarifierhöhungen grundsätzlich zu vermeiden. Das müsse insbesondere bei einem Tarif gelten, dessen Berechnungsgrundlage ungenügend abgeklärt sei und die Auswirkungen des Wechsels von der Pauschalentschädigung zu einem Prozentsatz der Einnahmen selbst nach Auffassung der Parteien "völlig unabsehbar" seien.

6.5.3. Eine Verdreifachung der bisherigen Entschädigung würde nach Auffassung der Schiedskommission einer sprunghaften Erhöhung gleichkommen und könne deshalb nicht in Kauf genommen werden. Angesichts dieser Ausgangslage beschliesse sie, den Vergütungssatz für Tonträger auf 1,6575% festzulegen. Zudem dürfe sich die Entschädigung während der Geltungsdauer des Tarifs lediglich um maximal 10% gegenüber dem geltenden Tarif (Fr. 1.2 Mio. pro Jahr) erhöhen. Im "Tarif A Fernsehen" seien die Tarifparteien jahrelang von einer Pauschale ausgegangen und hätten es unterlassen, im Hinblick auf einen neuen Prozenttarif, die Auswirkungen dieser Regelung konkret darzulegen. Die Kommission schliesse es nicht aus, dass nach Ablauf der Geltungsdauer dieses Tarifs und beim Vorliegen entsprechender Erfahrungswerte der Tarifansatz für geschützte Tonaufnahmen entsprechend angepasst werden müsse (Beschluss vom 9. November 2009 betreffend den Tarif A Fernsehen [Swissperform], S. 36 - 38).

6.5.4. Bei der Einreichung des Entwurfs der Swissperform für die Geltungsdauer vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2017 hatten wiederum - entgegen der Nutzung von gesendeten geschützten Handelstonbildträgern mit Ausnahme der Musikfilme, für die eine Entschädigung von Fr. 1'050'000.- pro Jahr festgelegt wurde - keine klaren und überblickbaren Angaben bezüglich der Nutzung der Rechte gemäss Ziffer 7.2 in Verbindung mit Ziff. 9 Lemma 2 des Tarifs erhältlich gemacht werden können. Es bestand lediglich die Schätzung von Fr. 800'000.- bis Fr. 1'000'000.- zusätzlich geschuldeter Abgaben, was die Angemessenheitsprüfung erschwerte. Unter diesen Umständen war es vertretbar, dass die ESchK an ihren früheren Genehmigungsbeschluss anknüpfte und ein jährliches "Kostendach" bis zum Jahr 2017 vorsah. Inzwischen scheinen die Erhebungen präziser geworden zu sein, sodass ab 2018 eine weitere Einschränkung und ein damit verbundener Schutz der Beschwerdeführerin nicht mehr gerechtfertigt sein dürfte. Soweit die Swissperform geltend macht, dass es bei einer "Deckelung" zu einem Einbruch um drei Fünftel ihrer Einnahmen im Audibereich komme, kann dies nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden. Es ist an der Swissperform dafür zu sorgen, dass die von ihr gemäss dem bewilligten Tarif erhobenen Abgaben intern unter den Berechtigten sachgerecht verteilt werden (vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 46 URG).

6.5.5. Zwar mag es - wie das Bundesverwaltungsgericht geltend macht - stossend erscheinen, dass Jahre nach Inkrafttreten des neuen URG noch nicht alle Tarife vollumfänglich den gesetzlichen Vorgaben entsprechen, dabei ist aber zu berücksichtigen, dass diese auf Verhandlungen zwischen den Parteien beruhen, was dazu führen kann, dass - etwa gerade wegen Problemen bei der Erhebung der Daten - nicht sofort auf das gesetzliche System in Art. 60 URG umgestellt werden kann und die Partner vorübergehend eine andere von der ESchK bewilligte (einvernehmliche) Lösung finden. Der Umstand, dass die SRG und die Swissperform sich wiederholt auf eine Globalentschädigung einigten und diese als nicht präjudizial bzw. als Akontozahlungen bezeichneten, genügt nicht, um die "Deckelung" der ESchK im Hinblick auf die absehbare sprunghafte Erhöhung der Abgaben zu Lasten der Beschwerdeführerin als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen. Die "Deckelung" beruht auf dem Gebot, sprunghafte Erhöhungen zu vermeiden, und war für die Gültigkeitsdauer des vorliegend zu prüfenden Tarifs (1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2017) vertretbar; die ESchK überschritt mit der entsprechenden Anordnung ihr technisches Ermessen - entgegen den Ausführungen der Vorinstanz - nicht.

