

## Kopiervergütung gemäss GT8 und GT9

### Bundesgerichtsurteile vom 17. April 2020 zum urheberrechtlichen Massengeschäft

**CHRISTOPH GASSER\***

*Art. 59 Abs. 3 URG dient der Rechtssicherheit. Er bezieht sich auf die Tarife als solche und im Ganzen, d.h. auch auf die Modalitäten ihrer Anwendung, z.B. auf die Meldung bzw. Auskunftserteilung oder Abrechnung und die vergütungsbezogenen Vorschriften der Tarife. Tarifvorschriften können Art. 51 Abs. 1 URG konkretisieren. Fehlende Kooperation und eine Verletzung der Auskunftspflicht durch die Nutzer können Sanktionen nach sich ziehen. Diese schaffen keine gesetzeswidrigen Vergütungsansprüche. Der Kontext des Massengeschäfts der Verwertungsgesellschaften erlaubt standardisierte Mechanismen in Tarifen, zumal die Verwertungsgesellschaften auf Angaben der Nutzer angewiesen und gerade angesichts von Art. 45 Abs. 1 URG zu einer wirtschaftlichen Verwaltung angehalten sind. Die Vermutung zum Vorhandensein eines kopierfähigen Geräts und somit zum Bestehen der Vergütungspflicht an sich wie auch die Vermutung der Vergütungspflicht aufgrund der Einschätzung durch die Verwertungsgesellschaft sind mit der Rechtsordnung vereinbar, insbesondere mit Art. 8 ZGB.*

*L'art. 59 al. 3 LDA répond à un objectif de sécurité juridique. Il concerne les tarifs en tant que tels et dans leur intégralité, c'est-à-dire également les modalités de leur application, par exemple la communication ou la transmission de renseignements ou la comptabilité et les dispositions des tarifs relatives aux rémunérations. Les règlements tarifaires peuvent concrétiser l'art. 51 al. 1 LDA. Une absence de coopération et une violation de l'obligation de renseigner de la part des utilisateurs peuvent entraîner des sanctions. Les demandes de rémunération qui en résultent ne sont pas illégales. Le contexte de l'activité de masse des sociétés de gestion collective permet de standardiser les mécanismes tarifaires, d'autant plus que les sociétés de gestion collective dépendent des informations fournies par les utilisateurs et sont tenues de gérer leurs affaires de manière économique au sens de l'art. 45 al. 1 LDA. La présomption de l'existence d'un appareil de copie et donc de l'existence de l'obligation de payer une rémunération en tant que telle, ainsi que la présomption de l'obligation de payer une rémunération basée sur l'estimation par la société de gestion collective, sont compatibles avec l'ordre juridique, notamment avec l'art. 8 CC.*

#### **I. Sachverhalt**

#### **II. Fragen und Begutachtung**

1. Vermutung zum Vorhandensein eines kopierfähigen Geräts und damit zum Bestehen der Vergütungspflicht an sich
2. Vermutung der Vergütungspflicht aufgrund Einschätzung durch die Verwertungsgesellschaft

#### **Zusammenfassung / Résumé**

Im Rahmen ihrer Ausarbeitung der Beschwerden gegen die vorinstanzlichen, zu den Urteilen des BGer vom 17. April 2020 (4A\_39/2020 bzw. 4A\_41/2020; siehe hinten, 501) führenden vorinstanzlichen Entscheiden des HGer Aargau vom 29. November 2020 (HOR.2018.52 bzw. HOR.2018.52) liess die ProLitteris, Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur und bildende Kunst, Genossenschaft («ProLitteris»), von CHRISTOPH GASSER ein Gutachten erstellen, das den Beschwerdeschriften zugrunde gelegt und dem BGer unterbreitet wurde. Dieses Gutachten wird hiermit wiedergegeben.

#### **I. Sachverhalt**

Die nachfolgend beispielhaft gewürdigten Ziff. 8.3 bis 8.5 des in erster Linie in Anwendung von Art. 19 und 20 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober

---

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

1992 («URG») sowie von Art. 47 Abs. 1 URG genehmigten Gemeinsamen Tarifs («GT») 8 VII (2017–2021) lauten wie folgt («Reprografie in der Industrie, im verarbeitenden Gewerbe und im Dienstleistungsbereich»; siehe <prolitteris.ch/grundlagen/dokumente/>; abgerufen zuletzt am 10. Januar 2020):

«8.3 Werden die von der ProLitteris erbetenen Angaben auch nach einer schriftlichen Mahnung innert Nachfrist nicht eingereicht, kann die ProLitteris die Angaben schätzen und, gestützt auf diese Schätzungen, entsprechende Rechnung stellen. Gibt der betroffene Nutzer die für die Berechnung notwendigen Angaben innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung der Schätzung nicht schriftlich bekannt, gilt die Schätzung als anerkannt. Die Rechnung stützt sich auf die Berechnungsgrundlagen der Einschätzung. Die ProLitteris verlangt für den zusätzlichen Verwaltungsaufwand in jedem Fall einen Zuschlag von 10% auf die geschuldete Vergütung, mindestens jedoch CHF 100.00. Änderungen oder Einwände, die nicht innerhalb der 30 Tage seit Erhalt der Einschätzung gemeldet werden, werden erst für die Rechnungstellung der Folgejahre berücksichtigt.

8.4 Im Weiteren sind die Nutzer aufgrund von Art. 51 URG bzw. Art. 53 FL-URG verpflichtet, der ProLitteris auf deren Verlangen Auskunft über die vervielfältigten geschützten Werke zu geben, und zwar in bezug auf Sprache und Werkarten.

