

BGE 140 II 305

Bundesgericht (BGE), 2014-02-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_140 II 305](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_140_II_305)

FR: ATF 140 II 305

IT: DTF 140 II 305

Regeste

Regeste Art. 15 und 16 WPPT, Art. 190 BV, Art. 60 URG; Begriff der "Angemessenheit" bzw. des wirtschaftlich angemessenen Entgelts für die Nutzung von Leistungsschutzrechten (Gemeinsamer Tarif S Sender [2011-2013]). Dem Gesetzgeber ist es mit Blick auf die Unbestimmtheit der Regelung in Art. 15 und Art. 16 WPPT nicht verwehrt, den Begriff der Angemessenheit aufgrund einer politischen Wertung gesetzlich auf ein Verhältnis von zehn (Urheberrechte) zu drei (Leistungsschutzrechte) festzulegen, wie er dies in Art. 60 Abs. 2 URG getan hat (E. 5 und 6). Der Vorbehalt, dass die Berechtigten "bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt" erhalten sollen (Art. 60 Abs. 2 zweiter Halbsatz URG), lässt Abweichungen hiervon bzw. von der Dreiprozentgrenze in einer Gesamtwertung allenfalls zu, wenn gewichtige Gründe dafür sprechen, dass tatsächlich kein angemessenes Entgelt aus einem Tarif resultiert. Die sogenannte "Wettbewerbssimulationsmethode" ist nur bedingt geeignet, die Angemessenheit einer Tarifregelung zu würdigen (E. 6.5). Der Umstand, dass beim derzeitigen Stand der Kenntnisse die Leistungsschutzrechte in anderen europäischen Ländern teilweise höher abgegolten werden ("Ländervergleichsmethode"), lässt den Gemeinsamen Tarif S Sender (2011-2013) in der von der ESchK genehmigten Fassung nicht als bundesrechtswidrig erscheinen (E. 7).

Erwägungen

E. 5

In rechtlicher Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe den Begriff des "angemessenen Entgelts" (Art. 60 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [URG; SR 231.1]) bundesrechtswidrig verstanden: Entgegen der Auffassung der Vorinstanz beurteile sich die Angemessenheit nicht primär nach der Wettbewerbssimulationsmethode, sondern nach den in nicht BGE 140 II 305 S. 308 regulierten Märkten erzielten Preisen sowie hilfsweise nach demjenigen Ertrag, den andere an der Schaffung des gleichen Produkts Beteiligte für ihren Beitrag erzielten. Daraus ergebe sich, dass die Vergütung für die verwandten Schutzrechte gegenüber jenen für Urheberrechte erhöht werden müsse. Mit dem Beharren auf einer einzig zulässigen Beweismethode habe die Vorinstanz das Untersuchungsprinzip verletzt und überspitzt formalistisch die freie Beweiswürdigung ausgeschlossen. Sie habe auch den Auslandsvergleich und die Intensität des Zusammenhangs zwischen Einnahmengenerierung und Nutzung der tariflichen Leistung nicht hinreichend gewichtet. Sodann rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Völkerrecht, indem die Vorinstanz zugelassen habe, dass Leistungsschutzrechte im Unterschied zu den Urheberrechten regelmässig erheblich weniger Vergütung erzielten, als ihrem wirtschaftlichen Wert entspreche.

Dadurch sei Art. 15 Abs. 1 des WIPO-Vertrags vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT; SR 0.231.171.1) verletzt. Eine Abweichung vom wirtschaftlichen Wert wäre nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen Erklärung gemäss Art. 15 Abs. 3 WPPT zulässig; eine solche habe die Schweiz aber nicht abgegeben. Die aus der Relation von 10:3 resultierende Ungleichbehandlung von Urheber- und Leistungsschutzberechtigten verstosse gegen Art. 16 WPPT, der - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - unmittelbar angewendet werden müsse. Eine völkerrechtskonforme Auslegung des Gesetzes verbiete es, an die Leistungsschutzberechtigten für eine Abweichung von der im Gesetz vorgesehenen Relation überhöhte Beweisanforderungen zu stellen.