7. "Rückwirkung"

Es stellt sich abschliessend noch die Frage, ob und inwieweit eine Rückwirkung des Tarifs vorliegt bzw. eine solche allenfalls zulässig wäre.

7.1.

7.1.1. Die SRG macht geltend, die rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifs bzw. einzelner Tarifiziffern (insbesondere die rückwirkende Aufhebung der "Deckelung") sei nach der bundesgerichtlichen Praxis zur echten Rückwirkung unzulässig. Im vorliegenden Fall fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für eine solche, da Art. 83 Abs. 2 URG keine Anwendung finde. Mit dieser Bestimmung sollten vergütungsfreie Perioden zwischen dem Inkrafttreten des Gesetzes und dem Inkrafttreten entsprechender Tarife verhindert werden; die Bestimmung sei nicht anwendbar, wenn es nicht um einen erstmals ausgehandelten Tarif gehe; dies sei hier nicht der

Fall, da bereits eine frühere Regelung bestanden habe.

7.1.2. Die Swissperform geht davon aus, dass von einer echten Rückwirkung schon deshalb keine Rede sein könne, weil die Vergütungspflicht gar nicht strittig sei. Die SRG bestreite nur noch die Vergütungshöhe in der entsprechenden Tarifiziffer. Sie versuche mittels des Rückwirkungsverbots eine widerrechtliche Gratisnutzung für den ersten Teil der Tarifperiode zu erreichen bzw. die Vergütungshöhe insgesamt zu reduzieren. Die Beschwerdeführerin habe Akontozahlungen in der Höhe der Deckungsbeträge für die Vergütung geleistet, insbesondere auch für die Periode zwischen dem 1. Januar 2014 und dem 30. Juni 2016. Die Erhöhung der Vergütung sei deshalb für die ganze Tarifiedauer zu bestätigen.

7.2.

7.2.1. Das Bundesgericht hat sich letztmals im Urteil 2C 685/2016 vom 13. Dezember 2017 (BGE 143 II 617 ff.) zur Frage der "Rückwirkung" geäußert (nicht publ. E. 8). Es hielt dabei fest, dass in Bezug auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Tarifs grundsätzlich das Rückwirkungsverbot beachtet werden müsse. Dabei sei aber diejenige Lösung zu treffen, die der Sach-, Rechts- und Interessenlage aller Beteiligten am besten entspreche (so auch BGE 133 II 263 E. 11.2). Die echte Rückwirkung sei - bei belastenden Erlassen - nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Rückwirkung (1) ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen sei oder sich daraus klar ergebe, (2) in einem vernünftigen Rahmen zeitlich limitiert gelte, (3) nicht zu stossenden Ungleichheiten führe, (4) einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse diene und (5) wohlerworbene Rechte respektiere.

7.2.2. In Bezug auf die Voraussetzung, wonach eine echte Rückwirkung zeitlich limitiert sein müsse, habe - so das Bundesgericht im Urteil 2C 685/2016 weiter - die Praxis eine Rückwirkung von einem Jahr noch als zulässig erachtet. Zwar sei eine rückwirkende Inkraftsetzung von Tarifen nicht von vornherein ausgeschlossen, da die Tarifpflicht eng auf die geforderten Vergütungen bezogen sei. So gewährleiste die Rückwirkung, dass auf dem Weg der kollektiven Rechtswahrnehmung auch Forderungen für Nutzungshandlungen geltend gemacht werden könnten, die vor der (rechtskräftigen) Genehmigung und Veröffentlichung des entsprechenden Tarifs erfolgt seien. Die echte Rückwirkung müsse, wenn eine solche vorliege, zeitlich beschränkt bleiben. In der Praxis werde davon ausgegangen, dass - auch im Zusammenhang mit den urheberrechtlichen Tarifen - eine Rückwirkung über ein Jahr als unangemessen zu gelten habe. Im konkreten Fall liege eine Rückwirkung von 2 Jahren und zwei Monaten vor, ohne dass den Tarifbeteiligten vorgeworfen werden könne, sie hätten das Verfahren ungebührlich verzögert. Eine zu lange Rückwirkung erscheine im konkreten Fall auch aus Gründen der Praktikabilität als wenig sinnvoll. Die rückwirkende Erhebung der geschuldeten Vergütungen wäre im Ergebnis weder massvoll noch angemessen.

7.3.

