



Urteil vom 24. April 2017

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Andrea Giorgia Röllin.

Parteien

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

gegen

**SWISSPERFORM,
Gesellschaft für Leistungsschutzrechte,**
Kasernenstrasse 23, Postfach 1868, 8021 Zürich,
vertreten durch PD Rechtsanwalt Dr. iur. Ernst Brem,
Im Langacher 21, Postfach 10, 8805 Richterswil,
Beschwerdegegnerin,

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

Gegenstand

Tarif A Radio (Swissperform);
Beschluss vom 29. Juni 2015.

Sachverhalt:

A.

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

A.b Am 18. Juni 2012 legte die Gesellschaft für Leistungsschutzrechte Swissperform der ESchK einen Tarifentwurf Tarif A Radio 2013-2016 vor. Der Tarifentwurf enthielt unter anderem folgende Bestimmungen:

„Ziff. 8

Als geschützt gilt eine Aufnahme, wenn ihre Sendung zu einer Vergütungspflicht nach Art. 35 Abs. 4 URG und/oder auf Grund eines für das Gebiet der Schweiz verbindlichen Staatsvertrages führt. Als geschützt gelten insbesondere Aufnahmen, die eines oder mehrere der folgenden Kriterien erfüllen:

- Auf der Aufnahme ist die künstlerische Darbietung eine(s/r) oder mehrerer ausübende Künstler(s/innen) festgehalten, dessen/deren gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz ist und/oder dessen/deren Heimatland schweizerischen Ausübenden einen entsprechenden Schutz gewährt;
- Hersteller oder Mithersteller ist eine Person oder ein Unternehmen deren/dessen Heimatland bzw. Sitzstaat schweizerischen Produzenten und/oder Ausübenden einen entsprechenden Schutz gewährt;
- die Aufnahme wurde zuerst oder gleichzeitig in einem anderen Mitgliedland des WPPT veröffentlicht, das dieses Abkommen ohne Vorbehalt zu Art. 15 WPPT ratifiziert hat, welcher eine Vergütungspflicht oder ein exklusives Recht an der Sendung im Handel erhältlicher Tonträger zugunsten schweizerischer Berechtigter ausschliesst.

Ziff. 10

Wird ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet und ist eine Aufnahme nur bezüglich einzelner Verbreitungsvektoren geschützt, so wird der Vergütungssatz für diese Aufnahme im Verhältnis der Kosten dieses Verbreitungsvektors zu den Gesamtverbreitungskosten gekürzt.“

Die SRG beantragte die Streichung der Ziff. 8 und 10 des Tarifs.

B.

Mit Beschluss vom 29. Oktober 2012 genehmigte die ESchK den Tarif A Radio (Swissperform) 2013-2016 mit folgendem Dispositiv:

1. Der Tarif A Radio [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) zu Sendezwecken im Radio] der Verwertungsgesellschaft Swiss-perform wird in der Fassung vom 18. Juni 2012 mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 mit den folgenden Änderungen genehmigt:

- 1.1. Ziff. 8 wird gestrichen.

- 1.2. Ziff. 10 wird gestrichen.

[...]

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

C.

Swissperform erhob gegen diesen Beschluss der ESchK Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren, der Tarif sei in der Fassung vom 18. Juni 2012 ohne Änderungen zu genehmigen. Eventuell sei der Tarif zur Genehmigung an die ESchK zurückzuweisen.

Mit Urteil B-2429/2013 vom 28. November 2013 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

D.

Mit Eingabe vom 18. Januar 2014 erhob Swissperform gegen dieses Urteil Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht. Sie beantragte, das angefochtene Urteil und die Ziff. 1.1 und 1.2 des Beschlusses der ESchK vom 29. Oktober 2012 seien aufzuheben und der Tarif sei mit der ursprünglich eingegebenen Fassung von Ziff. 8 und 10 zu genehmigen. Eventualiter sei die Sache zur Neuentscheidung an die ESchK, subeventualiter an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen.

Das Bundesgericht hiess diese Beschwerde mit Urteil 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 im Eventualstandpunkt gut. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. November 2013 und die Genehmigung vom 29. Oktober 2012 wurden aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die ESchK zurückgewiesen.

In seinem Urteil erwog das Bundesgericht unter anderem, es gehe bei Ziff. 8 Lemma 3 um den Schutzzumfang für Tonträger aus Ländern, die nicht Gegenrecht gewährten, was hauptsächlich die USA betreffe (E. 8.1). Da der Tarif keine rechtswidrigen Vergütungen vorsehen könne, sei Lemma 3 nur zulässig, wenn die Rechtsauffassung der Swissperform zutreffe, wonach erstmalig in den USA veröffentlichte Tonträger seit dem Inkrafttreten

des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger, abgeschlossen in Genf am 20. Dezember 1996, (WPPT; SR 0.231.171.1) in der Schweiz auch geschützt seien, wenn US-Künstler darauf spielten. Allerdings sei der Wortlaut des Lemmas 3 nicht auf das US-Repertoire bezogen. Der Tarif lege damit nicht konkret fest, ob ein bestimmter US-Titel generell geschützt sei. In diesem Sinne handle es sich bei der zwischen den Parteien umstrittenen Frage um eine abstrakte Rechtsfrage nach dem rechtlich geltenden Schutzzumfang. Diese sei im Rahmen des Tarifgenehmigungsverfahrens durch die ESchK zu prüfen (E. 8.4). Die Ziff. 10 lege nur fest, wie die Vergütung zu bemessen sei, sofern es solche geschützte einzelne Vektoren gebe. Kämen solche nicht vor, sei die Ziffer allenfalls gegenstandslos und überflüssig. Sie werde dadurch aber nicht konventions- oder gesetzeswidrig. Wenn die streitige Ziff. 10 gestrichen würde, wäre es Swissperform verunmöglicht, die Vergütung für den darin vorgesehenen Fall geltend zu machen und damit ihre Rechtsauffassung gerichtlich überprüfen zu lassen. Von einer Regelung der streitigen Tarifffrage könnte nur abgesehen werden, wenn klar und unbestritten wäre, dass der zu regelnde Sachverhalt überhaupt nie eintrete. Das sei hier jedoch nicht der Fall (E. 9.2). Um Ziff. 10 streichen zu können, müsste begründet werden, weshalb das darin vorgesehene Kriterium nicht angemessen (Art. 60 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 [URG; SR 231.1]) sein solle. Eine solche Begründung liege hier nicht vor (E. 9.3).

Zusammenfassend ergebe sich, dass die ESchK einerseits hätte prüfen müssen, ob Lemma 3 von Ziff. 8 der Rechtslage entspreche. Andererseits hätte sie beurteilen müssen, ob die Regelung in Ziff. 10 für den darin geregelten Fall angemessen (Art. 60 URG) sei. Die Beschwerde sei insoweit gutzuheissen (E. 10).

E.

Mit Urteil B-6298/2014 vom 10. Dezember 2014 regelte das Bundesverwaltungsgericht die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Verfahren B-2429/2013 neu.

F.

F.a Mit Verfügung vom 17. Dezember 2014 forderte die ESchK die Parteien dazu auf, zu den Fragen Stellung zu nehmen, ob Ziff. 8 Lemma 3 des Tarifs der Rechtslage entspreche und ob Ziff. 10 des Tarifs im Sinne von Art. 60 URG angemessen sei.

F.b Swissperform beantragte in ihrer Stellungnahme vom 2. Februar 2015 die Genehmigung der Ziff. 8 Lemma 3 und der Ziff. 10 des Tarifs im Wortlaut des ursprünglichen Gesuchs vom 18. Juni 2012. Zudem stellte Swissperform folgendes Rechtsbegehren:

„3. Die entsprechenden Tarifergänzungen seien nach Ziff. 35 des Tarifs rückwirkend auf den 1. Januar 2013 anwendbar zu erklären.“

F.c Mit Stellungnahme vom 13. April 2015 beantragte die SRG die Streichung von Ziff. 8 Lemma 3 des Tarifs. Die Angemessenheit von Ziff. 10 des Tarifs bestritt die SRG nicht, behielt sich jedoch im Hinblick auf künftige Tarifverhandlungen – je nach den Entwicklungen im Bereich des sogenannten Digital Audio Broadcasting (DAB+) – vor, auf Ziff. 10 zurückzukommen.

F.d Die offenen Punkte im Tarif wurden von der ESchK im Rahmen ihrer Sitzung vom 29. Juni 2015 geprüft. Hier stellte Swissperform mündlich das Rechtsbegehren, es sei der mit Eingabe vom 18. Juni 2012 eingereichte Tarif mit den Änderungen zu genehmigen, dass in Ziff. 22 Lemma 7 die Klammerbemerkung nach dem International Standard Recording Code (ISRC) sowie Ziff. 24 gestrichen würden. Zudem ersuchte Swissperform darum, der Tarif sei mit der beantragten Tarifdauer vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2016 in Kraft zu setzen, und unterbreitete einen Eventualantrag zur Formulierung von Ziff. 8 Lemma 3. Die SRG ihrerseits hielt an ihrem Rechtsbegehren fest, Ziff. 8 Lemma 3 sei zu streichen und die Anträge von Swissperform auf rückwirkende Anwendung der strittigen Tarifbestimmungen per 1. Januar 2013 seien abzuweisen.

Die Parteien erklärten sich in dieser Sitzung mit einer vom Vorsitzenden der Spruchkammer der Schiedskommission vorgeschlagenen Neuformulierung der deutschen Version von Ziff. 10 des Tarifs in der Fassung vom 18. Juni 2012 einverstanden, so dass diese Ziffer nunmehr wie folgt lautet:

«Wird ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet und ist eine Aufnahme nur bezüglich einzelner Verbreitungsvektoren geschützt, so wird der Vergütungssatz für diese Aufnahme im Verhältnis der Kosten dieser Verbreitungsvektoren zu den Gesamtverbreitungskosten gekürzt.»

F.e Hierauf entschied die ESchK (nachfolgend auch: Vorinstanz) mit Beschluss vom 29. Juni 2015 (Versand: 29. Januar 2016) Folgendes:

1. Der Tarif A Radio (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Radio) der Verwertungsgesellschaft Swissperform wird in der Fassung vom 18. Juni 2012 mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 mit den folgenden Änderungen genehmigt:

1.1. Ziffer 10:

«Wird ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet und ist eine Aufnahme nur bezüglich einzelner Verbreitungsvektoren geschützt, so wird der Vergütungssatz für diese Aufnahme im Verhältnis der Kosten dieser Verbreitungsvektoren zu den Gesamtverbreitungskosten gekürzt.»

1.2. Ziffer 22 Lemma 7: Die Klammerbemerkung nach ISRC wird gestrichen.

1.3. Ziffer 24 wird gestrichen.

2. Dieser Beschluss entfaltet Rechtswirkung mit dem Ablauf der Beschwerdefrist.
3. Die Kosten des Genehmigungsverfahrens in der Höhe von 8976.80 Franken (1500 Franken plus 7476.80 Franken) werden der Verwertungsgesellschaft Swissperform auferlegt.
4. [Mitteilung]

Die Vorinstanz begründete dies im Wesentlichen damit, Ziff. 8 Lemma 3 des Tarifs A Radio (Swissperform) stehe mit der Rechtsordnung im Einklang. Allenfalls daraus resultierende einseitige Geldabflüsse aus der Schweiz seien jedenfalls solange hinzunehmen, als nicht ein entsprechender Vorbehalt gestützt auf Art. 15 Abs. 3 WPPT angebracht werden könne bzw. werde. Ziff. 10 des Tarifs sei angemessen. Ziff. 8 Lemma 3 und Ziff. 10 (mit geänderter Formulierung in der deutschen Fassung) des Tarifs seien mit der ursprünglich vorgesehenen Geltungsdauer in Ziff. 35 des Tarifs vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 zu genehmigen. Es sei keine besondere Geltungsdauer vorzusehen.

G.

Gegen diesen Beschluss hat die SRG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 2. März 2016 vor dem Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

1. Ziffer 1 des Beschlusses der ESchK vom 29. Juni 2015 betreffend Tarif A Radio Swissperform mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 sei wie folgt zu ergänzen:
 - 1.1 [gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2]
 - 1.2 [unverändert]
 - 1.3 [unverändert]
 - 1.4 *Ziffer 8 Lemma 3 wird gestrichen.*

Eventualiter:

[dasselbe Begehren wie im Hauptbegehren, ausser:]

- 1.4 Ziffer 8 Lemma 3 wird mit folgendem Zusatz genehmigt: *«Die Vergütung für diese Aufnahmen ist ab dem 1. März 2016 geschuldet.»*
2. Ziffer 1.1 des Beschlusses der ESchK vom 29. Juni 2015 betreffend Tarif A Radio Swissperform mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 sei wie folgt zu ergänzen:

Ziffer 10:

«[...] Eine allfällige Vergütung für diese Aufnahmen kann für Nutzungen ab dem 1. März 2016 geltend gemacht werden.»

3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

zu Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Die Beschwerdeführerin legt zur Begründung im Wesentlichen dar, Ziff. 8 Lemma 3 des Tarifs sei unzulässig. Die von der Vorinstanz angesetzte Rückwirkung von Ziff. 8 Lemma 3 und Ziff. 10 des Tarifs sei überdies weder rechtmässig noch angemessen. Ziff. 10 sei deshalb auf den Ablauf der Beschwerdefrist, den 1. März 2016, in Kraft zu setzen. Dies gelte auch für Ziff. 8 Lemma 3, wenn das Gericht zum Schluss komme, dass dieses Lemma der Rechtslage entspreche.