E. 6.1

Werden zu gewerblichen Zwecken veröffentlichte Tonträger unmittelbar oder mittelbar für eine Sendung oder öffentliche Wiedergabe benutzt, so haben nach Art. 15 Abs. 1 WPPT ausübende Künstler und Tonträgerhersteller Anspruch auf eine "einzige angemessene Vergütung" (ebenso Art. 12 des Internationalen Abkommens vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller und der Sendeunternehmen [SR 0.231.171; nachfolgend: RA], abgesehen vom Aspekt der Vervielfältigung, vgl. dazu Urteil 2A.256/1998 vom 2. Februar 1999 E. 3c, in: sic! 1999 S. 255, sowie BBl 2006 3389 ff., 3431 f. zu Art. 24b). Jede Vertragspartei kann erklären, dass sie die Bestimmungen in Absatz 1 nur in Bezug auf bestimmte Nutzungsarten anwenden, deren Anwendung in einer anderen Weise einschränken oder sie überhaupt nicht zur Anwendung BGE 140 II 305 S. 309 bringen werde (Art. 15 Abs. 3 WPPT). Nach Art. 16 Abs. 1 WPPT können (in Analogie zu Art. 10 des WIPO-Urheberrechtsvertrags vom 20. Dezember 1996 [WCT; SR 0.231.151] und Art. 9 Abs. 2 der in Paris revidierten Berner Übereinkunft vom 24. Juli 1971 zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst [RBÜ; SR 0.231.15]; vgl. BBl 2006 3389 ff., 3413 zu Art. 10, 3419 zu Art. 15) die Vertragsparteien in ihren Rechtsvorschriften in Bezug auf den Schutz der ausübenden Künstler und der Hersteller von Tonträgern Beschränkungen und Ausnahmen gleicher Art vorsehen, wie sie in ihren Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit dem Schutz des Urheberrechts an Werken der Literatur und Kunst vorgesehen sind. Nach Absatz 2 begrenzen sie die Beschränkungen und Ausnahmen in Bezug auf die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Verwertung der Darbietung oder des Tonträgers beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der ausübenden Künstler oder Tonträgerhersteller unzumutbar verletzen (sog. "Dreistufentest", vgl. BGE 133 III 473 E. 6.1 S. 485 f.). Die Beschwerdeführerin leitet hieraus ab, dass die Vergütungen für Leistungsschutzrechte denjenigen für Urheberrechte entsprechen oder jedenfalls angenähert werden müssen oder Unterschiede zumindest nur mit einer besonderen Begründung gemäss Dreistufentest zulässig sind (ähnlich BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, N. 6a zu Art. 60 URG ; BREM/SALVADÉ/WILD, in: Urheberrechtsgesetz [URG], Müller/Oertli [Hrsg.], 2. Aufl. 2012, N. 15 zu Art. 60 URG ; REHBINDER/VIGANO, URG, 3. Aufl. 2008, N. 3 zu Art. 24b URG).

E. 6.2

Nach der Systematik von Art. 15 WPPT sind Erklärungen im Sinne von Absatz 3 nur erforderlich, soweit von den Grundsätzen von Absatz 1 abgewichen wird, also soweit keine "angemessene Vergütung" vorgesehen ist. Desgleichen liegt eine Beschränkung oder Ausnahme im Sinne von Art. 16 WPPT nur vor, wenn die Rechte an sich eingeschränkt werden oder wenn gemäss Art. 15 Abs. 3 WPPT der Vergütungsanspruch eingeschränkt

oder ausgeschlossen würde (ANKE BEINING, Der Schutz ausübender Künstler im internationalen und supranationalen Recht, 2000, S. 122). Solange eine "angemessene" Vergütung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 WPPT ausgerichtet wird, kommt Art. 16 WPPT nicht zur Anwendung. Wenn die Beschwerdeführerin den Zuschlag gemäss der strittigen Ziffer 7.2 mit Art. 16 WPPT begründet, setzt sie bereits voraus, dass ohne diesen die Vergütung nicht als angemessen gelten kann. Genau dies ist BGE 140 II 305 S. 310 aber umstritten. Es ist deshalb in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich die Vergütung als angemessen im Sinne von Art. 15 Abs. 1 WPPT erweist. Ist dies der Fall, stellt sich die Frage nach der Tragweite von Art. 16 WPPT nicht.