7.3.1. Das Bundesverwaltungsgericht ging im vorliegenden Fall davon aus, dass nach der von der Beschwerdeführerin beantragten Lösung weder der ganze "Tarif A Fernsehen" noch die gesamte in Tarifiziffern 7.2 und 9 Lemma 2 genannte Nutzung mit entsprechender Vergütung, sondern nur die einseitige Vergütungspflicht der Nutzerseite auf einen späteren Zeitpunkt verschoben würde, während die Rechtseinräumung nach Tarifiziffer 2 und die übrigen Rechtswirkungen des Tarifs vom Rückwirkungsverbot nicht erfasst würden. Dies widerspreche indessen dem synallagmatischen Charakter des Leistungsaustauschs im "Tarif A Fernsehen" (E. 3.3 des angefochtenen Entscheids).

7.3.2. Mit der Aufhebung der rückwirkenden Vergütungspflicht müsste - so das Bundesverwaltungsgericht - auch die rückwirkende Tarifbelastung der Berechtigten aufgehoben werden. Der strittige Tarif sei seit Beginn der genehmigten Laufzeit ohne Unterbruch rechtswirksam, da keine aufschiebende Wirkung bestanden habe. Die Anfechtung eines Tarifgenehmigungsentscheids wegen einer zu tiefen Vergütung würde teilweise illusorisch, fiel auch eine gerichtliche Tarifierhöhung auf dem Beschwerdeweg unter das Rückwirkungsverbot. Im Hinblick auf die Verfahrensdauer bei einer Anfechtung des Tarifs beim Bundesverwaltungsgericht und hernach beim Bundesgericht würde ein Rückwirkungsverbot über ein Jahr hinaus dem Gedanken der Kollekt-

tivverwertung widersprechen. Anstelle eines höheren Tarifertrags käme es selbst im Erfolgsfall regelmässig zu einer niedrigeren, um mehrere Ertragsjahre gekürzten Vergütung (E. 3.4 des angefochtenen Entscheids).

7.3.3. Die ausgiebige Werknutzung der SRG seit dem 1. Januar 2013 liesse sich - so das angefochtene Urteil weiter - nicht mehr rückgängig machen und würde durch eine Verkürzung ohne gültigen Tarif für jene Jahre nachträglich unerlaubt; dies hätte umfangreiche und teure Schadenersatzverhandlungen zwischen den Tarifpartnern zur Folge, was gegen die Berücksichtigung relativer Änderungen und eine damit verbundene gekürzte Rückwirkung spreche. Tarifiziffer 7.2 in Verbindung mit der Tarifiziffer 9 Lemma 2 stehe seit dem 1. Januar 2014 ohne Unterbruch, aber mit Änderungen in Kraft; hierin liege keine unzulässige (echte) Rückwirkung, auch wenn im Rahmen des Verfahrens einzelne Vergütungen reduziert und rechtsmittelweise dann wieder auf die ursprüngliche Höhe angepasst worden seien. Der vorliegende Fall unterscheide sich damit grundlegend vom bundesgerichtlichen Urteil 2C 685/2016 vom 13. Dezember 2017. Dort sei der strittige Tarif nach Gewährung und späterer Aufhebung der aufschiebenden Wirkung erstmals in Kraft gesetzt worden (E. 3.4 des angefochtenen Entscheids).

7.4.

7.4.1. Das Bundesgericht teilt die Ansicht der Vorinstanz, dass sich im vorliegenden Fall die Frage einer echten Rückwirkung nicht stellt: Der umstrittene Tarif wurde ursprünglich am 4. November 2013 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2014 genehmigt, also nicht rückwirkend; anders als dies beim Urteil 2C 685/2016 der Fall war, wo der Tarif am 2. März 2015 mit Wirkung ab 1. Januar 2013 genehmigt worden ist. Zur Diskussion steht das Problem der Rückabwicklung der während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens bestehenden aufschiebenden Wirkung bzw. allenfalls angeordneter vorsorglicher Massnahmen (vgl. das Urteil 2C 658/2016 E. 8.6). Nach dem Gesetz hat die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (Art. 74 Abs. 2 URG). Die Beschwerde hemmt also die Anwendung des Tarifs (im vorliegenden Fall ab dem 1. Januar 2014) grundsätzlich nicht. Die Pflicht, die Nutzung abzugelten, gilt auf den Zeitpunkt der Inkraftsetzung hin, selbst wenn die verschiedenen Instanzen den Umfang der Entschädigung unterschiedlich festgelegt haben. Wird aufschiebende Wirkung erteilt, so darf dadurch die Vergütungspflicht nicht umgangen werden.