Umstritten sei die Vergütung für das US-Repertoire. Die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hätte einzig auf diesen Bereich Auswirkungen. Die Beschwerdeführerin habe ein Interesse daran, dass Ziff. 8 Lemma 3 des Tarifs und Ziff. 3 des Genehmigungsbeschlusses erst mit Feststellung der Rechtslage ihre Wirkung entfalten. Es seien keine Interessen der Beschwerdegegnerin an einer vorläufigen Vollstreckung dieser Ziffern zu erkennen.

H.

H.a Mit Eingabe vom 17. März 2016 verzichtet die Vorinstanz auf eine Stellungnahme zum Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Swissperform (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) hat am 21. März 2016 zum Gesuch um aufschiebende Wirkung Stellung genommen. Sie beantragt dessen Abweisung. Eventualiter sei das Gesuch abzuweisen, der Beschwerdegegnerin jedoch im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens zu verbieten, die nach Ziff. 8 Lemma 3 und Ziff. 10 des angefochtenen Tarifs geschuldeten Vergütungen auf dem Weg der Zwangsvollstreckung einzufordern.

H.b In ihrer Replik vom 4. April 2016 zu dieser Stellungnahme der Beschwerdegegnerin ersucht die Beschwerdeführerin um antragsgemässe Gutheissung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung.

H.c Die Vorinstanz verzichtet mit Schreiben vom 13. April 2016 auf eine Duplik hierzu, während die Beschwerdegegnerin in ihrer Duplik vom 18. April 2016 an ihren Rechtsbegehren vom 21. März 2016 vollständig festhält.

H.d Mit Zwischenverfügung vom 31. Mai 2016 hat das Bundesverwaltungsgericht das Begehren der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

I.

In ihrer Vernehmlassung vom 13. Juni 2016 in der Hauptsache beschränkt sich die Vorinstanz auf die Korrektur eines redaktionellen Fehlers.

J.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 1. Juli 2016 stellt die Beschwerdegegnerin Antrag auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdegegnerin führt zur Begründung im Wesentlichen an, das Schutzkriterium nach Tarifziff. 8 Lemma 3 sei rechtmässig und dürfe nicht gestrichen werden. Die verlangte Beschränkung der Rückwirkung der beiden strittigen Tarifziffern würde eine rechtswidrige Gratisnutzung bedeuten und wäre unangemessen. Die Rückwirkung biete die beste Lösung für die angemessene Entschädigung der Rechteinhaber.

K.

In ihrer Replik vom 5. September 2016 hält die Beschwerdeführerin an ihren Beschwerdeanträgen 1 und 2 sowie dem im ersten Rechtsbegehren gestellten Eventualantrag vollumfänglich fest. Als ergänzende Begründung führt sie insbesondere an, der Fall der doppelten Staatsangehörigkeit sei von Tarifziff. 8 Lemma 3 nicht erfasst. Die Ziff. 35 sei mit Beschluss der ESchK vom 29. Oktober 2012 ohne Ziff. 8 Lemma 3 und Ziff. 10 genehmigt worden. Sie sehe keinen Grund, weshalb sie sich gegen die Tarifiedauer in der damals genehmigten Form hätte wehren sollen.

L.

Mit Schreiben vom 15. September 2016 verzichtet die Vorinstanz auf eine Duplik.

M.

Die Beschwerdegegnerin hält in ihrer Duplik vom 6. Oktober 2016 vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren fest. Sie begründet dies in Ergänzung ihrer Beschwerdeantwort unter anderem damit, dass der Schutz des US-Repertoires auch auf Ziff. 8 Lemma 2 des Tarifs gestützt werden könne, da der Schutz der ausübenden Künstler heute in den USA als 'entsprechendes Recht' im Sinne von Art. 35 URG einzustufen sei. Die Regeln der echten Rückwirkung seien auf den Tarif nicht anwendbar. Die Voraussehbarkeit sei gegeben.

N.

Die Parteien haben stillschweigend auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtet.

O.

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit für die Entscheidfindung erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021), einschliesslich Verfügungen eidgenössischer Kommissionen (Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]). Der Beschluss der Vorinstanz vom 29. Juni 2015, der am 29. Januar 2016 versandt wurde, bildet eine Verfügung nach Art. 5 VwVG. Diese kann vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 74 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 [URG; SR 231.1]). Ein Ausnahmefall nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

1.2 Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Änderung ein schutzwürdiges Interesse. Sie ist darum zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4

VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 48 ff. VwVG).

1.4 Ziff. 8 und 10 des Tarifs in der Fassung vom 18. Juni 2012 waren bereits Streitgegenstand im Verfahren 2C_53/2014 vor Bundesgericht, welches dieses mit Urteil vom 9. Oktober 2014 (teilweise veröffentlicht in BGE 140 II 483) entschied. Das Bundesgericht erwog damals, dass die ESchK einerseits hätte prüfen müssen, ob Lemma 3 der Ziff. 8 des Tarifs der Rechtslage entspreche, und andererseits hätte beurteilen müssen, ob die Regelung in Ziff. 10 des Tarifs für den darin geregelten Fall angemessen im Sinne von Art. 60 URG sei (E. 10). Die ESchK nahm die entsprechenden Prüfungen in der angefochtenen Verfügung vom 29. Juni 2015 vor.

Im vorliegenden Verfahren sind nur noch die Fragen Streitgegenstand, ob Ziff. 8 Lemma 3 in der Tat der Rechtslage entspricht und ob dieses Lemma und Tarifziff. 10 in der Zeit vom 1. Januar 2013 bis 29. Februar 2016 rückwirkend gelten. Die Angemessenheit der Tarifziff. 10 ist nicht mehr strittig.

1.5 Die Tarifziff. 8 führt ihre drei Lemmata nur als beispielhafte Aufzählung an und behält andere Anspruchsgrundlagen vor: "Als geschützt gelten *insbesondere* Aufnahmen, die eines oder mehrere der folgenden Kriterien erfüllen". Die Tarifziffer gilt entsprechend weder umfassend noch ausschliesslich. Damit verpflichtet der Tarif die Verwertungsgesellschaften grundsätzlich dazu, ihre Ansprüche Werk für Werk einzelfallweise geltend zu machen.

Angesichts dessen muss sich die bundesverwaltungsgerichtliche Prüfung im Folgenden auf die Argumente beschränken, die von der Beschwerdeführerin konkret gegen Lemma 3 der Tarifziff. 8 vorgebracht werden. Der genaue Umfang des Tarifs wird erst im Rahmen der Tarifierstellung vollständig sichtbar werden.

1.6 Im vorliegenden Verfahren werden zudem nur Fragen beurteilt, die im Urteil 2C_53/2014 noch nicht höchstrichterlich entschieden worden sind.

1.7 Auf die Beschwerde ist in diesem Sinne einzutreten.

2.

Das Bundesgericht erwog in seinem Urteil 2C_53/2014, welches die Vorinstanz zu einer Prüfung verpflichtete, ob Lemma 3 der Ziff. 8 der Rechtslage entspreche (E. 10), unter anderem, es gehe bei diesem Lemma um

den Schutzzumfang für Tonträger aus Ländern, die nicht Gegenrecht gewährten, was hauptsächlich die USA betreffe (E. 8.1). Da der Tarif keine rechtswidrigen Vergütungen vorsehen könne, sei das Lemma nur zulässig, wenn die Rechtsauffassung der Beschwerdegegnerin zutreffe. Allerdings sei der Wortlaut des Lemmas nicht auf das US-Repertoire bezogen. Der Tarif (in der Fassung vom 18. Juni 2012) lege damit nicht konkret fest, ob ein bestimmter US-Titel generell geschützt sei. In diesem Sinne handle es sich um eine abstrakte Rechtsfrage nach dem rechtlich geltenden Schutzzumfang (E. 8.4).

Gemeint ist die Rechtsauffassung der Beschwerdegegnerin, seit dem Inkrafttreten des WPPT per 1. Juli 2008, welchen – anders als das Internationale Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, abgeschlossen in Rom am 26. Oktober 1961, (Rom-Abkommen, RA; SR 0.231.171) – auch die USA ratifiziert hätten, habe sich die Lage geändert: Die Schweiz habe für sich das Kriterium der ersten Veröffentlichung für anwendbar erklärt. Da die Schweiz keinen Vorbehalt gemäss Art. 15 Abs. 3 WPPT angebracht habe, seien US-Tonträger mit US-Künstlern aufgrund der Inländergleichbehandlung (Art. 4 Abs. 1 WPPT) in der Schweiz geschützt. Zwar habe die USA einen Vorbehalt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 WPPT angebracht und sei das traditionelle terrestrische Broadcasting in den USA schutzlos. Doch seien Tonträger nach Art. 5 Abs. 1 RA nicht nur geschützt, wenn der Hersteller Angehöriger eines anderen vertragsschliessenden Staats sei (Bst. a, Merkmal der Staatsangehörigkeit), sondern auch wenn – alternativ – der Tonträger erstmals (bzw. gemäss Art. 5 Abs. 2 RA innert 30 Tagen seit der Erstveröffentlichung) in einem anderen vertragsschliessenden Staat veröffentlicht worden sei (Bst. c, Merkmal der Veröffentlichung). Diese Schutzberechtigung gelte aufgrund von Art. 3 Abs. 2 WPPT auch für das US-Repertoire, das in einem Staat erstveröffentlicht worden sei, welcher den WPPT ohne entsprechenden Vorbehalt ratifiziere (Urteil 2C_53/2014 E. 8.2).

3.

3.1 Das Bundesverwaltungsgericht urteilt von Gesetzes wegen mit voller Kognition und prüft darum auch die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung (Art. 49 Bst. c VwVG; Urteile des BVer 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“). Fragen der Rechtsauslegung prüft es umfassend. Es auferlegt sich aber Zurückhaltung, wo die ESchK

als unabhängiges Fachgericht über komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts oder Interessenabwägungen zwischen Berechtigten- und Nutzergruppen geurteilt und dabei die Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften beachtet hat (BGE 133 II 263 E. 8.2 „GT 4d“). Im Ergebnis handelt es sich bei der Angemessenheit von Tarifen um die Frage, ob die ESchK ihren Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht hat (Urteil des BGer 2C_783/2013 vom 27. Februar 2014 E. 2.2.2 „GT S“; Urteil B-1298/2014 E. 2.3).

3.2 Die Beschwerdeführerin rügt, die von der Vorinstanz im angefochtenen Beschluss vom 29. Juni 2015 genehmigte Fassung von Ziff. 8 Lemma 3 des Tarifs sei rechtswidrig. Die Beschwerdeführerin beanstandet die Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) – worunter auch ihre Rügen der Verletzung von unmittelbar anwendbarem Völkerrecht fallen (vgl. ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 49 Rz. 7 und 9) – und die Unangemessenheit der genehmigten Tarifsätze (Art. 49 Bst. c VwVG).

3.3 Bei der Abklärung der urheberrechtlichen Gebührenpflicht haben die rechtsanwendenden Behörden gemäss Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) sowie Art. 1 Abs. 2 URG auch das Völkerrecht zu beachten (BGE 133 II 450 E. 6.1; vgl. HANGARTNER/LOOSER, in: St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 190 Rz. 23). Völkerrecht und Landesrecht gelten als Teile eines einheitlichen Rechtssystems, weshalb Staatsverträge mit der völkerrechtlichen Verbindlichkeit automatisch auch landesrechtliche Gültigkeit erlangen (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 1913), wobei sich Private nur auf die direkt anwendbaren (*self-executing*) Bestimmungen des Staatsvertragsrechts berufen können (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.168). Ein völkerrechtlicher Vertrag ist direkt anwendbar, wenn er hinreichend bestimmte und klare Regelungen enthält, auf deren Grundlage im Einzelfall ein Entscheid getroffen werden kann, nicht aber, wenn er den Vertragsstaaten lediglich vorschreibt, wie eine Materie zu regeln ist und damit den Gesetzgeber anspricht (BGE 130 I 113 E. 3.3; 126 I 240 E. 2b; 125 I 182 E. 3a; 125 III 277 E. 2d/aa; 120 Ia 1 E. 5b; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 1894). Im Konfliktfall ist es möglich, dass einem Bundesgesetz wegen Verstosses gegen Völkerrecht die Anwendung versagt wird (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 2091; zum Ganzen: Urteil des

BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014 E. 3.2 "GT 3a Zusatz", mit Hinweisen).

4.

4.1 Verwertungsgesellschaften stellen Tarife für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten auf (Art. 46 Abs. 1 URG), deren zugrundeliegende Rechte ihnen entweder treuhänderisch übertragen sind oder deren Ausübung ihnen gesetzlich vorbehalten ist, weshalb sie im Interesse der Berechtigten, auch ohne Wahrnehmungsvertrag, eine gesetzliche Prozessstandschaft wahrnehmen (BGE 133 III 568 E. 5.1 "BBC"; 124 III 489 E. 2a "Joe's Videothek"). Nur auf der Grundlage gültiger Tarife können Verwertungsgesellschaften Rechte ausüben, deren Wahrnehmung der Bundesaufsicht unterstellt ist. 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 Frage ihrer Angemessenheit innerhalb der gesetzlichen Ordnung sind sie aber für Zivilgerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG) und dienen für Zivilforderungen der Verwertungsgesellschaften als Rechtsgrundlage (BGE 140 II 483 E. 6.4 "Tarif A Radio [Swissperform]" mit Hinweisen).