8.5 Nutzer, die über kein Fotokopiergerät, Telefaxapparat, Drucker, Multifunktionsgerät oder ähnliches Gerät verfügen, müssen das entsprechende Formular «Erklärung kein Kopierer» ausfüllen und können dies versehen mit einer rechtsgültigen Unterschrift und unter Beilage einer Kopie des Handelsregisterauszuges (soweit im HR eingetragen) an die ProLitteris retournieren. Nutzer haben die Einrede «Kein Kopierer» spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung der Einschätzung gemäss Ziffer 8.3 geltend zu machen. Nach Ablauf dieser Frist gilt sowohl die Einschätzung als anerkannt, wie auch, dass ein Kopiergerät im Sinne dieses Tarifes vorhanden ist. Die Einrede «Kein Kopierer» kann in diesem Fall nicht mehr geltend gemacht werden.»

Bestimmungen wie jene, die in den obgenannten Ziff. 8.3 bis 8.5 enthalten sind, finden sich in fast allen Teiltarifen der gegenwärtig geltenden GT 8 («Reprographie») und 9 («Netzwerke») in inhaltlich gleicher bzw. nahezu gleicher Formulierung (siehe <prolitteris.ch/grundlagen/dokumente/>; abgerufen zuletzt am 10. Januar 2020). Allfällige Abweichungen zwischen den Teiltarifen sind für das vorliegende Gutachten bedeutungslos.

## II. Fragen und Begutachtung

Angesichts dieser Sachverhaltsdarstellung bat die ProLitteris um die Beantwortung der nachfolgenden Fragen. Die Antworten sind jeweils unmittelbar nach den einzelnen Fragen eingefügt.

### 1. Vermutung zum Vorhandensein eines kopierfähigen Geräts und damit zum Bestehen der Vergütungspflicht an sich

#### a) Ausgangslage

Die Ziff. 8.3 bis 8.5 der GT 8 und 9 gründen auf der Vermutung, dass bei der von der ProLitteris um Auskunft erbetenen Person mindestens ein zur Vervielfältigung geeignetes Kopiergerät (GT 8) bzw. Netzwerk (GT 9) vorhanden ist («kopierfähiges Gerät»). Diese Vermutung bezieht sich auf die Frage, ob überhaupt eine Vergütungspflicht besteht. Den Hintergrund bildet die durch Betriebe allenfalls begangene Verletzung einer gesetzlichen Auskunftspflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 URG. Laut den GT 8 und 9 ist diese Vermutung unter Einhaltung der Form- und Fristbestimmungen ihrer jeweiligen Ziff. 8.5 widerlegbar.

#### b) Frage

Zu beantworten ist die Frage, ob diese Vermutung angesichts der Verletzung der gesetzlichen Auskunftspflicht mit der Rechtsordnung, insbesondere mit Art. 8 ZGB, zu vereinbaren ist.

Die obgenannten Tarifbestimmungen gehen von der Annahme aus, dass bestimmte natürliche bzw. juristische Personen selbst dann zur Auskunft nach Art. 51 Abs. 1 URG verpflichtet sind, wenn sie über kein kopierfähiges Gerät verfügen, dass sich also die Auskunftspflicht im Sinne der obgenannten Norm nicht stets auf den *Umfang* der Nutzung beschränkt, sondern auch die Frage einschliessen kann, ob eine Nutzung erfolgt oder gerade nicht bzw. ob ein kopierfähiges Gerät vorhanden ist oder gerade nicht.

Nach dem Urteil des OGer Zürich vom 23. Januar 2009 (sic! 2010, 432 ff. E. 5.1, «Reprografieentschädigung III») ist diese Frage zu bejahen.

«Auskunftspflichtig sind demnach nicht nur solche Personen, welche die ihnen durch Art. 19 URG eingeräumten gesetzlichen Lizenzen tatsächlich nutzen, sondern generell, wer zum Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. c oder wer als Drittperson nach Art. 19 Abs. 2 URG zur Vervielfältigung von Werken berechtigt ist und deshalb aus der Sicht der Klägerin [ProLitteris] als Schuldner einer Vergütung grundsätzlich in Frage kommt.»

Das OGer Zürich befürwortet im obgenannten Urteil zum von auskunftspflichtigen «*Werknutzer[n]*» sprechenden Art. 51 Abs. 1 URG eine weite Auslegung, die alle potentiell vergütungspflichtigen Betriebe erfasst. Diese Auslegung ist vorzugswürdig, zumal gemäss der Lehre auch die aufgrund von Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 URG kopiervergütungspflichtigen Dritten und die kraft Art. 20 Abs. 3 URG leerträgervergütungspflichtigen Hersteller und Importeure der Auskunftspflicht von Art. 51 Abs. 1 URG unterstehen (D. BARRELET/W. EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, 4. Aufl., Bern 2020, URG 51 N 3; C. GASSER, *Der Eigengebrauch im Urheberrecht*, Bern 1997, 151 f.; DERS., in: B.K. Müller/R. Oertli [Hg.], *Urheberrechtsgesetz [URG]*, 2. Aufl., Bern 2012, URG 20 N 30). Sowohl Systematik und Kontext wie auch Sinn und Zweck des Art. 51 Abs. 1 URG zeigen, dass diese Bestimmung gerade den gesetzlichen Rahmen zur Ermittlung der Vergütungspflicht eines Betriebs im Einzelfall bildet. Auskunftspflichtige Werknutzer im Sinne von Art. 51 Abs. 1 URG sind grundsätzlich als generische Kategorie der möglichen oder tatsächlichen Nutzer von urheberrechtlich geschützten Werken und Leistungen zu verstehen. Ihnen stehen auf der anderen Seite die Verwertungsgesellschaften gegenüber. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine Vergütungspflicht im Einzelfall besteht, ergibt sich erst aus der Anwendung der massgeblichen Tarifklauseln als konkretisierende Ausführungsbestimmungen.

