

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 306/2019

Urteil vom 27. April 2020

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

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

Verfahrensbeteiligte
SWISSPERFORM, Gesellschaft für Leistungsschutzrechte,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Stephan Beutler und Chantal Bolzern,

gegen

Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR, Generaldirektion, Generalsekretariat,
Rechtsdienst,
vertreten durch Rechtsanwalt Michael Isler, Walder Wyss Rechtsanwälte AG,

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

Gegenstand
Tarif A Radio (Swissperform) [2017-2019],

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 18. Februar 2019 (B-
1624/2018, B-1699/2018).

Sachverhalt:

A.

Am 31. Dezember 2016 lief die Gültigkeitsdauer des "Tarifs A Radio" der SWISSPERFORM ab (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Radio; im Weiteren: "Tarif A Radio"). Am 14. Juli 2016 beantragte die SWISSPERFORM, Gesellschaft für Leistungsschutzrechte, der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (im Folgenden auch "ESchK") ihren Tarifentwurf für einen neuen "Tarif A Radio" mit Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2019 zu bewilligen. Der Entwurf sah unter anderem vor:

1. Dieser Tarif richtet sich an die SRG hinsichtlich ihrer Tätigkeit als Sendeunternehmen im Bereich des Radios.

2. Der Tarif bezieht sich (unter anderem) auf die folgenden Rechte

- Verwendung von durch verwandte Schutzrechte geschützten im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken im Radio nach Art. 35 Abs. 1 (Vergütungsanspruch für die Verwendung von Ton- oder Tonbildträgern) des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte [URG; SR 231.1]). Zu den Sendezwecken gehört auch die zeitgleiche unveränderte Verbreitung von Radiosendungen im Internet.

- das Recht, in Radiosendungen enthaltene Darbietungen und Aufnahmen nicht theatralischer Musik in Verbindung mit ihrer Sendung an private Kunden auf dem Gebiet der Schweiz nach dem Zeitpunkt der Sendung zugänglich zu machen und die dazu notwendigen Vervielfältigungen vorzunehmen im Sinne von Art. 22c Abs. 1 lit. a-c URG.....

-..]

Der vorgeschlagene Tarif A enthält, soweit hier interessierend, folgende Vergütungsregelung:

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

- für das Senden 3% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit, wobei als geschützte Aufnahme solche gelten, die nach Art. 35 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 35 Abs. 4 URG und/oder auf Grund eines für das Gebiet der Schweiz verbindlichen internationalen Abkommens Schutz geniessen.
- für das Vervielfältigungsrecht zu Sendezwecken (Art. 24b URG) 0.6% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils Handelstonträger an der Sendezeit, soweit der Schutz der Handelstonträger gemäss Art. 39 URG noch nicht abgelaufen ist.
- für das Recht auf Zugänglichmachung gesendeter musikalischer Werke (Art. 22c URG) 0,03% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils Handelstonträger an der Sendezeit, soweit der Schutz der Handelstonträger gemäss Art. 39 URG noch nicht abgelaufen ist. Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7_Tagen seit der erstmaligen Verbreitung der Sendungen erfolgen.

Die SWISSPERFORM beabsichtigt, das Recht auf Zugänglichmachung zeitlich zu beschränken; sie geht davon aus, dass nach sieben Tagen die Kollektivverwertung des Onlinerechts beendet und das Recht auf weitere Zugänglichmachung von den Rechteinhabern individuell wahrzunehmen sei; es müsse deshalb jeweils deren Einverständnis für die Nutzung eingeholt werden (vgl. Art. 35 URG).

B.

Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) genehmigte am 23. November 2016 den "Tarif A Radio (SWISSPERFORM) 2017 bis 2019" mit gewissen Anpassungen. Sie strich insbesondere in Ziffer 7 Lemma 3 den Satz: "Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verbreitung der Sendungen erfolgen". Die ESchK ging davon aus, dass Art. 22c URG (Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke) keine zeitliche Beschränkung umfasst und eine solche nicht durch eine Tarifregelung eingeführt werden kann.

C.

Sowohl die SWISSPERFORM als auch die SRG gelangten gegen den Beschluss der ESchK an das Bundesverwaltungsgericht, welches beide Beschwerden am 18. Februar 2019 abwies. Es bestätigte insbesondere den Entscheid der ESchK bezüglich der Streichung der neu in den Tarif aufgenommenen zeitlichen Begrenzung in Ziffer 7 Lemma 3, wonach das Onlinerecht nur Verwendungen abdecke, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verbreitung erfolgten.

D.

