Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Entscheid bestätigt durch BGer mit Urteil vom 22.10.2021 (1C_333/2020)

Abteilung I
A-816/2019

Urteil vom 9. April 2020

Besetzung

Richterin Christine Ackermann (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiber Thomas Ritter.

Parteien

X._____,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einsicht in Tarifgenehmigungsverfahren.

Sachverhalt:

A.
Die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (nachfolgend: Vorinstanz) beaufsichtigt die Tarife für die unter die Bundesaufsicht fallende Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 [Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1]). In diesen Tarifen werden die Vergütungen definiert, welche die Nutzer für die Verwendung eines urheberrechtlich geschützten Werks oder einer geschützten Darbietung zahlen müssen (vgl. Art. 46 ff. URG).

Mit Gesuch vom 17. Juni 2016 stellten die Verwertungsgesellschaften A._____, B._____, C._____, D._____ und E._____ der Vorinstanz den Antrag, einen neuen Gemeinsamen Tarif 7 (GT 7) gemäss der ihrem Gesuch beigelegten Fassung zu genehmigen.

Der Tarif bezieht sich auf Vergütungen für die schulische Nutzung von Werken. Diese umfasst gesetzlich erlaubte Verwendungen nach Art. 19 und Art. 20 URG, insbesondere das Vervielfältigen geschützter Werke zum Eigengebrauch. Der Tarif enthält Bestimmungen für elektronische Nutzungen von Werken mittels schulinterner Netzwerke, für das Fotokopieren in Schulen, die Vervielfältigung von geschützten Werken und Leistungen auf Leerträgern sowie das Aufführen geschützter Werke der nichttheatralischen Musik.

B.
Mit Beschluss vom 30. November 2016 genehmigte die Vorinstanz den Tarif antragsgemäss mit der Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2017 bis 31. Dezember 2021. Der Beschluss erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Die Vorinstanz nahm darin auf die Unterlagen zum Gesuch der Verwertungsgesellschaften Bezug. Aus diesen gehe hervor, dass die Verhandlungen der Verwertungsgesellschaften mit den Nutzerverbänden über die Gestaltung des Tarifs ordnungsgemäss durchgeführt worden seien und die Verhandlungspartner dem neuen Tarif zugestimmt hätten.

C.
Mit Schreiben vom 7. November 2018 wandte sich X._____ an die Vorinstanz. Gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ;

SR 152.3) ersuchte er um Zugang zu den Unterlagen, welche die Verwertungsgesellschaften im genannten Verfahren eingereicht hatten. Mit Stellungnahme vom 16. November 2018 verweigerte ihm die Vorinstanz den Zugang mit der Begründung, die Einsicht in die betroffenen Dokumente unterstehe nicht dem Öffentlichkeitsgesetz.

D.
Am 22. November 2018 reichte X._____ beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragen (EDÖB) einen Schlichtungsantrag gemäss Art. 13 BGÖ ein. Am 12. Dezember 2018 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, die zu keiner Einigung führte. Der EDÖB gab am 21. Dezember 2018 die Empfehlung ab, dass die Vorinstanz das Zugangsgesuch erneut prüfe und den Zugang entsprechend den gesetzlichen Vorgaben gewähre.

Zusammenfassend hielt er fest, die Vorinstanz falle als dezentrale Einheit der Bundesverwaltung in den persönlichen Geltungsbereich des BGÖ. Das Tarifgenehmigungsverfahren sei zudem ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren, das mit einer Verfügung abgeschlossen werde, weshalb kein Verfahren der Verwaltungsrechtspflege nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 5 BGÖ vorliege. Die Frage, ob das Verfahren ein Schiedsverfahren im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 6 BGÖ darstelle, könne offenbleiben, da Dokumente, die Teil eines hängigen Verfahrens seien, nur für die Dauer des Verfahrens vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen seien, während das betroffene Verfahren bereits abgeschlossen sei.

E.
Mit Verfügung vom 17. Januar 2019 verweigerte die Vorinstanz X._____ die Einsicht in die Unterlagen des genehmigten Gesuchs der Verwertungsgesellschaften vollumfänglich. Sie erwog im Wesentlichen, bei der Tarifprüfung übe sie eine richterliche Tätigkeit aus, weshalb das Tarifgenehmigungsverfahren nicht in den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes falle.

F.
Am 15. Februar 2019 erhebt X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) Beschwerde am Bundesverwaltungsgericht mit dem Begehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, ihm die gewünschte Einsicht in die Akten des Tarifgenehmigungsverfahrens betreffend den Gemeinsamen Tarif 7 (GT 7) zu gewähren. Im Wesentlichen

macht er geltend, die Vorinstanz sei als Verwaltungsbehörde und nicht als richterliche Instanz einzustufen. Das BGÖ sei somit anwendbar.

G.
Die Vorinstanz verweist mit ihrer Vernehmlassung vom 29. April 2019 in erster Linie auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung.

H.
Der Beschwerdeführer und die Vorinstanz halten mit Replik vom 5. Juni 2019 und mit Duplik vom 23. August 2019 an ihren Kernargumenten fest.

I.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer Vorinstanz nach Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) erlassen wurde. Da keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung, mit welcher ihm der ersuchte Zugang zu den Akten des Tarifgenehmigungsverfahrens vollumfänglich verweigert wurde, ohne Weiteres zur Beschwerde berechtigt.

1.4 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – und auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG).

3.
Das Öffentlichkeitsgesetz bezweckt, die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern (Art. 1 BGÖ). Dadurch soll das Vertrauen der Bürger in die öffentlichen Institutionen gestärkt, die Kontrolle über die Verwaltung verbessert und eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidfindungsprozess ermöglicht werden (BGE 142 II 313 E. 3.1; BGE 136 II 399 E. 2.1). Im Sinne dieser Zielsetzung statuiert das Gesetz den Grundsatz der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt. Es räumt in seinem persönlichen und sachlichen Geltungsbereich jeder Person das Recht ein, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt solcher Dokumente zu erhalten (Art. 2, Art. 3 und Art. 6 Abs. 1 BGÖ; vgl. BGE 142 II 324 E. 3.4 mit Hinweisen).

4.
Hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs gilt das Öffentlichkeitsgesetz insbesondere für die Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Die Vorinstanz stellt in Abrede, zur Bundesverwaltung zu gehören, weil sie eine richterliche Behörde darstelle. Diese Beurteilung steht in engem Zusammenhang mit der nachstehend zu prüfenden Kernfrage, ob der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes gegeben ist. Entsprechend kann in dieser Hinsicht auf die nachstehenden Ausführungen verwiesen werden (E. 5, insbesondere E. 5.5.3).