Die kollektive Rechtswahrnehmung soll dank allgemein formulierten und hoheitlich genehmigten Tarifen praktische Schwierigkeiten bei der Erfassung und Kontrolle von Massennutzungen lösen. Indem 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"; 140 II 483 E. 6.4 "Tarif A Radio [Swissperform]"). Wenn eine wirtschaftliche Nutzungsform der kollektiven Verwertung untersteht, verbleibt darum den Berechtigten in der Regel kein Wahlrecht, um selber individuell zu verwerten (BGE 133 III 568 E. 5.2 "BBC"). Eine Ausnahme gilt bei der Aufführung und Sendung nichttheatralischer Werke der Musik (Art. 40 Abs. 3 URG; vgl. Urteil des BVGer B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 6.2 "GT Z") (zum Ganzen Urteil B-1298/2014 E. 2.1).

4.2 Die Vorinstanz genehmigt einen ihr unterbreiteten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Sie orientiert sich dafür am Ziel eines sachgerechten Interessenausgleichs zwischen den Schutzberechtigten, namentlich den Werkschaffenden, einerseits und (Massen-)Nutzern andererseits, der auch der Rechtssicherheit dient (BGE 135 II 172 E. 2.3.4 "GT 3c") bzw. am Massstab

einer marktgerechten Vergütung (Urteil des BVGer B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 3.1.1 "GT S"). Diese Befugnis zur Tarifgenehmigung reicht über eine blosser Bewilligungskompetenz hinaus, da die Vorinstanz auch Änderungen am Tarifwortlaut vornehmen darf (Art. 59 Abs. 2 URG). Insbesondere hat die Vorinstanz vorfrageweise zu prüfen, ob die im Tarif genannten Rechte im erwähnten Umfang bestehen und die von ihm erfassten Nutzungshandlungen unter die Bundesaufsicht fallen (BGE 140 II 483 E. 6.7 "Tarif A Radio [Swissperform]"). Im Interesse der Nutzer hat sie darauf zu achten, dass wirtschaftlich zusammengehörende Nutzungen, auch wenn unterschiedliche Gesellschaften sie verwerten, soweit tunlich im selben Tarif geregelt werden (Art. 47 Abs. 1 URG [Gemeinsamer Tarif]; vgl. Urteil B-8558/2010 E. 5.2 mit Hinweisen). Haben nicht alle beteiligten Nutzerverbände zugestimmt, wird der Tarif vor der Vorinstanz in der Regel mündlich verhandelt (Art. 11 und Art. 12 der Urheberrechtsverordnung vom 26. April 1993 [URV; SR 231.11]).

Allerdings darf die Vorinstanz im Rahmen ihres Genehmigungsentscheids nicht weiter in die Autonomie der antragstellenden Verwertungsgesellschaften 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 antragstellenden Verwertungsgesellschaft/en durchzusetzen. Die ihr zur Genehmigung unterbreiteten Tarifvorlagen prüft sie darum zwar mit voller Kognition, doch hat sie dabei eine gewisse Dispositionsfreiheit und Autonomie der Verwertungsgesellschaften zu beachten (vgl. Art. 46 URG [Tarifpflicht]; Urteil 2C_53/2014 E. 7.3; GOVONI/STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. II/1: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, Rz. 1359 ff.; BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, Rz. 2 zu Art. 59). Ist die beantragte Lösung nicht genehmigungsfähig, fehlen insbesondere rechtlich gebotene Unterscheidungen der geregelten Nutzung oder erscheint der vorgeschlagene Tarif unangemessen, gibt die Vorinstanz vor ihrem Entscheid 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 B-1298/2014 E. 2.2).

4.3 Das Tarifgenehmigungsverfahren von Art. 46 Abs. 3 i.V.m. Art. 59 Abs. 1 URG beginnt mit dem Antrag einer oder mehrerer Verwertungsgesellschaften auf Genehmigung eines Tarifs bei der Vorinstanz. Der Antrag hat über den Verlauf der Verhandlungen 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 das Genehmigungsverfahren bleibt (GOVONI/STEBLER, in: von Büren/David [Hrsg.], Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SIWR II/1, 1. Aufl. 2006, S. 489 f.). Vor der Angemessenheitsprüfung hat die Vorinstanz als Vorfrage zu prüfen, ob die mit der Tarifvergütung abgegoltene Nutzung dem Urheber vorbehalten ist und ob sie 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 Verbesserungsfrist zurückweisen (Art. 9 Abs. 3 URV; BVGE 2011/2 E. 4.1; BARRELET/EGLOFF, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 1. Aufl. 2008, Art. 46 Rz. 6; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 490).

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde und Replik vor, Ziff. 8 Lemma 3 entspreche nicht der Rechtslage. Die Beschwerdegegnerin vertritt in ihrer Beschwerdeantwort und Duplik hingegen die Ansicht, dass das Schutzkriterium nach Tarifziff. 8 Lemma 3 rechtmässig sei. Der entsprechende Beschluss der Vorinstanz sei richtig und zu bestätigen.

5.2 In den folgenden Erwägungen ist angesichts dieser Vorbringen zu prüfen, ob Lemma 3 der Tarifziff. 8 mit dem hier anwendbaren WPPT, dem ebenfalls anzuwendenden RA sowie dem URG vereinbar ist. Namentlich ist zu prüfen, ob Erstveröffentlichungen aus Mitgliedstaaten des WPPT, die keinen Vorbehalt zu Art. 15 WPPT angebracht haben, in der Schweiz geschützt sind. Die Überprüfung kann vorliegend auf diese Frage beschränkt werden, da Lemma 3 nicht abschliessend ist ("insbesondere"). Es darf lediglich keine Aufnahmen schützen, welchen in der Schweiz aufgrund eines staatsvertraglichen Vorbehalts kein Schutz zukommt.

5.3 In der Tat ist nebst dem RA – zu diesem weiter unten – seit dem 1. Juli 2008, dem Inkrafttreten der letzten Teilrevision des URG, der für die

Schweiz gleichentags in Kraft getretene WPPT als Grundlage für die Berechtigung an den Rechten nach Art. 35 URG für ausländische Ausübende zu berücksichtigen (vgl. YVONNE BURCKHARDT, Der persönliche Anwendungsbereich der Vergütungsrechte gemäss Art. 35 URG für ausübende Künstler und Künstlerinnen. Der Gegenrechtsvorbehalt von Abs. 4 im Verhältnis zum Rom-Abkommen und zum WPPT, in: sic! 2011, S. 631-639, S. 633). Dieser Vertrag ist zeitlich jünger als das RA.

5.4

5.4.1 Art. 1 WPPT hält Folgendes fest:

- „1. Die zwischen den Vertragsparteien bestehenden Pflichten aus dem am 26. Oktober 1961 in Rom geschlossenen Internationalen Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendunternehmen (nachstehend «Rom-Abkommen») werden durch diesen Vertrag nicht beeinträchtigt.
2. Der durch diesen Vertrag vorgesehene Schutz lässt den Schutz der Urheberrechte an Werken der Literatur und Kunst unberührt und beeinträchtigt ihn in keiner Weise. Daher darf keine Bestimmung dieses Vertrags in einer Weise ausgelegt werden, die diesem Schutz Abbruch tut.
3. Dieser Vertrag steht weder in Verbindung mit anderen Verträgen, noch berührt er Rechte oder Pflichten aus anderen Verträgen.“

5.4.2 Diese Vorschrift sieht ausdrücklich vor, dass der WPPT die Pflichten aus dem RA nicht beeinträchtigt (Abs. 1) und die Rechte und Pflichten aus anderen Verträgen nicht berührt (Abs. 3). So haben die mit dem RA eingegangenen Verpflichtungen der Schweiz gegenüber anderen Staaten gemäss Art. 1 Abs. 1 und 3 WPPT weiterhin Geltung (MICHAEL VIANA, Die Rechte der Tonträgerhersteller im schweizerischen, amerikanischen und internationalen Urheberrecht, Basel 1999, S. 214). Aus Art. 1 Abs. 3 WPPT folgt, dass der WPPT unabhängig vom RA ist (vgl. SILKE VON LEWINSKI, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil [GRUR Int] 1997, S. 667-681 [im Folgenden: Konferenz], 671), obwohl das WPPT in einer gewissen Beziehung zum RA steht (vgl. MIHÁLY FICSOR, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms, Genf 2003, PPT-1.9).

5.4.3 Demnach kann das Merkmal der Erstveröffentlichung aus Art. 5 Abs. 1 RA im Geltungsbereich des WPPT auch von jenen Tonträgerherstellern und Künstlern erfüllt werden, die Angehörige eines Staates sind,

der zwar Mitglied des RA, nicht aber des WPPT ist (VON LEWINSKI, a.a.O. [Konferenz], S. 671).

Das WPPT kann aber Vorbehalte im Sinne von Art. 16 RA durch strengerem Schutz derogieren (SILKE VON LEWINSKI, in: Reinbothe/von Lewinski, The WIPO Treaties on Copyright, A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP, 2. Aufl. 2015 [nachfolgend: WIPO Treaties], Rz. 8.1.13).

5.5

5.5.1 Art. 3 WPPT sieht folgenden Schutz vor:

- „1. Die Vertragsparteien gewähren den ausübenden Künstlern und Herstellern von Tonträgern, die Angehörige anderer Vertragsparteien sind, den in diesem Vertrag vorgesehenen Schutz.
2. Als Angehörige anderer Vertragsparteien gelten die ausübenden Künstler und Hersteller von Tonträgern, die nach den Kriterien des Rom-Abkommens schutzberechtigt wären, wenn alle Parteien dieses Vertrags Vertragsstaaten des Rom-Abkommens wären. Die Vertragsparteien wenden hinsichtlich dieser Berechtigungskriterien die entsprechenden Begriffsbestimmungen in Artikel 2 dieses Vertrags an.
3. Jede Vertragspartei, die von den Möglichkeiten des Artikels 5 Absatz 3 des Rom-Abkommens oder für die Zwecke des Artikels 5 des Rom-Abkommens von Artikel 17 des Abkommens Gebrauch macht, richtet nach Massgabe dieser Bestimmungen eine Notifikation an den Generaldirektor der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO).“

5.5.2 Art. 3 Abs. 1 WPPT definiert als Schutzberechtigte ausübende Künstler und Tonträgerhersteller, die Angehörige anderer Vertragsparteien sind. Wer als solche gilt, wird in Abs. 2 von Art. 3 WPPT indirekt bestimmt. Dieser verweist bezüglich der Frage, wer als Angehöriger eines anderen Vertragsstaates gilt und damit nach dem WPPT schutzberechtigt ist, für die ausübenden Künstler wie auch für die Tonträgerhersteller auf die Schutzkriterien nach dem RA (vgl. BURCKHARDT, a.a.O., S. 633).

6.

6.1

6.1.1 Gemäss Art. 4 Bst. b des Rom-Abkommens, das für die Schweiz am 24. September 1993 in Kraft getreten ist, gewährt jeder vertragsschliessende Staat den ausübenden Künstlern Inländerbehandlung, wenn die Darbietung auf einem nach Art. 5 RA geschützten Tonträger festgelegt wird.

In casu ist die Geltung der Leistungsschutzrechte für Darbietungen, die auf Tonträgern festgelegt sind, zu Gunsten ausländischer ausübender Künstler umstritten.

6.1.2 Die Bestimmung von Art. 4 Bst. b RA verweist auf Art. 5 RA. Demnach ist Anknüpfungspunkt für den Schutz gemäss Art. 4 Bst. b RA die Festlegung der Darbietung in einer von Art. 4 Bst. b i.V.m. Art. 5 RA geschützten Aufnahme (vgl. GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, International Copyright, 3. Aufl. 2013, S. 56; zu den Begriffen "Tonträger", "Aufnahme" und "Festlegung" und ihrem Verhältnis untereinander siehe Urteil des BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 E. 5 "Tarif A Fernsehen").

Die Inländerbehandlung, zu welcher die ausländischen ausübenden Künstler bei Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 5 RA berechtigt sind, wird durch Art. 2 Abs. 1 Bst. a RA definiert (vgl. GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, a.a.O., S. 56). Demnach ist unter Inländerbehandlung die Behandlung zu verstehen, die der vertragsschliessende Staat, in dessen Gebiet der Schutz beansprucht wird, aufgrund seiner nationalen Gesetzgebung den ausübenden Künstlern, die seine Staatsangehörigen sind, für die Darbietungen, die in seinem Gebiet stattfinden, gesendet oder erstmals festgelegt werden, gewährt (Art. 2 Abs. 1 Bst. a RA). Die Vertragsstaaten, welche diesen Schutz gewähren, sind die Staaten, welche das RA ratifiziert haben (vgl. GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, a.a.O., S. 169).

6.1.3 Folglich geniessen Aufnahmen, welche unter Art. 4 Bst. b i.V.m. Art. 5 RA fallen, in allen Staaten, die Mitglied des RA sind, den Schutz der Inländerbehandlung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a RA (vgl. GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, a.a.O., S. 169).

6.1.4 Da Art. 4 RA nicht an die Staatsangehörigkeit des Darstellers anknüpft, bietet das RA einen Schutz auch für die ausübenden Künstler, die Angehörige keiner Vertragspartei sind, zum Beispiel der USA (GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, a.a.O., S. 170).

6.2

6.2.1 In Art. 5 RA geht es um die Frage, wann einem Hersteller von Tonträgern Inländerbehandlung gewährt werden muss. Art. 5 RA legt Folgendes fest:

„1. Jeder vertragsschliessende Staat gewährt den Herstellern von Tonträgern Inländerbehandlung, wenn eine der folgenden Voraussetzungen vorliegt:

- a) der Hersteller von Tonträgern ist Angehöriger eines anderen vertragschliessenden Staates (Merkmal der Staatsangehörigkeit);
- b) die erste Festlegung des Tons ist in einem anderen vertragsschliessenden Staat vorgenommen worden (Merkmal der Festlegung);
- c) der Tonträger ist erstmals in einem anderen vertragsschliessenden Staat veröffentlicht worden (Merkmal der Veröffentlichung).