E. 6.3

Solange das Völkerrecht mehrere Lösungen zulässt, ist es dem Gesetzgeber regelmässig unbenommen, national eine hiermit kompatible Regelung umzusetzen. Auch das Postulat der harmonisierenden Auslegung von Völkerrecht und Landesrecht kann alsdann nicht dazu führen, dass eine bestimmte der mehreren völkerrechtlich zulässigen Lösungen als für die Auslegung des Landesrechts einzig massgebend betrachtet wird, solange die nationale Regelung sich im Ergebnis als mit dem übergeordneten Recht vereinbar erweist. Weder Art. 12 RA noch Art. 15 WPPT enthalten nähere Ausführungen dazu, was unter "angemessen" zu verstehen ist. Den nationalen Gesetzgebern steht damit bei der Umsetzung der entsprechenden völkerrechtlichen Vorgabe ein relativ erheblicher Gestaltungsspielraum zu (BGE 133 II 263 E. 7.3.3). Der blosser Umstand, dass sowohl Urheber- als auch Leistungsschutzrechte geschützt werden, bedeutet nicht zwingend, dass beiden der gleiche Wert beigemessen werden muss: Der Wert der Leistungsschutzrechte ist unabhängig von demjenigen der Urheberrechte, und die Relation zwischen Urheber- und Leistungsschutzrechten variiert je nach den Umständen (so auch das von der Beschwerdeführerin eingereichte Gutachten von DANIEL GERVAIS, *Compatibilité de l'article 60 de la Loi suisse sur le droit d'auteur avec les conventions internationales*, Oktober 2010, Rz. 13 und 53). In diesem Rahmen ist es zwar eine mögliche Lösung, den Leistungsschutzrechten prinzipiell einen gleichen oder ähnlichen Wert beizumessen wie den Urheberrechten, doch ist dies nicht zwingend. Die Leistungsschutzrechte wurden historisch denn auch viel später anerkannt als die Urheberrechte.

E. 6.4

Die Regelung in Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 URG schreibt in Übereinstimmung mit Art. 15 Abs. 1 WPPT vor, dass die Tarife angemessen sein müssen. Nach Art. 60 Abs. 2 URG beträgt die Entschädigung "in der Regel höchstens" 10 bzw. 3 %, doch haben die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein "angemessenes Entgelt" zu erhalten. Das Bundesgericht hat bereits im Urteil "Leerkassettenarif" in eingehender Auseinandersetzung mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte dargelegt, dass es sich bei den Sätzen von 10 bzw. 3 % in Art. 60 Abs. 2 URG nicht um eine Regelbestimmung, sondern um eine Höchstgrenze handelt, die nur (aber immerhin) BGE 140 II 305 S. 311 unter der in Absatz 2 (2. Halbsatz) vorgesehenen Voraussetzung überschritten werden darf, d.h. wenn die genannten Prozentsätze nicht zu einem angemessenen Entgelt für die Berechtigten führen (2A.142/1994 vom 24. März 1995 E. 10 und 11, in: SMI 1996 III S. 437 und JdT 1995 I S. 277). Dabei hat es selber auf die gesetzliche Relation von 10:3 zwischen Urheber- und verwandten Rechten abgestellt (E. 10e). Es besteht kein Anspruch darauf, dass die 10%- bzw. 3%-Grenze in jedem Tarif ausgeschöpft wird (E. 10b und c sowie 11e; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 18 zu Art. 60 URG ; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O.,

N. 17 zu Art. 60 URG ; FRANÇOIS DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, 1999, S. 487; GOVONI/STEBLER, *Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten*, in: *SIWR Bd. II/1*, von Büren/David [Hrsg.], 2. Aufl. 2006, S. 409 ff., 499 f.).