5.
Streitig ist vorliegend, ob das Tarifgenehmigungsverfahren der Vorinstanz in den sachlichen Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes fällt (vgl. Art. 3 BGÖ).

Im Tarifgenehmigungsverfahren nach Art. 55 Abs. 2 ff. URG und Art. 9 ff. der Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom

26. April 1993 (Urheberrechtsverordnung, URV; SR 231.11) prüft und genehmigt die Vorinstanz die Tarife, welche die Verwertungsgesellschaften für die von den Nutzern geforderten Vergütungen aufstellen, mit den massgebenden Nutzerverbänden verhandeln und der Vorinstanz zur Genehmigung vorlegen müssen (Art. 55 Abs. 1, Art. 46 Abs. 1 - 3 URG). Sie genehmigt einen Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG).

Nicht streitbetroffen sind die administrativen Tätigkeiten der Vorinstanz (z.B. Entschädigungen der Mitglieder, Geschäftslast oder Daten des Fachsekretariats), zu welchen sie gemäss eigenen Angaben praxisgemäss Zugang nach Massgabe des Öffentlichkeitsgesetzes gewährt.

5.1 Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz sei als Verwaltungsbehörde und nicht als richterliche Instanz einzustufen. Sie genehmige in den meisten Fällen lediglich von den Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbänden einvernehmlich ausgehandelte Tarife. Kein Gericht sei sie auch deshalb, weil das Bundesverwaltungsgericht seit der Justizreform als Rechtsmittelinstanz gegen ihre Verfügungen fungiere und es der Vorinstanz aufgrund ihrer Nähe zu den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden an der erforderlichen Unabhängigkeit fehle. Sein Motiv, die Grundlagen der Genehmigung des Tarifs einzusehen, liege darin, dass aus dem Beschluss der Vorinstanz nicht ersichtlich sei, weshalb der Tarif, welchen die Schulen und Universitäten für die Nutzung zu bezahlen hätten, angemessen sei.

Die Vorinstanz führt demgegenüber insbesondere aus, in ihrer Kerntätigkeit als Schiedskommission im Tarifgenehmigungsverfahren sei sie unabhängig und fungiere daher als richterliche Instanz bzw. als Behördenkommission mit gerichtlicher Rechtsnatur, woran die Justizreform nichts geändert habe. Auch bei einvernehmlichen Tarifen übe sie keine Verwaltungstätigkeit aus. Es handle sich deshalb um ein Verfahren der Verwaltungsrechtspflege, welches vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen sei.

5.2 Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGÖ nimmt verschiedene Arten von Verfahren vom sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes aus, darunter Verfahren der Verwaltungsrechtspflege (Ziff. 5) und Schiedsverfahren (Ziff. 6). Ob das Tarifgenehmigungsverfahren in den gesetzlichen Anwendungsbereich fällt, ist im Folgenden mittels Auslegung dieser Bestimmungen zu ermitteln.

5.3 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut (grammatikalische Auslegung). Den Begriffen «Schiedsverfahren» und «Verwaltungsrechtspflege» lässt sich indessen keine eindeutige Antwort auf die Frage entnehmen, ob das Tarifgenehmigungsverfahren der Vorinstanz ein Verfahren im gesetzlichen Anwendungsbereich darstellt. Entsprechend ist der Normsinn mit Hilfe weiterer Auslegungselemente zu ermitteln. Abzustellen ist dabei im Sinne eines Methodenpluralismus namentlich auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historisches Element), ihren Sinn und Zweck (teleologisches Element) und die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen (systematisches Element) zukommt (Urteile des BVGer A-2884/2019 vom 17. Februar 2020 E. 5.1; A-4962/2012 vom 22. April 2013 E. 5.1). Bleiben letztlich mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht (Urteile A-2884/2019 E. 5.1; A-4962/2012 vom 22. April 2013 E. 5.1; BGE 142 I 135 E. 1.1.1*).*

5.4 Was die Entstehungsgeschichte anbelangt, so ist festzuhalten, dass die Frage der Unterstellung von Schiedskommissionen in den parlamentarischen Räten nicht diskutiert und der Gesetzesentwurf (BBl 2003 2048) hinsichtlich der relevanten Ausnahmen vom Geltungsbereich ohne Änderungen übernommen wurde (Amtliches Bulletin [AB] S 2003, 1136 ff., 1139; AB 2004 N 1251 ff., 1258; AB 2004 S 592 ff.; AB 2004 N 1973 ff.). Aus den Beratungen des Parlaments lassen sich somit keine Erkenntnisse für die zu beurteilende Frage ableiten.

Die Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz vom 12. Februar 2003 (BBl 2003 1963, 1989, 2009) hält fest, dass der Zugang zu Dokumenten «eines Schiedsverfahrens (d.h. Entscheide von Schiedskommissionen einschliesslich Schiedsgerichten auf Grund öffentlich-rechtlicher Verträge)» vom sachlichen Geltungsbereich ausgenommen sei. Bei Schiedsverfahren gelte dies auch für erstinstanzliche Verfahren auf Erlass einer Verfügung («Ausnahme der Schiedsverfahren»). Aufgrund dieser Materialien geht ein Teil der Literatur davon aus, dass Verfahren von Schiedskommissionen der Bundesverwaltung nicht dem Gesetz unterstehen (CHRISTA STAMM-PFISTER, in: Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: BSK DSG/BGÖ], Art. 3 BGÖ N. 23 f. mit explizitem Hinweis auf die Vorinstanz; THOMAS SÄGESSER, in: Öffentlichkeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar 2008, Art. 2 N. 25).