Die SWISSPERFORM beantragt vor Bundesgericht, die Dispositivziffer 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Februar 2019 betreffend den Tarif A Radio 2017 - 2019 SWISSPERFORM [...] insoweit aufzuheben, als damit das Rechtsbegehren 1 der Beschwerde B der SWISSPERFORM vom 16. März 2018 abgewiesen worden sei, und den "Tarif A Radio 2017 - 2019 SWISSPERFORM" mit folgender Ziffer 7 Lemma 3 zu genehmigen: " für das Recht auf Zugänglichmachung gesendeter musikalischer Werke (Art. 22c URG) 0,03% der Einnahmen des Programms pro rata des Anteils Handelstonträger an der Sendezeit, soweit der Schutz der Handelstonträger gemäss Art. 39 URG noch nicht abgelaufen ist. Das Onlinerecht deckt nur Verwendungen ab, die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verbreitung der Sendung erfolgen ". Eventuell sei die Dispositivziffer 2 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts bezüglich des Rechtsbegehrens 1 der Beschwerde B der SWISSPERFORM vom 16. März 2018 aufzuheben "und insoweit zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen".

Die SRG beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) sowie das Bundesverwaltungsgericht haben darauf verzichtet, sich zur Beschwerde zu äussern. Die SRG nahm am 5. Juni 2019 und 23. September 2019 zur Beschwerde Stellung. Die Swissperform hielt am 16. August 2019 an ihren Anträgen und Ausführungen fest.

Erwägungen:

1.

Gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts über einen Tarifgenehmigungsbeschluss nach dem Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 59 und 74 URG). Der angefochtene Entscheid hat Auswirkungen auf die Schlussabrechnung der Tarifperiode vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2019, womit ein aktuelles Rechtsschutzinteresse fortbesteht. Im Übrigen wäre auch vom Erfordernis des aktuellen Interesses abzusehen, da sich die aufgeworfene Frage unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnte, eine rechtzeitig Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage im öffentlichen Interesse liegt (BGE 142 I 135 E. 1.3.1; 139 I 206 E. 1.1 S. 208). Zwar ist der umstrittene Tarif inzwischen abgelaufen, doch stellt sich die grundsätzliche Frage nach der Tragweite des Rechts auf Zugänglichmachung durch die SRG im nächsten Tarif in gleicher Weise; es rechtfertigte sich deshalb auch, vom Erfordernis des aktuellen Interesses abzusehen. Da auch alle weiteren Eintretensvoraussetzungen gegeben sind (vgl. Art. 82 lit. a i.V.m.

Art. 86 Abs 1 lit. a, Art. 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG), ist die Eingabe materiell zu behandeln (vgl. die Urteile 2C 685/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 143 II 617 ff. und 2C 146/2012 vom 20. August 2012 E. 1).

2.

2.1. Die Anträge der Beschwerdeführerin sind nicht einfach zu verstehen; sie sind jedoch im Hinblick auf die Beschwerdebegründung im Gesamtzusammenhang dennoch hinreichend klar (vgl. BGE 136 V 131 E. 1.2 S. 135 f. mit Hinweisen) : Die SWISSPERFORM wünscht, dass der durch die Vorinstanzen gestrichene Satz in Ziffer 7 Lemma 3 des "Tarifs A Radio", wonach das "Onlinerecht" nur Verwendungen abdecke, "die innerhalb einer Zeitspanne von maximal 7 Tagen seit der erstmaligen Verbreitung der Sendungen erfolgen", wieder in den Text aufgenommen wird; Art. 22c URG erfasse das Recht auf Zugänglichmachung gesendeter musikalischer Werke in Beiträgen der Beschwerdeführerin bloss zeitlich beschränkt.

2.2.

2.2.1. Das Bundesgericht ist an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser erweise sich in einem entscheidungswesentlichen Punkt als offensichtlich falsch oder unvollständig (BGE 142 I 135 E. 1.6 S. 144 f.; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254; zur Unvollständigkeit der Sachverhaltsfeststellung: BGE 136 II 65 E. 1.4 S. 68; 134 V 53 E. 4.3 S. 62). Inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung klarerweise unhaltbar sein sollen (Art. 9 BV: Willkürverbot), muss in der Beschwerdeschrift detailliert aufgezeigt werden - ebenso die Relevanz allfälliger offensichtlicher Fehler auf den Ausgang des Verfahrens (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53 mit Hinweisen; 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f. [zu Art. 90 Abs. 1 lit. b OG]).

2.2.2. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als der Entscheid der Vorinstanz hierzu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht darf seinem Urteil keine Tatsachen oder Beweismittel zugrunde legen, die nicht bereits zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids existiert haben bzw. die Betroffenen nicht schon der Vorinstanz hätten vorlegen können und müssen (BGE 136 III 123 E. 4.4.3 S.128 f.). Nur weil das Bundesverwaltungsgericht nicht der rechtlichen Beurteilung der Beschwerdeführerin gefolgt ist, gibt sein Entscheid nicht bereits Anlass, im bundesgerichtlichen Verfahren die Beweismittel zu ergänzen. Dazu müsste die Vorinstanz materielles Recht derart angewendet haben, dass bestimmte Sachumstände neu und erstmals - durch den angefochtenen Entscheid - Rechtserheblichkeit erhielten (vgl. die Urteile 2C 323/2018 vom 21. September 2018 E. 1.4; 2C 50/2017 vom 22. August 2018 E. 3; 2C 1071/2014 vom 28. Mai 2015 E. 1.4 mit Hinweisen). Dies ist hier nicht der Fall; die ESchK und das Bundesverwaltungsgericht sind aus den gleichen Gründen zum Schluss gekommen, der umstrittene Satz und die damit verbundene Beschränkung der kollektiven Wahrnehmung der Rechte seien unzulässig.