E. 6.5

Als entscheidend erweist sich unter diesen Umständen, was als "angemessen" zu gelten hat. Art. 60 Abs. 1 URG enthält dazu einige Kriterien, doch ergeben sich daraus keine konkreten Prozentsätze. Der Begriff der angemessenen Entschädigung kann unterschiedlich interpretiert werden: Er kann als Gegensatz zu einer "vollen" Entschädigung zu verstehen sein (vgl. z.B. BGE 139 IV 261 E. 2.2 zu Art. 135 StPO ; BGE 137 III 185 E. 5 zu Art. 122 ZPO ; BGE 129 II 154 E. 3.4.2 zu Art. 124 BV ; siehe zur Bedeutung für die Urheberrechtsentschädigungen MARBACH/RIVA, *Zur sogenannten 10%-Regel im Urheberrecht*, in: *Die Verwertung von Urheberrechten in Europa*, Reto M. Hilty [Hrsg.], 1995, S. 59 ff., 70 ff.). Er kann aber auch im Sinne eines "pretium iustum" ausgelegt werden, d.h. als eine Entschädigung, die ein angemessenes Einkommen erlaubt. Bei dieser Vorgabe könnte berücksichtigt werden, dass die Urhebertätigkeit in der Regel ausschliesslich durch Urheberrechtsvergütungen entschädigt wird, während Interpreten und Tonträgerhersteller daneben oft über weitere Einnahmenquellen verfügen. Schliesslich kann die angemessene Vergütung verstanden werden als das Entgelt, das unter Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt erzielt werden könnte (so bereits das Urteil des Bundesgerichts A.313/1984 etc. vom 7. März 1986 E. 7b; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N. 5 zu Art. 60 URG ; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 493; REHBINDER/VIGANO, a.a.O., N. 8 zu Art. 24c URG ; VINCENT SALVADÉ, *Tarifs de droits d'auteur: contrôle des abus ou abus de contrôle?*, *Medialex* 2003 S. 93 ff., 101). Allerdings ist das Abstellen auf einen tatsächlichen Marktpreis kaum möglich, da aufgrund der obligatorischen kollektiven Verwertung ein Markt, der zu Vergleichszwecken herangezogen werden könnte, eben gerade BGE 140 II 305 S. 312 nicht besteht (zit. Urteil vom 7. März 1986 E. 8a; Urteil A.565/1986 vom 11. Mai 1988 E. 6a, in: *SMI* 1989 I S. 80; MARBACH/RIVA, a.a.O., S. 72 f.; MONIKA STÖHR, *Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht*, 2007, S. 143). Bei einer fiktiven Marktsimulation wäre zu berücksichtigen, dass das System der kollektiven Verwertung den praktischen Schwierigkeiten Rechnung trägt, mit denen das Erfassen von Massennutzungen urheberrechtlich geschützter Werke verbunden ist: Da sich diese Nutzungen der Kontrolle des Urhebers weitestgehend entziehen, wäre für ihn eine individuelle Geltendmachung kaum oder nur schwer möglich (BGE 125 III 141 E. 4a S. 143; vgl. auch RETO M. HILTY, *Urheberrecht*, 2011, S. 335 f., 339; MANFRED REHBINDER, *Urheberrecht*, 16. Aufl. 2010, S. 281, 341 f.; VINCENT SALVADÉ, *Les droits à rémunération instaurés par la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, *sic!* 5/1997 S. 448 ff., 451). Die Alternative zum tarifmässigen Entgelt der kollektiven Verwertung wäre für den Rechteinhaber im praktischen Ergebnis somit oft nicht ein höheres, individuell ausgehandeltes Entgelt, sondern eine geringere oder gar keine Vergütung. Das Ermitteln eines fiktiven Wettbewerbspreises erscheint damit eher hypothetisch. Das von der Beschwerdeführerin propagierte Abstellen auf Preise auf Vergleichsmärkten wiederum wirft seinerseits die Frage auf, welche Märkte zum Vergleich herangezogen werden sollen und inwiefern die massgeblichen Verhältnisse dort tatsächlich als vergleichbar gelten können.

E. 6.6

In Anbetracht all dieser Unvollkommenheiten kann es dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, den Begriff der Angemessenheit aufgrund einer politischen Wertung gesetzlich zu konkretisieren und dabei auch den Leistungsschutzrechten einen anderen Wert beizumessen als den Urheberrechten. Die gesetzliche 10:3-Relation bewegt sich im Rahmen der grossen Bandbreite der völkerrechtlichen Vorgabe (vgl. oben E. 6.3) und ist für das Bundesgericht verbindlich (Art. 190 BV). Das Gesetz selber sieht zwar ausdrücklich die Möglichkeit einer Abweichung von den Regelhöchstsätzen vor; ebenso kann im Einzelfall die Relation von 10:3 durchbrochen werden, wenn besondere Gründe hierfür sprechen. Eine Auslegung, die zur Folge hat, dass generell von dieser Relation abgewichen wird, wäre indessen nicht mehr gesetzeskonform, ohne mit Blick auf den grossen Beurteilungsspielraum in Art. 15 Abs. 1 WPPT völkerrechtlich geboten zu sein. BGE 140 II 305 S. 313

E. 7

Bei Berücksichtigung dieser Zusammenhänge erscheint die Beurteilung der Vorinstanzen hinsichtlich der geforderten Ergänzung des GT S (2011-2013) nicht bundesrechtswidrig:

E. 7.1

Unbegründet ist namentlich die Rüge, das Bundesverwaltungsgericht habe die Intensität des Zusammenhangs zwischen Einnahmengenerierung und Nutzung der tariflichen Leistungen nicht hinreichend gewürdigt. Der genehmigte Tarif berücksichtigt mit der Abstufung gemäss Ziffer 13 ohne weiteres die Kriterien gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. b und c URG . Mit dem Hinweis auf einen Unterschied zwischen werbefinanzierten und mitgliederbeitragsfinanzierten Radiosendern beanstandet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, dass der Tarif einen Werbeakquisitionskostenabzug vorsieht. Mit Recht hat die ESchK festgestellt, dass dieser Abzug allenfalls in einer künftigen Tarifversion generell diskutiert werden könne, es aber im Lichte der gesetzlichen Regelung, namentlich der 10:3-Relation, nicht gerechtfertigt erscheine, diesen Abzug nur für die Leistungsschutzrechte (nicht aber für die Urheberrechte) mit einem besonderen Zuschlag zu kompensieren. Der Antrag der Beschwerdeführerin läuft darauf hinaus, für die hier umstrittenen Nutzungen diese Relation generell in Frage zu stellen und ist mit den gesetzlichen Vorgaben deshalb nicht vereinbar (vgl. oben E. 6.6).

