

Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten im Tarifrecht

Zusätzliche Aspekte des Urteils des Bundesgerichts vom 13. November 2012 ([2C_580/2012], abgedruckt auf Seite 154 ff. mit Hinweis von Fabian Wigger)

BERNHARD WITTWEILER*

In einem den Gemeinsamen Tarif 3a der fünf schweizerischen Verwertungsgesellschaften betreffenden Fall entschieden das IGE als Aufsichtsbehörde und ihm folgend das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht über den Geltungsbereich dieses Tarifs und sprachen ein generelles Verbot der Erhebung von tariflichen Entschädigungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotelzimmern und Ferienwohnungen aus. Der vorliegende Beitrag untersucht, ob mit diesen Entscheidungen in die Kompetenz der Zivilgerichte eingegriffen und damit die gesetzliche Zuständigkeitsabgrenzung im Tarifrecht verletzt wurde.

Appelés à juger d'un cas ayant pour objet le Tarif commun 3a des cinq sociétés suisses de gestion, l'IPI en tant qu'autorité de surveillance et à sa suite le Tribunal fédéral administratif et le Tribunal fédéral ont statué sur le champ d'application de ce tarif et décidé d'une interdiction générale de percevoir des indemnités tarifaires pour l'utilisation de la radio et de la télévision dans les chambres d'hôtel et les résidences de vacance. Le présent article examine si ces décisions ont empiété sur les attributions des tribunaux civils et violé ainsi la délimitation légale de compétence en matière de droit tarifaire.

- I. Einleitung
- II. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten bei Festsetzung und Anwendung der Tarife im Allgemeinen
- III. Die Zuständigkeitsfrage im konkreten Fall

I. Einleitung

Die mediale Aufmerksamkeit, welche dem Bundesgerichtsurteil vom 13. November 2012 zum Gemeinsamen Tarif 3a zuteil wurde, richtete sich ausschliesslich auf die Fragen, ob für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern, Ferienhäusern und Ferienwohnungen Urheberrechtsentschädigungen geschuldet sind und ob bereits bezahlte Entschädigungen zurückerstattet werden müssen. Das ist verständlich, blendet aber die nicht unerhebliche *prozessuale* Fragestellung aus, ob für dieses Verfahren der richtige *Rechtsweg* eingeschlagen und ob somit in Lausanne die richtige Abteilung des Bundesgerichts diesen Fall entschieden hat.

Zunächst ist kurz der *Ablauf des Verfahrens*, das zu diesem Urteil geführt hat, nachzuzeichnen: Die Verwertungsgesellschaften stellten im Februar 2011 in Aussicht, Entschädigungen nach dem rechtskräftig genehmigten bzw. verlängerten Gemeinsamen Tarif 3a (GT 3a) neu auch für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern zu erheben (die gleiche Nutzung in vermieteten Ferienhäusern und -wohnungen wurde schon vorher vom GT 3a erfasst). Auf Anzeige eines Ferienwohnungsbesitzers und des Verbandes GastroSuisse erliess das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) als Aufsichtsbehörde über die fünf konzessionierten Verwertungsgesellschaften am 7. Juni 2011 antragsgemäss eine Verfügung im Sinne von Art. 54 URG, welche die Gesellschaften anwies, «auf den Einzug von Vergütungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen zu verzichten». Es verbot somit den Gesellschaften generell, im genannten Bereich Entschädigungen gestützt auf einen rechtskräftig genehmigten Tarif geltend zu machen. Materiell argumentierte das IGE im Wesentlichen mit der Pflicht zur Verwertung nach festen Regeln (Art. 45 Abs. 2 URG), welche es im Falle der Anwendung des GT 3a auf

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Leiter des Rechtsdienstes der SUI SA. Der Verfasser ist im besprochenen Verfahren nicht zugunsten der SUI SA aufgetreten. Er äussert seine persönliche Auffassung und bindet die SUI SA und die anderen Verwertungsgesellschaften in keiner Weise.

die erwähnten Nutzungen als verletzt ansah. Auf Beschwerden der Verwertungsgesellschaften bestätigten das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 14. Mai 2012¹ und das Bundesgericht mit dem erwähnten Urteil vom 13. November 2012 die Verfügung des IGE.

Im Hinblick auf die nachfolgenden Ausführungen ist festzuhalten, dass sich sowohl das IGE als auch das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage ihrer Zuständigkeit befassten. Anders vor dem Bundesgericht: die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG der Verwertungsgesellschaften rügte die unrichtige Zuständigkeit nicht (mehr), doch das Bundesgericht hätte diese Frage aufgrund von Art. 29 BGG von Amtes wegen vertieft prüfen müssen.

II. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten bei Festsetzung und Anwendung der Tarife im Allgemeinen

1. Das *Aussenverhältnis* der Verwertungsgesellschaften, also ihre rechtlichen Beziehungen zu den Nutzern, ist primär ein *privatrechtliches*: Die Gesellschaften schliessen mit den Nutzern Lizenzverträge ab, und Nutzer werden, wenn sie Werke ohne Erlaubnis verwenden, gegenüber den Gesellschaften schadenersatzpflichtig im Sinne von Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 ff. OR. Doch die Autonomie der Parteien, die Lizenzbedingungen auszuhandeln bzw. Schadenersatz zu verlangen, ist durch die *Tarifpflicht* von Art. 46 URG stark eingeschränkt bzw. reguliert: Danach haben die Gesellschaften im Bereich der Bundesaufsicht (Art. 40 Abs. 1 URG) für die von den Nutzern verlangten Entschädigungen Tarife aufzustellen. Sind wie im Fall des GT 3a die Rechte mehrerer Gesellschaften im gleichen Nutzungsbereich betroffen, ist ein gemeinsamer Tarif aufzustellen (Art. 47 URG). Die Tarife sind zunächst mit den massgebenden Nutzerverbänden auszuhandeln und alsdann von der Schiedskommission (ESchK) genehmigen zu lassen. Materiell haben die Tarife den Angemessenheitskriterien des Art. 60 URG zu genügen, nach denen die ESchK die Tarife zu prüfen hat. Erst wenn ein Tarif rechtskräftig genehmigt ist, darf er angewendet, das heisst gegenüber den Nutzern durchgesetzt werden.

2. Hauptakteurin bei der Festsetzung der Tarife ist die *Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten*, ESchK. Diese mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattete Tarifbehörde ist allein *zuständig* für die *Prüfung* und *Genehmigung* der Tarife (Art. 55 Abs. 1 URG). Organisation und Verfahren der Schiedskommission sind in Art. 56–59 URG, Art. 1–16d URV sowie im Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; siehe den Verweis in Art. 55 Abs. 2 URG) geregelt.

Dem Tarifgenehmigungsverfahren vor ESchK vorauszugehen haben die Tarifverhandlungen zwischen den Verwertungsgesellschaften und den massgebenden Nutzerverbänden (Art. 46 Abs. 2 URG). Ob diese Verhandlungen mit der gebotenen Einlässlichkeit geführt worden sind, wird von der Schiedskommission vorweg geprüft. Ein Tarif ist von der ESchK materiell zu genehmigen, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist. Die massgebenden *Kriterien der Angemessenheit* sind in Art. 60 URG festgehalten. Zu diesen Angemessenheitsgrundsätzen haben die Schiedskommission und die nachgelagerten Gerichte – Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht –, an die ihre Beschlüsse weitergezogen werden können, eine reiche Rechtsprechung entfaltet.

Die Genehmigung von Tarifen ist die exklusive und auch einzige Aufgabe der Schiedskommission.

3. Wie erwähnt ist das Verhältnis der Verwertungsgesellschaften zu den Nutzern der von ihnen verwalteten Rechte privatrechtlicher Natur. Daraus folgt, dass die Anwendung der rechtskräftig genehmigten Tarife – verstanden als Durchsetzung der tarifgemässen Entschädigungen gegenüber zahlungsunwilligen Nutzern – auf dem Weg der *Zivilgerichtsbarkeit* erfolgt. Sie weist in der Regel folgenden Ablauf auf:

Erfährt eine Verwertungsgesellschaft von einer Nutzung, sei es aufgrund einer Meldung des Nutzers selbst, sei es aufgrund eigener Recherchen, lädt sie den Nutzer ein, die zur Bemessung der tarifgemässen Entschädigung erforderlichen Angaben bekannt zu geben. Liegen die Angaben vor, stellt die Gesellschaft auf der Grundlage des von ihr für anwendbar erachteten Tarifs Rechnung für die Lizenzschädigung. Bleibt die Rechnung auch nach zwei Mahnungen unbezahlt und fruchten weitere Bemühungen, den Nutzer freiwillig zur Zahlung zu bewegen, nichts, erhebt die Verwertungsgesellschaft zivile Forderungsklage gegen den Nutzer. Erstinstanzlich sind nach Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO in jedem Fall (ob die Forderung vertraglicher oder ausservertraglicher Natur ist) die einzigen kantonalen

¹ Fallnummer B-3896/2011 (abrufbar unter www.bvger.ch).