2.2.3. Soweit die Beschwerdeführerin den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts nur appellatorisch kritisiert und dessen Auffassung lediglich ihre Sicht der Dinge gegenüberstellt, ohne aufzuzeigen, inwiefern die Ausführungen und Annahmen bezüglich des Sachverhalts und der

Beweiswürdigung im angefochtenen Entscheid Art. 9 BV (Willkürverbot) verletzen würden, wird auf ihre Darlegungen mangels rechtsgenügender Begründung nicht weiter eingegangen; zur Beschwerdebegründung im bundesgerichtlichen Verfahren genügt eine rein appellatorische Kritik nicht (vgl. LAURENT/MERZ, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar zum BGG, 3. Aufl. 2018, N. 53 zu Art. 42 BGG). Das Bundesgericht behandelt im Folgenden nur die der gesetzlichen Begründungspflicht genügenden Ausführungen (Art. 105 Abs. 2 BGG; BGE 143 II 283 E. 1.2.2 S. 286; 137 II 353 E. 5.1 S. 356). Die Sachverhaltsfeststellung und die Beweiswürdigung überprüft es nicht weiter, da die Beschwerdeführerin insofern keine hinreichend begründeten Einwände erhebt. Soweit Noven geltend gemacht werden (die Medienmitteilung IFPI Schweiz 2018 vom 15. März 2019), sind diese unbeachtlich.

3.

3.1. Waren vor dem Bundesverwaltungsgericht noch verschiedene Punkte umstritten, steht vor Bundesgericht ausschliesslich noch die Frage zur Diskussion, ob die Kollektivverwertung der Nutzung nach Art. 22c URG (in der Fassung des BG vom 5. Oktober 2007 über die Änderung des BG betreffend das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte; AS 2008 2421), d.h. das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke in Radio- und Fernsehsendungen, ein limitierendes zeitliches Element enthält, welches die entsprechende Nutzung und Kollektivverwertung beschränkt. Konkret geht es um das "Online"-Zugänglichmachen von mit Musik unterlegten Sendungen (z.B. Podcasts oder Streams) durch die SRG über ihre Webseiten sowie Apps für Smartphones und Tablets (vgl. zum Ganzen auch: WILLI EGLOFF, Broadcasting, Simulcasting, on-demand-Dienste u. ä. im Lichte der Art. 22c und 35 URG, in: sic 3/2010 S. 221 ff.).

3.2. Art. 22c URG sieht vor, dass das Recht, in Radio- und Fernsehsendungen enthaltene nichttheatrale Werke der Musik "in Verbindung mit ihrer Sendung" zugänglich zu machen, nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften unter den nachstehenden Bedingungen erfolgen kann (Art. 22c Abs. 1 URG), d.h. wenn:

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

3.3.

3.3.1. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass das Recht auf Zugänglichmachung in Art. 22c URG zeitlich beschränkt sein müsse, da es sich um eine privilegierte Nutzung zugunsten der Sendeunternehmen und zuungunsten der Inhaber der Rechte handle. Art. 22c URG sei eine klassische Schrankenbestimmung, da sie das eigentlich gewährte Ausschliesslichkeitsrecht nach Art. 33 Abs. 2 lit. a sowie Art. 36 lit. b URG einschränke und einer Pflicht zur Kollektivverwertung unterstelle. In diesem Zusammenhang müsse Art. 22c URG dem "Dreistufentest" genügen, was ohne zeitliche Vorgabe nicht der Fall sei, da mit der Schrankenbestimmung ein unverhältnismässiger Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) verbunden sei.

3.3.2. Der Gesetzgeber sei sich - so die Beschwerdeführerin weiter - bewusst gewesen, dass er bei der Einschränkung der Exklusivrechte die digitale Nutzung würde im Auge behalten müssen. Er habe den Berechtigten das Exklusivrecht des Zugänglichmachens nicht gänzlich und für eine unbestimmte Dauer "entreissen" und in die zwingende kollektive Verwertung überführen wollen. Die Verwertung bzw. das Zugänglichmachen erfolge heute weitgehend in Form einer digitalen Nutzung. Eine zeitliche Begrenzung der Schrankenbestimmung sei unerlässlich, damit die normale Verwertung der Musik der Rechteinhaberinnen und -inhaber nicht beeinträchtigt werde. Es sei den ausübenden Künstlern und den Produzenten unzumutbar, das Zugänglichmachen ihrer Leistungen den Sendeunternehmen ohne zeitliche Beschränkung zu gestatten.

