



---

Abteilung II  
B-2429/2013

## Urteil vom 28. November 2013

---

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richter Marc Steiner,  
Gerichtsschreiber Michael Tschudin.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_ ,  
vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Ernst Brem,  
Im Langacher 21, Postfach 10, 8805 Richterswil,  
Beschwerdeführerin,

Gegen

**B.** \_\_\_\_\_ ,  
Beschwerdegegnerin,

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

---

Gegenstand

Tarif A Radio ([A. \_\_\_\_\_ ]) [2013-2016];  
Genehmigung vom 29. Oktober 2012.

## Sachverhalt:

### A.

Die Gültigkeitsdauer des Tarifs A Radio (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die [B. \_\_\_\_\_] zu Sendezwecken im Radio), den die Vorinstanz mit Beschluss vom 6. Oktober 2009 genehmigte, lief am 31. Dezember 2012 ab. Dieser Vorgängertarif wurde gestützt auf eine einvernehmliche Tarifeingabe der Tarifparteien genehmigt (elektronisch erhältlich unter [www.eschk.admin.ch](http://www.eschk.admin.ch) > Dokumentation > Beschlüsse > 2009). Er bildete den Ausgangspunkt der Verhandlungen über den aktuellen Tarif (Tarif A Radio [A. \_\_\_\_\_] [2013-2016]), weshalb es über den Hauptteil der Regelungen des aktuellen Tarifs erneut keine Divergenzen gab. Im Rahmen der Verhandlungen über den aktuellen Tarif A Radio ([A. \_\_\_\_\_]) blieb insbesondere der Vergütungssatz von 3.33% pro rata temporis des verwendeten geschützten Repertoires zwischen den Tarifparteien unbestritten.

Wie der Beschwerdeführer ausführt, habe der Vorgängertarif aber nicht auf einer übereinstimmenden Rechtsauffassung der Tarifparteien beruht. Die Tarifparteien hätten sich im Jahr 2009 auf eine unpräjudizielle Fortführung der bisherigen Praxis betreffend Radio geeinigt, weil gewichtigere Probleme im Bereich des Fernsehtarifes angestanden hätten (Tarifeingabe vom 18. Juni 2012, Vorakten, C, S. 2). Im Rahmen der Verhandlung zum aktuellen Tarif waren demgegenüber Rechtsfragen betreffend das geschützte Repertoire und das Meldewesen umstritten (Vorakten, C, S. 5 und 10 ff.).

### B.

Am 18. Juni 2012 legte der Beschwerdeführer der Vorinstanz den Tarifentwurf A Radio ([A. \_\_\_\_\_]) vor (Vorakten, C). Die Beschwerdegegnerin beantragte ihrerseits die Streichung der folgenden Tarifbestimmungen (Vorakten, E, S. 2):

#### "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 Hei-

matland 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 dieser Verbreitungsvektors zu den Gesamtverbreitungskosten gekürzt."

Ausserdem beantragte die Beschwerdegegnerin Anpassungen beim Meldewesen hinsichtlich folgender Bestimmungen:

#### "Ziff. 22

Die Meldung nach Ziff. 21 umfassen die folgenden Daten:

- Sendedatum (TT.MM.JJJJ)
- Sendezeitpunkt (hh.mm.ss)
- Sendedauer (hh.mm.ss)
- Titel der Aufnahme
- Name des Komponisten
- Name evtl. Künstler- oder Gruppenname des bzw. der Hauptinterpreten
- ISRC (sofern ab Inkrafttreten des Tarifs vom Lieferanten der Ausnahme der [B. \_\_\_\_\_ ] in lesbarer Form mitgeteilt)

#### Ziff. 23

Bei Meldungen ohne ISRC sind zusätzlich die nachfolgenden aufgeführten Angaben mitzuteilen:

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

## Ziff. 24

[A. \_\_\_\_\_] ist berechtigt, den ISRC durch Dritte recherchieren zu lassen. Stellt sich heraus, dass bei einer nach der Wirksamkeit dieses Tarifs an die [B. \_\_\_\_\_] gelieferte Aufnahme der ISRC auf dem Träger oder im file der Aufnahme in einer vom System des entsprechenden Programms bei Einhaltung der nachgehend genannten Pflichten lesbaren Form integriert oder vom Lieferanten sonstwie angegeben wurde, ist [A. \_\_\_\_\_] berechtigt, die entsprechenden Recherchekosten an die [B. \_\_\_\_\_] weiter zu belasten. Die [B. \_\_\_\_\_] ist verpflichtet, bei der Erneuerung von Systemen dafür zu sorgen, dass diese die nötigen Funktionen zum Herauslesen des ISRC verfügbar und funktionstüchtig haben. Die [B. \_\_\_\_\_] hat spätestens im Zeitpunkt des Inkrafttretens des vorliegenden Tarifs für jedes Programm die Funktionalitäten des verwendeten Systems in Bezug auf den ISRC anzugeben und jede Erneuerung und Änderung des Systems an [A. \_\_\_\_\_] bekannt zu geben".

**C.**

Mit Beschluss vom 29. Oktober 2012 ("angefochtene Verfügung"; an den Beschwerdeführer zugestellt am 18. März 2013) genehmigte die Vorinstanz den Tarif A Radio ([A. \_\_\_\_\_]) [2013-2016] mit folgendem Dispositiv:

- "1. Der *Tarif A Radio* [Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die [B. \_\_\_\_\_] zu Sendezwecken im Radio] der Verwertungsgesellschaft [A. \_\_\_\_\_] 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.
  - 1.3. Ziff. 22 Lemma 7: Die Klammerbemerkung nach ISRC wird gestrichen.
  - 1.4. Ziff. 24 wird gestrichen.
- 2.-4. [Kosten, Rechtsmittelbelehrung und Eröffnung]".

Zur Begründung der Streichung von Ziff. 8 und 10 des beantragten Tarifs erklärte die Vorinstanz im Wesentlichen, diese Ziffern würden den nachbarrechtlichen urheberrechtlichen Schutz des sogenannten US-Repertoire betreffen. Für diesbezügliche Fragen sei sie jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht zuständig. Sie müsse Fragen des materiellen Rechts nur vorfrageweise im Rahmen der Angemessenheitsprüfung eines Tarifs prüfen. Sie würde praxismässig über die Angemessenheitsprüfung hinausgehende Rechtsfragen nicht prüfen, da diese grundsätzlich den Zivilgerichten vorbehalten seien. Die Ziff. 8 Abs. 1 Lemma 1 und 2 des beantragten Tarifs hätten nach Ansicht der Vorinstanz offenbar un-

bestrittene Sachverhalte zum Gegenstand, die nicht speziell im Tarif erwähnt werden müssten. Mit Lemma 3 solle eine Vorfrage geregelt werden, welche sie nicht überprüfen müsse. Bei Ziff. 10 des beantragten Tarifs gehe es um sogenannte Verbreitungsvektoren und damit ebenfalls um eine Frage der effektiven Nutzung, welche die Tarifierhebung betreffe (angefochtene Verfügung, S. 25-27).