2. Wenn die erste Veröffentlichung in keinem vertragsschliessenden Staat stattgefunden hat, der Tonträger jedoch innerhalb von dreissig Tagen seit der ersten Veröffentlichung auch in einem vertragsschliessenden Staat veröffentlicht worden ist (gleichzeitige Veröffentlichung), gilt dieser Tonträger als erstmals in dem vertragsschliessenden Staat veröffentlicht.

3. Jeder vertragsschliessende Staat kann durch eine beim Generalsekretär der Organisation der Vereinten Nationen hinterlegte Mitteilung erklären, dass er entweder das Merkmal der Veröffentlichung oder das Merkmal der Festlegung nicht anwenden wird. Diese Mitteilung kann bei der Ratifikation, der Annahme oder dem Beitritt oder in jedem späteren Zeitpunkt hinterlegt werden; im letzten Fall wird sie erst sechs Monate nach ihrer Hinterlegung wirksam.“

6.2.2 Demnach gilt das RA für den Hersteller von Tonträgern, wenn er eines der drei Merkmale von Art. 5 Abs. 1 Bst. a bis c RA erfüllt (vgl. Urteil des BGer 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997 "Tarif S", teilweise veröffentlicht in: sic! 1998, S. 33 ff., E. 5b/aa S. 36; GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, a.a.O., S. 170; NORDEMANN/VINCK/HERTIN, Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, 1. Aufl. 1977, Art. 5 RA Rz. 2, und FICSOR, a.a.O., RC-5.1). Die drei Anknüpfungskriterien des RA sind gleichwertig (NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Art. 5 RA Rz. 2; vgl. VON LEWINSKI, a.a.O. [WIPO Treaties], Rz. 8.3.14 ff., insbesondere Rz. 8.3.20). Falls eines dieser Merkmale gegeben ist, wird der Tonträgerhersteller im Vertragsstaat wie ein Inländer behandelt, und zwar gemäss Art. 2 Ziff. 1 Bst. b RA wie die Tonträgerhersteller, die seine eigenen Staatsangehörigen sind, für die Tonträger, die in seinem Gebiet erstmals festgelegt oder erstmals veröffentlicht werden (vgl. GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, a.a.O., S. 57).

6.2.3 Die drei Merkmale von Art. 5 RA gelten demgemäss alternativ und bei Erfüllung mehrerer von ihnen auch kumulativ. Die drei Kriterien selbst schliessen sich gegenseitig nicht aus. Dies geht indirekt bereits aus dem eingangs von E. 6.2.2 zitierten bundesgerichtlichen Urteil 2A.539/1996, E. 5b/aa, hervor. Die Merkmale der Staatsangehörigkeit und der Erstveröffentlichung können somit beide gleichzeitig gegeben sein.

6.2.4 Das Kriterium der Veröffentlichung schützt freilich auch Tonaufnahmen in Nichtvertragsstaaten, wenn die Hersteller Staatsangehörige von Mitgliedstaaten sind. Wenn die Festlegung nicht in einem Vertragsstaat durchgeführt wird und der Hersteller nicht Angehöriger eines Vertragsstaats ist, können die ersten beiden Kriterien nicht zur Anwendung gelangen; daher ist das Kriterium der Veröffentlichung bedeutend, um möglichst umfassenden Schutz zu ermöglichen (CLAUDE MASOUYÉ, «Droits voisins», Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes, publié par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle [OMPI], Genf 1981, Rz. 5.4).

Die Erstveröffentlichung kann sich in einem Vertragsstaat oder in einem Nichtvertragsstaat ereignen. Letzterenfalls gilt sie nach Art. 5 Abs. 2 RA als in einem Vertragsstaat vollzogen, wenn spätestens innert 30 Tagen nach Veröffentlichung in einem nicht vertragsschliessenden Staat eine solche auch in einem vertragsschliessenden erfolgt (gleichzeitige Veröffentlichung) (Urteil 2A.539/1996 E. 5b/aa, in: sic! 1998, S. 36; vgl. EUGEN ULMER, Das Rom-Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, in: GRUR AIT 1961, S. 569-594, S. 578, und FICSOR, a.a.O., RC-5.5). Diese Definition der gleichzeitigen Veröffentlichung stimmt mit der in der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971, (RBÜ; SR 0.231.15) enthaltenen überein (ULMER, a.a.O., S. 578).

Das Anknüpfungsmerkmal der Erstveröffentlichung von Art. 5 RA ist aus der RBÜ übernommen worden. Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b RBÜ in der Fassung des amtlichen deutschen Textes (vgl. Art. 37 Abs. 1 Bst. b RBÜ) sind Urheber, die keinem Verbandsland angehören, für die Werke, die sie zum ersten Mal in einem Verbandsland oder gleichzeitig in einem verbandsfremden und in einem Verbandsland veröffentlichen, aufgrund der RBÜ geschützt. Aus diesem Wortlaut ergibt sich, dass der Anknüpfungspunkt der Erstveröffentlichung nur Urhebern aus einem Nichtverbandsland der RBÜ zusteht (vgl. NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Art. 3 RBÜ Rz. 6 und 8 sowie Art. 5 RA Rz. 2).

6.2.5 Die Kriterien der ersten körperlichen Festlegung und der Erstveröffentlichung von Art. 5 Bst. b und c RA ermöglichen mithin den Angehörigen von Nichtvertragsstaaten – wie beispielsweise der USA –, für ihre Aufnahmen, die eines oder beide dieser Kriterien erfüllen, in den Vertragsstaaten

des RA dessen Schutz zu erlangen (GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, a.a.O., S. 170).

6.2.6 Art. 5 Abs. 3 RA gestattet allen Vertragsstaaten, mittels eines Vorbehalts zwischen den Anknüpfungspunkten der ersten körperlichen Festlegung (Bst. b) und der Erstveröffentlichung (Bst. c) zu wählen (NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 5 RA) und entweder das eine oder das andere dieser beiden Merkmale ausschliessen (RETO M. HILTY, Anmerkung [zum Urteil 2A.539/1996], in: sic! 1998 S. 38-40 [im Folgenden: Anmerkung], 39; vgl. FICSOR, a.a.O., RC-5.1). Dies bewirkt, dass das betreffende Kriterium vom Vertragsstaat, der einen solchen Vorbehalt angebracht hat, nicht angewendet wird (vgl. FICSOR, a.a.O., RC-5.1).

6.2.7 Von der Möglichkeit eines Vorbehalts nach Art. 5 Abs. 3 RA machte die Schweiz zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des RA Gebrauch: Sie schloss das Kriterium der Festlegung als Anknüpfungspunkt (Art. 5 Abs. 1 Bst. b RA) aus und erklärte das Merkmal der erstmaligen Veröffentlichung nebst dem Kriterium der Staatsangehörigkeit für massgebend (vgl. <http://www.wipo.int/treaties/fr/remarks.jsp?cnty_id=1149C> [besucht am 1. Februar 2017]; vgl. auch Urteil 2A.539/1996 E. 5b/aa, in: sic! 1998, S. 36).

6.2.8 Die Schweiz schützt somit einen Tonträgerhersteller, wenn bei ihm eines der beiden nicht ausgeschlossenen Merkmale, Staatsangehörigkeit oder Veröffentlichung, vorliegt. Letzterenfalls ist es nicht erforderlich, dass der Tonträgerproduzent selbst Staatsangehöriger eines Vertragsstaats des RA ist (vgl. E. 6.2.4 hiavor).

6.2.9 Dass Angehörige von Nichtvertragsstaaten in den Schutz des RA gelangen, kann von den Vertragsstaaten nicht ausgeschlossen werden. Vielmehr gewährleistet die Tatsache, dass Art. 5 Abs. 3 RA einem Vertragsstaat erlaubt, einen dieser obgenannten beiden Anknüpfungspunkte, aber nicht beide, auszuwählen, Angehörigen von Nichtvertragsstaaten die Möglichkeit, einen Schutz auf Ebene des RA durch zumindest einen der beiden Zugänge zu erhalten (GOLDSTEIN/HUGENHOLTZ, a.a.O., S. 170-171).

6.2.10 Nicht ausgeschlossen ist damit, dass Tonträgerhersteller, die Angehörige von Nichtvertragsstaaten des RA sind, aber das Kriterium der Erstveröffentlichung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 RA erfüllen, in der Schweiz unter den Schutz des RA fallen und ihnen demzufolge von der Schweiz Inländerbehandlung zu gewähren ist. Ein solcher Tonträgerhersteller kann sich bei

einer rechtzeitigen Veröffentlichung in einem Vertragsstaat gemäss Art. 5 Ziff. 1 Bst. c i.V.m. Art. 5 Ziff. 2 RA grundsätzlich auf dieses Abkommen berufen (Entscheid der ESchK vom 19. Dezember 1997 betreffend GT S, E. II/5.7c Ziff. 2, S. 20 mit Hinweis).

6.3 Ferner bestimmt Art. 12 RA:

„Wird ein zu Handelszwecken veröffentlichter Tonträger oder ein Vervielfältigungsstück eines solchen Tonträgers für die Funksendung oder für irgendeine öffentliche Wiedergabe unmittelbar benützt, so hat der Benützer den ausübenden Künstlern, den Herstellern von Tonträgern oder beiden eine einzige angemessene Vergütung zu zahlen. Für den Fall, dass die Beteiligten sich nicht einigen, kann die nationale Gesetzgebung die Aufteilung dieser Vergütung regeln.“

6.4

6.4.1 Dabei ist Art. 16 RA zu berücksichtigen, welcher Folgendes vorsieht:

"1. Ein Staat, der Mitglied dieses Abkommens wird, übernimmt damit alle Verpflichtungen und geniesst alle Vorteile, die darin vorgesehen sind. Jedoch kann ein Staat jederzeit durch eine beim Generalsekretär der Organisation der Vereinten Nationen hinterlegte Mitteilung erklären:

a) hinsichtlich des Artikels 12:

- (i) [...];
- (ii) [...];
- (iii) dass er die Bestimmungen dieses Artikels für Tonträger nicht anwenden wird, deren Hersteller nicht Angehöriger eines vertragsschliessenden Staates ist;
- (iv) dass er für die Tonträger, deren Hersteller Angehöriger eines anderen vertragsschliessenden Staates ist, den Umfang und die Dauer des in diesem Artikel vorgesehenen Schutzes auf den Umfang und die Dauer des Schutzes beschränken wird, den dieser vertragsschliessende Staat den Tonträgern gewährt, die erstmals von einem Angehörigen des Staates, der die Erklärung abgegeben hat, festgelegt worden sind; wenn jedoch der vertragsschliessende Staat, dem der Hersteller angehört, den Schutz nicht dem oder den gleichen Begünstigten gewährt wie der vertragsschliessende Staat, der die Erklärung abgegeben hat, so gilt dies nicht als Unterschied im Umfang des Schutzes;

b) [...]

2. Wird die in Absatz 1 vorgesehene Mitteilung zu einem späteren Zeitpunkt als dem der Hinterlegung der Ratifikations-, Annahme- oder Beitrittsurkunde hinterlegt, so wird sie erst sechs Monate nach ihrer Hinterlegung wirksam.“

6.4.2 Die Schweiz hat bei der Ratifikation des RA von der Vorbehaltsmöglichkeit von Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iii RA Gebrauch gemacht (http://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1149C), abgerufen am 1. Februar 2017; AS 1993 III 2715) und erklärt, dass sie Art. 12 RA nicht auf Tonträger anwenden werde, deren Hersteller nicht Angehöriger eines Vertragsstaates des RA sei (Urteil 2A.539/1996 E. 5b/bb, in: sic! 1998, S. 37).

6.4.3 Bei der Ratifikation des RA hat die Schweiz auch von der Vorbehaltsmöglichkeit von Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iv RA Gebrauch gemacht (http://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1449C), abgerufen am 1. Februar 2017; AS 1993 III 2515) und dadurch erklärt, dass sie für die Tonträger, deren Hersteller Angehöriger eines anderen vertragsschliessenden Staates ist, Umfang und Dauer des in Art. 12 RA vorgesehenen Schutzes auf den Umfang und die Dauer des Schutzes beschränkt, den dieser vertragsschliessende Staat den Tonträgern gewährt, die erstmals von einem schweizerischen Staatsangehörigen festgelegt worden sind. Wenn jedoch der vertragsschliessende Staat, dem der Hersteller angehört, den Schutz nicht dem oder den gleichen Begünstigten gewährt wie die Schweiz, gilt dies – gemäss dem Vorbehalt der Schweiz – nicht als Unterschied im Umfang des Schutzes.