3.3.3. Die Auslegung von Art. 22c URG unter Anwendung des Dreistufentests führe unweigerlich zum Ergebnis, dass nur unter Einführung einer zeitlichen Grenze die Verwertung von Musikaufnahmen nicht beeinträchtigt werde und die Interessen der Rechteinhaberinnen und -inhaber nicht in unzumutbarer Weise verletzt würden; zum selben Resultat führe eine verfassungskonforme Auslegung, die der Eigentumsgarantie Rechnung trage. Zusammengefasst könne festgehalten

werden, dass nur mit einer zeitlichen Limite des in Art. 22c URG für die Sender statuierten Privilegs die berechtigten Interessen der Rechteinhaber geschützt und die Künstler und Tonträgerhersteller in nicht unzumutbarer Weise in ihrer Eigentumsgarantie und ihren in den Art. 33 und 36 URG statuierten Exklusivrechten nicht verletzt würden. Die Verbreitung der im Handel erhältlichen Musikträger habe sich seit 2016 zu Gunsten der digitalen Kanäle entwickelt, weshalb ein zeitliches Element heute die Schrankenregelung von Art. 22c URG ergänzen müsse.

3.3.4. Auch der Wortlaut von Art. 22c URG ("in Verbindung mit ihrer Sendung") sowie eine teleologische und eine systematische Auslegung der Bestimmung wiesen auf eine vom Gesetzgeber angestrebte zeitliche Begrenzung des privilegierten Zugänglichmachens hin. Eine zeitliche Limitierung von Art. 22c URG sei aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Musiknutzung im Internet unabdingbar. Die verschiedenen Literaturstellen äusserten sich zwar dazu, dass eine zeitverschobene Zugänglichmachung erlaubt sei, aber nicht über deren Dauer. Die Schutzklausel sei eine eigentliche "Fehlkonstruktion". Der Faktor Zeit sei ein einfaches, objektives und messbares Kriterium. Es sei der Beschwerdegegnerin möglich und zumutbar, die Rechte bei den Rechteinhabern einzuholen und die Sendungen mit vertretbarem Aufwand legal als Podcast zur Verfügung zu stellen. Die Beschwerdegegnerin könne um eine Lizenz ersuchen, wenn sie die betroffenen Sendungen unbefristet dem Publikum zur Verfügung halten wolle.

3.4.

3.4.1. Die Beschwerdegegnerin erwidert, dass zahlreiche Schrankenbestimmungen Kriterien vorsähen, die einer Beurteilung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bedürften (Art. 19 Abs. 3 lit. a URG [BGE 140 II 616 E. 3.6.2] bzw. Art. 24a lit. d URG). Es sei weder erwiesen noch plausibel, dass der Absatzmarkt über Online-Angebote steigen würde, wenn die Nutzung nach Art. 22c URG zeitlich beschränkt wäre. Der Gesetzgeber habe eine sorgfältige Wertung der widerstreitenden Interessen vorgenommen, weshalb für eine zusätzliche Abwägung nach anderen (neuen) Kriterien kein Raum bleibe. Die Anwendungsbereiche von Art. 22a und 22c URG seien nicht vergleichbar: Die privilegierte Nutzung von Archivwerken der Sendeunternehmen werde durch Art. 22c URG ohne zeitliche Vorgabe nicht hinfällig; ein lückenloses Aufgehen der Nutzung nach Art. 22a URG in Art. 22c URG zehn Jahre nach Erstausstrahlung erscheine jedenfalls als systematisch naheliegendere Lösung, als die von der Beschwerdeführerin vertretene zeitliche Limitierung, welche die Rechtswahrnehmung unnötig kompliziere und weder im Wortlaut noch in den Materialien "eine Stütze" finde. Da die wirtschaftlichen Interessen der Rechteinhaber durch die Konzeption der Schranke praktisch nicht tangiert würden, halte Art. 22c URG dem Dreistufentest stand; einer einschränkenden Auslegung - im Sinne einer zeitlichen Beschränkung - bedürfe es nicht.