E. 7.2

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf nicht regulierte Märkte - und zwar einerseits auf den Online-Markt und andererseits auf die Situation vor der Unterstellung des Vervielfältigungsrechts unter die kollektive Verwertung (Revision des URG vom 5. Oktober 2007, in Kraft ab 1. Juli 2008). In Bezug auf den Online-Markt ist jedoch nicht dargetan, dass es sich dabei tatsächlich um einen vergleichbaren Markt handelt, so dass die dort allenfalls erzielten Abgeltungen beim derzeitigen Kenntnisstand nicht ausschlaggebend sind. Bezüglich der Situation vor dem 1. Juli 2008 beruft sich die Beschwerdeführerin auf eine Aussage im angefochtenen Urteil, wonach die ESchK in ihrer Vernehmlassung darauf verweise, dass Leistungsschutzrechte im früheren, unregulierten schweizerischen Sendemarkt höher entschädigt worden seien. Daraus ergibt sich aber nicht, ob und in welchem Umfang bzw. unter welchen Rahmenbedingungen für die hier strittigen Nutzungen höhere Preise resultiert haben. Eine Unangemessenheit des GT S (2011-2013) in der genehmigten Fassung ist damit wiederum nicht rechtsgenügend dargetan.

E. 7.3

Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, der Vergleich mit dem Ausland sei zu wenig berücksichtigt worden. Da die BGE 140 II 305 S. 314 Abgeltung - konventionsrechtlich vorgeschrieben - dem wirtschaftlichen Wert entsprechen soll, sei schwer verständlich, weshalb die Entgelte in anderen Ländern bis zum Doppelten der in der Schweiz bezahlten betragen.

E. 7.3.1

Wie ausgeführt (oben E. 6.3) ist Art. 15 Abs. 1 WPPT offen formuliert und legt keine bestimmte Methode für die Beurteilung der Angemessenheit fest. Es ist daher denkbar, dass unterschiedliche nationale Gesetzgebungen den Begriff der Angemessenheit abweichend voneinander konkretisieren. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Vergleiche mit ausländischen Tarifen zwar zulässig und sinnvoll; sie haben aber bloss eine beschränkte Aussagekraft, da die nationalen Gesetzgebungen unterschiedliche Kriterien vorgeben und auch die tatsächlichen Umstände differieren können (vgl. E. 8.6.4 des angefochtenen Urteils); vor dem Hintergrund der Schwierigkeit, das angemessene Entgelt zu bestimmen, erscheint der Vergleich mit ausländischen Tarifen dennoch als eines der wenigen greifbaren und berechenbaren Kriterien, vorausgesetzt er wird in einer Weise durchgeführt, die den massgebenden Unterschieden Rechnung trägt (zit. Urteil 2A.142/1994 E. 11c-e; vgl. auch DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, S. 78 Rz. 168).

E. 7.3.2

Die Vorinstanz hat die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Daten zum Auslandsvergleich eingehend gewürdigt. Sie hat berücksichtigt, dass gemäss der von ihr vorgelegten Studie in den meisten (aber nicht allen) europäischen Ländern die Vergütungen für Leistungsschutzrechte höher sind als gemäss dem hier zur Diskussion stehenden Tarif. Sie hat festgehalten, dass es aufgrund der vielen Parameter indessen schwierig erscheint, festzustellen, ob und inwiefern die Zahlen untereinander verglichen werden könnten. Diese Einschätzung ist nicht offensichtlich unrichtig und für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 1 BGG). Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass tendenziell und durchschnittlich die in EU- und EWR-Ländern bezahlten Vergütungen höher sind als diejenigen in der Schweiz, kann angesichts der völkerrechtlich zulässigen gesetzlichen Regelung von Art. 60 Abs. 2 URG (vgl. oben E. 6.6), des fachlichen Ermessens der ESchK (nicht publ. E. 2.2) und der ungenügenden Datengrundlage der GT S (2011-2013) in der vorliegend genehmigten Form nicht als rechtswidrig bezeichnet werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.