Das OGer Zürich schreibt weiter (sic! 2010, 432 ff. E. 5.1, «Reprografieentschädigung III»):

«Bei der heutigen Verbreitung von Fotokopiergeräten besteht eine natürliche Vermutung dafür, dass eine im Handelsregister eingetragene Firma wie die Beklagte über ein zur Vervielfältigung geeignetes Gerät verfügt.»

Entsprechend führt auch das BGer (in Bezug auf Treuhandbetriebe) aus (BGE 125 III 141 ff. E. 4d, «Photokopier-Pauschale»):

«Im Übrigen ist der Einsatz von Kopiergeräten heute derart verbreitet und selbstverständlich, dass sich mancher Nutzer wohl gar nicht mehr bewusst ist, dass er in die Rechte von Urhebern eingreift, sobald er einen Text oder Textausschnitt aus einer Zeitung, einer Zeitschrift oder einem Buch kopiert, um ihn einem Arbeitskollegen zur Kenntnis zu bringen oder um ihn in einem Ordner, in einer Dokumentationsmappe oder in einem Kundendossier abzulegen und greifbar zu halten. Solche Werknutzungen sind jedoch gerade in der Treuhandbranche aus einem zeitgemässen Geschäftsbetrieb kaum mehr wegzudenken. Zur fachgerechten Erbringung der angebotenen Dienstleistungen dürfte es regelmässig unabdingbar sein, aktuelle Entwicklungen zu verfolgen und in Kundenberatung und Auftragsausführung mitzuberücksichtigen. Treuhandunternehmen werden deshalb kaum mehr darum herumkommen, moderne Kopiertechnik auch für die betriebsinterne Dokumentation einzusetzen.»

Die Kopiervergütung von Art. 20 Abs. 2 URG beruht auf einer *gesetzlichen Lizenz* bzw. einem gesetzlichen Schuldverhältnis, das grundsätzlich den allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln über den Inhalt von Verträgen und damit auch jenen zu vertraglichen Nebenpflichten und folglich auch zu vertraglichen Auskunftspflichten unterliegt (siehe z.B. BARRELET/EGLOFF, URG 20 N 3; GASSER, *Eigengebrauch*, 11 f., 150 ff.; DERS., in: Müller/Oertli [Hg.], URG 20 N 33).

Dabei sind gerade Auskunftspflichten bei *gesetzlichen Schuldverhältnissen* prinzipiell rascher anzunehmen als bei vertraglich begründeten Schuldverhältnissen, kann doch bei diesen der Gläubiger den Schuldner im Rahmen der Vertragsfreiheit frei als Vertragspartner «auswählen», wogegen bei gesetzlichen Schuldverhältnissen dem Gläubiger der Schuldner von Gesetzes wegen zugemutet wird, was ein erhöhtes Schutzbedürfnis des Gläubigers begründet (siehe C. GOVONI/A. STEBLER, *SIWR II/1*, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 1414 i.f.):

«Es besteht nicht wie bei der Verwertung der ausschliesslichen Rechte die Möglichkeit, die Einräumung einer Verwendungsbefugnis an den Nutzer von der Erteilung von Auskünften abhängig zu machen.»; vgl. auch H. HAUSHEER/R.-E. AEBI-MÜLLER, *Berner Kommentar I/1*, Bern 2012, ZGB 2 N 145 i.f., m.w.H.).

Solche *Auskunftspflichten* ergeben sich denn gerade «*im Hinblick auf vermutete [sic!] gesetzliche oder vertragliche Ansprüche, über deren Entstehung und Inhalt der Berechtigte sich keine Gewissheit verschaffen kann, während der Verpflichtete Auskunft zu erteilen in der Lage ist*» (H. MERZ, *Berner Kommentar I/1*, Bern 1966, ZGB 2 N 278; siehe auch GASSER, *Eigengebrauch*, 152; R.H. WEBER, *Berner Kommentar VI/1/5*, Bern 2000, OR 97 N 69; OGer Zürich, sic! 2010, 432 E. 5.1, «Reprografieentschädigung III»).

Mit diesen vorne von MERZ angesprochenen «*vermutete[n] [sic!] gesetzliche[n] Ansprüche[n]*» werden ersichtlich tatsächliche Vermutungen angesprochen, bei denen es sich um *Wahrscheinlichkeitsfolgerungen* handelt, die aus «*Erfahrung*» bzw. «*Wissen*» gewonnen werden, «*die der Richter auf Grund der individuellen Gegebenheiten des konkreten Einzelfalles glaubt ziehen zu können, indem er das, was bewiesen ist, als tauglich erachtet, für einen weitem, direkt nicht bewiesenen Sachumstand schlüssig zu zeugen*» (M. KUMMER, *Berner Kommentar I/1*, Bern 1966, ZGB 8 N 363). Dabei hat der Ansprecher bloss – wenn auch immerhin – die Indizien, also die Vermutungsbasis – darzutun, um eine *tatsächliche*