Die Vorinstanz geht hinsichtlich des Meldewesens davon aus, dass beide Tarifparteien an einem möglichst reibungslosen und effizienten Datenaustausch interessiert seien. Die Beschwerdegegnerin habe denn auch zugesichert, im Falle der Ersetzung von älteren Systemen auf den aktuellen technischen Stand (insbesondere hinsichtlich des International Standard Recording Code ["ISRC"]) zu achten. Beim ISRC handle es sich um eine zwölfstellige digitale Kennung für eine Aufnahme, z.B. einen CD-Titel (angefochtene Verfügung, S. 28). Die Vorinstanz anerkennt ferner den Anspruch des Beschwerdeführers auf eine möglichst vollständige Meldung. Die Nutzer hätten den Verwertungsgesellschaften im Rahmen des Zumutbaren alle Auskünfte zu erteilen, die für die Gestaltung und die Anwendung der Tarife sowie die Verteilung des Erlöses benötigt würden. Bei der Meldung des ISRC gehe es darum, ein neues System einzuführen, welches die Verteilung der Einnahmen des Beschwerdeführers erheblich erleichtern solle. Trotzdem solle die Meldung des ISRC nicht zwingend sein, weil die alternative Meldung gemäss Ziff. 23 des Tarifs genügen dürfte, damit der ISRC – wenn immer vorhanden – auch geliefert würde. Hinsichtlich der Kontrollmöglichkeit und der Überbindung der entsprechenden Kosten erwog die Vorinstanz, die Kontrollmöglichkeit des Beschwerdeführers gemäss den Ziff. 28 ff. des Tarifs dürften einen genügend Anreiz darstellen, den ISRC – soweit in ihrem System enthalten – zu melden. Der Beschwerdegegnerin könne jedoch kein erheblicher Mehraufwand zugemutet werden. Insbesondere müsse sie ihr Meldesystem im Hinblick auf den ISRC nicht ständig überprüfen, um stets auf dem aktuellsten Stand zu sein. Auf eine besondere Sanktionsmöglichkeit bei der Nichtmeldung des ISRC gemäss Ziff. 24 des Tarifs sei daher zu verzichten (angefochtene Verfügung, S. 31 f.).

#### **D.**

Mit Schreiben vom 29. April 2013 reichte der Verein [A. \_\_\_\_\_] Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren ein:

- "1. Der Beschluss der Vorinstanz vom 29. Oktober 2012 sei in den Dispositivziffern 1 in fine, 1.1., 1.2., 1.3. und 1.4. aufzuheben und der Tarif A Radio der Beschwerdeführerin sei in der Fassung vom 18. Ju-

ni 2012 (Beilage 1, S. 8 ff.) mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 ohne Änderungen zu genehmigen.

2. Eventualiter sei der Tarif A Radio der Beschwerdeführerin in der Fassung vom 18. Juni 2012 mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 zur Genehmigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin".

Der Beschwerdeführer brachte zur Begründung im Wesentlichen vor, dass die Prüfungspflicht der Vorinstanz weiter sei als diese meine. Die Prüfungsverfahren vor der Vorinstanz diene auch der Rechtssicherheit, weshalb auch ausserhalb der Tarifpflicht liegende materiell-rechtliche Fragen vorfrageweise zu prüfen seien. Dies gelte a fortiori auch in Bezug auf die Anwendung präzisierende Formulierungen im Tarif. Der Tarif äussere sich nicht abschliessend zum Schutzzumfang der Aufnahme in Bezug auf internationale Abkommen, welche einen Teil der Rechtsgrundlage des Tarifs bilden würden. Wenn aber zwischen den Parteien für die Anwendung des Tarifs wichtige Fragen umstritten seien, sei es sinnvoll, diesen im Tariftext zu klären. Sonst würde sowohl für die Rechteinhaber als auch für die Nutzer Rechtsunsicherheit bestehen (Beschwerde, S. 3 f.).

Bei der gestrichenen Ziff. 10 des beantragten Tarifs würde es ausserdem um eine Bemessungsfrage gehen und nicht nur um eine Frage der effektiven Nutzung. Ziff. 7 des Tarifs sage nichts darüber aus, wie eine Aufnahme mit teilweise ungeschützten Verbreitungsvektoren vergütet werden solle. Bei der Streichung von Ziff. 10 des beantragten Tarifs würde einem urteilenden Zivilrichter die Bemessungsregel fehlen, welche notwendigerweise Tarifbestandteil sein müsse (Beschwerde, S. 5 f.).

Hinsichtlich der Meldepflicht machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, dass das von der Vorinstanz genehmigte System keine Verbesserung für die Meldung des ISRC bringe. Ohne Sanktionsmöglichkeit sei es der Beschwerdegegnerin freigestellt, ihre bisherige, unbefriedigende Meldepraxis beizubehalten. Ziff. 22 Lemma 7 i.V.m. Ziff. 24 würde die Beschwerdegegnerin dagegen zwingen, ihr Meldesystem zu erneuern. Dies würde zwar mit einem einmaligen wesentlichen Aufwand bei der Beschwerdegegnerin einhergehen. Sinngemäss erklärte der Beschwerdeführer, dieser Aufwand wäre aber im Verhältnis zu den erhebli-

chen und fortdauernden Erleichterungen bei ihm zumutbar (Beschwerde, S. 6 ff.).

## **E.**

### **E.a**

Nach Eingang des einverlangten Kostenvorschusses wurde die Beschwerde mit Verfügung vom 22. Mai 2013 der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zur Stellungnahme zugesandt. Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 18. Juni 2013 auf eine Vernehmlassung bzw. verwies auf die Begründung im angefochtenen Entscheid.

### **E.b**

Die Beschwerdegegnerin reichte mit Schreiben vom 5. August 2013 ihre Beschwerdeantwort ein und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Sache zu neuem Beschluss an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers."