6.5

6.5.1 Bei einem Vorbehalt gemäss Art. 16 Ziff. 1 Bst. a Ziff. iii RA sind Tonträgerhersteller, die nicht Angehörige eines anderen Mitgliedstaats des RA sind, vom Vergütungsanspruch grundsätzlich ausgenommen (vgl. VIANA, a.a.O., 82). Dies ist auch der Fall, wenn der Tonträger in einem Vertragsstaat im Sinne von Art. 5 Abs. 2 RA erstveröffentlicht worden ist, sofern der Tonträger nicht von einem Hersteller erstmals festgelegt wurde, der Staatsangehöriger eines Vertragsstaats ist (vgl. FICSOR, a.a.O., RC-16.1, und MASOUYÉ, a.a.O., Rz. 16.7). Bei einem solchen Vorbehalt wird es weder für die Hersteller, die nicht Angehörige eines anderen Mitgliedstaats des RA sind, noch für die Künstler eine Entschädigung geben, auch wenn das innerstaatliche Recht ihnen das Recht auf eine angemessene Vergütung zuerkennen würde (vgl. MASOUYÉ, a.a.O., Rz. 16.7). Jene ausübenden Künstler, die ihrerseits einem Vertragsstaat angehören würden, gehen ebenfalls leer aus (RETO M. HILTY, Die Leistungsschutzrechte im schweizerischen Urheberrechtsgesetz, in: UFITA 1994, S. 85-140 [nachfolgend: Leistungsschutzrechte], S. 122). Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iii RA gibt den Vertragsstaaten die Möglichkeit, entsprechende Vergütungszahlungen auszuschliessen (NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 16 RA). Er

bezweckt die Beschränkung der Vergütungsansprüche im Sinne des Art. 12 RA auf Tonträger, deren Hersteller Angehörige eines Vertragsstaats sind (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 139).

Die Vorbehaltsmöglichkeit von Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iii RA wird gewährt, um einen einseitigen oder unverhältnismässigen Geldfluss von einem verwertungs- und schutzintensiven Land in ein produktionsintensives und/oder verwertungs- und/oder schutzschwaches Land zu vermeiden (NORDE-MANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 16 RA). Den vertragsschliessenden Staaten ging es bei dieser Ziff. iii darum, zu verhindern, dass die wirtschaftlich starken Hersteller in den USA durch eine Veröffentlichung in einem Vertragsstaat – unter Berufung auf die Inländergleichbehandlung – Vergütungsansprüche erhältlich machen könnten, ohne dass die USA ihrerseits dem Abkommen beizutreten und Vergütungszahlungen für Zweitverwertungshandlungen von Tonträgern aus den Vertragsstaaten zu leisten hätten (Urteil 2A.539/1996 E. 5b/bb, in: sic! 1998, S. 37; vgl. NORDE-MANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 16 RA). Man wollte, dass bezüglich jener Tonträger, deren Hersteller nicht Angehörige eines Vertragsstaates sind, keinerlei Vergütungsansprüche aus Art. 12 RA bestehen (vgl. VIANA, a.a.O., S. 79; vgl. auch ULMER, a.a.O., S. 586).

6.5.2 Aufgrund des Vorbehalts der Schweiz nach Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iii RA können sich folglich Tonträgerhersteller, die nicht Angehörige eines Vertragsstaats des RA sind, – wie beispielsweise US-amerikanische, chinesische oder indische Hersteller – gegenüber der Schweiz nicht gestützt auf das RA auf das Kriterium der Erstveröffentlichung berufen. Aus dem Vorbehalt ist nicht ersichtlich, dass der Vergütungsanspruch des Tonträgerherstellers nach dem Willen des Gesetzgebers von jenem des ausübenden Künstlers abhängig sein soll (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 124). Es soll demnach seitens der Schweiz nur auf das Kriterium der Staatsangehörigkeit des Tonträgerherstellers abgestellt werden (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Rz. 19 zu Art. 35 URG). Der Vorbehalt bezweckt, den Schutz des ausländischen Tonträgerherstellers einzig an das Kriterium der erstmaligen Veröffentlichung anzuknüpfen (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 139). Im Übrigen kann auf das in E. 6.5.1 hier vor Gesagte verwiesen werden.

Bezüglich dieses ersten Vorbehalts zu Art. 12 RA findet sich jedoch weder im URG eine Grundlage (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 122-123; VIANA, a.a.O., S. 79), noch lässt der Bundesbeschluss betreffend die

völkerrechtlichen Verträge auf einen entsprechenden Willen des Parlaments schliessen (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 122-123). Durch Art. 35 Abs. 4 URG ist dieser Vorbehalt als solcher zwar nicht ausgeschlossen (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 123; VIANA, a.a.O., S. 79). Doch wird bei seiner Interpretation – vor allem mit Blick auf das Legalitätsprinzip – vom Wortlaut des Bundesrats abzuweichen sein (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 123). Der Vorbehalt wird durch Art. 35 Abs. 4 URG abgeschwächt, indem – wie nachfolgend näher dargelegt wird – einerseits im URG zusätzlich das Bestehen eines Vergütungsanspruches des Herstellers vom gleichzeitigen Bestehen eines Anspruches des ausübenden Künstlers abhängig gemacht wird und andererseits die Gegenrechtsklausel des URG nicht in diesem Vorbehalt enthalten ist (VIANA, a.a.O., 82). Der Vorbehalt ist daher im Lichte von Art. 35 Abs. 4 URG einschränkend auszulegen (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 139).

Berücksichtigt werden muss erstens, dass Art. 35 Abs. 1 URG für den Vergütungsanspruch allgemein – und damit auch bezüglich der Frage der Staatsangehörigkeit – nicht beim Tonträgerhersteller anknüpft, sondern beim ausübenden Künstler (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 123; VIANA, a.a.O., S. 79). Aufgrund des schweizerischen Rechts begründet die Konstellation, wenn der Tonträgerhersteller allein einem Vertragsstaat angehört, der Gegenrecht hält, keinen Vergütungsanspruch (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 124). Zu berücksichtigen ist zweitens der gemäss Art. 35 Abs. 4 URG bestehende Anspruch des ausländischen Künstlers nur im Falle der Gegenrechtsgewährung seines Staates (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 123; VIANA, a.a.O., S. 79). Entscheidend ist hierbei, ob der konkret geltend gemachte Vergütungsanspruch des ausländischen Künstlers von einem schweizerischen Staatsangehörigen – unabhängig von dessen gewöhnlichen Aufenthalt – im Analogiefall geltend gemacht werden könnte, wobei es bloss auf die grundsätzliche Anerkennung des Anspruches ankommt (vgl. VIANA, a.a.O., S. 80). Zu lesen ist der Vorbehalt im Lichte des URG folglich so, dass ein Anspruch nach Art. 12 RA für Nichtangehörige des RA nur besteht, falls der Staat, dem der ausübende Künstler angehört, Gegenrecht hält (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 123; VIANA, a.a.O., S. 79). Dasselbe gilt analog für den gemäss Art. 35 Abs. 2 URG bedingten Anspruch der Hersteller der benutzten Träger (VIANA, a.a.O., S. 79). Der Vorbehalt wird somit vom nationalen Recht teilweise wieder aufgehoben (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 126).

Basiert die Überlegung auf dem Legalitätsprinzip, müsste der vom URG nicht gedeckte und von der Exekutive formulierte Vorbehalt unbeachtlich sein, doch damit wäre der Vergütungsanspruch gemäss Art. 12 RA sogar vorbehaltlos geschuldet (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 124). Art. 12 RA gälte für den Angehörigen eines Mitgliedstaats unbedingt (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 124).

6.5.3 Wird mittels eines Vorbehalts der vierten Variante (Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iv RA) das Erfordernis der Gegenseitigkeit übernommen, werden die ausländischen Tonträgerhersteller nur insoweit geschützt, als die Staaten, deren Angehörige sie sind, die Tonträger der Angehörigen des Staates schützen, der eine gegenseitige Behandlung übernimmt (vgl. ROBERT BRAUNEIS, *National Treatment in Copyright and Related Rights: How Much Work Does it Do?*, Washington D.C. 2013, unter: <<http://ssrn.com/abstract=2291630>> [besucht am 1. Februar 2017], S. 23). So können Vertragsstaaten den Schutz anderen Staaten gegenüber auf das Ausmass beschränken, das von diesem anderen Staat in einem gleichen Fall gewährt wird (vgl. NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 16 RA; VIANA, a.a.O., S. 80 Fn. 120; MASOUYÉ, a.a.O., Rz. 16.8), und zwar in Umfang und Zeitdauer (vgl. ULMER, a.a.O., S. 584, 586 und 589; VIANA, a.a.O., S. 82; MASOUYÉ, a.a.O., Rz. 16.8). Damit wird der Forderung nach materieller Reziprozität in vollem Umfang Rechnung getragen: Die Vergütungspflicht entfällt in dem Vertragsstaat, der die Vorbehaltserklärung abgibt, ganz oder teilweise, wenn sie in dem Vertragsstaat, dem der Hersteller angehört, ganz oder teilweise ausgeschlossen ist (ULMER, a.a.O., S. 586). Die Vorbehaltserklärung nach Ziff. iv ist jedoch nur mit Wirkung auf Tonträger möglich, deren Hersteller einem anderen Vertragsstaat angehört.

Wenn sich ein Vertragsstaat für die Vergütungsregel des Art. 12 RA entschieden, diese in bestimmter Weise ausgestattet und dabei auch festgelegt hat, wem der Anspruch zustehen soll – Herstellern, Künstlern oder beiden –, kann er aber durch die Vorbehaltserklärung keinen Einfluss darauf nehmen, dass die in seinem Staat geschuldeten Vergütungen demselben Empfängerkreis des anderen Staates zugeleitet werden, den auch seine eigene Gesetzgebung vorsieht (NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 16 RA). Art. 16 RA sieht ausdrücklich vor, dass das Gegenseitigkeitserfordernis als erfüllt zu gelten habe, wenn ein Staat die aus Art. 12 RA resultierenden Ansprüche zwar anerkennt, aber ausschliesslich zugunsten entweder der Interpreten oder der Hersteller gewährt (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 35 URG; vgl. MASOUYÉ, a.a.O.,

Rz. 16.10). Der Gegenseitigkeitsvorbehalt kann nicht mit Wirkung auf die unterschiedliche Festlegung der Empfängergruppen erklärt werden (Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iv letzter Halbsatz RA; NORDEMAN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 16 RA).

6.5.4 Die Schweiz ist aufgrund ihres Vorbehalts zu Art. 12 RA (Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iv RA) somit nicht gehalten, diese Bestimmung und den damit verbundenen Vergütungsanspruch auf Tonträger anzuwenden, deren Hersteller nicht Angehöriger eines Vertragsstaats ist (Urteil 2A.539/1996 E. 5b/dd, in: sic! 1998, S. 37). Soweit die ausübenden Künstler einem Staat angehören, der den schweizerischen Staatsangehörigen kein Gegenrecht gewährt, ist – unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Künstlers, gehöre dieser einem Vertragsstaat an oder nicht – die Vergütung nur geschuldet, wenn wenigstens der Hersteller des Tonträgers einem Vertragsstaat angehört und Schutzzumfang und -dauer dort gleichwertig sind. In diesem Fall ist gemäss Art. 12 RA dem Künstler oder dem Hersteller oder beiden eine einzige Vergütung zu leisten (Urteil 2A.539/1996 E. 5b/dd, in: sic! 1998, S. 38). In diesem Vorbehalt begrenzt der Bundesrat den Schutz der Angehörigen von Vertragsstaaten damit allgemein auf jenes Mass, das dessen Staat einem schweizerischen Staatsangehörigen gewährt; angeknüpft wird dabei an den Hersteller des Tonträgers (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 123 und 139).

Mit Blick auf Art. 35 Abs. 4 URG müsste der Vorbehalt der Schweiz richtigerweise an die Staatsangehörigkeit des ausübenden Künstlers anknüpfen (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 124). Denn Art. 35 Abs. 4 URG steht durch seine Anknüpfung an diesen im Widerspruch zum RA (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 139; VIANA, a.a.O., 82-83). Wegen dieser Anknüpfung kann sich der Vorbehalt nicht mit dem URG decken (vgl. HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 126). Ist der Anspruch des Tonträgerherstellers von jenem des Künstlers abhängig (Art. 35 Abs. 2 URG), muss der Vorbehalt deshalb zunächst im Sinne des nationalen Rechts dahingehend interpretiert werden, dass der Vergütungsanspruch bei gewährtem Gegenrecht seitens des Staates des ausübenden Künstlers besteht, dieses Gegenrecht dann aber auch für eine Partizipation des Tonträgerherstellers ausreicht (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 124). Dabei sind ausländische ausübende Künstler i.S.v. Art. 35 Abs. 4 URG gemäss dem Vorbehalt für die Dauer anspruchsberechtigt, welche deren Heimatstaat schweizerischen Berechtigten entsprechend als Schutzdauer gewährt (VIANA, a.a.O., S. 83). Denn durch den Vorbehalt wird der Schutz der

ausländischen Hersteller bzw. deren Tonträger auf die zeitliche Dauer beschränkt, welche in deren Heimatstaat als Schutzdauer für die von einem schweizerischen Staatsangehörigen erstmals festgelegten Tonträger gilt (VIANA, a.a.O., S. 83). Unklar wird die Rechtslage bezüglich des Vorbehalts, wenn ein Hersteller alleine, das heisst ohne den ausübenden Künstler, einem Vertragsstaat angehört, der Gegenrecht hält (VIANA, a.a.O., 81 Fn. 124 und S. 83). Gemäss URG hat er keinen Anspruch auf Vergütung, gemäss dem Vorbehalt jedoch schon (VIANA, a.a.O., S. 83). Der letzte Teil von Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iv RA beschränkt den Vorbehalt seinerseits (HILTY, a.a.O. [Leistungsschutzrechte], S. 123 Fn. 132).

6.5.5 Der entsprechende Vorbehalt der Schweiz ist innerstaatlich gültig (dazu Urteil 2A.539/1996 E. 5b/cc, in: sic! 1998, S. 37).