3.4.2. Die Schiedskommission nimmt ihrerseits an, dass sich aus Art. 22c URG kein (offensichtliches) zeitliches Kriterium ergibt, auch wenn dort vom Recht des Zugänglichmachens von in Radio- und Fernsehsendungen enthaltenen nichttheatralischen Werken der Musik "in Verbindung mit ihrer Sendung" die Rede sei. Der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der jeweiligen Modalitäten des Zugänglichmachens könne - so die ESchK - durch eine Anpassung der Vergütungssätze - interessenausgleichend - Rechnung getragen werden (unter Hinweis auf RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, N. 242). Die gleiche Auffassung vertrat die ESchK bereits in ihrem Beschluss vom 30. Juni 2008 zum "Zusatztarif A Radio [SWISSPERFORM], Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft [SRG] zu Sendezwecken im Radio" (dort E. 7; vgl. <https://www.eschk.admin.ch/eschk/de/home/dokumentation/beschluesse/2008.html>). Der ESchK fehlten damals die erforderlichen Angaben darüber, wie sich der wirtschaftliche Wert der verschiedenen Formen des Zugänglichmachens im Laufe der Zeit entwickeln würde. Es sei insbesondere unklar, ob bei einer längeren Dauer der Zugänglichmachung tatsächlich ein wirtschaftlicher Zusatznutzen entstehe; sie genehmigte den Tarif deshalb - provisorisch und unpräjudiziell - gestützt auf einen von den Parteien akzeptierten Kompromiss mit einer zeitlichen Beschränkung des Zugänglichmachens auf 30 Tage. Sie stellte in Aussicht, dass künftig die entsprechende Vergütung allenfalls erhöht werden könnte, womit die Frage der zeitlichen Beschränkung von Art. 22c URG an Bedeutung verlöre.

4.

Das Bundesverwaltungsgericht geht ebenfalls davon aus, dass Art. 22c URG kein zeitliches, sondern lediglich ein funktionales Element enthält. Das Bundesgericht schliesst sich dieser Auffassung aus folgenden Überlegungen an:

4.1. Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, d.h. nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis in diesem Fall eine abweichende Lösung selten (bereits) nahelegen (BGE 145 IV 320 E. 4.1.2 S. 322 f.; 144 I 242 E. 3.1.2 S. 251 f.; 142 IV 401 E. 3.3 S. 403 f., 1 E. 2.4.1 S. 3 f.; je mit Hinweisen).

4.2.

4.2.1. Aus dem Wortlaut ergibt sich kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber die in Art. 22c URG vorgesehene Kollektivverwertungspflicht des Zugänglichmachens von Beiträgen, die Handelstonträger enthalten, zeitlich limitieren wollte. Die entsprechende Schrankenbestimmung war im bundesrätlichen Vorschlag noch nicht enthalten (Botschaft vom 10. März 2006 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes [BBl 2006 3389 ff.; AS 2008 2421]). Sie wurde in der vorberatenden Kommission für Rechtsfragen des Ständerats erstmals diskutiert, aber anschliessend nicht in den Text aufgenommen. Erst die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats schlug nach Anhörung der interessierten Kreise den heutigen Art. 22c Abs. 1 URG vor (AB 2007 1206 ff., 1208). Die Regelung wurde vom Nationalrat und - in der Differenzvereinbarung - vom Ständerat (AB 2007 S 819) in der Fassung der nationalrätlichen Kommission angenommen und in den Schlussabstimmungen am 5. Oktober 2007 bestätigt.

4.2.2. In den Beratungen zum in Art. 22c URG enthaltenen zeitversetzten Zugänglichmachen von Sendungen wurde in den Debatten unter anderem ausgeführt (Votum NR Müller, AB 2007 N 1198) :

"Die Kommission für Rechtsfragen hat mit Mehrheitsentscheid beschlossen, die kollektive Verwertungslösung für das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke verbindlich zu erklären (Art. 22c). Es geht um Folgendes: Radio- und Fernsehsendungen sind häufig untermalend, illustrierend oder ergänzend mit Musik hinterlegt, ohne dass die Musik selbst im Fokus der Sendung ist. Um eine solche Sendung nach der Live-Übertragung dem Publikum zeitverschoben über das Internet zugänglich machen zu können, brauchen die Sendeunternehmen eine kollektive Verwertungslösung."

Von einer zeitlichen Beschränkung des Anspruchs für das Zugänglichmachen von musikalisch unterlegten Radiobeiträgen (Sendungen) war dabei nicht die Rede. Weder die historische noch die grammatikalische Auslegungsmethode führen zwingend zum Schluss, dass ein zeitliches Element in Art. 22c URG aufgenommen werden müsste. Der Gesetzgeber hat sich - gemäss den vorliegenden Materialien - nie in diese Richtung geäussert.

4.3.

4.3.1. Nach Art. 16 des WIPO-Vertrags vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT; SR 0.231.171.1) können die Vertragsparteien in ihren Rechtsvorschriften in Bezug auf den Schutz der ausübenden Künstler und der Hersteller von Tonträgern Beschränkungen und Ausnahmen gleicher Art vorsehen, wie sie in ihren Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit dem Schutz des Urheberrechts an Werken der Literatur und Kunst bestehen (Abs. 1). Die Vertragsparteien begrenzen die Beschränkungen und Ausnahmen in Bezug auf die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Verwertung der Darbietung oder des Tonträgers beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der ausübenden Künstler oder Tonträgerhersteller in unzumutbar Weise verletzen (Abs. 2). Eine entsprechende Regelung kennt auch das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum in Art. 13 (TRIPS [SR 0.632.20]; Anhang 1C zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation). Dieser sieht vor, dass die Mitglieder die Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf Sonderfälle eingrenzen, die weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigen, noch die berechtigten Interessen der Rechteinhaber

in unangemessener Weise missachten.