*Vermutung* zu begründen, welche dann freilich durch den Gegenbeweis widerlegt werden kann (A. JUNGO, Zürcher Kommentar, Art. 8 ZGB, Zürich 2018, ZGB 8 N 278 ff.; KUMMER, Berner Kommentar I/1, ZGB 8 N 363, 366). Um diesen Gegenbeweis zu führen, reicht zwar «*blosses Bestreiten*» nicht aus, doch müssen lediglich «*beweismässige Anhaltspunkte erstell[t]*» werden, die das Gericht «*an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachdarstellung*» zweifeln lassen, wogegen der Beweis des Gegenteils gerade nicht erfordert wird (KUMMER, Berner Kommentar I/1, ZGB 8 N 107 f.; siehe auch JUNGO, Zürcher Kommentar, ZGB 8 N 94 f.; H.P. WALTER, Berner Kommentar I/1, Bern 2012, ZGB 8 N 67). Mit dem blossen Bestreiten des Bestehens einer Vergütungspflicht wird der Beweis des Gegenteils offensichtlich nicht erbracht. Ob dieser aber mit der alleinigen Behauptung «Kein Kopierer» bzw. «Kein Netzwerk» gelingt, erscheint noch immer als mindestens sehr zweifelhaft. Diese Frage ist jedoch für dieses Gutachten nicht von vorrangiger Bedeutung (vgl. BGer vom 11. Dezember 2019, 4A\_382/2019, E. 3, «GT 9», in welchem die Formularpflicht gestützt wird).

Beweist mithin die ProLitteris als ansprechende Verwertungsgesellschaft das Vorliegen von Indizien, die aufgrund von Erfahrung bzw. Wissen das *Vorhandensein* kopierfähiger Geräte als wahrscheinlich erscheinen lassen, so ist im Sinne einer tatsächlichen Vermutung unter Vorbehalt des Erbringens des Gegenbeweises von einem solchen Vorhandensein und damit der *Möglichkeit* zum Vervielfältigen auszugehen. Diese Möglichkeit wiederum gereicht laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe BGE 125 III 141 ff. E. 4c, «Photokopier-Pauschale»; BGer, sic! 2001, 27 E. 2.bb, «Synchronisationsrecht II»; BGE 133 II 263 ff. E. 7.2.2–7.3, «MP3-Player II»; ferner z.B. GASSER, Eigengebrauch, 166 f.; DERS., in Müller/Oertli [Hg.], URG 20 N 17) zur Begründung der Vergütungspflicht namentlich nach Art. 20 Abs. 2 URG und damit zwangsläufig – im Sinne der obgenannten vertraglichen Nebenpflicht – auch der Auskunftspflicht nach Art. 51 Abs. 1 URG.

Solche zu beweisenden Indizien wären hier vorab das Bestehen eines Betriebs und sein Zweck im Sinne der statutarischen Angaben bzw. Nennung im Handelsregister. Die tatsächliche Vermutung läge dann in der Annahme, dass ein bestimmter Betrieb mit einem bestimmten Zweck kopierfähige Geräte hält, womit jedenfalls in diesem ersten Schritt die Last entfällt zum bloss über einen Augenschein (etwa im Rahmen einer Hausdurchsuchung!) führbaren Beweis des Vorhandenseins eines kopierfähigen Geräts.

Beweist also z.B. die ProLitteris, dass ein Unternehmen besteht, das insbesondere aufgrund seiner Tätigkeit erfahrungsgemäss kopierfähige Geräte hält, beweist die ProLitteris damit die Indizien, die kraft Erfahrung bzw. Wissen die *tatsächliche Vermutung* begründen, wonach kopierfähige Geräte vorhanden sind. Ausschlaggebend sind namentlich die betriebliche Zweckangabe im Handelsregister und die Erfassung der jeweiligen Branche im betroffenen Tarif. Dem Unternehmen steht dann der Gegenbeweis offen – freilich unter Vorbehalt tariflich begründeter Einschränkungen (in den GT 8 und 9 wird auf die Möglichkeit des Gegenbeweises prominent hingewiesen; siehe zum Ganzen auch hinten II.2).

Die über konkrete Einzelfälle hinausgehende, generell gemachte Erfahrung, dass Betriebe jedenfalls in bestimmten Branchen so gut wie immer kopierfähige Geräte halten (siehe auch vorne die Verweise auf OGer Zürich, sic! 2010, 432 ff. E. 5.1, «Reprografieentschädigung III», und BGE 125 III 141 ff. E. 4c–d, «Photokopier-Pauschale»), führt zur Prüfung, ob – über die obgenannte tatsächliche Vermutung hinaus – gar von einem diesbezüglichen, nicht beweisbedürftigen *Erfahrungssatz* im Sinne von Art. 151 ZPO auszugehen ist.

Solche Erfahrungssätze beruhen insbesondere auf allgemeiner Lebenserfahrung, namentlich *allgemeiner Bekanntheit, Wahrscheinlichkeit und Häufigkeit des Eintritts sowie Branchenüblichkeit* (C. LEU, in: A. Brunner/D. Gasser/I. Schwander [Hg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich et al. 2016, ZPO 151 N 23), gehen also namentlich «*aus typischen Vorstellungen zu einem Geschehensablauf hervor*» (WALTER, Berner Kommentar I/1, ZGB 8 N 99, m.w.H.), wobei die diesbezügliche Erkenntnis nicht bloss für den konkreten Fall Bedeutung haben darf, sondern weitgehend verallgemeinerungsfähig sein muss (siehe z.B. R. SCHMID, in: M. Gehri/I. Jent-Sørensen/M. Sarbach [Hg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., ZPO 151 N 8 f., m.w.H.).

Als Erfahrungssätze gelten etwa die generelle Vermutung, dass über einen staatlichen Fähigkeitsausweis und eine staatliche Zulassung verfügende Berufsangehörige ihre Sorgfaltspflicht erfüllen (BGer vom 11. Januar 2005, 5P.347/2004, E. 2: Erfahrungssatz: «*Notare kommen ihren Aufklärungspflichten nach*») bzw. dass ein Gläubiger das Geld in die gesetzliche Währung seines Geschäfts- oder Wohnsitzes konvertiert hätte (BGE 117 II 256 ff. E. 2b; BGE 123 III 241 ff. E. 3a; siehe weitere Beispiele etwa bei LEU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hg.], ZPO 151 N 24).