Die Beschwerdegegnerin führte zur Begründung im Wesentlichen aus, die Vorinstanz müsse Rechtsfragen nur vorfrageweise klären, wenn sich diese auf die Angemessenheit des Tarifs auswirken können. Bei Sendetarifen mit einem linearen Prozenttarif sei die Rechtsfrage, inwiefern die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken vergütungspflichtig sei, keine zur Angemessenheitsprüfung notwendige Vorfrage und müsse deshalb im Tarifgenehmigungsverfahren nicht entschieden werden. Ferner behandle das Bundesverwaltungsgericht Anträge zur Tarifformulierung in der Regel kassatorisch. Deshalb sei der Hauptantrag des Beschwerdeführers auf reformatorische Genehmigung der von der Vorinstanz gestrichenen Tarifbestimmungen unzulässig (Beschwerdeantwort, S. 2 f.).

In Bezug auf das Meldewesen bringt die Beschwerdegegnerin vor, sie wolle den ISRC durchaus melden, könne dies aber in der Regel gar nicht. Der ISRC sei erst im Jahr 2001 als internationaler Standard festgelegt worden und sei heute noch nicht zu 100 % etabliert. Ausserdem würde die Mehrheit ihrer Radioprogramme mit älteren, zum Teil noch aus den frühen 90-er Jahren angeschafften Systemen arbeiten. Diese hätten den

ISRC damals noch nicht herauslesen können und können es folglich auch heute nicht. Bei einem Teil der Programme der Beschwerdegegnerin habe die ISRC-Funktion mit begrenztem Aufwand aktiviert werden können. Für die übrigen Systeme wäre ein solches Funktions-Upgrade nur mit grösstem finanziellem Aufwand erhältlich. Da bereits neue Systeme evaluiert würden, komme eine Investition in die alten Systeme aus betriebsökonomischen Gründen nicht in Frage und könne aus rechtlicher Sicht auch nicht verlangt werden (Beschwerdeantwort, S. 11 f.).

### **E.c**

Mit Verfügung vom 8. August 2013 wurde bis auf Weiteres auf die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels verzichtet, weil der Sachverhalt aufgrund der Akten des Verfahrens vor der Vorinstanz bereits gut dokumentiert erschien und die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen an ihrer Position im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens festhält.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

#### **1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig, Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) zu beurteilen. Darunter fällt auch der vorliegend angefochtene Beschluss der Vorinstanz (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgericht B-2152/2008 vom 12. Juni 2009, E. 1.1; B-2612/2011 vom 2. Juli 2013, E. 1). Auch Art. 33 lit. f VGG und Art. 74 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1) bestimmen, dass gegen Verfügungen der Vorinstanz beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden kann. Ein Ausnahmefall gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

#### **1.2**

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Er ist damit zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Eingabefrist ist gewahrt (Art. 50 VwVG), und der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## **2.**

### **2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft erhobene Rügen hinsichtlich der Verletzung von Bundesrecht, der unrichtigen oder unvollständigen Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts und der Unangemessenheit mit voller Kognition (Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 49 VwVG). Es auferlegt sich jedoch Zurückhaltung, wo die Vorinstanz als unabhängiges Fachgericht komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts beurteilt oder die Tarifautonomie der antragstellenden Verwertungsgesellschaften gewahrt hat (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2612/2011 vom 2. Juli 2013, E. 2.1; B-8558/2010, E. 3; B-2346/2009 vom 21. Februar 2011, E. 3).

### **2.2**

Die Tarife bedürfen zu ihrer Rechtsverbindlichkeit der Genehmigung durch die Vorinstanz (Art. 46 Abs. 3 URG). Die Vorinstanz genehmigt den ihr unterbreiteten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Nicht nur die erfolglos verhandelten, zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbänden umstritten gebliebene Bestimmungen, sondern auch in den Verhandlungen gefundene Kompromisse und sogar einvernehmlich verhandelte und übereinstimmend beantragte "Einigungstarife" werden erst mit der Genehmigung durch die Vorinstanz rechtsverbindlich. Ihre "Aufsicht über die Tarife" genannte Zuständigkeit umfasst die Genehmigung aller der Bundesaufsicht unterstellten Bestimmungen der Tarifvorlage (Art. 55 Abs. 1 URG; Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-2612/2011 vom 2. Juli 2013, E. 2.2).

Hält die Vorinstanz einen Tarif oder einzelne Bestimmungen für nicht genehmigungsfähig und ändert die zuständige Verwertungsgesellschaft ihren Antrag nicht entsprechend, kann die Vorinstanz diese Änderungen selbst vornehmen (Art. 59 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 15 der Urheberrechtsverordnung vom 26. April 1993 [URV, SR 231.11]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar 2013, E. 5.2).

## **3.**

Die Parteien sind sich über den Umfang der Prüfungspflicht der Vorinstanz uneinig. Während der Beschwerdeführer die vorfrageweise Prüfung

von ausserhalb der Tarifpflicht liegenden materiell-rechtlichen Fragen verlangt, sind die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin der Auffassung, für solche Fragen sei alleine der Zivilrichter zuständig. Demnach ist vorliegend zu prüfen, inwieweit die Prüfung von materiell-rechtlichen Vorfragen durch die Vorinstanz gehen muss.

### 3.1

Eine Vorfrage ist eine Rechtsfrage, für welche die entscheidende Instanz an sich keine Sachzuständigkeit hat. Nach Lehre und Rechtsprechung sind Verwaltungsbehörden und Gerichte jedoch zur selbständigen Entscheidung von Vorfragen aus anderen Rechtsgebieten berechtigt, sofern das Gesetz nichts anderes sagt und die zuständige Behörde über die Vorfrage noch nicht entschieden hat (BGE 120 V 378, E. 3a, m.w.H.; vgl. auch Art. 31 BGG). Die vorfrageweise Entscheidung steht allerdings einer späteren anderen Beurteilung durch die sachzuständige Instanz nicht entgegen (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 96; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, S. 19 f.).

### 3.2

Gemäss Art. 59 Abs. 3 URG sind rechtskräftig genehmigte Tarife für die Gerichte verbindlich. Ein von der Vorinstanz rechtskräftig genehmigter Tarif kann beispielsweise in einem Forderungsprozess gegen einen zahlungsunwilligen Werknutzer von den angerufenen Zivilgerichten nicht mehr auf die Angemessenheit geprüft werden. Somit ist der Entscheid der Vorinstanz über die Höhe der Vergütung für Zivilgerichte verbindlich (B-2612/2011 vom 2. Juli 2013, E. 2.2).