4.3.2. Der sog. "Dreistufentest" - dessen Inhalt sich in erster Linie an den Gesetzgeber richtet - ergibt im Rahmen der teleologischen bzw. systematischen Auslegung von Art. 22c URG keine Hinweise darauf, dass dieser im Hinblick auf die internationalrechtlichen Vorgaben zwingend mit einem zeitlichen Element verbunden werden müsste: Der Dreistufentest sieht vor, dass (1.) Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf bestimmte Sonderfälle einzugrenzen sind, dass (2.) die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigt werden soll und dass (3.) die berechtigten Interessen der Rechteinhaber nicht in unangemessener Weise verletzt werden dürfen (vgl. BGE 133 III 473 E. 6.1 S. 485 [elektronischer Pressespiegel]; IVAN CHERPILLOD, Schranken des Urheberrechts, in: Roland von Büren/ Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1, 3. Aufl. 2014, N. 7.45 ff.; DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, N. 149; SANDRA BRÄNDLI, Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme, 2017, S. 63 ff.). Die erste Teststufe schliesst generalklauselartige Ausnahmebestimmungen aus. Es muss klar sein, welche Zielsetzung mit der Ausnahme oder Beschränkung verfolgt wird.

Die zweite Teststufe verlangt eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeiten im Rahmen des verwandten Schutzrechts. Dabei bestimmt sich nach der Art des fraglichen Rechts und nach dem Absatzmarkt, was eine normale Verwertung ist. In der dritten Teststufe ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinn vorzunehmen ("Übermassverbot"). Ein Eingriff in die berechtigten Interessen der Rechteinhaber ist unzulässig, falls er ihnen nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (vgl. BBI 2006 3389 ff., dort S. 3413 zu Art. 10). Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Interessen der Rechteinhaber jene Dritter überwiegen. Durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung kann die durch eine Schranke verursachte Beeinträchtigung berechtigter Interessen so abgemildert werden, dass keine Verletzung der dritten Teststufe besteht (zum Ganzen: BGE 133 III 473 E. 6 ["elektronischer Pressespiegel"]).

4.3.3. Die Regelung in Art. 22c URG genügt den Vorgaben des Dreistufentests: Durch die Schrankenbestimmung wird das Ausschliesslichkeitsrecht für bestimmte Sonderfälle zugunsten einer kollektiven Verwertung eingeschränkt. Es liegt keine generalklauselartige Beeinträchtigung vor; es geht bei Art. 22c URG um eine Sonderregelung zugunsten von Sendern, damit sie ihre Produktionen und Beiträge, die allenfalls mit Musik von Tonträgern unterlegt sind, einem breiteren Publikum auch zeitversoben zur Verfügung stellen können. Die nach Art. 22c URG zu beachtenden Vorgaben sind dabei genügend eng formuliert: Das Zugänglichmachen und die Wahrnehmung der Rechte haben über eine zugelassene Verwertungsgesellschaft zu erfolgen; die Sendung muss weitgehend vom Sendeunternehmen selber oder in seinem Auftrag hergestellt (Abs. 1 lit. a) und einem nichtmusikalischen Thema gewidmet sein, das gegenüber der Musik im Vordergrund steht und vor der Sendung in der üblichen Art anzukündigen ist (Abs. 1 lit. b); das Zugänglichmachen darf schliesslich den Absatz von Musik auf Tonträgern oder durch Online-Angebote Dritter nicht beeinträchtigen (Abs. 1 lit. c; vgl. CHERPILLOD, a.a.O., N. 959).

4.3.4. Es geht bei der Zugänglichmachung im Rahmen von Art. 22c URG nicht in erster Linie um das Hören von Musik, sondern um die zeitversetzte Wahrnehmung einer Sendung, bei der die Musik gegenüber dem durch den Sender aufgearbeiteten Thema im Hintergrund steht. Der Absatz von Musik wird - wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat - dadurch nicht beeinträchtigt. Im Gegenteil: Wer die Sendung hört und sich für die Hintergrundmusik interessiert, muss sich diese auf einer Streaming- oder Musikplattform beschaffen. Über die Internetseite der SRG SSR kann er sie - ohne den Sendungsinhalt - nicht herunterladen; die zeitverschobene Zurverfügungstellung von Beiträgen der Beschwerdegegnerin im Rahmen von Art. 22c URG bildet deshalb keine Konkurrenz zu Streaming-Plattformen wie etwa "Spotify" oder "Deezer". Nur wer die zeitversoben zur Verfügung gestellten Sendungen der SRG, bei der - wie dargelegt - ein nichtmusikalisches Thema im Vordergrund stehen muss, hören will, wird sich diese beschaffen.