Instanzen zuständig. Deren Urteile können gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ohne Streitwertbegrenzung ans Bundesgericht weitergezogen werden.

Eine Besonderheit des schweizerischen Verwertungssystems und eine wesentliche «Ausstrahlung» der Tarifpflicht ist die Regel von Art. 59 Abs. 3 URG, wonach rechtskräftig genehmigte Tarife für die Zivilgerichte verbindlich sind². Ein angerufenes Zivilgericht hat also die von einer Verwertungsgesellschaft gegen einen Nutzer erhobene Klage von Gesetzes wegen zwingend daraufhin zu prüfen, ob die Forderung nach dem angerufenen Tarif begründet ist. Dabei hat es (im Rahmen der Dispositions- und Verhandlungsmaxime und von prozessualen Fragen sowie der Aktiv- resp. Passivlegitimation einmal abgesehen) zu beurteilen, ob der eingeklagte Nutzer und die streitige Nutzung überhaupt in den Geltungsbereich des angerufenen Tarifs fallen, dieser mithin überhaupt anwendbar ist, ob auf die streitige Nutzung die richtige(n) Tarifbestimmung(en) zur Anwendung gebracht und ob diese richtig angewendet worden ist bzw. sind. Die Bindungswirkung von Art. 59 Abs. 3 URG ist nach der Praxis des Bundesgerichts auf die Frage der Angemessenheit nach Art. 60 URG beschränkt. Offen bleibt der Einwand vor dem Zivilgericht, es werde eine (auf einen Tarif gestützte) Entschädigung für eine Nutzung verlangt, die materiell gar nicht unter das Urheberrecht falle oder freigestellt sei³.

4. Neben der durch die Schiedskommission wahrgenommenen Tarifaufsicht unterstehen die konzessionierten Verwertungsgesellschaften der *Administrativaufsicht* des IGE. Ihm obliegen die Bewilligungserteilung (Art. 41 URG), die Prüfung und Genehmigung des Geschäftsberichts (Art. 53 Abs. 1 URG) und die Genehmigung des Verteilungsreglements (Art. 48 Abs. 1 URG). Ausserdem hat das Institut für die Einhaltung der Pflichten der Art. 44–50 URG zu sorgen (Art. 53 Abs. 1 URG). Zu diesem Zweck kann es auf eigene Initiative oder auf Anzeige eines Dritten hin (in analoger Anwendung von Art. 71 VwVG) die angeblich pflichtverletzenden Verhaltensweisen einer Gesellschaft untersuchen und «die notwendigen Massnahmen» ergreifen, die bis zum Bewilligungsentzug gehen können (Art. 54 URG).

5. Hinsichtlich der Abgrenzung der Zuständigkeiten im Tarifrecht ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen *zusammenfassend*, dass für die Genehmigung der Tarife die Schiedskommission und für die Anwendung der Tarife im Sinne des Inkassos der tariflichen Entschädigungen die Zivilgerichte zuständig sind. Diese Zuständigkeiten sind exklusiv, das heisst, dem IGE kommen in diesen Bereichen *keine* Kompetenzen zu⁴.

III. Die Zuständigkeitsfrage im konkreten Fall

1. Materiell ging es in dem letztinstanzlich vom Bundesgericht entschiedenen Aufsichtsfall darum, ob die Verwertungsgesellschaften gestützt auf den rechtskräftig genehmigten bzw. verlängerten GT 3a Entschädigungen für die Radio- und TV-Nutzung in Hotelzimmern und Ferienwohnungen erheben dürfen. Das Bundesverwaltungsgericht sprach dabei von «Inkasso (Vollzug)» (E. 3.2) und das Bundesgericht hielt lapidar fest: «Streitig ist die Auslegung dieses Tarifs.» (E. 2.3). Die Gesellschaften kündigten denn für den Fall der Zahlungsverweigerung auch an, die Entschädigungspflicht auf dem Weg eines Zivilprozesses klären zu lassen, doch ist ihnen der Verband GastroSuisse mit seiner Aufsichtsbeschwerde zuvorgekommen. Es ging also um einen Fall der Tarifierhebung bzw. –durchsetzung, die gemäss den vorstehenden Ausführungen in die ausschliessliche Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt. Das IGE (und ihm folgend das Bundesverwaltungs- und das Bundesgericht) hat den Gesellschaften die Erhebung von Entschädigungen im erwähnten Nutzungsbereich generell verboten und damit in die *Kompetenz der Zivilgerichte* eingegriffen (wobei sich die Fragen stellen, ob der Verband GastroSuisse zivilrechtlich überhaupt aktivlegitimiert wäre und ein solch weit formuliertes Unterlassungsbegehren vor den Zivilgerichten eine Chance hätte).