Insofern sind die Zivilgerichte an das Ergebnis des Genehmigungsverfahrens gebunden. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Verwertungsgesellschaften befugt wären, gestützt auf einen genehmigten Tarif vor den Zivilgerichten auch Vergütungsansprüche geltend zu machen, die mit zwingenden Vorschriften unvereinbar sind. So kann über die Genehmigung eines Tarifs keine neue Vergütungspflicht eingeführt werden, die gemäss Gesetz vergütungsfrei ist (BGE 135 II 172, E. 2.3.3; BGE 125 III 141, E. 4a; MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, Kommentar URG, 3. Aufl., Zürich 2008, N 3 zu Art. 59; ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Müller/Oetli [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar URG, 2. Aufl., Bern 2012, N 7 zu Art. 59). Folglich erstreckt sich die Rechtskraft von Genehmigungsentscheidungen nicht auf vorfrageweise entschiedene materiell-rechtliche Fragen zum Urheberrecht.

### 3.3

Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichem und zivilrechtlichem Verfahren bzw. die Problematik, welche Frage wo zu prüfen ist, ist nicht immer klar (BGE 135 II 172, E. 2.3.3). In der Rechtsprechung wird einerseits die Zuständigkeit des Zivilrichters für materiell-rechtliche Fragen betont und andererseits auf die Herstellung von Rechtssicherheit durch die Vorinstanz im verwaltungsrechtlichen Tarifgenehmigungsverfahren hingewiesen (BGE 135 II 172, E. 2.3.2-2.3.3; BGE 125 III 141, E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997, publiziert in sic! 1/1998, S. 33 ff., E. 3bb). Vor diesem Hintergrund ist auch der vorliegende Rechtsstreit zu sehen. Die Parteien sind sich zwar insofern einig, als die Vorinstanz vorfrageweise Rechtsfragen prüfen muss, wenn sich diese auf die Angemessenheit des Tarifs auswirken können (Beschwerde, S. 4; angefochtene Verfügung, S. 27; Beschwerdeantwort, S. 2). Hinsichtlich der Frage, ob die Vorinstanz darüber hinaus noch weitere Rechtsfragen vorfrageweise prüfen muss, gehen die Auffassungen dagegen auseinander.

Nach der Praxis der Vorinstanz ist bei Sendetarifen mit einem linearen Prozenttarif die Rechtsfrage, inwieweit die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken vergütungspflichtig ist, keine zur Angemessenheitsprüfung notwendige Vorfrage. Deshalb prüft die Vorinstanz solche Vorfragen im Rahmen von Tarifgenehmigungsverfahren grundsätzlich nicht. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz bereits in einem Beschluss in Bezug auf einen Vorgängertarif ausführte, dass die Frage der Berücksichtigung des amerikanischen Repertoires nicht von ihr zu beantworten sei, da es in diesen Fällen um die Tarifanwendung und nicht um die Tarifprüfung als solche gehe (angefochtene Verfügung, S. 26; Beschluss vom 11. Dezember 2007 betr. Tarif AS Radio ([A. \_\_\_\_\_ ]) [2008-2009] [elektronisch erhältlich unter [www.eschk.admin.ch](http://www.eschk.admin.ch) > Dokumentation > Beschlüsse > 2007]).

### 3.4

Materiell-rechtliche Fragen über den urheberrechtlichen Schutz sind grundsätzlich vom Zivilrichter zu entscheiden (allenfalls a.M. DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N 9a zu Art. 46 und N 10 zu Art. 59). Die vorfrageweise Entscheidung im verwaltungsrechtlichen Verfahren über einzelne Punkte ist dann zwingend, wenn die Prüfung der Angemessenheit des Tarifs gemäss Art. 59 f. URG dies erforderlich macht. Mit einer vorfrageweisen Entscheidung über eine materiell-rechtliche Frage kann indessen keine absolute Rechtssicherheit

über die Anwendung des Tarifs geschaffen werden, weil der Zivilrichter an die verwaltungsrechtliche Beurteilung solcher materiell-rechtlicher Fragen an sich nicht gebunden wäre. In diesem Sinne kann das verwaltungsrechtliche Genehmigungsverfahren einige hilfreiche Indikationen zur materiellen Rechtslage geben. Insoweit kann es für die Vorinstanz im Einzelfall angezeigt sein, gewisse strittige Fragen zu prüfen, welche nicht unmittelbar mit der Prüfung der Angemessenheit zusammen hängen. Die Tarifparteien können sich jedoch auf eine solche Beurteilung nicht ohne weiteres verlassen, weil der Zivilrichter allenfalls zu einem anderen Schluss kommen könnte. Daher erscheint die Praxis der Vorinstanz grundsätzlich als zulässig. Der Vorinstanz steht es aber frei, sich zu materiell-rechtlichen Fragen zu äussern. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass negative Kompetenzkonflikte möglichst zu vermeiden sind.

#### 4.

Gestützt auf ihre Praxis bezüglich Vorfragen, strich die Vorinstanz Ziff. 8 und 10 des beantragten Tarifs. Beide Ziffern stehen im beantragten Tarif unter dem Titel "B. Vergütung".

#### 4.1

Anschliessend an einen Einleitungssatz hinsichtlich Art. 35 Abs. 4 URG werden in Ziff. 8 des beantragten Tarifs drei Kriterien aufgeführt, nach welchen eine Aufnahme als geschützt gilt. Die ersten beiden Kriterien (Lemma 1 und 2) sind inhaltlich unstrittig (Beschwerdeantwort, S. 4). Die Vorinstanz hält diesbezüglich fest, mit Lemma 1 und 2 sollten offenbar unbestrittene Sachverhalte geregelt werden. Diese müssten nicht speziell im Tarif genannt werden, da sie lediglich gesetzliche bzw. in internationalen Abkommen enthaltene Bestimmungen konkretisieren würden (angefochtene Verfügung, S. 27).

Der Beschwerdeführer ist dagegen der Auffassung, es sei widersprüchlich von einem unstrittigen Sachverhalt auszugehen, weil die Beschwerdegegnerin eine diesbezügliche Streichung verlangt habe. Ausserdem lasse sich die Begründung der Vorinstanz nicht mit der Tarifpflicht gemäss Art. 46 URG vereinbaren, nach welcher die dem Tarif unterworfenen Handlungen eindeutig zu bestimmen seien (Beschwerde, S. 5).

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann eine Bestimmung durchaus inhaltlich unbestritten sein, obwohl Uneinigkeit darüber herrschen kann, diese Bestimmung tariflich zu vereinbaren. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass wenn es bei Ziff. 8 des beantragten Tarifs tatsächlich

um die Umschreibung der diesem Tarif unterworfenen Handlungen ginge, diese Bestimmung wohl eher unter dem Titel "A. Gegenstand des Tarifs" anstatt im Zusammenhang mit der Regelung der Vergütung stehen müsste. Ausserdem wäre auch die explizite Regelung des Schutzzumfanges im Tarif, wie bereits dargestellt, zivilrechtlich nicht bindend. Daher ist die Vorinstanz nicht verpflichtet, solche Bestimmungen zu genehmigen.