4.3.5. Auch das letzte Element der Dreistufenprüfung gemäss Art. 16 Abs. 2 WPPT (bzw. Art. 13 TRIPS) ist erfüllt: Die gesetzliche Lösung beruht auf einer sachgerechten Abwägung der Interessen sowohl der Rechteinhaber als auch der Nutzer. Die vom Gesetz vorgeschriebene kollektive Verwertung berührt den Inhalt der Rechte nicht, sondern verunmöglicht bloss deren individuelle Geltendmachung. Die Berechtigten werden für die Benutzung ihrer Rechte über die Verwertungsgesellschaften entschädigt. Der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung des Zugänglichmachens nach den jeweiligen Modalitäten kann durch eine Anpassung der Vergütungssätze Rechnung getragen werden, wie dies die ESchK bereits 2008 ins Auge gefasst hat. Der Eingriff in die Interessen der Rechteinhaber ist beschränkt, nachdem - wie bereits dargelegt - das

Zugänglichmachen im Rahmen von Art. 22c URG nur unter strengen, jeweils kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen zulässig ist. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass dem beschränkten Interesse der Rechteinhaber ein überwiegendes Interesse der Sendeunternehmen und der Konsumenten im Rahmen ihrer Kommunikationsgrundrechte gegenüber steht; diesem wird mit der in Art. 22c URG vorgesehenen kollektiven Verwertung angemessen Rechnung getragen. Im Übrigen basiert der Art. 22c URG in der heutigen Fassung auf einem von den Sendern und Swiss Culture akzeptierten Kompromiss (vgl. AB 2007 S 819 Votum Hansruedi Stadler). Der Bundesrat führte im Rahmen der Differenzvereinbarung im Ständerat seinerseits aus (AB 2007 S 819 Votum von BR Blocher) :

"Die Regelung, die Sie damals beschlossen haben, stand [...] im Widerspruch zum Konventionsrecht, und diesen Mangel hat der Nationalrat nun behoben, indem er wenigstens keine konventionswidrige Lösung getroffen hat, und wir haben einen Kompromiss zwischen zwei beteiligten Gruppen, nämlich den Sendeunternehmen und den Kulturschaffenden; die Tonträgerindustrie lehnt ihn ab. Ich glaube aber nicht, dass das ganze Gesetz deswegen von diesen Vereinigungen verworfen wird, sodass wir hier wahrscheinlich ohne Referendum durchkommen. Darum meine ich, dem Frieden zuliebe und im Interesse des Ganzen, sei es richtig, dass Sie sich dem Nationalrat anschliessen. Der Einbruch scheint mir nicht so gravierend zu sein."

4.3.6. Bei Art. 22c URG geht es um eine Sondernutzung zugunsten von Sendern, damit sie ihre Produktionen und Beiträge, die allenfalls mit Musik von Tonträgern unterlegt sind, einem breiteren Publikum nach dessen Bedürfnissen zeitverschoben zur Verfügung stellen können. Im Rahmen dieses Zwecks (teleologische Auslegung) erwies sich kaum als sachgerecht, dass die Sendeunternehmen während sieben Tagen ihre Sendungen zeitverschoben anbieten könnten, in der Folge aber wieder dem Verbotsrecht der Schutzberechtigten unterliegen würden und über ein weiteres Zugänglichmachen ihrer mit Musik unterlegten Beiträge mit den Rechteinhabern verhandeln müssten. Dies sollte nach den Gesetzesberatungen im Hinblick auf die Praktikabilität der Wahrnehmung der Rechte durch die Schrankenbestimmung von Art. 22c URG und die entsprechende kollektive Verwertung gerade vermieden werden; hierfür spricht auch die Regelung von Art. 22a URG, welche die Nutzung von Archivwerken der Sendeunternehmen ihrerseits einer kollektiven Verwertung unterstellt. Art. 22a und 22c URG haben unterschiedliche Anwendungsbereiche, weshalb der Einwand der Beschwerdeführerin, dass Art. 22c die Regelung nach Art. 22a URG ihres Sinnes entleere, nicht überzeugt. Art. 22a Abs. 3 URG

sieht vor, dass - wenn die Abgeltung vor der ersten Sendung oder innerhalb von zehn Jahren nach dieser Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung bildet - ausschliesslich deren Bestimmungen Anwendung finden (Art. 22a Abs. 3 URG), womit die Ansprüche der Rechteinhaber gewahrt bleiben. Es erübrigt sich, das Verhältnis von Art. 22c zu Art. 22a URG weiter zu vertiefen.