Der Bundesrat hat beim Beitritt zum RA den von ihm ursprünglich vorgesehenen und in der Botschaft (BBl 1989 III 515) angekündigten umfassenden Vorbehalt gemäss dem Beschluss des Parlaments zu Art. 35 Abs. 4 URG eingeschränkt und – soweit dies möglich war – entsprechend angepasst. Da der nach Art. 16 RA zulässige Vorbehalt bei der Staatsangehörigkeit des Herstellers des Tonträgers und nicht wie Art. 35 Abs. 4 URG bei jener des Künstlers ansetzt, war es aber nicht möglich, Art. 16 RA und Art. 35 Abs. 4 URG vollständig zu harmonisieren. Der Bundesrat hat sich beim Beitritt zum RA an den Beschlüssen des Parlaments orientiert, das aufgrund der Botschaft wusste, dass nicht beabsichtigt war, diesem vorbehaltlos beizutreten. Der Parlamentsbeschluss zu Art. 35 Abs. 4 URG machte es geradezu erforderlich, dass der Bundesrat handelte und einen Vorbehalt zu Art. 12 RA erklärte. Er tat dies bei der Hinterlegung der Beitrittsurkunde in bestmöglicher Umsetzung der parlamentarischen Beschlüsse (Urteil 2A.539/1996 E. 5b/cc mit Hinweis, in: sic! 1998, S. 37). Um den Willen des Gesetzgebers möglichst nachzukommen, gab der Bundesrat beim Beitritt zum RA die Erklärung im Sinne von Art. 16 Ziff. 1 Bst. a Ziff. iii RA ab (BURCKHARDT, a.a.O., 632). Die Schweiz ist aber nicht verpflichtet, innerstaatlich von den Vorbehalten zum RA auch Gebrauch zu machen (vgl. Art. 21 RA; Urteil 2A.539/1996 E. 5b/dd, in: sic! 1998, S. 37).

6.5.6 Einen Vorbehalt entsprechend Art. 35 Abs. 4 URG kennt das RA nicht. Grund dafür ist, dass der Schutz der ausübenden Künstler im RA in keinem Fall von der Staatsangehörigkeit des Ausübenden abhängt (BURCKHARDT, a.a.O., S. 632).

6.5.7 Der entsprechende Vorbehalt der Schweiz stellt ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit ab (vgl. Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iv RA). Demgemäss gilt im Verhältnis zur Schweiz in Bezug auf Art. 12 RA nicht, dass sich US-amerikanische Produzenten und Künstler bei einer rechtzeitigen Veröffentlichung grundsätzlich auf das RA berufen können (vgl. Urteil 2A.539/1996 E. 5b/bb, in: sic! 1998, S. 37).

6.5.8 Entsprechendes gilt für Staatsangehörige anderer Staaten, die ebenfalls keine Vertragsstaaten des RA sind, wie beispielsweise Indien oder China (<http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17>, abgerufen am 1. Februar 2017).

6.6 Demgemäss werden aufgrund ihres Vorbehalts zu Art. 12 RA von der Schweiz Aufnahmen grundsätzlich nicht geschützt, die von Tonträgerherstellern, die nicht Angehörige eines Vertragsstaats sind, in einem Mitgliedland des RA erstveröffentlicht worden sind.

6.7 Zusammenfassend können sich zwar auch ausübende Künstler und Produzenten aus Nichtvertragsstaaten des RA, wie zum Beispiel US-amerikanische, im Fall einer gleichzeitigen Veröffentlichung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 RA (vgl. E. 6.2.1 hiervor) auf Art. 12 RA berufen (vgl. Urteil 2A.539/1996 E. 5b/bb, in: sic! 1998, S. 36-37). Die Vorschrift von Art. 12 RA kann jedoch gemäss Art. 16 Abs. 1 Bst. a RA ganz oder teilweise ausgeschlossen werden (HILTY, a.a.O. [Anmerkung], S. 39 mit Hinweis). Ein solcher Vorbehalt stellt eine Ausnahme von der Schutzgewährung durch Vergütungspflicht im Sinne von Art. 12 RA dar, welche die Regel ist (vgl. NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Rz. 1 zu Art. 12 RA).

6.8 Folglich entspricht in casu Lemma 3 der Tarifiziff. 8 entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin dem RA.

6.9 Nun ist der durch das WPPT gewährleistete Schutz weiter zu prüfen.

6.9.1 Alle Auswahlkriterien für den Schutz von Künstlern und Tonträgerherstellern gemäss dem WPPT sind alternativ. Demzufolge genügt es, wenn eines dieser Kriterien erfüllt ist (vgl. VON LEWINSKI, a.a.O. [WIPO Treaties], Rz. 8.3.20).

Künstler und Tonträgerhersteller, die Staatsangehörige eines Vertragsstaats des WPPT sind, geniessen bereits allein infolge von Art. 3 Abs. 1 WPPT den Schutz des WPPT (vgl. E. 5.5.2 hiervor). Auch Tonträgerhersteller, die Angehörige eines Staats sind, der nicht Vertragsstaat des

WPPT, wohl aber des RA ist, fallen aufgrund von Art. 3 Abs. 2 WPPT i.V.m. Art. 5 Bst. a RA unter das WPPT und sind durch dieses ebenfalls geschützt. Die Erfüllung eines weiteren Kriteriums ist für alle diese Personen nicht erforderlich. Erfüllen sie nebst dieser Angehörigkeit ein weiteres Kriterium von Art. 5 RA (namentlich dessen Abs. 1 Bst. c [Erstveröffentlichung]), ändert dies damit am Schutz durch das WPPT nichts. Demnach kann bei diesen Personen auf die Prüfung der Erfüllung weiterer Kriterien nebst der Staatsangehörigkeit verzichtet werden. Ob dieses Kriterium primär gilt, kann in casu demgemäss offen gelassen werden.

Unter Art. 3 Abs. 2 WPPT i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. a RA fallen ausübende Künstler jedoch nicht direkt (vgl. E. 6.2.2-3 vorstehend). Wenn sie nicht Staatsangehörige eines der Mitgliedstaaten des WPPT sind, können sie damit nicht gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. a RA in den Schutz dieses Abkommens gelangen. Die Künstler werden zudem auch nicht direkt von Art. 5 Abs. 1 Bst. b RA (Festlegung) und Art. 5 Abs. 1 Bst. c RA (Erstveröffentlichung) erfasst (vgl. E. 6.2.2 hiervor). Es bedarf bei ausübenden Künstlern, die Angehörige eines Staats sind, der nicht Mitglied des WPPT, aber des RA ist, in folgedessen zwingend der Prüfung, ob allenfalls indirekt ein Schutz durch eines der beiden weiteren Anknüpfungsmerkmale von Art. 5 Abs. 1 Bst. b und c RA gegeben ist. Wenn dies nicht zutrifft, werden die betreffenden Künstler nicht durch das WPPT geschützt.

Die Vertragsparteien des WPPT können überdies aufgrund von Art. 3 Abs. 3 WPPT erklären, dass sie genau bezeichnete Auswahlkriterien nicht anwenden wollen (vgl. VON LEWINSKI, a.a.O. [WIPO Treaties], Rz. 8.3.20). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Auswahlmöglichkeiten von Art. 5 Abs. 3 RA für Künstler und Tonträgerhersteller darin bestehen, das Kriterium der Veröffentlichung oder, alternativ, das Kriterium der Festlegung nicht anzuwenden (VON LEWINSKI, a.a.O. [WIPO Treaties], Rz. 8.3.21). Bei einer solchen Nichtanwendung geniessen die betreffenden Tonträgerhersteller oder ausübenden Künstler ebenfalls keinen Schutz durch das WPPT.

6.9.2 Falls eine Vertragspartei eine Erklärung zum Ausschluss der Anwendung des Festlegungskriteriums abgegeben hat, ist sie nur verpflichtet, diese Tonträgerhersteller – und Künstler gemäss Art. 4 Bst. b RA – zu schützen, für welche entweder das Kriterium von Art. 5 Abs. 1 Bst. a RA (Staatsangehörigkeit) oder Art. 5 Abs. 1 Bst. c RA (Veröffentlichung) erfüllt ist (Art. 3 WPPT i.V.m. Art. 5 Abs. 3 RA) (vgl. VON LEWINSKI, a.a.O. [WIPO Treaties], Rz. 8.3.27).

6.9.3 Aufgrund der Verweisung von Art. 3 Abs. 3 WPPT ist davon auszugehen, dass der Vorbehalt der Schweiz zum Art. 5 RA weiterhin Geltung hat, sofern sie als Vertragspartei des WPPT eine entsprechende Mitteilung an den Generalsekretär der WIPO richtet (VIANA, a.a.O., S. 213), was sie getan hat. Die Schweiz hat bei der Ratifikation des WPPT gestützt auf Art. 3 Abs. 3 WPPT erklärt (Notification Nr. 69), das Festlegungskriterium in Bezug auf den Schutz von Tonträgern nicht anzuwenden (vgl. http://www.wipo.int/treaties/en/remarks.jsp?cnty_id=1564C [abgerufen am 1. Februar 2017]). Was die Schutzkriterien für die Tonträger anbelangt, hat die Schweiz damit die gleiche Erklärung wie für Art. 5 Ziff. 3 RA abgegeben. Das bedeutet, dass die Schweiz die ausländischen Tonträger dann schützt, wenn deren Hersteller aus einem Vertragsland stammt oder der Träger in einem solchen veröffentlicht worden ist (BURCKHARDT, a.a.O., S. 633). Überdies ist infolge der Verweisung auf die entsprechenden Artikel des RA und dem Art. 3 Abs. 3 WPPT auch der von der schweizerischen Regierung gemachte Vorbehalt zu Art. 5 RA selbst auf das WPPT entsprechend anwendbar (VIANA, a.a.O., S. 197).

Somit gelten in der Schweiz als Anknüpfungskriterien für die Inländerbehandlung von Herstellern, deren Staat Vertragsmitglied ist, nur die Merkmale der Staatsangehörigkeit und der Veröffentlichung gemäss RA (VIANA, a.a.O., S. 197). Hinsichtlich der Veröffentlichung hat die Schweiz im Rahmen des WPPT abermals keinen Vorbehalt angebracht. Damit kann dieses Anknüpfungskriterium von Vertragsstaatsangehörigen des WPPT angerufen werden.

6.10 Der WPPT schützt indirekt das RA. Der WPPT ermöglicht, wie in E. 7.1.1 dargelegt, dass das Merkmal der Erstveröffentlichung aus Art. 5 Abs. 1 RA im Geltungsbereich des WPPT auch von jenen Tonträgerherstellern und Künstlern erfüllt werden kann, die Angehörige eines Staates sind, der Mitglied des RA, nicht aber des WPPT ist. Die Schutzkriterien des RA gelten überdies auch für sämtliche Vertragsparteien des WPPT, unabhängig davon, ob sie selbst Mitgliedstaat des RA sind: Denn das Kriterium der 'Staatsangehörigkeit' gilt gemäss Art. 3 Abs. 2 WPPT als gegeben, wenn die Voraussetzungen des RA hierzu erfüllt sind und der ausübende Künstler oder Hersteller der Begriffsdefinition von Art. 2 WPPT entspricht (VIANA, a.a.O., S. 196-197). Die Auswahlkriterien des RA sind dabei so anzuwenden, wie wenn alle Vertragsparteien des WPPT ebenfalls Mitglieder des RA wären (vgl. Art. 3 Abs. 2 WPPT). Dies ist beispielsweise in Bezug auf die USA, die Mitglied des WPPT, nicht aber des RA sind, der Fall: sie

werden so gestellt, also ob sie das RA ebenfalls ratifiziert hätten (VON LEWINSKI, a.a.O. [Konferenz], S. 672). Der Vorbehalt der Schweiz zu Art. 16 Abs. 1 Bst. a Ziff. iii RA, Art. 12 RA nicht auf Tonträger anzuwenden, deren Hersteller nicht Angehöriger eines Vertragsstaats des RA ist (E. 6.5.2 hier-vor), wird dadurch überwunden.

6.11 Damit werden in der Schweiz aufgrund des WPPT unter anderem Aufnahmen geschützt, die in einem anderen Mitgliedstaat des WPPT, der keinen Vorbehalt zu Art. 15 WPPT angebracht hat, erstveröffentlicht worden sind. Demgemäss entspricht Lemma 3 der Tarifiziff. 8 entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin dem WPPT ebenfalls. Es ist somit zulässig. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch ein weitergehender Schutz als der staatsvertraglich gewährleistete erlaubt ist. Bei diesem handelt es sich lediglich um einen Mindeststandard.

7.

7.1 Gemäss Art. 35 Abs. 4 URG steht ausländischen ausübenden Künstlern, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz haben, ein Anspruch auf Vergütung nur zu, wenn der Staat, dem sie angehören, den schweizerischen Staatsangehörigen ein entsprechendes Recht gewährt, das heisst Gegenrecht hält (Urteil 2A.539/1996 E. 5a, in: sic! 1998, S. 36; VIANA, a.a.O., S. 78).

7.2

7.2.1 Das URG kann über den Schutz, zu dem die Schweiz staatsvertraglich verpflichtet ist, zwar hinausgehen, aber nicht dahinter zurückbleiben. Soweit das URG in seinem Art. 35 Abs. 4 daher Vergütungsansprüche vorsieht, die über jene des WPPT und RA hinausgehen, sind diese geschuldet (vgl. Urteil 2A.539/1996 E. 5b/dd, publiziert in: sic! 1998, S. 37-38). Dies folgt gleichermassen aus Art. 1 Abs. 2 URG, welcher völkerrechtliche Verträge ausdrücklich vorbehält, und aus dem im RA angewandten Begriff der Inländerbehandlung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a RA, welcher den Ausschluss des Gegenrechtsvorbehalts für Ausländer von Art. 35 Abs. 4 URG impliziert.