Ein Erfahrungssatz muss nicht behauptet und nicht bewiesen werden, doch kann gegen ihn der *Gegenbeweis* geführt werden (F. HASENBÖHLER, in: T. Sutter-Somm/F. Hasenböhler/C. Leuenberger [Hg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, ZPO 151 N 10; LEU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hg.], ZPO 151 N 28).

Angesichts des *verallgemeinerungsfähigen Charakters* seiner Aussage liegt es nahe, von einem Erfahrungssatz auszugehen, wonach etwa bei einem Dienstleistungsbetrieb und auch bei einem solchen in der Industrie – branchenüblich – ein kopierfähiges Gerät vorhanden ist, dass also Betriebe bestimmter Branchen ohne kopierfähige Geräte nicht auskommen. Jedenfalls aber ist eine diesbezügliche tatsächliche Vermutung zu bejahen, sofern die diesbezüglichen Indizien behauptet und bewiesen sind (siehe vorne; zur Abgrenzung zwischen Erfahrungssatz und tatsächlicher Vermutung siehe z.B. LEU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hg.], ZPO 151 N 29; ferner JUNGO, in: Schmid [Hg.], Zürcher Kommentar, ZGB 8 N 83 f.).

So oder so aber wurde dieser Erfahrungssatz bzw. wurde diese tatsächliche Vermutung in den Ziff. 6.3 und 6.4 sowie 8.3 bis 8.5 der GT 8 und 9 *verankert*. Wer einen Betrieb im Sinne dieser Ziff. 6.3 bzw. 6.4 führt, hält vermutungsweise bzw. erfahrungsgemäss ein kopierfähiges Gerät, gegenüber welcher Annahme er den Gegenbeweis erbringen kann. Dieser Bürde kann er sich in einem ersten (nicht zwingend hinreichenden) Schritt mit der Einreichung des Formulars mit der Erklärung «Kein Kopierer» bzw. «Kein Netzwerk» entledigen (vgl. zu dieser bereits angesichts der Pflicht zu wirtschaftlicher Effizienz im Sinne von Art. 45 Abs. 1 URG gerechtfertigten Formularpflicht BGer vom 11. Dezember 2019, 4A\_382/2019, E. 3.2–3.3, «GT 9»).

Der Tarif ist das Ergebnis von Verhandlungen zwischen den Nutzerverbänden und Verwertungsgesellschaften (Art. 46 Abs. 2 URG), genehmigt durch die Eidgenössische Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte («ESchK»; Art. 59 Abs. 1 URG).

Und diese tariflichen Regeln sind insbesondere für die Zivilgerichte ohnehin *verbindlich*:

*Art. 59 Abs. 3 URG lautet:* «Rechtskräftig [von der ESchK bzw. vom Bundesverwaltungsgericht bzw. vom BGer] genehmigte Tarife sind für die Gerichte verbindlich.»

Damit ist es den Gerichten nicht nur verwehrt, rechtskräftig genehmigte Tarife auf die *Angemessenheit* der in ihnen festgelegten Vergütungen hin zu prüfen (wogegen selbst ein rechtskräftig genehmigter Tarif keine Vergütungen für Nutzungen vorsehen darf, die urheberrechtlich ungeschützt sind; siehe BGE 125 III 141 ff. E. 4a, «Photokopier-Pauschale»; BGE 135 II 172 ff. E. 2.3.4, «GT 3c»; BGE 140 II 483 ff. E. 5.2, «Tarif A»; E. BREM/V. SALVADÉ/G. WILD, in: B.K. Müller/R. Oertli [Hg.], Urheberrechtsgesetz [URG], 2. Aufl., Bern 2012, URG 59 N 7). Vielmehr werden mit dem Begriff der «Angemessenheit» der gesamte Aufbau wie auch die einzelnen Bestimmungen des Tarifs angesprochen (Art. 59 Abs. 1 URG; siehe z.B. GOVONI/STEBLER, SIWR II/1, Rz. 1460). So sind namentlich laut der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Gerichte auch die in den rechtskräftig genehmigten Tarifen festgelegten «*Modalitäten der Auskunftserteilung durch die Nutzer verbindlich*» (BGer vom 11. Dezember 2019, 4A\_382/2019, E. 3.3.2, «GT 9»), wird doch durch solche Modalitäten die in Art. 51 Abs. 1 URG verankerte Auskunftspflicht in zulässiger Weise konkretisiert (BGer vom 11. Dezember 2019, 4A\_382/2019, E. 3.3.2, «GT 9», m.H. auf BGer, sic! 2008, 289 ff. E. 7–8, «Vervielfältigen in Betrieben II»).

Und diese in den rechtskräftig genehmigten Tarifen erfolgte *Konkretisierung der Auskunftspflicht von Art. 51 Abs. 1 URG* muss auch das Verhalten von Nutzern bzw. solchen Personen einschliessen dürfen, bei denen infolge ihrer Branchenzugehörigkeit (insbesondere Betrieb eines im GT 8 bzw. 9 genannten Unternehmens) vom Vorliegen eines zur Vergütung führenden Sachverhalts (Vorhandensein eines kopierfähigen Geräts) infolge eines gesetzlichen Schuldverhältnisses (gesetzliche Lizenz) erfahrungsgemäss bzw. vermutungsweise auszugehen ist.