Die Ausführungen in der Botschaft unterscheiden allerdings nicht zwischen (echten) Schiedsgerichten und Schiedskommissionen. Dabei besteht Ei-

nigkeit, dass die Vorinstanz, trotz ihrer Bezeichnung («Schieds»), kein echtes Schiedsgericht darstellt (ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Müller/ Oertli, Urheberrechtsgesetz [URG], Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 55 Rz. 1; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 29 m.H.). Insbesondere bildet sie kein von den Parteien als Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit eingesetztes Schiedsgericht im Sinne der zivilrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit (Urteil des BVGer A-1732/2018 vom 26. März 2019 E. 5.2) mit entsprechenden Schiedsverfahrensregeln (vgl. Art. 353 ff. ZPO). Schiedskommissionen stellen denn auch vielmehr, je nach Ausgestaltung, Verwaltungs- oder Justizbehörden dar (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 29 f.), weshalb ihre pauschale Ausnahme vom BGÖ auch den unterschiedlichen Ausprägungen der verschiedenen Kommissionen keine Rechnung trüge. Ferner wurde das BGÖ noch vor der Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 17. Juni 2005 (Justizreform) verabschiedet, mit der die Schiedskommissionen und die als Rechtsmittelinstanzen amtenden Rekurskommissionen weitgehend vom Bundesverwaltungsgericht abgelöst wurden (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 30). Mit der Justizreform hat sich auch die Einordnung der Vorinstanz im System der Rechtspflege verändert (im Einzelnen vgl. unten E. 5.5.2).

Aus diesen Gründen kann den Ausführungen in der Botschaft keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Das historische Auslegungselement legt somit nicht nahe, das Tarifgenehmigungsverfahren vom Öffentlichkeitsgesetz auszunehmen.

5.5 Nach dem Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 1 BGÖ sind vom sachlichen Geltungsbereich im Wesentlichen die Dokumente betreffend die Justizverfahren ausgenommen. Der Ausnahmeregelung liegt namentlich der Gedanke zugrunde, dass das BGÖ nicht zur Anwendung gelangen soll, wenn spezialgesetzliche Verfahrensbestimmungen den Zugang zu amtlichen Dokumenten regeln. Dokumente eines erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens sind demgegenüber – mit Ausnahme der Akteneinsichtnahme einer Partei (Art. 3 Abs. 1 Bst. b) – dem Gesetz grundsätzlich unterstellt, wobei der Zugang erst mit Rechtskraft des verwaltungsrechtlichen Entscheids zu gewähren ist (zum Ganzen Urteile des BVGer A-8073/2015 vom 13. Juli 2016 E. 5.2.1; A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.1; A-6334/2014 vom 23. August 2016 E. 4.2, je mit Hinweisen).

Aufgrund dieser Unterscheidung stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz im Tarifgenehmigungsverfahren als erstinstanzliche (dezentrale) Verwaltungsbehörde handelt oder als Justizorgan eine richterliche Funktion ausübt. Diese Zuordnung hängt von der konkreten Ausgestaltung der Vorinstanz ab.

5.5.1 Zur Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Justizbehörden werden verschiedene Kriterien herangezogen. Als Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. von Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach dem äusseren Erscheinungsbild gegenüber anderen Behörden und den Parteien unabhängig und unparteiisch sein (vgl. BGE 142 III 732 E. 3.3; BGE 139 III 98 E. 4.2 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2P.252/2003 vom 3. November 2003 E. 3.4.1). Ein wesentliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Justiz- und Aufsichtsbehörden bildet jedoch auch bei unabhängigen Behörden der Umstand, ob hinsichtlich der Funktion der Behörde die bindende Entscheidung über Streitfragen bzw. der Rechtsschutz oder die Durchsetzung des öffentlichen Interesses als Aufsichtsbehörde im Vordergrund steht (vgl. BGE 138 I 154 E. 2.7; BGE 126 I 228 E. 2c; BGE 123 I 87 E. 4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 30).

5.5.2 Das Bundesgericht hat, wie die Vorinstanz massgeblich betont, seit 1995 in mehreren Urteilen ausgeführt, dass es sich bei ihr um eine richterliche Behörde handle (nicht publiziertes Urteil des BGer 2A.142/1994 vom 24. März 1995 E. 2a; Urteile 2A.491/1998 vom 1. März 1999, E. 1b, in sic! 3/1999, 264, 2A.311/2002 vom 29. Januar 2003 E. 1.2; 2A.353/2002 vom 28. Mai 2003 E. 1.2, 2A.253/1999 vom 17. Februar 2000 E. 1b; 2A.53/2006 vom 19. Juni 2007 E. 3.4.2; vgl. auch BGE 123 I 87 E. 4c). Als solche habe sie die Anforderungen an die Unabhängigkeit nach Art. 30 BV zu erfüllen (Urteil 2A.53/2006 E. 3.4.2). Diese Urteile betreffen indessen Verfahren, die vor Inkrafttreten der Totalrevision der Bundesrechtspflege am 1. Januar 2007 eingeleitet wurden. Bis Ende 2006 unterstanden Verfügungen der Vorinstanz dem direkten Weiterzug an das Bundesgericht, dessen Kognition sich nach Art. 104 Bst. a OG auf die Verletzung von Bundesrecht, Ermessensüberschreitung und Ermessensmissbrauch beschränkt hatte (BGE 133 II 270 E. 4.1; Urteil des BVGer B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.1).

Die Einstufung als richterliche Behörde entstand und erweist sich weitgehend als Praxis zu Art. 105 Abs. 2 des aufgehobenen Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 ("OG"). Danach war das Bundesgericht an die Feststellung des Sachverhaltes gebunden, wenn eine richterliche Behörde als Vorinstanz ihn nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder in Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hatte.

Diese Rechtslage änderte sich indessen mit der Justizreform. Die hier zu beurteilende Schiedskommission wurde als eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG zur Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202, 4390). So stellt der Genehmigungsentscheid des Tarifverfahrens eine Verfügung nach Art. 5 VwVG dar und ist entsprechend beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (statt vieler Urteile des BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 E. 1.1; B-1624/2018 vom 18. Februar 2019 E. 1; vgl. Urteil des BGer 2C_527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 2.2; Art. 74 Abs. 1 URG). Das Bundesverwaltungsgericht verfügt dabei über volle Kognition und prüft auch die Angemessenheit des angefochtenen Tarifbeschlusses (Art. 49 Bst. c VwVG; Urteil des BVGer B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.1), wobei es praxisgemäss dort Zurückhaltung übt, wo die Vorinstanz komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts oder Interessenabwägungen beurteilt, und sie in diesem Kontext als «unabhängiges Fachgericht» bezeichnet (Urteile des BVGer B-5852/2017 vom 23. Mai 2019 E. 2.3; B-1624/2018 vom 18. Februar 2019 E. 2.2 f.; B-1359/2016 vom 24. April 2017 E. 3.1; B-1298/2014 vom 30. März 2015 E. 2.3; B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.2).