2. In der Begründung seiner Verfügung vom 7. Juni 2011 argumentierte das IGE allerdings *scheinbar* wie eine Aufsichtsbehörde und konstatierte einen Verstoss gegen die Pflicht der Verwertung nach festen Regeln (Art. 45 Abs. 2 URG). Das Institut hielt zunächst fest, zu prüfen sei «weder der Tarif an sich noch Aspekte des Tarifverfahrens», ebenso wenig, «ob eine Nutzung im Tarif konkret aufzuführen ist» (E. 9 und 10), nur um unmittelbar anschliessend aus dem ESchK-Beschluss vom 26. März 2010 (mit dem die zwei neuen GT 3a Radio und GT 3a TV nicht genehmigt und der bisherige GT 3a verlängert wurden) sowie aus diesem Tarif abzuleiten, für das Recht des Empfangs von Sendungen in

² BGE 125 III 141, 144 f. E. 4a; 127 III 26, 28 E. 4; 135 II 172, 179 ff. E. 2.3.3 und 2.3.4.

³ BGE 125 III 141, 144 f. E. 4a; 127 III 26, 28 E. 4.

⁴ D. BARRELET/W. EGLOFF, Kommentar URG, 3. Aufl., Bern 2008, URG 53 N 2.

Hotelzimmern und Ferienwohnungen gebe es keine rechtskräftige Tarifgrundlage, weshalb die Erhebung von Entschädigungen in diesem Nutzungsbereich gegen die Pflicht zur Verwertung nach festen Regeln (Art. 45 Abs. 2 URG) verstosse (E. 11 und 12). Es sei «weder über die fragliche Nutzungsart verhandelt [...] noch der Tarif hinsichtlich der diesbezüglichen Rechtswahrnehmung von der ESchK auf seine Angemessenheit überprüft» worden, weshalb die «fraglichen Nutzungen [...] vom geltenden GT 3a nicht erfasst» würden.

Letztere Aussage des IGE sowie die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Mai 2012, E. 5, und des Bundesgerichts vom 13. November 2012, E. 2.3–2.9, zeigen auf, dass das Institut mit seiner Verfügung vom 7. Juni 2011 über den Geltungsbereich des GT 3a bezüglich der von diesem Tarif erfassten Nutzungen autoritativ entschieden hat. Über diese Frage hat jedoch, wie vorne unter Ziffer II.3 dargelegt, im Rahmen der Tarifdurchsetzung der Zivilrichter zu befinden. Bevor dieser auf eine konkrete Entschädigungsforderung die einschlägigen Tarifbestimmungen zur Anwendung bringen kann, hat er – sofern diese Frage umstritten ist – zu beurteilen, ob die fragliche Nutzung überhaupt unter den von der klagenden Gesellschaft geltend gemachten Tarif fällt.

Das IGE hat in einem früheren, ebenfalls von Nutzerseite angestossenen Aufsichtsfall unter Berufung auf das Bundesgericht ausgeführt: «Nicht durch die Aufsichtsbehörde, sondern durch die ordentlichen Gerichte wäre zu entscheiden, ob eine konkrete Werkverwendung urheberrechtlich relevant ist, bzw. in den Anwendungsbereich eines bestimmten Tarifs fällt (BGE 125 III 144 f.)»⁵. Warum das Institut im Falle des GT 3a nun von dieser Auffassung abgewichen ist, begründet es in seiner Verfügung vom 7. Juni 2011 mit keinem Wort.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Mai 2012 äussert sich zur Zuständigkeitsfrage widersprüchlich: Zuerst kommt es in E. 2.3 a.E. zum Schluss, dass «die ESchK als Genehmigungsinstanz die Gesetzeskonformität und die Angemessenheit des Tarifs prüft, während den Gerichten die Übereinstimmung der Realhandlungen mit dem Gesetz und dem Tarif obliegt», hält jedoch zwei Seiten weiter in E. 3.4 a.E. fest, «die Vorinstanz (sc. das IGE) war damit legitimiert zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen (sc. die Verwertungsgesellschaften) die Verwertung nach festen Regeln betrieben, beziehungsweise ob die geltenden Tarife eingehalten würden».