7.4.2. Dies ergibt sich auch aus den folgenden Überlegungen: Bei der Frage der Ausgestaltung der Rückwirkung ist diejenige Lösung zu treffen, die der Sach-, Rechts- und Interessenlage aller Beteiligten im Einzelfall am besten entspricht (so auch BGE 133 II 263 E. 11.2 S. 285). Art. 83 Abs. 2 URG sieht vor, dass Vergütungen nach den Artikeln 13, 20 und 35 ab Inkrafttreten des Gesetzes geschuldet sind, jedoch erst ab Genehmigung des entsprechenden Tarifs geltend gemacht werden können. Zwar handelt es sich dabei um eine Übergangsbestimmung, doch enthält sie auch einen - spezialgesetzlich festgelegten - allgemeinen Grundsatz, der bei der teleologischen Auslegung der Zulässigkeit der Rückwirkung, soweit eine solche im Einzelfall vorliegt, zu beachten ist (vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N. 8 zu Art. 46 URG).

7.4.3. Nachdem die vorberatende Kommission darauf verzichtet hatte, die Tarife für eine Übergangszeit festzulegen, entschied das Parlament mit Art. 83 Abs. 2 URG, die Vergütungsansprüche sofort ab Inkrafttreten des neuen Gesetzes als geschuldet zu erklären; die Einkassierung aber erst zuzulassen, wenn die Vergütung einmal in einem genehmigten Tarif festgelegt ist, dann aber auch rückwirkend, denn "sonst hätte man es [...] mit dem Verfahren um Genehmigung in der Hand, auf den Zeitpunkt einzuwirken (ab dem die Vergütungen geschuldet sind), und dies sei "unerwünscht" (Votum Ständerätin Josi Meier [AB 1991 S 297]; DIETER MEIER, a.a.O., N. 271). Formelle Aspekte würden in diesem Fall wesentlich auf die materielle Entschädigungsberechtigung einwirken und in unerwünschter Weise die Angemessenheit des Tarifs beeinflussen.

7.4.4. Zahlreiche Rechtsmittelverfahren und die damit verbundene Verlängerung des Instanzenzugs sind geeignet, eine in den Augen des Gesetzgebers unerwünschte Einwirkung auf den Beginn der Zahlungspflicht zu nehmen, was mit der Regelung von Art. 83 Abs. 2 URG ausgeschlossen werden sollte. Bestehen - wie hier - blosse Entschädigungsansprüche, womit die Nutzer bereits von Gesetzes wegen über die erforderliche Befugnis zum Gebrauch der Rechte verfügen, hat dies zur Folge, dass sie unter Umständen Rechte nützen könnten, ohne hierfür zu bezahlen; diesbezüglich muss deshalb eine praktische und pragmatische Lösung (vgl.

hierzu auch CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, SIWR II/1, a.a.O. N. 1491) - etwa mit einem "Vergangenheitszuschlag" - gefunden werden. Soweit dies nicht möglich oder sinnvoll erscheint, ist eine rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifs nicht auszuschliessen, ansonsten die Berechtigten für Nutzungen während des Rechtsmittelverfahrens nicht nur nicht angemessen, sondern überhaupt nicht entschädigt würden (DIETER MEIER, a.a.O., N. 275; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 11 zu Art. 46 URG, die sich aber für eine zeitliche Begrenzung der Rückwirkung aussprechen).

8.

8.1. Die Beschwerde ist somit teilweise gutzuheissen und die "Deckelung" gemäss dem Entscheid der ESchK vom 18. Dezember 2015 zu bestätigen, im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

8.2. Dem Verfahrensausgang entsprechend haben die Parteien die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens hälftig zu tragen (vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Parteientschädigungen werden im Rahmen des Obsiegens bzw. Unterliegens der Parteien wettgeschlagen (Art. 68 Abs. 1 BGG). Das Bundesverwaltungsgericht wird über die Kostenverteilung in seinem Verfahren neu zu befinden haben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Oktober 2018 wird aufgehoben und die Verfügung der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 18. Dezember 2015 bestätigt. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 13'000.- werden der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin je hälftig auferlegt.

3.

Die Anwaltskosten für das bundesgerichtliche Verfahren werden wettgeschlagen.

4.

Das Bundesverwaltungsgericht hat über die vorinstanzliche Kostenverteilung neu zu befinden.

5.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK), dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, sowie dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 19. Februar 2020

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

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Hugi Yar