4.3.7. Zusammengefasst geht das Bundesgericht mit der Vorinstanz gestützt auf die vom Gesetzgeber gewollte Kollektivverwertung und der damit verbundenen Vereinfachung der nachträglichen, zeitverschobenen Zurverfügungstellung von Sendungen der Beschwerdegegnerin im Hinblick auf die Bedürfnisse des Publikums davon aus, dass die Schrankenbestimmung von Art. 22c URG auch ohne zeitliche Einschränkung einer konventionskonformen Auslegung zugänglich ist und nicht im Widerspruch zum "Dreistufentest" steht. Es rechtfertigt sich nicht, Art. 22c URG zeitlich zu limitieren, zumal sich eine solche Beschränkung aus dem Wortlaut der Bestimmung klarerweise nicht ergibt. Die Formulierung "in Verbindung mit ihrer Sendung zugänglich zu machen" enthält - gestützt auf die Beratungen im Parlament - kein zeitliches Element, sondern ist mit der überwiegenden Doktrin "funktional" in dem Sinn zu verstehen, dass sie sich nicht nur auf "Simulcasting" bezieht, sondern auf alle Fälle gleichzeitiger und nachträglicher Zugänglichmachung von Sendungen im Internet (vgl. WILLI EGGLOFF, in: Barrelet/Egloff [Hrsg.], Das neue Urheberrecht, 4. Aufl. 2020, N. 4 zu Art. 22c URG; REINHARD OERTLI, in: Müller/Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2012, N. 4 zu Art. 22c URG; RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, N. 242; PETER MOSIMANN, Die verwandten Schutzrechte, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht II/1, 3. Aufl. 2014, N. 1152 ff.; IVAN CHERPILLOD, a.a.O., N. 959; anderer Meinung: REHBINDER/VIGANÖ, URG, 3. Aufl. 2008, N. 5 zu Art. 22c URG).

4.3.8. Zu Unrecht macht die Beschwerdeführerin schliesslich geltend, Art. 22c URG verletze - ohne zeitliche Beschränkung des Zugänglichmachens auf wenige Tage - die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) : Die Ausschliesslichkeitsrechte der Inhaber verwandter Schutzrechte bestehen nur im Rahmen der Rechtsordnung. Art. 22c URG berührt nicht das subjektive Recht als solches, sondern wandelt unter bestimmten Voraussetzungen den gesetzlichen Verbots- in einen Entschädigungsanspruch um. In dessen Rahmen werden die Rechte durch eine anerkannte Verwertungsgesellschaft

wahrgenommen; die Berechtigten werden über diese "angemessen" entschädigt. Der Einwand, dass keine volle Entschädigung erfolge, ist nicht ausschlaggebend; dies wäre nur der Fall, wenn die Rechteinhaber günstigere Konditionen aushandeln könnten als die Entschädigungen über die Verwertungsgesellschaft, was die Beschwerdeführerin weder geltend macht, noch belegt; im Übrigen sind die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit - wie sich auch aus dem Dreistufentest ergibt - erfüllt (Art. 36 BV: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Wahrung des Kerngehalts des verfassungsmässigen Rechts).

4.3.9. Im Rahmen der Festsetzung des Entgelts in der Kollektivverwertung kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die SRG ihre Beiträge - und die allenfalls damit verbundene untergeordnete Benutzung von Musik auf Tonträgern - gestützt auf Art. 22c URG ohne zeitliche Beschränkung dem Publikum zur Verfügung stellen kann. Es ist nicht Sinn und Zweck der Regelung von Art. 22c URG, dass die zeitverschobene Ausstrahlung von Sendungen der Beschwerdegegnerin von der Zustimmung der Rechteinhaber an der von einem Tonträger genutzten (Hintergrund-) Musik abhängig gemacht wird. Es besteht im Interesse des Publikums ein öffentliches Bedürfnis daran, dass zeitverschoben die ganzen Beiträge in gleicher Weise gehört bzw. heruntergeladen werden können wie bei ihrer erstmaligen Ausstrahlung. Hierfür hat der Gesetzgeber die entsprechenden Rechte der Kollektivverwertung unterstellt, in deren Rahmen die Rechteinhaber entschädigt werden, ohne dass sie jedoch die zeitverschobene Ausstrahlungen von musikalisch unterlegten Sendungen der Beschwerdegegnerin zu einem bestimmten Thema verhindern könnten.

5.

5.1. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Für eine Rückweisung an die Vorinstanz - wie die Beschwerdeführerin eventualiter beantragt - besteht keine Veranlassung.

5.2. Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG); zudem muss sie die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin, die im urheberrechtlichen Verfahren nicht öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnimmt, angemessen entschädigen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

2.1. Die Gerichtskosten von Fr. 6'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

2.2. Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 8'000.-- zu entschädigen.

3.

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

Lausanne, 27. April 2020

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

Der Präsident: Seiler

Der Gerichtsschreiber: Hugli Yar