Art. 51 Abs. 1 URG kann also im Sinne einer effizienten und rechtsgleichen Anwendung der Tarife (siehe insbesondere Art. 45 Abs. 1 und 2 URG) nicht allein der Beantwortung der Frage dienen, wie hoch die grundsätzlich feststehende Vergütung ausfällt, sondern auch zur Klärung der Frage reichen, *wer überhaupt* («ob» also eine Vergütungspflicht besteht) in vergütungspflichtiger Weise im Sinne des betroffenen Tarifs nutzt (V. SALVADÉ, Commentaire Romand, Propriété Intellectuelle, Basel 2013, LDA 51 N 5:

«La notion d' «utilisateurs d'œuvre» est définie largement: une entreprise qui ne dispose pas de photocopieur, donc qui ne reproduit pas d'œuvre au sens des art. 19 al. 1 lit. c ou 19 al. 2 LDA, est tenue de le signaler à ProLitteris sur la base de l'art. 51 LDA.»).

Eine im Gesetz nicht vorgesehene urheberrechtliche Vergütungspflicht wird dadurch gerade nicht begründet (insofern unzutreffend ANDREAS SCHNEUWLY, Praxis der kollektiven Verwertung nach GT 8 VII und 9 VII auf dem Prüfstand, sic! 2017, 602, welcher der ProLitteris zu Unrecht vorwirft, eine Vergütungspflicht allein mit dem Führen eines Betriebs begründen zu wollen), zumal es allein um eine Vergütungspflicht geht, welche vom Gesetz ja vorgesehen wird (Kopiervergütung nach Art. 20 Abs. 2 URG insbesondere i.V.m. mit dem Tatbestand des betriebsinternen Gebrauchs von Art. 19 Abs. 1 lit. c URG) und deren Auferlegung die auskunftspflichtige Person gerade verhindern kann, indem sie die im die Auskunftspflicht konkretisierenden, rechtskräftig genehmigten Tarif vorgesehene *Negativklärung* («Kein Kopierer» bzw. «Kein Netzwerk») abgibt. Wird der Gegenbeweis allerdings nicht form- und fristgerecht im Sinne des anwendbaren Tarifs erbracht, kann die Vermutung, dass das kopierfähige Gerät vorhanden ist, in einem späteren Stadium, wie z.B. im Zivilprozess, nicht mehr in Frage gestellt werden.

Dass die Verletzung solcher Auskunftspflichten (z.B. die Nichteinhaltung der für ein Massengeschäft wichtigen Formularpflicht) mit *tariflich vorgesehenen Rechtsfolgen* bzw. eben der Auferlegung der Vergütungspflicht belegt werden kann, wird vom BGer nicht als rechtswidrig erachtet (siehe zuletzt BGer vom 11. Dezember 2019, 4A\_382/2019, E. 3.3.2, «GT 9»: «*Dass die renitente Haltung bzw. mangelnde Kooperationsbereitschaft des Beschwerdeführers [potentiellen Nutzers] Folgen mit sich ziehen, ist nicht stossend.*»); siehe weiter Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz, URG], zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen [Topographiengesetz, ToG] sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vom 19. Juni 1989, BBI 1989 III 561; BGer, sic! 1998, 33 ff. E. 6a, «Tarif S»; KGer St.Gallen, sic! 2003, 706 ff. E. II.3, «DJ-Anlässe»; BARRELET/EGLOFF, URG 51 N 7, URG 60 N 30; BREM/SALVADÉ/WILD, in: Müller/Oertli [Hg.], URG 51 N 3; siehe auch hinten II.2).

Die Ziff. 8.3 bis 8.5 der GT 8 und 9 sind somit insbesondere hinsichtlich der dortigen Konkretisierung der gesetzlichen Auskunftspflicht von Art. 51 Abs. 1 URG als *rechtens* zu betrachten.

Diese Vermutung des Vorhandenseins eines kopierfähigen Geräts und folglich des Bestehens der Vergütungspflicht hält auch vor Art. 8 ZGB stand. Dieser ist so auszulegen, dass

- die Annahme eines Erfahrungssatzes bzw. einer tatsächlichen Vermutung *nicht* zu einer Umkehr der Beweislast führt (die Ansprecherin muss weiterhin das Vorliegen der Indizien beweisen, die zur Aktivierung eines Erfahrungssatzes bzw. zur Annahme einer tatsächlichen Vermutung führen; siehe z.B. KUMMER, Berner Kommentar I/1, ZGB 8 N 366),
- gegebenenfalls gerichtlich rechtskräftig genehmigte Tarife, sollten sie denn wider Erwarten als Umkehr der Beweislastregel von Art. 8 ZGB ausgelegt werden, kraft der jüngeren und spezielleren Bestimmung von Art. 59 Abs. 3 URG ohnehin nicht gerichtlich überprüft werden können und
- rechtsgeschäftliche und erst recht (staatliche Genehmigung!) auch tarifliche Begründungen von tatsächlichen Vermutungen, die sich auf die Beweislastregeln auswirken, möglich sind (vgl. m.H. auf Beweislastverträge KUMMER, Berner Kommentar I/1, ZGB 8 N 360, 373 ff.; zu diesen eingehend JUNGO, in: Schmid [Hg.], Zürcher Kommentar, ZGB 8 N 312 ff.). So wird eine Partei in einem Zivilverfahren trotz Art. 8 ZGB vom Beweis der von der gegnerischen Partei *zugegebenen* Tatsachen befreit. Die Beweisfrage wird mithin der freien Verfügung der Parteien überlassen, was zeigt, dass Art. 8 ZGB keine zwingende Rechtsnorm ist: Im gegenseitigen Einvernehmen, d.h. wenn sich die Parteien über einen Sachverhalt einigen, kann auf den Beweis der Behauptungen verzichtet werden. Auch ein Tarif kann daher *von der Grundregel des Art. 8 ZGB abweichen*. Und ist dem so, bindet eine allfällige tariflich vorgesehene Beweislastumkehr das Gericht kraft Art. 59 Abs. 3 URG.