#### **4.2**

Im Gegensatz zu Lemma 1 und 2 von Ziff. 8 des beantragten Tarifs ist Lemma 3 inhaltlich umstritten. Nach der Vorinstanz soll mit Lemma 3 eine Vorfrage geregelt werden, welche sie nach ihrer Praxis nicht überprüfen müsse (angefochtene Verfügung, S. 27). Der Beschwerdeführer ist dagegen der Meinung, dass die Vorinstanz zur Schaffung von Rechtssicherheit die Pflicht treffe, eine den Tarif in Bezug auf die Anwendung präzisierende Formulierung zu prüfen (Beschwerde, S. 4).

Wie bereits erläutert wurde, ist die Praxis der Vorinstanz hinsichtlich der Prüfung von Vorfragen grundsätzlich zulässig. Die vom Beschwerdeführer angerufene Schaffung von (absoluter) Rechtssicherheit kann im verwaltungsrechtlichen Verfahren gerade nicht gewährleistet werden (vgl. oben, E. 3.4). Der Zivilrichter könnte sich allenfalls auch über einen einschlägigen Entscheid einer Fachbehörde wie der Vorinstanz hinweg setzen. Ausserdem erscheint die Ergänzung bzw. Konkretisierung in Ziff. 8 Lemma 3 des beantragten Tarifs eher als eine Frage der Auslegung des Tarifs und somit der Tarifierstellung als eine Frage der Tarifierstellung gemäss Art. 46 URG hinsichtlich der vom Beschwerdeführer geforderten Vergütungen. Schliesslich ist auch hinsichtlich des strittigen Lemma 3 darauf hinzuweisen, dass Bestimmungen zum Gegenstand des Tarifs nicht unter einem anderen Titel (in casu "Vergütung") aufgestellt werden sollten. Andernfalls können Missverständnisse entstehen, welche der vom Beschwerdeführer geforderten Rechtssicherheit abträglich wären.

Demgemäss erscheint auch die Streichung der Ziff. 8 Lemma 3 des beantragten Tarifs durch die Vorinstanz als zulässig.

#### **4.3**

Nach dem Wortlaut von Ziff. 10 des beantragten Tarifs könnte der Eindruck entstehen, es gehe dabei einzig um die Berechnung der Vergütung im Falle von mehreren Verbreitungsvektoren. Insofern wäre an der Einordnung dieser Bestimmung unter dem Titel "Vergütung" nichts auszusetzen. Die Vorinstanz erwog jedoch, dass es bei dieser Ziff. 10 um eine

Frage der effektiven Nutzung gehe. Damit müsse sie auch nicht die in diesem Zusammenhang vom Beschwerdeführer gestellte Rechtsfrage im Rahmen der Tarifprüfung klären. Grundsätzlich gelange hier ebenfalls der Vergütungssatz von 3.33 % der Einnahmen pro rata temporis der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit zur Anwendung. Sinke der Anteil der geschützten Aufnahmen, wenn ein Programm über mehrere Verbreitungsvektoren verbreitet würde, so sei der entsprechende Reduktionsfaktor auch ohne spezielle Regelung zu berücksichtigen. Dies ergebe sich bereits aus der Ziff. 7 des Tarifs, weshalb Ziff. 10 des beantragten Tarifs zu streichen sei (angefochtene Verfügung, S. 27).

Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, es gehe bei der Ziff. 10 des beantragten Tarifs um eine Bemessungsfrage und nicht um eine Frage der effektiven Nutzung. Die von der Vorinstanz vorgeschlagene Anwendung von Ziff. 7 des Tarifs bei mehreren Verbreitungsvektoren führe im Einzelfall zu einem anderen Vergütungsbetrag als die Anwendung von Ziff. 10 des beantragten Tarifs. Damit sei klar, dass diese Ziff. 10 den Tarif um ein zusätzliches Bemessungsinstrument erweitere (Beschwerde, S. 5 f.). Dass es sich jedoch nicht einzig um ein zusätzliches Bemessungsinstrument handeln kann, zeigen die Ausführungen des Beschwerdeführers zur materiellen Begründung der Ziff. 10 des beantragten Tarifs. Nach Auffassung des Beschwerdeführers habe sich die Rechtslage seit dem Beitritt der Schweiz zum WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996 (WPPT, SR 0.231.171.1) geändert. Im Wesentlichen bringt er vor, dass neu einzelne Verbreitungsvektoren hinsichtlich des sogenannten US-Repertoire auch in der Schweiz geschützt seien. Deshalb würde sich die Regelung eines entsprechenden Bemessungsinstruments rechtfertigen (Beschwerde, S. 16 ff.).

Auch wenn der Wortlaut der Ziff. 10 des beantragten Tarifs an der Berechnungsmethode anknüpft, erscheint diese Ziffer nur dann sinnvoll, wenn die strittige Rechtsfrage des urheberrechtlichen Schutzes im Sinne der Argumente des Beschwerdeführers entschieden würde. Daher steht im Zentrum dieser Ziffer eine Vorfrage zum materiellen Urheberrecht bzw. zur effektiven Nutzung. Dabei wäre diese Vorfrage nur dann von der Vorinstanz zwingend zu prüfen, wenn sie die Angemessenheit des Tarifs berühren würde. Dies ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Der Beschwerdeführer verlangt letztlich eine Berechnungsmethode für den Fall, dass sie mit ihrer Rechtsauffassung hinsichtlich des Schutzes des US-Repertoire gegenüber dem Beschwerdeführer auf dem Verhandlungsweg oder dem zivilrechtlichen Prozessweg durchdringen kann. Dies ist allerdings zum

heutigen Zeitpunkt unsicher. Die Vorinstanz ist demnach nicht verpflichtet, Tarifbestimmungen zu genehmigen, die nur unter gewissen Annahmen überhaupt erst zum Tragen kommen. Ebenso wenig hat sie die Überprüfung solcher Annahmen vorfrageweise vorzunehmen, wenn diese die Angemessenheit des Tarifs nicht oder nur entfernt berühren.

Es kann offen gelassen werden, ob die Berechnung der Vergütung bei mehreren Verbreitungsvektoren (mit dem unterschiedlichen urheberrechtlichen Schutz) gestützt auf Ziff. 7 und Ziff. 10 des Tarifs zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Immerhin ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass auch eine Berechnung aufgrund der Ziff. 7 des Tarifs bei mehreren Verbreitungsvektoren möglich wäre. Deshalb ist die Ziff. 10 des beantragten Tarifs zum aktuellen Zeitpunkt der unsicheren Rechtslage insbesondere in Bezug auf das sogenannte US-Repertoire entbehrlich. Daher erscheint auch die Streichung dieser Bestimmung durch die Vorinstanz als zulässig.