Diese Schuld besteht dabei trotz der Tatsache, dass Art. 35 Abs. 4 URG auf die Staatsangehörigkeit des Künstlers Bezug nimmt, während das RA auf jene des Tonträgerherstellers abstellt. Der Vergütungsanspruch besteht bereits dann, wenn er sich aus einer der beiden Rechtsgrundlagen ergibt (Urteil 2A.539/1996 E. 5b/dd, in: sic! 1998, S. 37-38).

7.2.2

7.2.2.1 Zu berücksichtigen ist allerdings, dass das US-amerikanische Repertoire bereits vor dem Inkrafttreten des WPPT in der Schweiz am 1. Juli 2008 hierzulande angesichts der Schweizer Vorbehalte zu Art. 12 RA (E. 6.4.2 und 6.4.3 vorstehend) laut dem Urteil 2A.539/1996 (teilweise veröffentlicht in: sic! 1998, S. 33 ff., E. 5b/dd) nur zum Teil geschützt war (vgl. NORDEMANN/VINCK/HERTIN, a.a.O., Art. 16 RA Rz. 3).

7.2.2.2 So hat die Schweiz insofern, als der Copyright Act von 1976 kein öffentliches Aufführungsrecht bei Tonaufnahmen vorsieht, die Zahlung von Vergütungen an die amerikanischen Hersteller und ausübenden Künstler verweigert, basierend auf dem Grundsatz des Gegenrechtsvorbehalts aus Art. 35 Abs. 4 URG (vgl. VIANA, a.a.O., S. 92).

7.2.2.3 Dieses Verhalten hat nicht gegen internationale Urheberrechtsabkommen verstossen, zumal die verwandten Schutzrechte in den Schutzzumfang des RA gerechnet werden, dem die USA bisher nicht beigetreten sind, und nicht in den Schutzzumfang der RBÜ, wodurch folglich das Nichtauszahlen von Vergütungen an 'verwandte Schutzrechtsinhaber' in den USA keine Verletzung des Inländerbehandlungsgrundsatzes aus Art. 5 Abs. 1 RBÜ darstellt (VIANA, a.a.O., S. 92-93).

7.2.2.4 Bezüglich den USA galt daher und gilt im konkreten Fall, in welchem die USA keine Reziprozität gewährt, noch heute: Bei einem Tonträger eines amerikanischen Herstellers mit einem Künstler aus einem Staat, der den schweizerischen Schutz gewährt, haben sowohl der Künstler wie der amerikanische Hersteller Anspruch auf Vergütung (Art. 35 Abs. 4 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 und 2 URG). Bei einem Tonträger eines amerikanischen Herstellers mit einem amerikanischen Künstler oder mit einem solchen aus einem anderen Staat, der nicht Gegenrecht hält, haben dagegen weder der Künstler noch der Hersteller einen Anspruch auf Entgelt. Ein solcher besteht hingegen bei einem amerikanischen Künstler auf einem Tonträger eines Herstellers aus einem Vertragsstaat nach Massgabe des von diesem gewährten Schutzes, soweit er nicht über den schweizerischen hinausgeht. Der Anspruch beruht in diesem Fall auf Art. 12 RA. Art. 35 Abs. 1 und Abs. 2 URG gewähren die Entschädigung dem Künstler und lassen den Hersteller daran partizipieren (Urteil 2A.539/1996 E. 5b/dd, in: sic! 1998, S. 38).

7.2.3 Das RA erzwingt freilich mangels eines entsprechenden Vorbehalts die Vergütung des Herstellers losgelöst von der Berechtigung des Künstlers, was mit Blick auf die Abhängigkeit seiner Vergütung von jener des Künstlers nach Art. 35 Abs. 2 URG zur Konsequenz hat, dass der Künstler in jedem Fall eine Vergütung erhält, auch wenn bloss der Hersteller die Voraussetzungen erfüllt (HILTY, a.a.O. [Anmerkung], S. 39).

7.2.4 Ferner ist der Gegenrechtsvorbehalt von Art. 35 Abs. 4 URG mit den Bestimmungen des WPPT vereinbar, zumal Art. 15 Abs. 3 WPPT i.V.m. Art. 4 Abs. 2 WPPT den Vertragsstaaten erlaubt, die Anwendung des Vergütungsanspruchs in ihren nationalen Gesetzen auch im Zusammenhang mit Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten beliebig abzuändern oder den Anspruch überhaupt nicht zu gewähren (VIANA, a.a.O., S. 213).

7.3 Nachdem heute 92 Staaten dem RA beigetreten sind (http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17), abgerufen am 1. Februar 2017) und 94 Staaten den WPPT ratifiziert haben (http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=20), abgerufen am 1. Februar 2017), hat im Tonbereich die innerstaatliche Berechtigungsgrundlage nach Art. 35 Abs. 4 URG aber seine Bedeutung weitgehend eingebüsst (vgl. BURCKHARDT, a.a.O., S. 634), da sich die Vergütungsberechtigung der ausländischen Künstler aus dem RA bzw. dem WPPT ergibt (ROLF AUF DER MAUR, in: Müller/Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [URG], 2. Aufl. 2012, Rz. 15 zu Art. 35 URG). Die USA, die Anlass für die Aufnahme des Vorbehaltes nach Art. 35 Abs. 4 URG waren, ratifizierten den WPPT im Jahre 1999 (BURCKHARDT, a.a.O., S. 633; zur Ratifikation siehe http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=20), abgerufen am 1. Februar 2017).

7.4 Der Gegenseitigkeitsvorbehalt von Art. 35 Abs. 4 URG steht damit Lemma 3 der Tarifziff. 8 nicht entgegen.

8.

Laut Art. 45 Abs. 2 URG müssen die Verwertungsgesellschaften die Verwertung nach festen Regeln und nach dem Gebot der Gleichbehandlung besorgen. Vorliegend kann offen gelassen werden, ob sich die Dualität der Anknüpfung – Merkmal der Staatsangehörigkeit bzw. Erstveröffentlichung – mit Art. 45 Abs. 2 URG vereinbaren lässt, weil Staatsverträgen Vorrang vor den Bestimmungen des URG zukommt (hierzu in E. 3.3 hiavor). Die wahlweise Anknüpfung an diese Kriterien ist durch das RA bzw. den WPPT staatsvertraglich vorgesehen.

Das Gebot der Gleichbehandlung kann überdies nicht einer Tarifrevision entgegen gehalten werden, durch welche andere Entschädigungen als in früheren Tarifen festgelegt werden oder diese Entschädigungen nach anderen Kriterien berechnet werden (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Rz. 6a zu Art. 45 URG mit Hinweis auf Urteil des BGer vom 28. Mai 2003 i.S. SRG/Swissperform [Tarif A Radio], in: sic! 2003, S. 885 ff.).

9.

Lemma 3 der Tarifizf. 8 entspricht folglich der Rechtslage, wenn es auch Aufnahmen schützt, die zuerst oder gleichzeitig in einem anderen Mitgliedland des WPPT veröffentlicht wurden, das dieses Abkommen ohne einen Vorbehalt zu Art. 15 WPPT ratifiziert hat, welcher eine Vergütungspflicht oder ein exklusives Recht an der Sendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zugunsten schweizerischer Berechtigter ausschliesst.

Die Beschwerde erweist sich damit auch insofern als unbegründet.

10.

10.1 Ferner ist die rückwirkende Gültigkeit von Ziff. 8 Lemma 3 des Tarifs in der Zeit vom 1. Januar 2013 bis 29. Februar 2016 umstritten. Die Vorinstanz genehmigte in der angefochtenen Verfügung vom 29. Juni 2015 Lemma 3 der Ziff. 8 des Tarifs rückwirkend mit der in der Fassung vom 18. Juni 2012 vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016.

10.2 Hier kann für die Frage der Rechtmässigkeit der rückwirkenden Anwendung eines Tarifs vorab auf die entsprechenden Erwägungen im Urteil B-3865/2015 vom 7. Juli 2016 (E. 6-7) "Gemeinsamer Tarif 3a Zusatz" verwiesen werden. Zusammenfassend stellt dieses fest, dass eine rückwirkende Erhebung geschuldeter Vergütungen zulässig ist, sofern sie unter den konkreten Umständen massvoll und angemessen erscheint. Demnach ist im Folgenden nur die Angemessenheit der von der Vorinstanz angeordneten Rückwirkung des Lemmas 3 der Tarifizf. 8 zu prüfen.

10.3 Die Vorinstanz begründete die Angemessenheit ihrer diesbezüglichen Anordnung in der angefochtenen Verfügung damit, dass die Beschwerdeführerin angesichts der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich mit einer nachträglichen Genehmigung der Ziff. 8 des Tarifs habe rechnen müssen, solange das von der Beschwerdegegnerin initiierte Rechtsmittelverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen gewesen

sei. Die Bemessung der Mehrvergütung, die aufgrund der nachträglich genehmigten Ziff. 8 des Tarifs für die Zeit nach dem 1. Januar 2013 geschuldet sei, sei kalkulierbar gewesen. Die Notwendigkeit, dass die Beschwerdeführerin für die Jahre 2013 und 2014 entsprechende Rückstellungen hätte vornehmen müssen, könne nicht als unzumutbar bezeichnet werden. Inwiefern eine rückwirkende Genehmigung der Ziff. 8 des Tarifs zu Wettbewerbsverzerrungen oder stossenden Rechtsungleichheiten führen sollte, sei nicht ersichtlich. Auch ein Eingriff in wohlerworbene Rechte drohe dadurch nicht.

10.4 Die Beschwerdeführerin fordert in ihrer Beschwerde, dass eventualiter die angeordnete Rückwirkung dieses Lemmas auf ihre Angemessenheit zu überprüfen sei. Nachdem es die Vorinstanz in ihrem Beschluss vom 29. Oktober 2012 aus der Tarifvorlage gestrichen habe, habe die Beschwerdeführerin die Wahrscheinlichkeit, dass dieser Entscheid vom Bundesverwaltungsgericht gestützt werde, als höher als 50 % einschätzen dürfen. Sie wäre somit gar nicht berechtigt gewesen, eine Rückstellung zu machen. Dasselbe habe nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts gegolten. Auch der Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2014 habe noch keine über 50%ige Wahrscheinlichkeit wiedergegeben, dass die Vorinstanz nach Überprüfung der materiellen Grundlagen eine Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Entschädigung des US-Repertoires vorsehen werde. Ihr Interesse an Rechtssicherheit sei höher zu gewichten als das Interesse einzelner Rechteinhaber an einer Vergütung, insbesondere da sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesverwaltungsgericht die umstrittene Ziffer aus dem Tarif gestrichen hätten. Es bestehe eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, wenn die Beschwerdeführerin rückwirkend über eine Periode von über drei Jahren Zahlungen vornehmen müsse und andere Unternehmen für genau die gleiche Nutzung nicht belangt werden könnten. Die von der Vorinstanz angesetzte Rückwirkung des Lemmas sei nicht angemessen. Es sei deshalb auf den Ablauf der Beschwerdefrist auf den 1. März 2016 in Kraft zu setzen, sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass das Lemma der Rechtslage entspreche.

10.5 Die Beschwerdegegnerin wendet in ihrer Beschwerdeantwort ein, die verlangte Beschränkung der Rückwirkung des Lemmas wäre unangemessen. Sie sei zumutbar, da sie sich allein durch die Dauer des Tarifverfahrens und dessen Instanzenzug ergebe. Dass aus der strittigen Tarifziffer Vergütungen folgten, sei der Beschwerdeführerin seit Beginn der Tarifverhandlungen bekannt. Spätestens seit dem Urteil des Bundesgerichts vom

9. Oktober 2014 sei die Rechtsbeständigkeit der strittigen Tarifiziffer wahrscheinlich. Der angefochtene Beschluss vom 29. Juni 2015 hätte jedenfalls Rückstellungen auslösen müssen. Die Beschwerdeführerin sei ausschliesslich selbst die Nutzerin der fraglichen tarifierten Rechte. Die Rückwirkung biete die beste Lösung für die angemessene Entschädigung der Rechteinhaber. Die Anpassung der Tarifdauer sei vorliegend unpassend, weil nur die Vergütung nach Ziff. 8 Lemma 3 ausgeglichen werden müsse. Deren Geltungsdauer könne nicht losgelöst vom (unbestrittenen) Rest des Tarifs über den 31. Dezember 2016 hinaus verlängert werden. Die strittige Tarifiziffer würde parallel zum Nachfolgetarif weitergelten, was unnötig kompliziert sein und faktisch einen Tarifizuschlag auf die entsprechenden Vergütungen des Nachfolgetarifs bedeuten würde. Dadurch würde wohl auch das Kausalitätsprinzip tangiert. Der Tarifizuschlag sei ebenfalls die schlechtere Lösung als die Rückwirkung des Tarifs. Eine solche Lösung wäre mit einer grossen Unsicherheit für alle Beteiligten verbunden, da ein prozentualer Zuschlag auf die strittigen Vergütungen den entsprechenden künftigen Nutzungen ein Gewicht verleihe, das ihnen eigentlich nicht zukomme. Eine sachgerechte Alternative zur rückwirkenden Inkraftsetzung der strittigen Tarifiziffer gebe es somit nicht.