## 2. Vermutung der Vergütungspflicht aufgrund Einschätzung durch die Verwertungsgesellschaft

### a) Ausgangslage:

Gemäss Satz 2 des Abs. 2 der jeweiligen Ziff. 8.5 des GT 8 bzw. 9 gilt eine durch die ProLitteris wegen der Nichterteilung der verlangten «Nutzerauskunft» erfolgte Einschätzung des Bestehens (ob also überhaupt eine Vergütungspflicht besteht) und des Umfangs der Vergütungspflicht als vom «Nutzer» anerkannt, sofern dieser nicht die Einwendung «Kein Kopierer» bzw. «Kein Netzwerk» spätestens innerhalb von 30 Tagen ab der Zustellung der Einschätzung nach Ziff. 8.3 geltend macht. Den Hintergrund bildet die durch Betriebe allenfalls begangene Verletzung einer gesetzlichen Auskunftspflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 URG.

### b) Frage

Zu beantworten ist die Frage, ob im Lichte der Verletzung dieser gesetzlichen Auskunftspflicht die Annahme der Anerkennung der Schuldspflicht nach dem Ablauf der ungenutzten Frist von 30 Tagen mit der Rechtsordnung zu vereinbaren ist.

Die Auskunftspflicht des Art. 51 Abs. 1 URG betrifft nicht nur die Frage, ob eine Vergütungspflicht besteht, sondern auch Angaben, die die Bestimmung ihrer Höhe erlauben (vgl. vorne).

«Im Sinne der wirtschaftlichen Verwaltung (Art. 45) darf die Verwertungsgesellschaft beispielsweise auf eine einmal eröffnete Einschätzung abstellen, solange ihr die effektiven Angaben nicht mitgeteilt werden» (BARRELET/EGLOFF, URG 51 N 10, m.H. auf BGer, sic! 2008, 289 ff. E. 7–8, «Vervielfältigen in Betrieben II»).

Dabei geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Grundsatz davon aus, «*dass die gestützt auf eine Einschätzung erfolgte Rechnung zu revidieren ist, wenn der Nutzer nach der Rechnungstellung die erforderlichen Angaben doch noch meldet*», wobei «*das Gebot von Treu und Glauben einer nachträglichen Meldung gewisse Grenzen*» setzt (BGer, sic! 2008, 289 ff. E. 9, «Vervielfältigen in Betrieben II»; damals zu einer älteren Tarifversion). Folglich kann «*die renitente Haltung bzw. mangelnde Kooperationsbereitschaft des Beschwerdeführers [potentiellen Nutzers] Folgen mit sich ziehen*» (BGer vom 11. Dezember 2019, 4A\_382/2019, E. 3.3.2, «GT 9»; siehe auch die Hinweise vorne).

Gemäss Ziff. 8.5 des GT 8 bzw. 9 haben Nutzer die Einrede «Kein Kopierer» bzw. «Kein Netzwerk» spätestens innerhalb von 30 Tagen nach der Zustellung der *Einschätzung* gemäss Ziff. 8.3 des GT 8 bzw. 9 geltend zu machen. Nach Ablauf dieser Frist gelten laut Ziff. 8.3 i.V.m. Art. 8.5 des GT 8 bzw. 9 sowohl die Einschätzung wie auch die Annahme, dass ein Kopiergerät im Sinne des GT 8 bzw. 9 vorhanden ist, als anerkannt.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe vorne) gebietet «*das Gebot von Treu und Glauben einer nachträglichen Meldung gewisse Grenzen*» (BGer, sic! 2008, 289 ff. E. 9, «Vervielfältigen in Betrieben II»). *Nachträgliche Meldungen* dürfen also tariflich als verspätet ignoriert werden. Folglich könnten die seitens der ProLitteris erfolgte Einschätzung und somit der ihr zugrundeliegende (angenommene) Sachverhalt unveränderbar massgeblich bleiben, sofern das Verhalten des Schuldners als *treuwidrig* zu beurteilen ist.

Wer auf eine Einschätzung hin (nachdem er bereits trotz Nachfrist der ProLitteris nicht die erforderliche Auskunft erteilt hat) weiterhin während 30 Tagen schweigt, kann in der Tat als treuwidrig handelnd gewürdigt werden, welche Annahme angesichts der nach Effizienz rufenden Betreuung des Massengeschäfts der kollektiven Verwertung (vgl. Art. 45 Abs. 1 URG) und in Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sinnvollerweise – «generalisiert» – *im Tarif abgebildet* wird. Dieser wiederum ist im Falle seiner rechtskräftigen Genehmigung für die Gerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG).

*Art. 59 Abs. 3 URG lautet:* «Rechtskräftig [von der ESchK bzw. vom BVGer bzw. vom BGer] genehmigte Tarife sind für die Gerichte verbindlich.»