## 5.

Im Bereich des Meldewesens sind im Wesentlichen die Modalitäten der Einführung des ISRC strittig. Während der Beschwerdeführer schnellst möglich sämtliche Meldungen über den ISRC abwickeln will, gibt die Beschwerdegegnerin technische, wirtschaftliche und rechtliche Probleme zu bedenken. Im Vorgängertarif wurde lediglich verlangt, den ISRC, den Labelcode *oder* die Katalognummer zu melden (vgl. Ziff. 19 Tarifs A Radio ([A. \_\_\_\_\_ ]) [2010-2012]). Neu soll gemäss Ziff. 22 Lemma 7 des Tarifs der ISRC grundsätzlich immer gemeldet werden. Bei Meldungen ohne ISRC sind zusätzliche Angaben mitzuteilen (Ziff. 23 des Tarifs). Gestrichen wurde von der Vorinstanz jedoch neben der Klammerbemerkung in Ziff. 22 Lemma 7 die Ziff. 24 des beantragten Tarifs, wonach der Beschwerdeführer den ISRC bei Meldefehlern auf Kosten der Beschwerdegegnerin recherchieren lassen könnte.

In Bezug auf das Meldewesen sind drei Fragen zu klären. Zunächst soll geklärt werden, ob eine gesetzliche Pflicht zur Meldung des ISRC besteht. Zweitens ist zu prüfen, ob die Ziff. 22 des Tarifs in der Form der vorinstanzlichen Genehmigung angemessen erscheint. Drittens soll erörtert werden, ob der Sanktionsmechanismus gemäss Ziff. 24 des beantragten Tarifs angemessen ist bzw. ob die entsprechende Streichung durch die Vorinstanz zulässig war.

## 5.1

### 5.1.1

Im vorinstanzlichen Verfahren war umstritten, ob es eine gesetzliche Meldepflicht des ISRC gestützt auf Art. 39c URG gibt. Nach Art. 39c Abs. 1 URG dürfen Informationen für die Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten nicht entfernt oder geändert werden. Geschützt sind elektronische Informationen zur Identifizierung von Werken und anderen Schutzobjekten (Art. 39c Abs. 2 1. Teilsatz URG). Die Vorinstanz erwog, aus Art. 39c URG ergebe sich keine Pflicht der Rechteinhaber, elektronische Informationen für die Wahrung ihrer Rechte einzusetzen. Umso weniger könne daraus eine Pflicht der Nutzer abgeleitet werden, solche elektronische Informationen einzusetzen bzw. zu melden. Wo aber entsprechende Informationen vorhanden seien, dürfen sie weder unterdrückt, zerstört noch entfernt werden. Dabei gelte es auch zu berücksichtigen, dass es Sachverhalte gebe, bei denen keine oder noch keine ISRC vorhanden seien, wie beispielsweise bei Bemusterungs- oder Vorabnahmen, bei kleinen und alternativen Labels, oder wenn der Code nur auf der CD bzw. der Verpackung (bzw. Booklet) erscheine und somit nicht automatisch mitgelesen werde. Auch im Fall, dass der ISRC im Rahmen der digitalen Übertragung nicht automatisch mit dem normalen Sendesignal mitgeliefert werde, sondern noch aktiv angefügt werden müsse, ergebe sich aus Art. 39c URG keine Verpflichtung den ISRC mitzuliefern (angefochtene Verfügung, S. 30).

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wurde Art. 39c URG nicht mehr als mögliche Rechtsgrundlage einer Meldepflicht vorgebracht. Vor dem Hintergrund der dargestellten Erwägung der Vorinstanz erübrigt sich eine diesbezügliche nähere Auseinandersetzung mit Art. 39c URG.

### 5.1.2

Ferner ist die Meldepflicht unter dem Gesichtspunkt der Auskunftspflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 URG zu prüfen. Danach müssen die Werknutzer den Verwaltungsgesellschaften alle Auskünfte erteilen, welche diese für die Gestaltung und die Anwendung der Tarife sowie die Verteilung des Erlöses benötigen, soweit es ihnen zuzumuten ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A.418/2007 vom 13. Dezember 2007, E. 4, publiziert in sic! 4/2008, S. 289 ff.; 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997, E. 6b, publiziert in sic! 1/1998, S. 33 ff.). Diese Bestimmung soll gewährleisten, dass die Verwaltungsgesellschaften die für ihre Tätigkeit erforderlichen Informationen bekommen; im Vordergrund stehen dabei Angaben, die eine gerechte Ver-

teilung der Einnahmen ermöglichen sollen (CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, in: SIWR II/1, 2. Aufl., Basel 2006, S. 477). Dabei ist mit Blick auf Art. 49 Abs. 1 URG zu berücksichtigen, ob die Entschädigung pauschal oder nach Massgabe der einzelnen Werke und Darbietungen anfallen und verteilt werden (vgl. ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Müller/Oetli [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar URG, N 5 zu Art. 51). So sind nach Art. 51 Abs. 1 URG den Verwertungsgesellschaften grundsätzlich sämtliche Auskünfte zu erteilen, welche für die Anwendung der Tarife sowie die Verteilung des Erlöses benötigt werden.

Die Auskunftspflicht gegenüber den Verwertungsgesellschaften besteht jedoch lediglich im Rahmen des Zumutbaren. Damit ist gemeint, dass den Nutzern nicht die Meldung von Angaben zugemutet werden darf, deren Beschaffung mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden wäre (GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 478). So kann etwa von den Schulen keine Liste der den Schülern verteilten Fotokopien oder von den Kopierzentren keine Liste der für ihre Kunden kopierten Werke erwartet werden. Auf der anderen Seite kann es unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls für Sendeunternehmen, für Betriebe, die Videos vermieten, für Bibliotheken, welche Bücher vermieten, zumutbar sein, Listen der verwendeten Werke zu liefern (DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N 5 zu Art. 51). Das Bundesgericht erachtete in einem Fall die auf eine tarifliche Bestimmung gestützte Pflicht als bundesrechtskonform, nach welcher Angaben über Label und Katalognummern der benützten Tonträger oder über einen anderen Identifikationscode zu melden waren (Urteil des Bundesgerichts 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997, E. 6b, publiziert in sic! 1/1998, S. 33 ff.).