Während mit der Justizreform frühere Schieds- und Rekurskommissionen mehrheitlich aufgelöst und ihre Kompetenzen dem Bundesverwaltungsgericht übertragen wurden, wurde die Vorinstanz als Schiedskommission beibehalten und hinsichtlich des Instanzenzugs auf die gleiche Stufe wie ein Bundesamt oder ausserparlamentarische Kommissionen gestellt, deren Entscheide einer umfassenden verwaltungsgerichtlichen Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht offenstehen (vgl. SCHINDLER, sic! 2016, S. 44; BGE 135 II 172 E. 2.3.2). Sie fungiert somit nicht auf derselben Ebene wie das Bundesverwaltungsgericht. Gegen dessen Entscheide über Tarifgenehmigungsbeschlüsse steht überdies die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (statt vieler Urteil des BGer 2C_1056/2018 vom 19. Februar 2020 E. 1.1). Mithin können nach dem Genehmigungsentscheid der Vorinstanz zwei Gerichte des Bundes angerufen werden. Ein Instanzenzug mit drei aufeinanderfolgenden

Gerichten würde im Verwaltungsrecht eine Ausnahme darstellen, was eher auf eine Verwaltungsbehörde hindeutet.

Aufgrund der mit der Justizreform veränderten Rechtslage drängt sich somit die Frage, ob die Vorinstanz ein Justizorgan ist, von neuem auf (vgl. CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: Von Büren/David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. A. 2014, Rz. 1439; BENJAMIN SCHINDLER, Zur Beschleunigung des Tarifgenehmigungsverfahrens im Urheberrecht sic! 2016, S. 44).

Für eine nähere Prüfung spricht ebenfalls, dass in der am 1. April 2020 in Kraft getretenen Revision des URG vom 27. September 2019 (BBl 2019 6585) eine Verkürzung der Rechtsmittelverfahren mit dem Ziel einer Beschleunigung der Tarifgenehmigung zur Debatte stand (vgl. Botschaft zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung vom 22. November 2017, BBl 2018, 551, 609, 614, 645 f.). Der erläuternde Bericht zum Vernehmlassungsentwurf des Bundesrats vom 11. Dezember 2015 (S. 27 f.) führt zur geprüften Verkürzung des Instanzenzugs aus, weshalb von einer direkten Anfechtbarkeit der Entscheide der Vorinstanz beim Bundesgericht abzusehen sei: Als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts seien im Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) grundsätzlich nur (obere) Gerichte vorgesehen. Um die damit angestrebte Filterwirkung (Entlastung des Bundesgerichts) zu bewahren, sollten keine eidgenössischen Kommissionen als direkte Vorinstanzen des Bundesgerichts eingesetzt werden (Bericht abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home.html > Aktuell > Themen > Modernisierung des Urheberrechts; besucht am 16.3.2020]). Auch die im Vernehmlassungsentwurf enthaltene Ergänzung des Ausnahmekatalogs nach Art. 83 BGG, wonach Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Tarifgenehmigung nur noch bei einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung am Bundesgericht anfechtbar sein sollten (vgl. Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 2. Dezember 2016, S. 7, 24), fand schliesslich keinen Eingang in das geltende Gesetz.

Vor diesem – u.a. historischen – Hintergrund kann für die Beurteilung, ob das Tarifgenehmigungsverfahren der Vorinstanz ein Justizverfahren im

Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGÖ darstellt, nicht ohne weitere Prüfung der Abgrenzung zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörde auf die (altrechtliche) Praxis des Bundesgerichts zum OG abgestellt werden.

5.5.3 Die Frage der Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Justizbehörde ist nachfolgend u.a. mit Hilfe systematischer Auslegungsargumente zu prüfen: Die Vorinstanz ist in den Art. 55 ff. URG sowie in Art. 1 ff. URV normiert. Die Regelung befindet sich im fünften Kapitel des vierten Titels des URG, das den Titel «Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften» trägt. Diese Einordnung im Gesetz legt zunächst nahe, die Vorinstanz hinsichtlich ihrer Funktion als Aufsichts- bzw. Verwaltungsbehörde einzustufen (vgl. SCHINDLER, sic! 2016, S. 45).

Des Weiteren wird die Vorinstanz organisationsrechtlich, anders als für richterliche Behörden typisch, als ausserparlamentarische Kommission des Bundes eingestuft. In Bezug auf die Entschädigungen der Kommissionsmitglieder wird sie in Anhang 2 Ziff. 2 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV; SR 172.010.1] seit dem 1. Januar 2010 explizit als solche aufgeführt und dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) zugeordnet. Die Wahl der Mitglieder erfolgt im Rahmen der Gesamterneuerungswahlen der ausserparlamentarischen Kommissionen. Die Amtsdauer und das Ausscheiden der Mitglieder richten sich ebenfalls nach den für diese geltenden Bestimmungen (Art. 2 Abs. 1 URV [Fussnote 6] mit Verweis auf Art. 8a ff. RVOV*;* zum Ganzen GOVONI/STEBLER, Rz. 1436, 1439; DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, Rz. 183).

Mit den Änderungen des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) vom 20. März 2008 und der RVOV vom 27. November 2009 und 30. Juni 2010 haben die ausserparlamentarischen Kommissionen eine wesentliche Neuordnung erfahren, die unter anderem die Klärung ihrer Zuordnung zur dezentralen Bundesverwaltung und ihre Auflistung in Anhang 2 RVOV betraf (AS 2008 5941; AS 2008 5949; AS 2010 3175). Ausserparlamentarische Kommissionen sind ihrer Funktion nach entweder Verwaltungskommissionen mit beratenden und vorbereitenden Aufgaben oder Behördenkommissionen mit Entscheidungsbefugnissen (Art. 8 Abs. 1 - 3 RVOV). Aufgrund der Zugehörigkeit zur dezentralen Bundesverwaltung (Art. 7a Abs. 1 Bst. a RVOV) fallen sie grundsätzlich in den persönlichen Geltungsbereich nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a des Öffentlichkeitsgesetzes (Urteile des BVGer A-4962/2012 vom 22. April 2013 E. 5.4,

E. 5.7; A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.1). Es ist nicht ausgeschlossen, dass Behördenkommissionen, die allenfalls eine gerichtliche Rechtsprechungsfunktion im Rahmen eines Justizverfahrens ausüben, in dieser Hinsicht vom sachlichen Geltungsbereich (Art. 3 BGÖ) ausgenommen sind (vgl. STAMM-PFISTER, BSK BGÖ 2014, Art. 2 Rz. 3 ff., Rz. 7). Die dargelegte organisatorische Regelung der Vorinstanz spricht jedoch zum einen dafür, sie als (dezentrale) Verwaltungsbehörde einzustufen. Zum andern ergibt sich aus dem Ausgeführten, dass die Vorinstanz als Behördenkommission grundsätzlich dem persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BGÖ) untersteht.