Folglich ist es den Gerichten nicht nur verwehrt, rechtskräftig genehmigte Tarife auf die *Angemessenheit* der in ihnen festgelegten Vergütungen hin zu prüfen (wogegen selbst ein rechtskräftig genehmigter Tarif keine Vergütungen für Nutzungen vorsehen darf, die urheberrechtlich ungeschützt sind; siehe 125 III 141 ff. E. 4a, «Photokopier-Pauschale»; BGE 135 II 172 ff. E. 2.3.3, «GT 3c»; BGE 140 II 483

ff. E. 5.2, «Tarif A»; BREM/SALVADÉ/WILD, in: B.K. Müller/R. Oertli [Hg.], URG 59 N 7). Vielmehr werden mit dem Begriff der «Angemessenheit» der gesamte Aufbau wie auch die einzelnen Regeln des Tarifs angesprochen (Art. 59 Abs. 1 URG; siehe z.B. GOVONI/STEBLER, SIWR II/1, Rz. 1460). So sind insbesondere gemäss der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Gerichte auch die in den rechtskräftig genehmigten Tarifen festgelegten «*Modalitäten der Auskunftserteilung durch die Nutzer verbindlich*» (BGer vom 11. Dezember 2019, 4A\_382/2019, E. 3.3.2, «GT 9»), wird doch durch solche Modalitäten die in Art. 51 Abs. 1 URG festgelegte Auskunftspflicht zulässigerweise konkretisiert (BGer vom 11. Dezember 2019, 4A\_382/2019, E. 3.3.2, «GT 9», m.H. auf BGer, sic! 2008, 289 ff. E. 7–8, «Vervielfältigen in Betrieben II»).

Damit stellt sich allein noch die Frage, ob diese tariflich vorgesehenen Rechtsfolgen der *Annahme der Genehmigung der Einschätzung* nicht nur für schweigende bzw. sich erst nach dem Ablauf der obgenannten 30 Tage meldende Nutzer gilt, sondern auch für natürliche und juristische Personen, bei denen kein kopierfähiges Gerät vorhanden ist und welche folglich an sich nicht kopiervergütungspflichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 2 URG sind, die aber einen Betrieb im Sinne des GT 8 bzw. 9 führen (siehe vorne II.1).

Auch bei solchen Personen ist eine Auskunftspflicht nach Art. 51 Abs. 1 URG zu bejahen (siehe vorne II.1).

Kommen sie dieser Auskunftspflicht nicht nach, haben sie zu gewärtigen, dass die dafür vorgesehenen tariflichen Rechtsfolgen greifen (siehe zuletzt BGer vom 11. Dezember 2019, 4A\_382/2019, E. 3.3.2, «GT 9»: «*Dass die renitente Haltung bzw. mangelnde Kooperationsbereitschaft des Beschwerdeführers [potentiellen Nutzers] Folgen mit sich ziehen, ist nicht stossend.*»), nämlich insbesondere eine Einschätzung seitens der ProLitteris, welche wiederum als anerkannt gilt, sofern nicht binnen 30 Tagen Einwendungen erhoben werden (eine «Korrekturmöglichkeit» steht damit ohne weiteres zur Verfügung und ist folglich weder objektiv unmöglich noch unzumutbar; vgl. zur bundesgerichtlichen Handhabung von «Genehmigungsfiktionen» in den AGB von Banken z.B. BGer vom 3. Juli 2017, 4A\_614/2016, E. 6.1, m.w.H.). Wird die im Tarif konkretisierte Auskunftspflicht betreffend die Vergütungspflicht und deren Umfang verletzt, kann die Einschätzung nach Fristablauf und damit impliziter Genehmigung in einem späteren Stadium, wie etwa im Zivilprozess, nicht mehr in Frage gestellt werden. Die tariflich vorgesehene Rechtsfolge knüpft somit an der Nichterfüllung der Auskunftspflicht an. Eine neue, im Gesetz nicht vorgesehene Vergütungspflicht, etwa eine «*allgemeine Kulturabgabe*» ungeachtet des Fehlens eines kopierfähigen Geräts, wird also entgegen SCHNEUWLY, sic! 2017, 602, nicht begründet.

Die Regelung zur Einschätzung von Ziff. 8.5 des GT 8 bzw. 9 ist folglich auch für die obgenannten Betriebe, in denen ein kopierfähiges Gerät fehlt, als *rechters* zu beurteilen.

## Zusammenfassung

*Art. 59 Abs. 3 URG zur Gerichtsverbindlichkeit rechtskräftig genehmigter Tarife umfasst sowohl die Tarife als solche wie auch die Modalitäten ihrer Anwendung. Die Ziff. 8.3 bis 8.5 der Gemeinsamen Tarife 8 und 9 sind somit insbesondere hinsichtlich der dortigen Konkretisierung der gesetzlichen Auskunftspflicht von Art. 51 Abs. 1 URG wie auch der Regelung der Einschätzung von auskunftsunwilligen Betrieben, denen an sich ein kopierfähiges Gerät fehlt, gerade auch im Lichte von Art. 8 ZGB als rechters zu betrachten. Die Gemeinsamen Tarife können damit gerade im Kontext des Massengeschäftes standardisierte, der Kosteneffizienz dienende Mittel vorsehen.*

## Résumé

*L'art. 59 al. 3 LDA relatif au caractère juridiquement contraignant des tarifs approuvés qui sont entrés en vigueur couvre à la fois les tarifs en tant que tels et les modalités de leur application. Les chiffres 8.3 à 8.5 des Tarifs Communs 8 et 9 doivent donc être considérés comme conformes avec l'ordre juridique, notamment à la lumière de l'art. 8 CC, en particulier quant à la concrétisation de l'obligation légale de renseigner prévue à l'art. 51 al. 1 LDA ainsi qu'à la réglementation de la procédure d'estimation des entreprises qui ne sont pas disposées à fournir des informations et qui ne disposent pas d'appareil de copie. Les Tarifs Communs peuvent donc prévoir des moyens standardisés pour assurer la rentabilité, en particulier dans le contexte de l'activité de masse.*