10.6 Die Beschwerdeführerin verteidigt sich in ihrer Replik, sie sehe keinen Grund, weshalb sie sich gegen die Tarifdauer in der mit vorinstanzlichem Beschluss vom 29. Oktober 2012 genehmigten Form hätte wehren sollen. Die Vorinstanz habe Lemma 3 in jenem Beschluss gestrichen. Damit sei die Voraussehbarkeit nicht gegeben. Zudem sei die Vergütung auch nicht berechenbar gewesen, da unbekannt sei, wie viele nicht geschützte Tonträger in einem anderen WPPT-Mitgliedstaat erstmals veröffentlicht worden seien.

10.7 In ihrer Duplik ergänzt die Beschwerdegegnerin, es habe auf die Voraussehbarkeit keinen Einfluss, dass die Vorinstanz Lemma 3 vorübergehend aus dem Tarif gestrichen habe. Denn die Beschwerdeführerin habe gewusst, dass sich die Beschwerdegegnerin im weiteren Verfahren für diese einsetzen würde, was sie erfolgreich getan habe. Die Beschwerdeführerin müsse als Nutzerin selber die Verantwortung dafür tragen, welche Tonträger sie spiele, weil sie die einzige sei, die das bestimme und beeinflusse. Es sei ohne grossen Aufwand feststellbar, welche Tonträger betroffen seien. Da der Tarif zudem einen einheitlichen Vergütungssatz vorsehe, sei die Vergütung für die Beschwerdeführerin sehr wohl abschätzbar. Die Voraussehbarkeit sei folglich gegeben.

11.

11.1 Die Vorinstanz hat den Beginn der Tarifbemessung zeitlich mässig und nach den Umständen des Einzelfalls für die betroffenen Nutzer zumutbar festzulegen und zwar im Rahmen des verwertungsrechtlichen Angemessenheitsbegriffs, in dessen Licht sie die gesetzlichen Bemessungsparameter für bestimmte Nutzungshandlungen konkretisiert (BGE 133 II 263 E. 8.2 "GT 4d"; Art. 60 URG). Nicht nur die proportionale Bemessung und prozentuale Höhe der Vergütung, sondern auch ihre diachrone Belastung und faire Verteilung sind von der Vorinstanz bei der Genehmigung angemessen festzulegen (Urteil B-3865/2015 E. 6.7).

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 2C_53/2014 (E. 6.4) festgehalten, dass das Fehlen eines gültigen Tarifs nicht dazu führen dürfe, dass gesetzlich vorgesehene Entschädigungen nicht bezahlt würden. Die Vorinstanz weist im angefochtenen Entscheid (S. 21) zu Recht darauf hin, dass dies entsprechend auch für einzelne im Rechtsmittelverfahren umstrittene Tarifbestimmungen gelten muss, die einen Einfluss auf die Höhe der Vergütung haben.

Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall sprunghafte Erhöhungen und strukturelle Bemessungsunterschiede zwischen dem umstrittenen Tarif A Radio (Swissperform) 2013-2016 und seinem Vorgängertarif vermieden. Die zusätzliche Mehrbelastung gegenüber dem bisher geltenden Tarif – also seit dem 1. Januar 2013 – ist für die Beschwerdeführerin spätestens seit Zeitpunkt der Kenntnisnahme des bundesgerichtlichen Urteils 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 kalkulierbar. Überdies hat die Vorinstanz den Beginn des Inkassos erst auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Frist einer Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid, das heisst das Jahr 2016, angesetzt.

11.2 Die Beschwerdeführerin betont ihr Interesse an Rechtssicherheit (E. 11.4 vorstehend). Darin, dass dieses ein bedeutender Faktor bei der Angemessenheitsprüfung ist, kann ihr grundsätzlich zugestimmt werden. Da die Rechtsgrundlage der Tarife nicht in jedem Fall transparent ist und gesetzliche Vergütungsbestimmungen der Auslegung bedürfen, kann die Nutzerseite nicht immer von vornherein einschätzen, ob der Tarif gerechtfertigt ist. Ihr Interesse, zuerst die Rechtslage zu klären, ist darum mit zu berücksichtigen. Allerdings stehen ihm sowohl das Legalitätsprinzip (Gesetze sind zu befolgen) wie auch das Interesse der Urheberberechtigten an der Bezahlung gesetzlich und rechtskräftig geschuldeter Vergütungen gegenüber. Nicht in allen Fällen überwiegt darum das Interesse der Nutzerseite an der Klärung der Rechtslage bis zur Rechtskraft des Tarifs.

Schon mit Empfang der Rechtsauffassung der Verwertungsgesellschaften während der Tarifverhandlungen, spätestens aber mit Kenntnis der Tarifeingabe oder mit dem Entscheid der Vorinstanz kann nach den Umständen für die Nutzerverbände und Nutzer abschätzbar sein, welche Vergütungen für ihre gegenwärtige Nutzung anfallen werden. Dass sie die Rechtsauffassung der Tarifeingabe nicht immer teilen und zu ihrer Anfechtung und zur Ausschöpfung des Instanzenzugs legitimiert sind, ändert hieran nichts (Urteil B-3865/2015 E. 6.7).

11.3 Das vorliegend strittige Lemma 3 der Tarifziff. 8 ist Ergebnis der in E. 10 des bundesgerichtlichen Urteils 2C_53/2014 angeordneten vorinstanzlichen Rechtsmässigkeitsprüfung. Über die damit vertretene Rechtsauffassung der Vorinstanz ist noch nicht letztinstanzlich entschieden worden. Dass auch eine andere Auslegung denkbar ist, stellt die Angemessenheit des Lemmas und seine Anwendung auch in der Zeit vom 1. Januar 2013 bis 29. Februar 2016 als solches jedoch nicht in Frage, da die erhobenen Vergütungen zurückzugeben wären, sollte das Lemma vom Bundesgericht aufgehoben werden und sich die zugrundeliegende Rechtsauffassung als unrichtig erweisen. Die Gefahr der Verwertungsgesellschaften, im Fall einer erst nach Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens beginnenden Erhebung der Vergütung, sei es durch eine zwischenzeitliche Konzentration am Rundfunkmarkt indirekt oder infolge der Akkumulierung der Tarifvergütungen, die eine Zahlungsunfähigkeit bewirkt, oder des entgangenen Zinses direkt, einen Teil ihrer Ansprüche zu verlieren, hält sich mit der Gefahr der Beschwerdeführerin in etwa die Waage, die für die vorzeitige Tarifabrechnung einen administrativen Aufwand betreiben muss, der sich eines Tages vielleicht als unnötig herausstellt, falls sich die bezahlten Vergütungen als ungerechtfertigt erweisen sollten. Entscheidend in der Abwägung dieser Interessen ist die Tatsache, dass die Vorinstanz den Tarifparteien ihre später mit Beschluss vom 29. Juni 2015 wiederholte Rechtsauffassung schon im Rahmen des Tarifentwurfs vom 18. Juni 2012 mitgeteilt hatte. Die Beschwerdeführerin musste trotz des Inhalts des vorinstanzlichen Beschlusses vom 29. Oktober 2012 und des Urteils des BVGer B-2429/2013 vom 28. November 2013 angesichts des bundesgerichtlichen Urteils 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 und der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich noch mit einer (nachträglichen) Genehmigung der Ziff. 8 des Tarifs rechnen, solange das Rechtsmittelverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen war. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die gesetzliche Grundlage für den Tarif nicht umstritten gewesen ist. Zudem existierte bereits ein Vorgängertarif. Der Beschwerdeführerin standen damit – entgegen ihrer Sachdarstellung – bis zum

Erlass des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheids (29. Juni 2015) über drei Jahre zur Verfügung, um sich auf die Möglichkeit einer Entschädigung gemäss Lemma 3 der Tarifziff. 8 vorzubereiten. In dieser Zeit war sie auch über die Anstrengungen der Beschwerdegegnerin im Bild, möglichst rasch ein solches Inkasso und eine tarifliche Grundlage dafür einzuführen. Am 18. Juni 2012 hatte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz erstmals eine tarifliche Vorlage für ein Lemma 3 mit Wirkung ab 1. Januar 2013 unterbreitet. Dass die Ausschöpfung des Instanzenzugs mehrere Jahre in Anspruch nimmt, ist keiner Seite zur Last zu legen. Die Vorinstanz führt zu Recht an, dass die Bemessung der Mehrvergütung, die aufgrund der (nachträglich) genehmigten Tarifziff. 8 für die Zeit nach dem 1. Januar 2013 geschuldet ist, kalkulierbar war und von der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin auf Fr. 1.5 bzw. 1.3 Mio. pro Jahr geschätzt wird. Entsprechende Rückstellungen für die Jahre 2013 und 2014 waren der Beschwerdeführerin nicht unzumutbar. Sie ist im Übrigen als einzige vom Tarif betroffen. Eine rückwirkende Erhebung der geschuldeten Vergütungen ab dem 1. Januar 2013 bis am 29. Februar 2016 erscheint unter diesen Umständen massvoll und angemessen.

12.

12.1 Schliesslich ist die Geltung von Ziff. 10 des Tarifs im Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis 29. Februar 2016 unter den Parteien strittig.

12.2 Die Vorinstanz genehmigte in der angefochtenen Verfügung vom 29. Juni 2015 die geänderte Fassung der Ziff. 10 des Tarifs ebenfalls rückwirkend mit Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 und führte dabei zur Begründung dasselbe wie bezüglich der angeordneten Rückwirkung von Tarifziff. 8 Lemma 3 aus.

12.3 Die Beschwerdeführerin ist in ihrer Beschwerde der Ansicht, die Prüfung der angeordneten Rückwirkung auf ihre Rechtmässigkeit und Angemessenheit sei auch für die Ziff. 10 vorzunehmen, da diese ebenfalls rückwirkend in Kraft gesetzt worden sei. Dies begründet die Beschwerdeführerin mit den gleichen Argumenten, welche sie bereits im Zusammenhang mit der angeordneten rückwirkenden Geltung von Lemma 3 der Tarifziff. 8 vorgebracht hat.

In ihrer Replik bedient sich die Beschwerdeführerin ebenfalls derselben Vorbringen wie schon in jenem Zusammenhang.

12.4 Auch die Beschwerdegegnerin bringt dieselben Argumente wie schon im Zusammenhang mit der rückwirkenden Geltung von Tarifziff. 8 Lemma 3 vor, und zwar sowohl in der Beschwerdeantwort als auch in der Duplik.

12.5 Angesichts der Tatsache, dass sich die Parteien in Bezug auf die Rückwirkung von Ziff. 10 der gleichen Argumente wie bereits bei Lemma 3 der Ziff. 8 bedienen und es sich in beiden Fällen um denselben strittigen Zeitraum handelt, kann an dieser Stelle entsprechend auf die Darlegungen in E. 12.3 hiavor verwiesen werden. Folglich erscheint auch die von der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid angeordnete rückwirkende Erhebung der aufgrund von Ziff. 10 geschuldeten Vergütungen für die Zeit vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 als massvoll und angemessen.

12.6 Die Beschwerde ist folglich auch in Bezug auf die rückwirkende Geltung von Lemma 3 der Ziff. 8 und von Ziff. 10 des Tarifs unbegründet.

13.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Lemma 3 der Ziff. 8 und die Ziff. 10 des Tarifs nicht zu beanstanden sind. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tarifautonomie der Beschwerdeführerin, zumal sich das Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich einer gewissen Zurückhaltung auferlegt. Ausserdem nahm die Vorinstanz die Anpassung der Tarifziff. 8 und 10 erst nach Anhörung der Tarifparteien gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG vor.

Die Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist somit zulässig, weshalb die Beschwerde, die sich gegen Lemma 3 der Tarifziff. 8 als solches sowie gegen die rückwirkende Geltung dieses Lemmas und der Tarifziff. 10 in der Zeit vom 1. Januar 2013 bis 29. Februar 2016 richtet, abzuweisen ist.

14.

14.1 Die Verfahrenskosten, welche sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen, werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für das vorliegende Endurteil und den Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird sie nach Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. VGKE kostenpflichtig.

Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien zu bestimmen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Die vorliegende Streitsache ist vermögensrechtlicher Natur (BGE 135 II 182 E. 3.2 "GT 3c"). Vor Bundesverwaltungsgericht ist dafür ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Hierfür sind die Vermögensinteressen der Beschwerdeführerin während der Tarifiedauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 massgebend. Sie geht in ihrer Beschwerde (S. 3) davon aus, dass der Anteil des US-Repertoires 20 % des Programms ausmache. Damit belaufe sich bei einer jährlichen Vergütung von Fr. 6.2 Mio. ohne US-Repertoire der Streitwert in casu auf Fr. 1.55 Mio. pro Jahr. Im vorliegenden Verfahren beträgt die Tarifiedauer vier Jahre. Es ist also von einem Streitwert von Fr. 6.2 Mio. auszugehen und die Gerichtsgebühr auf insgesamt Fr. 30'000.– festzulegen. Dieser Betrag wird dem am 11. März 2016 in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

14.2 Die unterliegende Beschwerdeführerin hat der obsiegenden Beschwerdegegnerin für die aus dem Verfahren (inkl. Endurteil und Zwischenverfügung über die aufschiebende Wirkung) erwachsenen, notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Angesichts des geleisteten Aufwands bei einem thematisch abgegrenzten Streitumfang und doppelten Schriftenwechseln erscheint eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 10'000.– angemessen.

14.3 Im Übrigen haben weder die obsiegende Vorinstanz noch die unterliegende Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine Parteientschädigung Art. 7 Abs. 3 VGKE und Art. 64 Abs. 1 VwVG *e contrario*).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 30'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Endurteils eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 10'000.– auszurichten. Im Übrigen wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Tarif A Radio (Swissperform); Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Hans Urech

Andrea Giorgia Röllin

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 25. April 2017