5.5.4 Bei der Prüfung des Verfahrens und der Organisation der Vorinstanz ergeben sich folgende Elemente, die einer gerichtlichen Instanz entsprechen oder zumindest ähnlich sind: Anders als bei ausserparlamentarischen Kommissionen des Bundes üblich, entscheidet die Vorinstanz nicht als Gesamtkommission (mit Präsenzquorum), sondern bildet eine Spruchkammer in Fünferbesetzung (Art. 57 Abs. 1 URG; MEIER, a.a.O., Rz. 183; SCHINDLER, sic! 2016, S. 45). Des Weiteren haben die beteiligten Parteien im Tarifgenehmigungsverfahren das Recht auf eine mündliche Anhörung (Art. 13 URV), während im Verwaltungsverfahren, welches in der Regel schriftlich abläuft, kein solcher Anspruch besteht (BGE 134 I 140 E. 5.3 m.H.).

In ihrer inhaltlichen Tätigkeit der Tarifgenehmigung ist die Vorinstanz zudem gerichtsähnlich von der Verwaltung unabhängig. Das Gesetz sieht explizit vor, dass sie hinsichtlich ihrer Entscheidungen keine Weisungen entgegennimmt (Art. 55 Abs. 3 URG). Auch das Fachsekretariat, dem ein juristischer Sekretär vorsteht, unterliegt nur Weisungen des Kommissionspräsidiums (Art. 55 Abs. 3 URG; Art. 4 Abs. 1 und 2 URV). Das EJPD übt lediglich eine «administrative Aufsicht» aus (Art. 58 URG).

Weisungsunabhängigkeit genügt nach der bundesgerichtlichen Praxis jedoch nicht, um eine Behörde als Gericht zu bezeichnen. So gelten auch die Wettbewerbskommission, die Kommunikationskommission oder die Finanzmarktaufsicht, wenngleich sie unabhängig und nicht weisungsgebunden sind, aufgrund ihrer Aufgaben nicht als Gerichte, sondern als Behördenkommissionen der dezentralen Bundesverwaltung (BGE 138 I 154 E. 2.7 mit Hinweisen auf die Praxis). Soweit die Vorinstanz ihre Unabhängigkeit als ausschlaggebend erachtet (Vernehmlassung, S. 5), ist ihr somit nicht zu folgen. Ein wesentliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Justiz- und Aufsichtsbehörde ist wie erwähnt, ob ihre Aufgabe in erster Li-

nie die Streitentscheidung oder die Aufsichtsfunktion im Sinne der Durchsetzung des öffentlichen Interesses betrifft (vgl. BGE 138 I 154 E. 2.7; BGE 126 I 228 E. 2c; BGE 123 I 87 E. 4). Erforderlich ist daher eine nähere Prüfung der Funktion der Vorinstanz (E. 5.5.5 und E. 5.5.6).

5.5.5 Die Vorinstanz weist zunächst funktionelle Unterschiede zu einer typischen Aufsichtsbehörde auf. So wird die Bundesaufsicht über die Verwertungsgesellschaften von zwei Behörden wahrgenommen. Die Zuständigkeit der Vorinstanz beschränkt sich, worauf sie zu Recht hinweist, im Wesentlichen auf die Aufsicht über die Tarife (Tarifkontrolle; Art. 55 Abs. 1 URG). Die Aufsicht über die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften (Art. 45 URG) und die Einhaltung der weiteren gesetzlichen Pflichten obliegt dagegen dem Institut für Geistiges Eigentum IGE (Art. 52 f. URG; Urteile des BVGer B-5220/2014 vom 12. Mai 2018 E. 4.2.4; B-3896/2011 vom 14. Mai 2012 E. 2.1 f., 3.2 f.; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1416 f., 1421 f.). Die Vorinstanz kann sich nur mit der Einhaltung von Pflichten befassen, die sich im Rahmen eines Tarifgenehmigungsverfahrens kontrollieren lassen (Urteil B-3896/2011 E. 2.2, E. 3.2). Vor diesem Hintergrund prüft die Vorinstanz – auf Antrag hin (Art. 9 URV) – einen ihr vorgelegten Tarif, kann aber, anders als das IGE oder andere Aufsichtsbehörden, nicht von sich aus tätig werden und ein Verfahren einleiten. Diese Rolle und die beschränkte Offizialmaxime deuten eher auf eine richterliche Behörde hin (SCHINDLER, sic! 2016, S. 45; vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/ BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege, Basel 2014, N. 980).

5.5.6 Als Wesenskern des gerichtlichen Verfahrens gilt die Streitentscheidung zwischen verschiedenen Parteien. Diese ergibt sich in der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Regel aus der Gegenüberstellung der Verwaltung, die eine Verfügung erlassen hat, und den Bürgerinnen bzw. Bürgern, welche diese anfechten. Die Verwaltung und die Betroffenen stehen sich gegenüber, während das unabhängige Gericht zwischen ihnen entscheidet. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde eingeführt, um Rechtssuchenden eine unabhängige Beurteilung zwischen dem seitens Verwaltung geltend gemachten öffentlichen Interesse und dem Privatinteresse zu ermöglichen (BGE 126 I 228 E. 2c; BGE 123 I 87 E. 4).

Das Verfahren vor der Vorinstanz ist dagegen in erster Linie ein Genehmigungsverfahren. Es sind ihr auch Tarife zur Genehmigung vorzulegen, über welche sich die Verwertungsgesellschaften und die Nutzerverbände geei-

nigt haben (Art. 46 Abs. 2 und 3 URG). Insofern amtet sie als Genehmigungsbehörde und nicht als Organ der streitigen Gerichtsbarkeit (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 55 Rz. 1; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1439; SCHINDLER, sic! 2016, S. 44 f. vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 29).