Mit der Vorinstanz ist somit festzuhalten, dass Auskünfte gemäss Art. 51 Abs. 1 URG einerseits hinsichtlich einer konkreten Nutzung erforderlich und andererseits auch zumutbar sein müssen (angefochtene Verfügung, S. 31).

Die Auskunftspflicht ist eine sich aus der gesetzlichen Lizenz ergebenden Nebenpflicht, auf deren Einhaltung ein klagbarer zivilrechtlicher Anspruch besteht. Auf der anderen Seite können die Verwertungsgesellschaften eine fehlende oder mangelnde Mitwirkung der Werknutzer in der Tarifgestaltung berücksichtigen (BBl 1989 III 477 ff., S. 561). Demgemäss kann ein Tarif für den Fall der Verletzung von Auskunftspflichten Sanktionen in Form einer zusätzlichen Entschädigung vorsehen (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N 3 zu Art. 51; MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, Kommentar

URG, 3. Aufl., Zürich 2008, N 2 zu Art. 51; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N 6 zu Art. 51).

## 5.2

Nach dem Verständnis des Beschwerdeführers enthält Ziff. 22 Lemma 7 des beantragten Tarifs die Regel, dass ab Inkrafttreten des Tarifs der ISRC immer dann zu melden sei, wenn er der Beschwerdegegnerin vom Lieferanten in lesbarer Form mitgeteilt werde. In Verbindung mit Ziff. 24 des beantragten Tarifs wäre es dem Beschwerdeführer erlaubt gewesen, den Umfang der tariflichen Meldepflichten mit ISRC abzuschätzen (Beschwerde, S. 6).

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Klammerbemerkung in Ziff. 22 Lemma 7 nach deren Wortlaut lediglich eine Einschränkung der Meldepflicht des ISRC enthält. Nur wenn der Beschwerdegegnerin der ISRC mitgeteilt wird, muss sie ihn auch an den Beschwerdeführer melden. Diese Einschränkung versteht sich im vorliegenden Zusammenhang von selbst. Ausserdem löst Ziff. 22 Lemma 7 des beantragten Tarifs für sich alleine bzw. mit und auch ohne ergänzende Klammerbemerkung keine zwingende Pflicht aus, den ISRC zu melden. Dies ergibt sich aus Ziff. 23 des Tarifs, wonach bei einer Meldung ohne ISRC zusätzliche Angaben mitzuteilen sind. Somit erscheint die gestrichene Klammerbemerkung entbehrlich. Die entsprechende Streichung durch die Vorinstanz ist demnach zulässig.

In diesem Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer eine falsche Feststellung des Sachverhalts. Entgegen der Feststellung der Vorinstanz, könne man gerade nicht erwarten, dass die in Ziff. 23 des Tarifs enthaltene Regelung genügen dürfte, damit der ISRC – wenn immer vorhanden – auch geliefert werde (Beschwerde, S. 7). Diese Rüge ist nach den dargestellten Überlegungen zu Ziff. 22 Lemma 7 irrelevant, wobei auf die Frage der Meldepflicht zurückgekommen wird.

## 5.3

Ziff. 24 des beantragten Tarifs enthält nach deren Wortlaut zunächst das Recht des Beschwerdeführers, den ISRC durch Dritte recherchieren zu lassen. Sodann soll die Beschwerdegegnerin die Kosten dieser Recherche tragen, falls sich herausstellen sollte, dass der ISRC vom Lieferanten gegenüber der Beschwerdegegnerin angegeben wurde. Schliesslich soll die Beschwerdegegnerin bei der Erneuerung von Speicher- bzw. Abspielsystemen verpflichtet werden, die Funktion hinsichtlich des ISRC zu gewährleisten und der Beschwerdeführerin über den aktuellen Stand dieser

Funktion und jeder diesbezüglichen Änderung zu informieren. Das Recht des Beschwerdeführers auf die Recherche des ISRC aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Daten ist unbestritten. Da dieses Recht die Beschwerdegegnerin jedoch nicht verpflichtet, erscheint die entsprechende Bestimmung im Tarif nicht erforderlich. Strittig ist dagegen die Möglichkeit der Überbindung der Recherchekosten und die darin mit eingeschlossene Pflicht zur Meldung des ISRC, unabhängig davon, ob die Beschwerdeführerin den vom Lieferanten angegebenen ISRC mit ihren Systemen auch herauslesen kann. Da die Sanktionierung von der Meldepflicht abhängt, ist zunächst diese zu prüfen.

**5.3.1** Nach der Ziff. 24 des beantragten Tarifs müsste die Beschwerdegegnerin jeweils den ISRC an den Beschwerdeführer melden, wenn er auf dem Tonträger oder im "file" der Aufnahme in einer vom System des entsprechenden Programms lesbaren Form integriert oder vom Lieferanten sonst wie angegeben wurde. Diese Regelung wird hinsichtlich der geforderten Systemumstellung eingeschränkt. Demnach würde der Beschwerdeführerin nur hinsichtlich derjenigen Speicher- bzw. Abspielsystemen verpflichtet, über die sie aktuell verfügt oder die sie zukünftig bei der Erneuerung eines solchen Systems anschaffen müsste. Daraus folgt, dass die Beschwerdegegnerin nicht unmittelbar nach Inkrafttreten ihr System erneuern müsste. Jedoch müssten sämtliche Aufnahmen mit dem ISRC gekennzeichnet werden, die mit einem ISRC geliefert wurden und von der Beschwerdegegnerin herausgelesen werden können.

Vorliegend kann offengelassen werden, ob die Meldung des ISRC aufgrund von Art. 51 URG grundsätzlich erforderlich ist. Folgte man den Ausführungen des Beschwerdeführers würde eine entsprechende tarifliche Regelung immerhin in Betracht kommen, da verschiedene Mängel bei der Meldung behauptet wurden (Beschwerde, S. 8). Selbst wenn eine Meldepflicht hinsichtlich des ISRC angenommen würde, müsste diese unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles für die Beschwerdegegnerin zumutbar sein. Demnach müsste die Meldung zum einen aufgrund einer erheblichen Kostenersparnis beim Beschwerdeführer angezeigt sein und zum anderen zu keinen unzumutbaren Zusatzkosten bei der Beschwerdegegnerin führen.