3. Dass die Aufsichtsbehörde im vorliegenden Fall zu Unrecht unter Anwendung von Art. 45 Abs. 2 URG eingeschritten ist, ergibt sich auch aus einer grundsätzlichen Überlegung: Die Tarifpflicht stellt gemäss Bundesgericht eine Konkretisierung der Pflicht zur Verwertung nach festen Regeln dar⁶. Das heisst, in den durch die Tarife geregelten Beziehungen der Verwertungsgesellschaften zu den Nutzern stellen die Tarife die «festen Regeln» dar, welche die Gesellschaften befolgen müssen. Oder wie es das Bundesgericht in der Regeste zum eben zitierten Urteil formuliert: «Die Verwertungsgesellschaft muss die Verwertung nach festen Regeln besorgen, die im Bereich der Rechtswahrnehmung durch den anwendbaren Tarif festgelegt werden». Die Anwendung und Auslegung der Tarife «im Bereich der Rechtswahrnehmung» ist wie dargelegt ausschliesslich Sache der Zivilgerichte. Ob die Anwendung eines bestimmten Tarifes auf eine bestimmte Nutzung die «festen Regeln», nämlich diejenigen über den Geltungsbereich des fraglichen Tarifs, verletzt, ist vom zuständigen Zivilrichter und nicht von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden.

4. Mit der Verfügung vom 7. Juni 2011 hat die Aufsichtsbehörde im Bereich der Tarifanwendung und -durchsetzung eine Zuständigkeit für sich in Anspruch genommen. Doch eine Vielzahl von *Fragen* bleibt *open*: Welchen Umfang weist diese Zuständigkeit auf? Ist sie umfassend in dem Sinne, dass das IGE künftig zur Beurteilung von Klagen auf Bezahlung von Urheberrechtsentschädigungen gegen Nutzer zuständig ist? Und ist sie exklusiv oder kumulativ zu jener der Zivilgerichte? Wenn Letzteres zutrifft: Was gilt bei sich widerstreitenden Urteilen? Oder ist die zuerst angerufene Behörde ausschliesslich zuständig? Ist die Zuständigkeit des IGE auf die Beurteilung des Geltungsbereichs von Tarifen beschränkt und die Zivilgerichte entscheiden über die Anwendung der übrigen Tarifbestimmungen? Ist diese Zuständigkeit des IGE ausschliesslich oder kumulativ zu derjenigen der Zivilgerichte? Sind also zur Klärung der Frage, ob auf eine bestimmte Nutzung ein bestimmter Tarif zur Anwendung zu bringen ist, zuerst das IGE anzurufen und sodann für die Beurteilung der übrigen Tarifbestimmungen und die Zusprechung der Forderung die Zivilgerichte?

⁵ Verfügung IGE vom 5. Juli 2002 i.S. SRG c. Swisperform, E. 6 a.E.

⁶ BGE 133 III 568, 577 E. 5.2.

Diese Fragen zeigen auf, dass im Bereich der Tarifierstellung und -durchsetzung aufgrund der erwähnten Entscheide *Rechtsunsicherheit* besteht, welche Instanz wofür zuständig ist. Das IGE schien diese Problematik geahnt zu haben, als es festhielt, die streitige Nutzung sei «in dem in Kraft stehenden GT 3a nicht ausdrücklich enthalten» und obwohl «bei der Anwendung von Tarifen ein gewisser Interpretationsspielraum» bestehe, gehe «eine solche Subsumtion über den gewährten Spielraum hinaus». Unter «eine solche Subsumtion» verstand es die Anwendung eines bestehenden Tarifs auf «zusätzliche Nutzungen» nach Nichtgenehmigung eines neuen Tarifs⁷. Doch wie gross ist der «gewisse Interpretationsspielraum» und wann geht die Subsumtion einer nicht ausdrücklich genannten Nutzung unter einen bestimmten Tarif «über den gewährten Spielraum» hinaus? Diese Begriffe sind dermassen vage, dass die erwähnte Rechtsunsicherheit bleibt.

Hätte der *Gesetzgeber* im Bereich der Tarifierstellung und -durchsetzung das IGE und die Zivilgerichte für zuständig erklären wollen, hätte er ohne Zweifel zumindest ansatzweise geregelt, welche Instanz für welche Fragen kompetent sein soll. Darüber ist im Urheberrechtsgesetz nichts zu finden. Es ist zu wünschen, dass sich alle Beteiligten in Zukunft wieder an die gesetzliche Zuständigkeitsordnung und die bisherige bewährte Praxis halten.

⁷ Verfügung IGE vom 7. Juni 2011, E. 12.