Historisch betrachtet wurde die Vorinstanz nicht primär als Streitbeilegungsorgan geschaffen. Im Vordergrund stand die Aufsichtsfunktion. Wie das Bundesgericht mit Verweis auf die Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Verwertung von Urheberrechten vom 25. September 1940 (BBl 1940 I 313, 319 ff.) ausführte, diente die Genehmigungspflicht insofern der Wahrung des öffentlichen Interesses, als sie verhindern sollte, dass die Verwertungsgesellschaft das ihr durch das Gesetz eingeräumte Monopol zur Stellung offensichtlich übersetzter Forderungen missbrauche (BGE 82 I 267 E. 2). Die Vorinstanz amte «nicht als Richter», sondern befinde sich in einer «ähnlichen Stellung wie eine Verwaltungsbehörde, welche eine Preiskontrolle ausübe» (BGE 82 I 267 E. 1).

Mit der Totalrevision des URG 1989 wurde anstelle der bisher praktizierten Missbrauchskontrolle eine Angemessenheitskontrolle eingeführt (detailliert Urteil des BVGer B-5220/2014 vom 7. Mai 2018 E. 4.3.1 mit Hinweisen auf die Materialien). Nach heutiger Rechtsprechung liegt der Zweck des Genehmigungsentscheids darin, in Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben einen der Rechtssicherheit dienenden, sachgerechten Interessenausgleich zwischen Werkschaffenden einerseits und (Massen-)Nutzern andererseits zu finden (BGE 135 II 172 E. 2.3.4; Urteile des BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 E. 2.1; B-1359/2016 vom 24. April 2017 E. 4.2). Das Verfahren ist dabei in erheblichen Teilen nicht auf eine Entscheidung streitiger Punkte, sondern auf die Genehmigung möglichst einvernehmlich ausgehandelter Tarife ausgerichtet (vgl. BGE 135 II 172 E. 2.3.2). Im Vorfeld finden die Verhandlungen statt, welche die Verwertungsgesellschaften über die Gestaltung der Tarife mit den Nutzerverbänden zu führen haben (Art. 46 Abs. 2 URG). Der Genehmigungsantrag der Verwertungsgesellschaft, mit dem das Verfahren eingeleitet wird, hat über den Verlauf der Verhandlungen Aufschluss zu geben (Art. 9 Abs. 1 URV). Die Vorinstanz prüft, ob die Tarifverhandlungen mit der gebotenen Einlässlichkeit geführt worden sind. Ist dies nicht der Fall, kann die Präsidentin oder der Präsident den Genehmigungsantrag zur Verbesserung zurückweisen (Art. 9 Abs. 3 URV; BVGE 2011/2 E. 4.1; Urteile des BVGer B-1624/2018, B-1699/2018 vom 18. Februar 2019 E. 3.3). Diese Verfahrensordnung mit teilweise

schlichtungsähnlichen Zügen entspricht nicht derjenigen eines Justizorgans mit Rechtsprechungsfunktion.

Die Vorinstanz nimmt im Weiteren eine Angemessenheitsprüfung vor. Nach der Rechtsprechung hat sie aber eine gewisse Dispositionsfreiheit der Verwertungsgesellschaften zu beachten. Sie darf im Genehmigungsentscheid nicht weiter in deren Autonomie eingreifen, als es für einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen Schutzberechtigten und Nutzern erforderlich ist. Hält die Spruchkammer einen Tarif oder einzelne seiner Bestimmungen für nicht genehmigungsfähig, gibt sie vor ihrem Entscheid der Verwertungsgesellschaft die Gelegenheit, die Tarifvorlage so zu ändern, dass eine Genehmigung möglich ist (Art. 15 Abs. 1 URV). Sind mehrere Lösungen denkbar, würde es ihre Prüfungsbefugnis übersteigen, eine ihr zweckmässig erscheinende Lösung gegen den Willen der antragstellenden Verwertungsgesellschaft durchzusetzen (Urteil des BGer 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 7.3; Urteile des BVGer B-1736/2014 vom 2. September 2015 E. 3.2; B-1359/2016 vom 24. April 2017 E. 4.2). Diese in der URV vorgesehene Abänderungsmöglichkeit der Tarifvorlage spricht ebenfalls gegen eine Gerichtstätigkeit.

Soweit es zu keiner Einigung der Parteien kommt, entscheidet die Vorinstanz im Zweiparteienverfahren über strittige Tarife (GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1439). Dabei reicht die Befugnis der Schiedskommission über die blosse (Nicht-)Genehmigung von Tarifen hinaus. Sie kann – nach Anhörung der Verfahrensparteien – die notwendigen Änderungen am Tarifwortlaut selbst vornehmen (Art. 59 Abs. 2 URG; Art. 15 Abs. 2 URV; Urteil des BVGer B-1736/2014 vom 2. September 2015 E. 3.1; GOVONI/STEBLER, Rz. 1454). In den am Bundesverwaltungsgericht angefochtenen Beschlüssen kommt dies namentlich in Form der Streichung und Ergänzung von Bestimmungen des Tarifs nicht selten vor (exemplarisch Urteile des BVGer B-1624/2018, B-1699/2018 vom 18. Februar 2019 Bst. B; B-3812/2016 vom 22. Oktober 2018 Bst. B). Die Kompetenz zu Änderungen allein spricht jedoch noch nicht für eine richterliche Behörde. Bewilligungsbehörden können Gesuchen ebenfalls nicht nur umfassend oder in keinem Punkt, sondern auch teilweise oder mit einschränkenden Auflagen entsprechen.

Bei streitigen Tarifen entscheidet die Vorinstanz sodann, anders als sie vorbringt, nicht über streitige Ansprüche zwischen den Verwertungsgesellschaften und Nutzern. Forderungsprozesse über Tarife werden vor den zuständigen Zivilgerichten ausgetragen (vgl. BGE 125 III 141 E. 4a). Den Zi-

vilgerichten ist es zwar verwehrt, einen rechtskräftig genehmigten Tarif erneut auf seine Angemessenheit hin zu prüfen (Art. 59 Abs. 3 URG). Sie sind aber befugt und verpflichtet, darüber zu wachen, dass aus den Tarifen im Einzelfall keine gesetzwidrigen Vergütungsansprüche abgeleitet werden (BGE 140 II 483 E. 5.3 mit Hinweisen). Ein genehmigter Tarif schafft nicht in dem Sinne zivilrechtliche Verbindlichkeit, dass eine darin enthaltene Regelung zwangsläufig rechtens ist. Die Prüfung materiell- bzw. urheberrechtlicher Fragen erfolgt durch die Vorinstanz nur vorfrageweise (BGE 140 II 483 E. 5.3 ff. mit Hinweisen).