Der Beschwerdeführer hat seine behauptete Kosteneinsparung infolge der vollständigen Meldung des ISRC nicht näher erörtert. Er schätzt die Ersparnisse lediglich im Zusammenhang mit Äusserungen zum Streitwert auf ca. Fr. 200'000.– ohne darzulegen, auf welcher Grundlage die Schät-

zung erfolgt (Beschwerde, S. 3). Die Vorinstanz erwog demgegenüber sinngemäss, dass der Beschwerdegegnerin ein erheblicher Mehraufwand entstehen würde. Insbesondere wenn sie ihr Meldesystem im Hinblick auf den ISRC ständig überprüfen müsste, um stets auf dem aktuellsten Stand zu sein (angefochtene Verfügung, S. 32). Unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums der Vorinstanz ist diese Einschätzung nachvollziehbar. Die Beschwerdegegnerin müsste nämlich nach der Ziff. 24 des beantragten Tarifs zumindest bei Neuheiten jeweils überprüfen, ob der entsprechende ISRC mitgeliefert und in ihrem System aufgenommen wurde. Ausserdem wurde nicht erklärt, welcher Teil der Aufnahmen überhaupt Probleme hinsichtlich des ISRC bereitet. Wäre nur ein kleiner Teil betroffen – was z.B. auf Titel in kyrillischer Schrift zutreffen könnte – wäre auch der nur einmalige Aufwand der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Überprüfung des gesamten Repertoire allenfalls unverhältnismässig und somit unzumutbar. Zudem wäre auch zu berücksichtigen, dass die Umstellung des Meldesystems offenbar eine Frage der Zeit ist. Allenfalls wären zukünftige Systeme in der Lage, die Meldeprobleme ohne Nacherfassung von Hand zu lösen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass das Meldewesen aufgrund neuer Fakten bzw. der technischen Entwicklung zukünftig anders beurteilt würde.

### 5.3.2

Da die Meldepflicht nach Ziff. 24 des beantragten Tarifs als unzumutbar zu qualifizieren ist bzw. die entsprechende Würdigung der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist, wird auch dem in gleicher Ziffer vorgesehenen Sanktionsmechanismus die Grundlage entzogen. Die entsprechende Streichung durch die Vorinstanz ist somit folgerichtig.

In diesem Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer erneut eine falsche Feststellung des Sachverhalts. Entgegen der Feststellung der Vorinstanz, werde die Beschwerdegegnerin nicht durch die Sanktionsmöglichkeit gemäss Ziff. 29 ff. des Tarifs veranlasst, den ISRC zu melden (Beschwerde, S. 7). Diese Rüge ist irrelevant, da eine Sanktionierung nach Ziff. 24 des beantragten Tarifs zu Recht gestrichen wurde. Immerhin ist auf den Zusammenhang der gerügten vorinstanzlichen Äusserung hinzuweisen. Die Vorinstanz war offenbar der Meinung, dass die Meldung des ISRC Meldelücken vermindern bzw. verhindern könne. Gegen Meldelücken kann nach den Ziff. 29 ff. des Tarifs vorgegangen werden. Deshalb macht der Hinweis auf Ziff. 29 ff. des Tarifs im Zusammenhang mit der Meldung des ISRC durchaus Sinn. Eine falsche Feststellung des Sachverhalts ist dagegen nicht ersichtlich.

### 5.3.3

Schliesslich wird in Ziff. 24 des beantragten Tarifs neben entsprechenden Informationspflichten verlangt, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, bei der Erneuerung von Systemen dafür zu sorgen, dass diese die nötigen Funktionen zum Herauslesen des ISRC verfügbar und funktionstüchtig haben. Die Vorinstanz hält diese Pflicht für unzumutbar und daher unangemessen, wobei sie auf die entsprechende Zusicherung der Beschwerdegegnerin hinweist (angefochtene Verfügung, S. 32). Tatsächlich verpflichtete sich die Beschwerdegegnerin im Rahmen der vorinstanzlichen Verfahrens dazu, "bei der in den kommenden Jahren vorgesehenen Neuanschaffung der Sendesysteme darauf zu achten, dass diese den ISRC herauslesen können" (Vorakten, D., S. 16). Dies wurde in der Beschwerdeantwort bekräftigt (Beschwerdeantwort, S. 13). Demzufolge ist die Berücksichtigung des ISRC bei zukünftigen Investitionen bzw. Anschaffungen von entsprechenden Anlagen bei der Beschwerdegegnerin unbestritten. Die diesbezügliche tarifliche Bestimmung erscheint daher nicht als zwingend erforderlich. Unter Berücksichtigung der dargestellten Erwägungen zur Meldepflicht und der Sanktionierung ist die Streichung der gesamten Ziff. 24 des beantragten Tarifs somit zulässig.

### 6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Streichung der Ziff. 8, 10, 22 Lemma 7 Klammerbemerkung und 24 des von der Beschwerdeführerin beantragten Tarifs nicht zu beanstanden ist. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tarifautonomie des Beschwerdeführers – zumal sich das Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich einer gewissen Zurückhaltung auferlegt (vgl. oben E. 2.1). Ausserdem nahm die Vorinstanz die Streichung erst nach Anhörung der Tarifparteien gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG vor.

Die Ziff. 1 des Dispositiv der angefochtenen Verfügung ist somit zulässig, weshalb die sich gegen diese Ziffer (in fine) richtende Beschwerde abzuweisen ist. Dementsprechend muss weder auf den Antrag des Beschwerdeführers auf Genehmigung der entsprechenden Tarifziffern (vgl. 1. Rechtsbegehren des Beschwerdeführers in fine) noch auf den Eventualantrag (vgl. 2. Rechtsbegehren des Beschwerdeführers) eingegangen werden.

## **7.**

### **7.1**

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 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE).

Die vorliegende Streitsache ist vermögensrechtlicher Natur (vgl. BGE 135 II 182, E. 3.2). Vor Bundesverwaltungsgericht ist ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Dafür ist vorliegend auf das Vermögensinteresse des Beschwerdeführers während der vorgesehenen Gültigkeitsdauer des Tarifs abzustellen. Der Beschwerdeführer macht einen Streitwert von 3 Mio. Franken geltend (Beschwerde, S. 3). Angesichts des Umfangs und Schwierigkeiten der Streitsache sind die Verfahrenskosten somit auf Fr. 15'000.– festzulegen. Die Verfahrenskosten werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

### **7.2**

Der unterliegende Beschwerdeführer hat der obsiegenden Partei für die aus dem Verfahren erwachsenen, notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zu erstatten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Nachdem die Beschwerdegegnerin nicht anwaltlich vertreten war und auch keine Aufstellung ihrer Auslagen eingereicht hat, hat sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 8 Abs. 1 VGKE; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar 2013, E. 9.3; B-2612/2011 vom 2. Juli 2013, E. 9.3).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 15'000.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm bereits geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- den Preisüberwacher (zur Kenntnis; A-Post; nur Dispositiv)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Michael Tschudin

## **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 Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 5. Dezember 2013