Anders als für die Verwaltungsgerichtsbarkeit typisch, steht auch nicht die unabhängige Beurteilung des Verhältnisses zwischen einem Verwaltungshandeln und einem Privatinteresse oder entsprechend gelagerter Ansprüche im Streit. Ebenso wenig überprüft die Vorinstanz Akte der Bundesverwaltung mit Auswirkungen auf konkurrierende private Interessen. Die zugelassenen Verwertungsgesellschaften verwerten die Urheberrechte und wahren im Sinne einer kollektiven Rechtswahrnehmung die Rechte der Urheberinnen und Urheber (vgl. Art. 42 und Art. 44 ff. URG). Sie bilden keine Organisationen innerhalb der Bundesverwaltung, weshalb die Bundestarifaufsicht, die unter anderem dem Missbrauch der Stellung der Verwertungsgesellschaften sowie Interessenkonflikten vorbeugen soll, eine staatliche Aufsicht über Private darstellt (Urteil des BVGer B-5220/2014 vom 12. Mai 2018 E. 4.2.4 mit Hinweisen; BVGE 2008/37 E. 3). Bei der erstinstanzlichen Tarifgenehmigung geht es somit in erster Linie um das Aufsichtsinstrument der Angemessenheitskontrolle im Verhältnis zwischen den privaten Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1417), und nicht um die von einer streitbeteiligten Verwaltung unabhängige Rechtsprechungsfunktion.

Weil es sich bei der Tarifaufsicht um eine staatliche Aufsichtsfunktion handelt, erweist sich auch die Auffassung der Vorinstanz als unzutreffend, wonach das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers keine staatliche Tätigkeit, sondern nur die kollektive Tätigkeit privater Akteure betreffe (Vernehmlassung, Ziff. 7).

Im Vordergrund steht somit insgesamt die Aufsichtsfunktion der Vorinstanz als Genehmigungsbehörde, welche die staatliche Angemessenheitskontrolle durch einen möglichst einvernehmlichen Interessenausgleich verfolgt, und nicht die streitige Rechtsanwendung als richterlichen Behörde im Sinne eines Spezialverwaltungsgerichts. Dies gilt jedenfalls, soweit sich

die Parteien auf den Tarif einigen, wie es im vorliegend vom Zugangsgesuch betroffenen Tarifgenehmigungsverfahren der Fall war.

5.5.7 Nicht von Vornherein gegen eine unabhängige richterliche Behörde spricht, dass die Vorinstanz teilweise paritätisch zusammengesetzt ist mit Mitgliedern, die von den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden zur Wahl vorgeschlagen werden (Art. 56 Abs. 1 und 2 URG). Zwar bewirkt das Vorschlagsrecht der Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbände eine Nähe der weiteren Mitglieder zu den Verfahrensparteien. Allerdings finden sich paritätisch zusammengesetzte Gerichte auch in anderen Rechtsbereichen, in denen sich typischerweise bestimmte Kollektivinteressen gegenüberstehen (z.B. Arbeits- und Mietgerichte). Aufgrund der gewollten Anbindung der Beisitzer an die Interessen der Verfahrensparteien werden an deren Unabhängigkeit von den Parteien bzw. deren Unparteilichkeit nicht dieselben Anforderungen gestellt (für die Vorinstanz Urteil des BGer 2A.53/2006 vom 19. Juni 2007 E. 3.4.2; Art. 57 Abs. 3 URG). Nach der Rechtsprechung wird die Unabhängigkeit durch eine ausgewogene Zusammensetzung des Gesamtgerichts, mitunter durch den Vorsitz eines neutralen Dritten, sichergestellt. Demgemäss werden paritätisch zusammengesetzte Gerichte von der Rechtsprechung als mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK vereinbar erachtet (BGE 126 I 235 E. 2b [paritätisch besetztes Mietgericht]; Urteil des EGMR 28. April 2010 Puchstein gegen Österreich, Nr. 20089/06, Ziff. 51; vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, 2001, S. 119 ff.; für die Vorinstanz Urteil des BVGer B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 3.3).

Im Tarifgenehmigungsverfahren besteht die Spruchkammer von fünf Mitgliedern aus dem Präsidenten bzw. der Präsidentin, zwei parteiunabhängigen beisitzenden Mitgliedern sowie zwei weiteren, sachkundigen Mitgliedern, wovon je eines auf Vorschlag der Verwertungsgesellschaften und der Nutzverbände gewählt wurde (Art. 57 Abs. 1 und Abs. 2 URG). Die Spruchkammer besteht somit zur Mehrheit aus drei unabhängig von den Interessenkreisen gewählten Mitgliedern. Sie wird im konkreten Verfahren durch den Präsidenten als Vorsitzenden eingesetzt (Art. 10 Abs. 1 URV), an dessen Unparteilichkeit aufgrund der Einsitznahme der Interessenvermittler erhöhte Anforderungen gestellt werden (Urteil des BVGer B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 5.2). Angesichts der Besetzung der gesamten Spruchkammer führt die partielle Parität nicht zwingend zur Einstufung als

Verwaltungsbehörde. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, es liege bereits allein aufgrund der Nähe der Vorinstanz zu den Parteien keine gerichtliche Instanz vor, kann ihm somit nicht gefolgt werden.

In diese Richtung wies auch die ältere Entstehungsgeschichte des Urheberrechtsgesetzes. Mit der Totalrevision 1989 wurde das Verwertungsrecht in das URG integriert. Zwecks Straffung der Aufsichtsinstrumente wurde beabsichtigt, die Aufsicht über Tarife dem Institut für Geistiges Eigentum (IGE) zuzuordnen. Im Ständerat wurde diese Neuordnung jedoch verworfen und die Tarifaufsicht bei der Vorinstanz belassen (Urteile des BVGer B-5220/2014 vom 7. Mai 2018 E. 4.3.1, B-3896/2011 vom 14. Mai 2012 E. 3.4 mit Hinweisen auf die Materialien). In der Beratung des Ständerats wurde die Wahl von Gruppenvertretern für angemessen erachtet, da sich verschiedene Interessengruppen zu einem gemeinsamen Tarif finden müssten. Für verfehlt hielt der Rat ausdrücklich den Einwand der Nutzerorganisationen, wonach das Recht auf einen unabhängigen Richter verletzt werde (Amtl. Bull. SR 1991 II 292 [Votum der Ständerätin Meier als Berichterstatterin der zuständigen Kommission]).

Der Umstand hingegen, dass dem Präsidenten bei Stimmengleichheit der Stichentscheid zusteht (Art. 14 Abs. 3 URV), ist für ein Gericht atypisch und spricht für eine Verwaltungsbehörde.

5.5.8 Gegen die Einstufung der Vorinstanz als richterliche Behörde sind, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, weitere Aspekte ihrer Wahl und Zusammensetzung anzuführen. Namentlich erfolgt die Wahl der Mitglieder durch den Bundesrat (Art. 55 Abs. 2 URG) auf Antrag des Departements (Art. 1 Abs. 4 URV) und damit durch die Exekutive. Sie werden, anders als etwa die Mitglieder der erstinstanzlichen Bundesgerichte (Bundesstraf-, Bundesverwaltungs- und Bundespatentgericht) oder des Bundesgerichts, nicht durch die Bundesversammlung (Legislative) gewählt. Auch wenn die Vorinstanz keine Entscheide der Bundesverwaltung überprüft, sondern Tarife im Verhältnis der privaten Verwertungsgesellschaften und der Nutzerverbände genehmigt, rückt sie die Ernennung durch den Bundesrat in den personell umfangreichen Gesamtwahlen der ausserparlamentarischen Kommissionen eher in die Nähe einer dezentralen Verwaltungsbehörde.

Auch die gemäss Art. 1 Abs. 1 URV statuierten Kriterien, die der Bundesrat bei der Wahl neben der Fachkunde mit dem Ziel einer ausgewogenen Zusammensetzung zu berücksichtigen hat, namentlich die Landesregionen,

sind für eine gerichtliche Instanz eher ungewöhnlich (vgl. MEIER, a.a.O., Rz. 183).

5.6 In verfassungsorientierter Hinsicht ist überdies relevant, dass für Gerichte Anforderungen an die Öffentlichkeit des Verfahrens, d.h. der Verhandlung und der Urteilsverkündung, bestehen (Art. 30 Abs. 3 BV; vgl. Urteil des BVGer A-6054/2013 vom 18. Mai 2015 E. 4.1; BGE 139 I 129 E. 3 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2P.252/2003 vom 3. November 2003 E. 3.4.1). Im Ausmass der garantierten Justizöffentlichkeit bilden Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich zugängliche Quellen. Unter dem vorliegend bedeutenden Aspekt der Öffentlichkeit wird in der Literatur auf verfassungsmässige Unvereinbarkeiten im Genehmigungsverfahren der Vorinstanz hingewiesen. Dabei wird angeführt, dass die Verhandlungen (vgl. Art. 13 URV: Recht der beteiligten Parteien auf mündliche Anhörung) soweit ersichtlich nie öffentlich stattfänden und eine öffentliche Urteilsverkündung nicht bzw. nur eingeschränkt vorgesehen sei, da die Pflicht zur Veröffentlichung der Entscheide sich nach Art. 5 Abs. 1 und 2 URV auf diejenigen von grundsätzlicher Bedeutung beschränke (SCHINDLER, a.a.O., sic! 2016, S. 46; vgl. zum Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung Urteil des BGer 4P.74/2006 vom 19. Juni 2006 E. 8.4.1). Das Mass an Öffentlichkeit des Verfahrens – wie es in der URV geregelt ist – spricht somit ebenfalls eher gegen eine Zuordnung der Vorinstanz zur Justiz.

5.7 Insgesamt kommt der Vorinstanz zwar eine differenzierte Rechtsstellung zu. Sie ist nach dem Ausgeführten jedoch als Aufsichtsbehörde zu qualifizieren, welche die Tarifaufsicht mit Blick auf ihre Funktion, das Verfahren, die Organisation und Zusammensetzung der Kommission sowie die Ernennung und Stellung ihrer Mitglieder nur teilweise sowie in untergeordneter Art und Weise vergleichbar mit einer richterlichen Behörde wahrnimmt. Im Rahmen des sachlichen Geltungsbereichs des BGÖ kann das Tarifgenehmigungsverfahren daher nicht als Justizverfahren eingestuft werden. Es bestehen im Übrigen auch keine spezialgesetzlichen Verfahrensnormen zur Einsicht. Das vorliegend betroffene Tarifgenehmigungsverfahren ist somit nicht nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff 5 f. BGÖ vom gesetzlichen Anwendungsbereich ausgenommen, sondern davon als erstinstanzliches Verwaltungsverfahrens erfasst. Das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers ist somit nach dem Öffentlichkeitsgesetz zu beurteilen.

6.

Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 17. Januar 2019 ist demnach aufzuheben und die Beschwerde insoweit gutzuheissen.

Da die Vorinstanz die Anwendbarkeit des BGÖ auf das Zugangsgesuch des Beschwerdeführers verneinte, hat sie keine nähere Prüfung des Gesuchs vorgenommen. Sie liess in der angefochtenen Verfügung insbesondere offen, in welche Dokumente Einsicht zu erteilen wäre und ob die Einsichtnahme gestützt auf Art. 7 ff. BGÖ einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern wäre, beispielsweise aufgrund von Geschäftsgeheimnissen (Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ). In der Vernehmlassung (S. 8) führt sie zudem aus, dass mit betroffenen Dritten abzuklären wäre, welche Angaben in den umfangreichen Unterlagen unter daten- und persönlichkeitsrechtlichen Aspekten zurückzuhalten wären.

Die Angelegenheit ist daher zur weiteren Prüfung des Gesuchs und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteil des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 8.4).

7.

7.1 Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und die obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Im Fall einer Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz mit noch offenem Verfahrensausgang gilt die beschwerdeführende Partei praxisgemäss als obsiegend, unabhängig davon, ob die Rückweisung beantragt wurde (Urteile des BVGer A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 9; A-5275/2015 vom 4. November 2015 E. 10.1). Dem Beschwerdeführer sind daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Auch die Vorinstanz trägt nach Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Kosten.

7.2 Des Weiteren ist davon abzusehen, dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer eine Parteientschädigung zuzusprechen. Es ist weder davon auszugehen, dass ihm massgebende Kosten erwachsen sind (Art. 64 Abs. 1 VwVG) noch hat er solche geltend gemacht.

(*Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.*)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben. Die Angelegenheit wird zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der vom Beschwerdeführer einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.– wird ihm nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
– das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)
– den EDÖB (zur Kenntnis)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Christine Ackermann	Thomas Ritter

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: