

# **BVGer B-677/2022 vom 31. Oktober 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-10-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-677\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-677_2022)

FR: TAF B-677/2022 du 31 octobre 2023

IT: TAF B-677/2022 del 31 ottobre 2023

## **Regeste**

Urheberrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, einschliesslich Verfügungen der Vorinstanz betreffend die Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften wie im vorliegenden Fall (Art. 31, 33 Bst. e VGG; Art. 74 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes [URG, SR 231.1]; Urteile des BVGer B-5220/2014 vom 7. Mai 2018 E. 1.2 "Pensionskassenbeiträge" und B-6104/2012 vom 14. Mai 2012 E. 1 "GT3a"). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch den Beschluss besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie hat den einverlangten Kostenvorschuss

B-677/2022 Seite 5 bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und ihre Beschwerdeschrift frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.2**

Sind von den zu beantwortenden Rechtsfragen einer Beschwerde Gebiete mehrerer Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts betroffen, kann ein abteilungsübergreifender Spruchkörper gebildet werden (Art. 32 Abs. 3bis des Geschäftsreglements für das BVGer [VGR, SR 173.320.1]). Die gemischte Besetzung aus den Abteilungen I und II entspricht den urheberrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen (Abt. II) sowie datenschutzrechtlichen (Abt. I) Rechtsfragen dieses Falls (vgl. die Geschäftsverteilung im Anhang zur VGR).

### **E. 1.3**

Das Beschwerdeverfahren wird in einer Landessprache geführt, wobei von der Sprache der angefochtenen Verfügung abgewichen werden kann, wenn die Parteien eine andere Sprache verwenden (Art. 33a VwVG i.V.m. Art. 37 VGR). Vorliegend lauten die angefochtene Verfügung und Eingaben der Beschwerdeführerin französisch, das Verfahren wird aber wegen seiner sachlichen Nähe zu einem anderen Beschwerdeverfahren und mit Zustimmung der Beschwerdeführerin auf Deutsch geführt.

### **E. 1.4**

Gemäss der Übergangsbestimmung sind hängige Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide, die vor Inkrafttreten des revidierten DSG (fortan: revDSG) ergingen, nach dem aDSG zu beurteilen (Art. 70 revDSG). Die angefochtene Verfügung ist daher nach dem aDSG zu beurteilen.

### **E. 1.5**

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Verfügung vom 6. April den Ver- fahrensantrag der Beschwerdeführerin abgewiesen, ihr eine Frist zur Ein- reichung einer Replik anzusetzen. Im Verfahren vor Bundesverwaltungs- gericht gegen Verfügungen der Vorinstanz findet in der Regel kein zweiter Schriftenwechsel statt (Art. 74 Abs. 2 Bst. d URG). In Ausnahmefällen kann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden, dieser ist aber nicht be- reits notwendig, wenn die Vernehmlassung der Vorinstanz neue Behaup- tungen oder Beweismittel enthält oder, wie vorliegend von der Beschwer- deführerin geltend gemacht wird, mehr Seiten hat als die angefochtene Verfügung. Nur wenn die neuen Behauptungen oder Beweismittel mit Be- zug auf strittige Fragen von derart zentralem Interesse sind, dass der Er- kenntnisgewinn die längere Verfahrensdauer rechtfertigt und das rechtliche Gehör nicht auch durch das allgemeine Replikrecht (vgl. BGE 138 I 484

B-677/2022 Seite 6 E. 2.2 und 2.4 m.w.H.) gewährleistet wird, ist ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen. Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Austausch der Vorinstanz mit dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) sei für sie neu gewesen. Der elektronische Schriftverkehr mit diesen Behörden handelte indessen nur von Fragen, die die Beschwerdeführerin mit der Vorinstanz bereits aus- führlich erörtert hatte. Neu war für sie folglich nur der Austausch mit den Behörden an sich, nicht aber dessen Inhalt. Über ihr allgemeines Replik- recht hinaus, das die Beschwerdeführerin wahrgenommen hat, bestand somit kein Grund einen zweiten Schriftenwechsel zu Lasten der Verfah- rensdauer des Beschwerdeverfahrens anzuordnen.

### **E. 2.1**

Wer Werke oder verwandte Schutzrechte in Form von Radio- oder Fernsehsendungen, zugänglich gemachten Werken oder Leistungen aus den Repertoires der Schweizer Verwertungsgesellschaften wahrnehmbar macht, mittels Tonträger aufführt oder vorführt, hat innert zehn Tagen nach Nutzungsbeginn alle für die Vergütung erforderlichen Angaben an die Be- schwerdeführerin zu melden, es sei denn, dass die Nutzung unter einen anderen Tarif als den GT3a fällt. Die Beschwerdeführerin stellt Nutzer/in- nen die sich in dieser Weise gemeldet haben, einmal jährlich eine Rech- nung aus (GT3a, genehmigt am 7. November 2016, Ziff. 12, < [www.suisa.ch/dam/jcr:76feb832-a065-4718-978f-9c50fe0e4182/GT3a\\_2019-2024\\_GER.pdf](http://www.suisa.ch/dam/jcr:76feb832-a065-4718-978f-9c50fe0e4182/GT3a_2019-2024_GER.pdf) >, zuletzt besucht am 22. September 2023).

### **E. 2.2**

Das von der Beschwerdeführerin versandte Begleitschreiben "Zusatz- information zu Ihrer Rechnung" wurde der regulären Rechnung an alle Ta- rifnutzer/innen des GT3a (vgl. Ziff. 15 des GT 3a) beigelegt und ist mit Na- men, Anschrift und Kunden-Nummer persönlich adressiert. Unter dem Be- treff "Zusatzinformationen zu Ihrer Rechnung" enthält es ohne gestalteri- sche Hervorhebung Informationen zum GT3a, zur Rechnungsstellung und zum "Geschäft 344" und lautet: "Sehr geehrte Damen und Herren Mit diesem Schreiben erhalten Sie erneut die jährliche Rechnung gemäss Tarif GT3a für die Nutzung von Hintergrundmusik, -videos oder -TV. [...]"

B-677/2022 Seite 7 Zusatzinformationen zu Musik und Videos auf Firmenwebseiten und Social- Media-Plattformen Bitte beachten Sie, dass Betriebe, die Musik, Filme, Videos etc. im Rahmen des Webauftrittes online nutzen, gemäss Urheberrecht eine weitere Lizenz be-

nötigen: Falls Sie auf Ihrer Firmenwebsite und Social-Media-Plattformen auch Videos mit Musik aufgeschaltet haben, finden Sie das Anmeldeformular und Informationen unter [www.suisa.ch/muv](http://www.suisa.ch/muv). Falls Sie keine Musik oder Videos in Ihrem Internetauftritt verwenden, bitten wir Sie, uns dies in den folgenden 15 Tagen ebenfalls über unser Kundenportal zu bestätigen: [www.suisa.ch/kundenportal](http://www.suisa.ch/kundenportal). Wählen Sie dafür den Betreff Abmeldung und danach den Punkt "Musik auf Website und Social Media". Falls Ihr Unternehmen mehrere Betriebseinheiten aber nur einen Webauftritt hat, benötigen wir nur eine An- bzw. Abmeldung. Für weitere Auskünfte stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung [...]"

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe den Umfang ihrer Aufsicht (Art. 53 Abs. 1 URG) überschritten, denn das "Geschäft 344", wofür ihr Begleitschreiben warb, sei der Aufsicht nicht unterstellt; datenschutz- und lauterkeitsrechtliche Obliegenheiten zudem nicht Teil ihrer gesetzlichen Pflicht zu geordneter und wirtschaftlicher Verwaltung (Art. 45 Abs. 1 URG), sondern höchstens vom EDÖB (vgl. Art. 29 Abs. 3 und 4 aDSG) bzw. von den Gerichten oder dem SECO zu prüfen. Weiter sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Schliesslich habe die Vorinstanz die Regeln des aDSG und des UWG materiell unrichtig angewendet.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwog, die Pflicht der Verwertungsgesellschaften zu einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung bzw. einwandfreien Geschäftstätigkeit als Gegenstand ihrer Aufsicht setze die Einhaltung der Gesetze voraus. Habe die Beschwerdeführerin Daten gestützt auf die gesetzliche Auskunftspflicht der Nutzer/innen erhalten, dürfe sie sie ohne Einwilligung der betroffenen Unternehmen nicht für das "Geschäft 344" oder einen anderen Zweck als bei der Beschaffung angegeben wurde, verwenden (Art. 4 Abs. 3 aDSG). Denn mit dem "Geschäft 344" stehe sie in Konkurrenz zu anderen Anbietern auf dem freien Markt. Es setze im Unterschied zur Nutzung unter dem GT3a eine Online-Lizenz voraus und liege damit ausserhalb des der Bundesaufsicht unterstellten Verwertungsbereichs, wo die

B-677/2022 Seite 8 Nutzer/innen auch nicht verpflichtet seien, der Beschwerdeführerin mitzuteilen, ob sie Online-Musik nutzten. Daher erwecke der Begleitbrief "Zusatzinformationen zu Ihrer Rechnung" bei den Tarifnutzer/innen den unrichtigen Eindruck einer Pflicht, sie müssten sich bei der Beschwerdeführerin dazu erklären. Der Brief sei dadurch geeignet, seine Empfänger/innen auf unlautere Weise über ihre Pflichten gegenüber der Beschwerdeführerin irrezuführen (Art. 2 UWG). Den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör habe sie nicht verletzt, sondern stets dargelegt, welche Bedenken im Raum stünden und wodurch diese ausgelöst worden seien. Entsprechend habe die Beschwerdeführerin auch wiederholt die Möglichkeit gehabt, sich zu äussern, und dies in verschiedenen E-Mails auch getan (Vernehmlassung II.b., Rn. 5 ff.). Die konkreten Rechtsgrundlagen könnten erst nach Kenntnis sämtlicher Umstände und einer entsprechenden Subsumption benannt werden – bereits vorher konkrete rechtliche Schlüsse zu ziehen, wäre einer Vorverurteilung gleichgekommen und habe sie korrekterweise unterlassen (Vernehmlassung, II.b., Rn. 4).

### **E. 4**

In formeller Hinsicht ist, vor der Rüge wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (E. 4.5), die Zuständigkeit der Vorinstanz zu den getroffenen Anordnungen zu

prüfen. Dafür sind vorab die aufsichts- (E. 4.1) und spezialgesetzlichen (E. 4.2-4.4) Grundlagen darzulegen.

#### **E. 4.1**

Mangels übergreifender Legaldefinition des Begriffs "aufsichtsrechtlich" muss stets mit Blick auf den konkreten Aufsichtsbereich ermittelt werden, was der Aufgabenbereich der Aufsichtsinstanz umfasst (GIOVANNI BIAGGINI, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.]: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, N. 19.6). Gleiches gilt für die Befugnisse, Aufgaben und Pflichten der Aufsicht (BIAGGINI, a.a.O., N. 19.7). Allgemein hat Aufsicht sicherzustellen, dass der/die Beaufichtigte ordnungsgemäss das übergeordnete Ziel verfolgt (NADINE MAYHALL, Aufsicht und Staatshaftung, Diss. 2008, Universität Freiburg, S. 94; BIAGGINI, a.a.O., N. 19.1). Dabei verpflichtet die Aufsichtstätigkeit sie nicht dazu, das Ziel selbst zu erreichen, aber über eine blosser Überwachung hinaus zum Tätigwerden, wenn der/die Beaufichtigte sich zielwidrig verhält ("repressive Aufsicht", vgl. GEORG MÜLLER, in: ZBl 9/2009, Die Aufsicht über die selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten im Kanton Zürich, S. 475; siehe auch BIAGGINI, a.a.O., N. 19.4 und 19.17). Gegenüber Beauftragten, die zu einem zielgemässen Verhalten im Interesse von Drittpersonen verpflichtet sind, umfasst die Aufsicht insbesondere den Schutz jener Personen. Das Aufsichtsrecht steht somit im Dienst des materiellen Rechts, das wiederum

B-677/2022 Seite 9 als Massstab, Grundlage und Schranke des aufsichtsrechtlichen Handelns dient (BIAGGINI, a.a.O., N. 19.4; vgl. Urteil des BVGer A-1072/2014 vom

#### **E. 4.2.1**

Die Bundesaufsicht über die Verwertungsgesellschaften soll einem Monopolmissbrauch sowie Interessenkonflikten vorbeugen und sicherstellen, dass die Verwertungsgesellschaften ihren gesetzlichen Pflichten nachkommen (FRANCOIS DESSEMONTET, *Le droit d'auteur*, 1999, Rz. 681; HILTY, a.a.O., Rz. 371, 387; CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, in: von Büren/David, *SIWR II/1*, Rz. 1329, 1417; MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANO, *URG*, Kommentar, 3. Aufl. 2008, Art. 52 Abs. 1). Da die Verwertungsgesellschaften keine Organisationen innerhalb der Bundesverwaltung bilden, handelt es sich um eine staatliche Aufsicht über Private (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RGKE] vom 20. November 1997, in: *sic!* 1998 S. 182 E. 1 "Reglement Suissimage"; BVGE 2008/37 E. 3; BREM/SALVADÉ/WILD, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli [Hrsg.], *Urheberrechtsgesetz*, Handkommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 52 N. 2; Denis BARRELET/WILLI EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2008, Art. 53 N. 3). Die Eidgenössische Schiedskommission für die

B-677/2022 Seite 10 Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) ist für die Aufsicht über die Tarife zuständig (Art. 55 URG). Der Vorinstanz obliegen die Aufsicht über die Geschäftsführung, die Wahrung der in Art. 45 URG aufgeführten Grundsätze und weitere Pflichten, die Verteilung und Verwertung betreffen (Art. 44 ff. URG; vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 53 N. 2; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1416, 1421 f.). Während die Tarifaufsicht durch die ESchK das Aussenverhältnis zwischen der Verwertungsgesellschaft und den Nutzer/innen betrifft, bezieht sich die Aufsicht durch die Vorinstanz vorwiegend auf das Innenverhältnis,

namentlich die Beziehungen zwischen der Verwertungsgesellschaft und den Berechtigten (GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1417, BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 53 Abs. 1).

#### **E. 4.2.2**

Die Regulierung und Beaufsichtigung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten soll die Effizienz der Verwertungsgesellschaften gewährleisten und Missbräuche verhindern helfen (BERNHARD WITTWEILER, Der Geltungsbereich der schweizerischen Verwertungsgesetzgebung, Diss. 1988, S. 48). Das Verwertungsrecht soll einerseits durch eine funktionierende Aufsicht und effiziente Rechtswahrnehmung den Schutz von Rechteinhabern und Nutzern angesichts einer fortschreitenden Kollektivierung sicherstellen, andererseits den Verwertungsgesellschaften aber so weit als möglich ihre Privatautonomie belassen. Daher legt das URG Rahmenbedingungen und Grundsätze fest, ohne jedoch alle Einzelheiten im Detail zu regeln (vgl. Botschaft zu URG, ToG sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiet des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte [fortan: URG-Botschaft], BBl 1989 III 477, 559; WITTWEILER, a.a.O., S. 54; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1391).

#### **E. 4.2.3**

In den der Bundesaufsicht unterstellten Verwertungsbereichen, u.a. bei Anwendung des GT3a, wird der Beschwerdeführerin ein faktisches Monopol gewährt und sollen feste Regeln sicherstellen, dass ihre treuhänderische Rechtswahrnehmung für die Berechtigten voraussehbar und transparent erfolgt (BGE 133 III 568 E. 5.2 "BBC"; vgl. Art. 40 ff. URG). Verwertungsgesellschaften sind verpflichtet, ihre Geschäfte nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung zu führen (Art. 45 Abs. 1 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1344; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 3; HILTY, a.a.O., Rz. 381). Hierzu gehört der Verzicht auf Willkür, das Vorgehen nach festen Regeln und die Minimierung der Verwaltungskosten (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 3). Die Verwertung der nicht in Art. 40 Abs. 1 URG genannten Bereiche, zu welchen auch das "Geschäft 344" gehört, erfolgt dagegen grundsätzlich frei (vgl. URG-Botschaft, B-677/2022 Seite 11 S. 553; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 40 N. 1; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 53 N. 1). Nichts anderes folgt aus Art. 42 Abs. 1 Bst. e URG, wonach Verwertungsgesellschaften auch statutarisch für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften Gewähr bieten müssen. Dass die Aufsicht der Vorinstanz nicht jegliches Verhalten der Verwertungsgesellschaften umfasst, ergibt sich aus ihrer Privatautonomie und der rechtlichen Beschränkung ihrer Aufsicht auf einzuhaltende Grundsätze, aber auch aus deren sachlicher Begrenzung (Art. 40 Abs. 1 URG).

#### **E. 4.2.4**

Stellt die Vorinstanz bei Ausübung ihrer Kontrollfunktion und im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde eine Pflichtverletzung fest, hat sie der Verwertungsgesellschaft eine Frist anzusetzen, damit diese ihr pflichtwidriges Verhalten korrigieren kann. Bleibt diese Erfüllungsfrist ungenutzt, muss sie weitere Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustands ergreifen (Art. 54 Abs. 1 URG; vgl. Urteil des BVGer B-3896/2011 vom 14. Mai 2012 E. 2.1). Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist insbesondere dadurch Rechnung zu tragen, dass die Aufsichtsbehörde, bevor sie eine förmliche Herstellung des rechtmässigen Zustands unter Fristansetzung anordnet, die Verwertungsgesellschaft zunächst formlos auf eine Pflichtwidrigkeit bzw. Unregelmässigkeit hinweist, um ihr auf diese Weise die freiwillige Korrektur zu ermöglichen (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N. 2 zu Art. 54).

Auch bei festgestellter Pflichtverletzung gelten die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit (z.B. Urteil des BGer 5A\_827/2020 vom 26. Februar 2021 E. 3.2.1 m.H.). Zudem unterscheidet sich ihr Verhalten von einer Beschwerdeinstanz, die mit Anhängigkeit der Beschwerde die Zuständigkeit und Verantwortung für das Geschäft übernimmt (Devolutiveffekt): Die Aufsichtsbehörde wird der Beaufsichtigten zunächst Gelegenheit geben, einen Fehler selbst zu berichtigen und so gut als möglich den erheblichen Gestaltungsspielraum der Verwertungsgesellschaften beachten (vgl. Urteil des BGer 2C\_527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 8.2 "Tarifautonomie"). Wird die Aufsichtsbehörde allerdings tätig, hat sie dieselbe Kognition wie eine Beschwerdeinstanz und innerhalb ihres sachlichen Umfangs keinen Grund, ihre Befugnis materiell z.B. auf bestimmte Rechtsfragen im Kern der Beaufsichtigten oder ihre Kognition auf übertriebenes, geradezu willkürliches Verhalten zu beschränken.

### **E. 4.3**

Zur verwaltungsrechtlichen Durchsetzung des aDSG ist in erster Linie der EDÖB zuständig, doch können auch andere Aufsichtsbehörden hierzu tätig werden (vgl. DAVID ROSENTHAL, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, 2015, N. 7.59). In Erfüllung ihrer öffentlich konzessionierten Aufgabe des

B-677/2022 Seite 12 Urheberverwertungsrechts unter Bundesaufsicht wird die Beschwerdeführerin bei Bearbeitung von Personendaten als "Bundesorgan" im Sinne von Art. 3 Bst. h aDSG tätig und ist die Vorinstanz im Rahmen ihrer Aufsicht dafür zuständig, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu prüfen und durchzusetzen (Art. 16 Abs. 1 aDSG). Datenschutzrechtliche Grundsätze sind auch auf eine gesetzlich vorgesehene Bearbeitung von Personendaten anwendbar (vgl. BGE 142 II 268 E. 6.4.2 "Nikon"), z.B. wenn Werknutzende, soweit es ihnen zuzumuten ist, den Verwertungsgesellschaften alle Auskünfte erteilen müssen, die diese für die Gestaltung und Anwendung der Tarife sowie für die Verteilung des Erlöses benötigen (Art. 51 URG).

### **E. 4.4**

Lauterkeitsrechtlich stützt die Vorinstanz ihre Beurteilung auf "zivilrechtliche" UWG-Bestimmungen (so die Überschrift zum Zweiten Titel des UWG), deren gerichtliche Durchsetzung voraussetzt, dass die klagende Partei in ihrer Kundschaft, ihrem Kredit oder beruflichen Ansehen, ihrem Geschäftsbetrieb oder sonst in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt ist (Art. 9 Abs. 1 UWG). Dass die Vorinstanz diese Voraussetzungen nicht selbst erfüllt (vgl. BGE 112 II 369 E. 5a "Café und Hotel Appenzel"), hindert nicht, sie aufsichtsrechtlichen Massnahmen zum Schutz anderer Anbieter bzw. "aller Beteiligten" (vgl. Art. 1 UWG) zu unterstellen, die in dieser Weise betroffen sind, oder sie aufsichtsrechtlich anzuweisen, datenschutz-, lauterkeits- und gewerberechtliche Vorschriften zu befolgen, die den Schutz jener Personen bezwecken (vgl. vorne, E. 4.1). Lizenzen unter dem GT3a und zum "Geschäft 344" werden, wie die Vorinstanz nachvollziehbar ausführt, weder miteinander komplementär noch zum selben Repertoire erteilt (angefochtene Verfügung, 3.b/bb, S. 6). Zur Unterhaltung in Verkaufslökalen werden meist wechselnde, gestreamte, flüchtig gespeicherte und damit regelmässig andere Tonträger bzw. Aufnahmen verwendet als sie als Hintergrund von Webseiten eingespeichert Verwendung finden. Es sprechen darum keine technischen oder wirtschaftlichen Gründe dafür, von der urheberrechtlichen Abgrenzung nach Nutzungshandlungen

abzuweichen und lauterkeitsrechtlich einen gemeinsamen Markt beider Nutzungsformen anzunehmen. Das auf dem freien Markt verbreitete Angebot der Beschwerdeführerin, einschliesslich dem "Geschäft 344", untersteht somit keiner Aufsicht durch die Vorinstanz und ist von dieser nicht auf seine Interessenverträglichkeit für Mitangebende bzw. seine Übereinstimmung mit den Regeln des UWG zu prüfen. Der Bundesaufsicht ist der Wettbewerb zwischen der Beschwerdeführerin und anderen

B-677/2022 Seite 13 Verwertenden entzogen. Nur soweit die Beschwerdeführerin den Berechtigten im Rahmen ihrer Konzession exklusiv ihre Leistungen anbietet, ist die Vorinstanz gegebenenfalls zu aufsichtsrechtlichen Massnahmen legitimiert. Folgerichtig hat die Vorinstanz ihre Anordnung ausschliesslich mit einer Irreführung von Tarifnutzenden und Empfängern/innen des Begleitschreibens begründet. Zusammenfassend ist die Vorinstanz zu aufsichtsrechtlichen Massnahmen nach aDSG und UWG gegenüber der Beschwerdeführerin zuständig, aber beschränkt auf deren Verhalten gegenüber den Tarifnutzer/innen, im Bereich der Bundesaufsicht.

#### **E. 4.5**

Zu prüfen ist weiter, ob die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt hat, indem sie ihr vor Erlass der Verfügung nicht hinreichend detailliert mitteilte, worauf ihre Vorwürfe sich stützen.

##### **E. 4.5.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (statt vieler BGE 135 II 286 E. 5.1 m.H.).

##### **E. 4.5.2**

Die Vorinstanz kommunizierte ihre Bedenken bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung (vgl. z.B. E-Mails der Vorinstanz vom 23. September 2021 sowie vom 6. Oktober 2021). Sie teilte mit, das Zusatzschreiben suggeriere einen nicht bestehenden Zusammenhang zwischen dem gesetzlichen Auftrag der Beschwerdeführerin und dem "Geschäft 344" und es könne bei den Kunden zu einer Verwechslung zwischen dem gesetzlichen Auftrag der Beschwerdeführerin und dem freien Markt erweckt werden. Die Beschwerdeführerin habe zudem Adressdaten verwendet, die ihr zu einem anderen Zweck zur Verfügung gestellt wurde. Selbst, wenn die

B-677/2022 Seite 14 Vorinstanz diese nicht von Anfang an mit den einschlägigen Normen begründete, hatte die Beschwerdeführerin im Vorfeld ausreichend Gelegenheit, zu den konkreten Vorwürfen Stellung zu nehmen, was sie auch tat (vgl. E-Mails der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz vom 28. September 2021 und vom 8. Oktober 2021). Die Vorinstanz hat den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin

daher nicht verletzt. 5. Materiell ist zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz das Begleitschreiben (vgl. E. 2.2) zu Unrecht als Datenschutzverletzung würdigte. 5.1 Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat Verfassungsrang. Es gewährleistet, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung und Speicherung sie betreffender Information bestimmen darf, ob und zu welchem Zweck diese Information über sie bearbeitet und gespeichert wird (Art. 13 Abs. 2 BV; vgl. BGE 142 II 340 E. 4.2; 140 I 2 E. 9.1; 140 I 381 E. 4.1; 138 II 346 E. 8.2; 129 I 232 E. 4.3). Vorliegend stehen folgende Teilgehalte dieses Rechts im Vordergrund: • Grundsatz der Zweckbindung: Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 3 aDSG; vgl. BGE 147 II 227 E. 6.4.2; 138 II 346 E. 9.1), • Grundsatz der Transparenz: der Zweck der Bearbeitung muss für die betroffene Person bei der Beschaffung erkennbar sein (Art. 4 Abs. 4 aDSG; vgl. BGE 148 II 349 E. 4.4; 138 II 346 E. 9.1). 5.2 Als Bearbeiten gilt jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Verändern, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder Vernichten von Daten (Art. 3 Bst. e aDSG). Der Versand der Rechnung mit Begleitschreiben an die Tarifnutzer/innen (vgl. vorne, E. 2.2) erfüllt somit den datenschutzrechtlichen Begriff der Bearbeitung. Zurecht hält die Vorinstanz fest, das Gesetz sehe die Erhebung und Bearbeitung der Adressdaten nur im Rahmen der Tarifierung vor (Art. 51 Abs. 1 URG). Sie beachtet indes nicht, dass die Speicherung und Verwendung dieser Daten zu Lizenzerteilung und Rechnungstellung gegenüber den betroffenen Personen grundsätzlich diesen gesetzlichen Vorgaben entsprachen und zudem durch die vorgängige Mitteilung der Adressdaten

B-677/2022 Seite 15 an die Beschwerdeführerin gedeckt waren, die Grundsätze der Zweckbindung und Transparenz also an sich gewahrt haben. Das Begleitschreiben wurde als ergänzende Information einer datenschutzrechtlich zulässigen Bearbeitung mitgegeben und stellt keine eigene Bearbeitung der für die Rechnungstellung verwendeten Adressdaten dar. Der Fall ist nicht mit der zweckentfremdenden Bearbeitung von Daten gleichzusetzen, die erst auf der Grundlage eines genehmigten Tarifs erhoben und dann getrennt davon in einem eigenen Mailing für andere Angebote bearbeitet, z.B. wiederverwendet oder weiterverkauft werden. Zu prüfen ist daher nicht, ob das Begleitschreiben allein, sondern ob Tarifrechnung und Begleitschreiben gemeinsam, als Bearbeitung, den bei der Beschaffung angegebenen, aus den Umständen ersichtlichen oder gesetzlich vorgesehenen Zweck erfüllen und ob ihr Zweck bei jener Beschaffung erkennbar war (Art. 4 Abs. 3 f. aDSG). 5.3 Zweck der Tarifrechnung war der Vollzug des GT3a, in dessen Zusammenhang der Begleitbrief betitelt ist und der zunächst auf die Grenze der Tariflizenz sowie ergänzend und warnend auf die Möglichkeit einer nicht darin enthaltenen Form der Musikknutzung hinweist, für die bei der Beschwerdeführerin eine zusätzliche Lizenz erworben werden könnte. Solcherlei Hinweise und weiterführende Informationen im direkten Zusammenhang mit dem Wahrnehmbarmachen von Musik ändern oder verwässern den Zweck der Mitteilung bzw. Bearbeitung nicht. Als Hilfe und Fingerzeig an urheberrechtlich weniger Erfahrene sind sie erwartbar und üblich und in diesem Umfang daher auch schon bei der Einreichung (Beschaffung) der Adressdaten erkennbar. Ob sie für die Verwertungsgesellschaft nebenbei einen merkantilen Zweck erfüllen, der weder bei der Beschaffung kommuniziert wurde, noch aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist, ist nicht Gegenstand des Datenschutzrechts. Bei dieser Würdigung ist

vielmehr zu berücksichtigen, dass das direkte Angebot mit einer Einladung zur Offerte das behutsamste Vorgehen aller Bearbeitungsformen von Art. 3 Bst. e aDSG darstellt, das die betroffene Person einlädt und ihr die Möglichkeit einräumt, selbst über die weitere Verwendung ihrer Daten zu befinden, weshalb eine restriktivere Auslegung nicht verhältnismässig erschiene (vgl. Art. 4 Abs. 2 aDSG). 5.4 Im Ergebnis hat die Beschwerdeführerin die Grundsätze der Zweckbindung und Transparenz vorliegend nicht verletzt und wurde in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht eine materielle Verletzung des Datenschutzgesetzes festgestellt. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen,

B-677/2022 Seite 16 Ziff. 2 Bst. a der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben und ebenso der Beginn von Ziff. 1: "En utilisant les données fournies conformément à l'art. 51 LDA pour faire la publicité de son offre « vidéos sur Internet pour les petites entreprises (Geschäft 344) », ainsi qu". 6. Weiter beanstandete die Vorinstanz die Zulässigkeit des beschwerdefüh- rerischen Vorgehens aus lauterkeitsrechtlicher Sicht. 6.1 Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, das das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Für Handlungen setzt die Rechtsprechung voraus, dass sie objektiv geeignet sind, den Wettbewerb respektive die Funktionsfähigkeit des Marktes zu beeinflussen (BGE 136 III 23 E. 9.1; 133 III 431 E. 4.1; 132 III 414 E. 3.1; 131 III 384 E. 3). Obwohl diese Funktionsfähigkeit des Marktes kein Wettbewerbsverhältnis zwischen Mitanbietern mehr voraussetzt (vgl. PETER JUNG, in: Jung [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpflis Handkommentar, 3. Aufl., 2023, Art. 2 N. 18), wird die Frage, ob das UWG die Abnehmer/innen auch im Fall eines faktischen Monopols in ihrem objektiven Verständnis vor irreführender Bekanntgabe schützt, kontrovers diskutiert. In BGE 117 IV 193 E. 1 hat das Bundesgericht festgehalten, das neue Lauterkeitsrecht wolle den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten gewährleisten. Deshalb sei es für die Anwendung des UWG nicht (mehr) entscheidend, ob die beiden Streitparteien auch in einem Wettbewerbsverhältnis miteinander stünden. So könnten auch Medien oder Konsumentenorganisationen unter das UWG fallen. Ein Teil der Lehre möchte das UWG deshalb auch auf Monopolbetriebe anwenden (JUNG, a.a.O., Art. 2 N. 18; wohl auch RETO M. HILTY, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, 2013, Art. 2 N. 28). Eine andere Meinung argumentiert, ohne Wettbewerb, z.B. bei staatlichen Monopolen, gebe es keine Wettbewerbshandlung, die unlauter sein könnte (vgl. LORENZA FERRARI HOFER, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2018, Art. 2 N. 26). Diese Auffassung stützt sich auf BGE 126 III 198 E. 2c, in dem das

B-677/2022 Seite 17 Bundesgericht ausführte, ohne Markt und wirtschaftlichen Wettbewerb bezwecke das Gesetz keinen Schutz der Teilnehmenden. Im Urheberverwertungsrecht wurde mit privaten, vielfach als Selbsthilfeorganisationen der Berechtigten entstandenen Verwertungsgesellschaften, denen einzeln pro Werkkategorie eine nationale Bewilligung erteilt wird (vgl. Art. 42 Abs. 2 URG), die sie nach festen Regeln wahrnehmen müssen, behutsam darauf geachtet, dass die Rechteinhaber/innen die Herrschaft über ihre Werke behalten und ihre Rechte nicht zwingend über eine Verwertungsgesellschaft geltend machen müssen ("Zwangslizenz"; vgl. URG-Botschaft, S. 554 ff.). Die Kundinnen und Kunden der Verwertungsgesellschaften sind gemäss diesem

Konzept auf ein korrektes und lauterer Verhalten der Verwertungsgesellschaften angewiesen. Dem Grundsatz der Verwertung nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung (Art. 45 Abs. 2 URG) entsprechend sind die Verwertungsgesellschaften auch für die Verwertung der ihnen vorbehaltenen Wahrnehmungsbefugnisse dem UWG unterstellt. Unwahre und unpräzise Angaben gegenüber Kunden beurteilt die Rechtsprechung als irreführend und unlauter, wenn sie geeignet sind, die Kaufentscheidung der Kunden zu beeinflussen (vgl. BGE 132 III 414 E. 4.1.2; 124 III 72 E. 2 b/aa). Die Gefahr einer Täuschung oder Irreführung unter Zugrundelegung durchschnittlicher Erfahrung, Sachkunde und Aufmerksamkeit genügt (BGE 136 III 23 E. 9.1). Es ist somit für die Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich, dass sich jeder Adressat mit durchschnittlicher Erfahrung irreführen lässt, sondern es genügt, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung anzunehmen ist, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Adressaten einem Irrtum verfällt (BGE 136 III 23 E. 9.1).

6.2 Der Begleitbrief war der jährlichen Tarifrrechnung beigelegt (vgl. vorne, E. 2.2). Er enthält eine Rechtsinformation, der übergangslos die Aufforderung folgt, der Beschwerdeführerin Auskunft über das Nutzungsverhalten zu erteilen: Zuerst werden die adressierten Tarifnutzer/innen informiert, falls sie geschützte Musik in ihrem Webauftritt verwendeten, würden sie eine weitere Lizenz benötigen. Dann werden sie aufgefordert, einen solchen Onlinegebrauch, aber auch dessen Fehlen, innert 15 Tagen ab Erhalt des Schreibens der Beschwerdeführerin zu melden. Information und Aufforderung sind in einem amtlichen, nüchternen Stil formuliert und lassen nicht erkennen, dass es den Empfänger/innen freigestellt wäre, auch direkt bei den Berechtigten oder z.B. bei ausländischen Rechtsvermittlern die Nutzungsrechte für den Onlinegebrauch zu erwerben. Für telefonische

B-677/2022 Seite 18 Rückfragen wird die entgeltliche Telefonnummer des Kundendienstes zu Fr. 0.08 pro Minute angegeben, die für Dienstleistungswerbung am freien Markt unüblich anmutet und den amtlichen Eindruck unterstützt. Die Rechtsinformation ist wahrheitsgemäss auf die Grenze der unter dem GT3a erworbenen Nutzungslizenz beschränkt, aber im Kontext der Tarifrrechnung wird die daran anschliessende Aufforderung zur Selbstdeklaration als Handlungsoption im Rahmen der der Bundesaufsicht unterstehenden Tarifverwertung verstanden. Sie teilt den Nutzer/innen eine unzutreffende Abgrenzung des der Beschwerdeführerin vorbehaltenen Verwertungsbereichs mit, so dass ihnen, wenn sie dafür nötige Rechte erwerben und ihre Onlinenutzung nicht aufgeben wollen, scheinbar keine Wahl verbleibt, als das "Geschäft 344" mit der Beschwerdeführerin abzuschliessen. Als private Konzessionärin von Verwertungsrechten, die ihrer Geltendmachung vorbehalten sind, ist die Beschwerdeführerin zwar nicht verpflichtet, Tarifnutzende in einer für sie nachteiligen Weise über deren Rechte und Möglichkeiten oder die Struktur des schweizerischen Verwertungsrechts aufzuklären. Die aktive Irreführung über die tatsächliche Grenze ihrer Zuständigkeit als zugelassene Verwertungsgesellschaft im Begleitschreiben zur Tarifrrechnung 2021 ist aber geeignet, die Angeschriebenen zu einem Vertragsabschluss des "Geschäfts 344" zu verleiten. Dieser massgebliche Irrtum über den Umfang der unter Bundesaufsicht lizenzierten Nutzungsrechte entsteht durch das Auftreten der Beschwerdeführerin als Tarifinkassostelle im Aufsichtsbereich der Vorinstanz. Dass das Geschäft ausserhalb dieses Bereichs zustande kommt, ist dabei unerheblich. 7. Die Vorinstanz hat somit zurecht eine Verletzung von Art. 2 UWG durch die unlautere Mitteilung betreffend das "Geschäft 344" festgestellt und korrekterweise angeordnet, dieser unlautere Zustand sei zu beseitigen.

## **E. 5**

Materiell ist zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz das Begleitschreiben (vgl. E. 2.2) zu Unrecht als Datenschutzverletzung würdigte.

### **E. 5.1**

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat Verfassungsrang. Es gewährleistet, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung und Speicherung sie betreffender Information bestimmen darf, ob und zu welchem Zweck diese Information über sie bearbeitet und gespeichert wird (Art. 13 Abs. 2 BV; vgl. BGE 142 II 340 E. 4.2; 140 I 2 E. 9.1; 140 I 381 E. 4.1; 138 II 346 E. 8.2; 129 I 232 E. 4.3). Vorliegend stehen folgende Teilgehalte dieses Rechts im Vordergrund: Grundsatz der Zweckbindung: Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 3 aDSG; vgl. BGE 147 II 227 E. 6.4.2; 138 II 346 E. 9.1), Grundsatz der Transparenz: der Zweck der Bearbeitung muss für die betroffene Person bei der Beschaffung erkennbar sein (Art. 4 Abs. 4 aDSG; vgl. BGE 148 II 349 E. 4.4; 138 II 346 E. 9.1).

### **E. 5.2**

Als Bearbeiten gilt jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Verändern, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder Vernichten von Daten (Art. 3 Bst. e aDSG). Der Versand der Rechnung mit Begleitschreiben an die Tarifnutzer/innen (vgl. vorne, E. 2.2) erfüllt somit den datenschutzrechtlichen Begriff der Bearbeitung. Zurecht hält die Vorinstanz fest, das Gesetz sehe die Erhebung und Bearbeitung der Adressdaten nur im Rahmen der Tarifierung vor (Art. 51 Abs. 1 URG). Sie beachtet indes nicht, dass die Speicherung und Verwendung dieser Daten zu Lizenzerteilung und Rechnungstellung gegenüber den betroffenen Personen grundsätzlich diesen gesetzlichen Vorgaben entsprachen und zudem durch die vorgängige Mitteilung der Adressdaten an die Beschwerdeführerin gedeckt waren, die Grundsätze der Zweckbindung und Transparenz also an sich gewahrt haben. Das Begleitschreiben wurde als ergänzende Information einer datenschutzrechtlich zulässigen Bearbeitung mitgegeben und stellt keine eigene Bearbeitung der für die Rechnungstellung verwendeten Adressdaten dar. Der Fall ist nicht mit der zweckentfremdenden Bearbeitung von Daten gleichzusetzen, die erst auf der Grundlage eines genehmigten Tarifs erhoben und dann getrennt davon in einem eigenen Mailing für andere Angebote bearbeitet, z.B. wiederverwendet oder weiterverkauft werden. Zu prüfen ist daher nicht, ob das Begleitschreiben allein, sondern ob Tarifrechnung und Begleitschreiben gemeinsam, als Bearbeitung, den bei der Beschaffung angegebenen, aus den Umständen ersichtlichen oder gesetzlich vorgesehenen Zweck erfüllen und ob ihr Zweck bei jener Beschaffung erkennbar war (Art. 4 Abs. 3 f. aDSG).

### **E. 5.3**

Zweck der Tarifrechnung war der Vollzug des GT3a, in dessen Zusammenhang der Begleitbrief betitelt ist und der zunächst auf die Grenze der Tarifierung sowie ergänzend und warnend auf die Möglichkeit einer nicht darin enthaltenen Form der Musikknutzung hinweist, für die bei der Beschwerdeführerin eine zusätzliche Lizenz erworben werden könnte. Solcherlei Hinweise und weiterführende Informationen im direkten Zusammenhang mit dem Wahrnehmbarmachen von Musik ändern oder verwässern den Zweck der Mitteilung bzw. Bearbeitung nicht. Als Hilfe und Fingerzeig an urheberrechtlich weniger

Erfahrene sind sie erwartbar und üblich und in diesem Umfang daher auch schon bei der Einreichung (Beschaffung) der Adressdaten erkennbar. Ob sie für die Verwertungsgesellschaft nebenbei einen merkantilen Zweck erfüllen, der weder bei der Beschaffung kommuniziert wurde, noch aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist, ist nicht Gegenstand des Datenschutzrechts. Bei dieser Würdigung ist vielmehr zu berücksichtigen, dass das direkte Angebot mit einer Einladung zur Offerte das behutsamste Vorgehen aller Bearbeitungsformen von Art. 3 Bst. e aDSG darstellt, das die betroffene Person einlädt und ihr die Möglichkeit einräumt, selbst über die weitere Verwendung ihrer Daten zu befinden, weshalb eine restriktivere Auslegung nicht verhältnismässig erschiene (vgl. Art. 4 Abs. 2 aDSG).

#### **E. 5.4**

Im Ergebnis hat die Beschwerdeführerin die Grundsätze der Zweckbindung und Transparenz vorliegend nicht verletzt und wurde in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht eine materielle Verletzung des Datenschutzgesetzes festgestellt. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen, Ziff. 2 Bst. a der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben und ebenso der Beginn von Ziff. 1: "En utilisant les données fournies conformément à l'art. 51 LDA pour faire la publicité de son offre « vidéos sur Internet pour les petites entreprise (Geschäft 344) », ainsi qu".

#### **E. 6**

Weiter beanstandete die Vorinstanz die Zulässigkeit des beschwerdeführerischen Vorgehens aus lauterkeitsrechtlicher Sicht.

#### **E. 6.1**

Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, das das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Für Handlungen setzt die Rechtsprechung voraus, dass sie objektiv geeignet sind, den Wettbewerb respektive die Funktionsfähigkeit des Marktes zu beeinflussen (BGE 136 III 23 E. 9.1; 133 III 431 E. 4.1; 132 III 414 E. 3.1; 131 III 384 E. 3). Obwohl diese Funktionsfähigkeit des Marktes kein Wettbewerbsverhältnis zwischen Mitanbietern mehr voraussetzt (vgl. Peter Jung, in: Jung [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpflis Handkommentar, 3. Aufl., 2023, Art. 2 N. 18), wird die Frage, ob das UWG die Abnehmer/innen auch im Fall eines faktischen Monopols in ihrem objektiven Verständnis vor irreführender Bekanntgabe schützt, kontrovers diskutiert. In BGE 117 IV 193 E. 1 hat das Bundesgericht festgehalten, das neue Lauterkeitsrecht wolle den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten gewährleisten. Deshalb sei es für die Anwendung des UWG nicht (mehr) entscheidend, ob die beiden Streitparteien auch in einem Wettbewerbsverhältnis miteinander stünden. So könnten auch Medien oder Konsumentenorganisationen unter das UWG fallen. Ein Teil der Lehre möchte das UWG deshalb auch auf Monopolbetriebe anwenden (JUNG, a.a.O., Art. 2 N. 18; wohl auch Reto M. Hilty, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, 2013, Art. 2 N. 28). Eine andere Meinung argumentiert, ohne Wettbewerb, z.B. bei staatlichen Monopolen, gebe es keine Wettbewerbshandlung, die unlauter sein könnte (vgl. Lorenza Ferrari Hofer, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2018, Art. 2 N. 26). Diese Auffassung stützt sich auf BGE 126 III 198 E. 2c, in dem das Bundesgericht ausführte,

ohne Markt und wirtschaftlichen Wettbewerb bezwecke das Gesetz keinen Schutz der Teilnehmenden. Im Urheberverwertungsrecht wurde mit privaten, vielfach als Selbsthilfeorganisationen der Berechtigten entstandenen Verwertungsgesellschaften, denen einzeln pro Werkkategorie eine nationale Bewilligung erteilt wird (vgl. Art. 42 Abs. 2 URG), die sie nach festen Regeln wahrnehmen müssen, behutsam darauf geachtet, dass die Rechteinhaber/innen die Herrschaft über ihre Werke behalten und ihre Rechte nicht zwingend über eine Verwertungsgesellschaft geltend machen müssen ("Zwangslizenz"; vgl. URG-Botschaft, S. 554 ff.). Die Kundinnen und Kunden der Verwertungsgesellschaften sind gemäss diesem Konzept auf ein korrektes und lauterer Verhalten der Verwertungsgesellschaften angewiesen. Dem Grundsatz der Verwertung nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung (Art. 45 Abs. 2 URG) entsprechend sind die Verwertungsgesellschaften auch für die Verwertung der ihnen vorbehaltenen Wahrnehmungsbefugnisse dem UWG unterstellt. Unwahre und unpräzise Angaben gegenüber Kunden beurteilt die Rechtsprechung als irreführend und unlauter, wenn sie geeignet sind, die Kaufentscheidung der Kunden zu beeinflussen (vgl. BGE 132 III 414 E. 4.1.2; 124 III 72 E. 2 b/aa). Die Gefahr einer Täuschung oder Irreführung unter Zugrundelegung durchschnittlicher Erfahrung, Sachkunde und Aufmerksamkeit genügt (BGE 136 III 23 E. 9.1). Es ist somit für die Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich, dass sich jeder Adressat mit durchschnittlicher Erfahrung irreführen lässt, sondern es genügt, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung anzunehmen ist, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Adressaten einem Irrtum verfällt (BGE 136 III 23 E. 9.1).

## **E. 6.2**

Der Begleitbrief war der jährlichen Tarifrechnung beigelegt (vgl. vorne, E. 2.2). Er enthält eine Rechtsinformation, der übergangslos die Aufforderung folgt, der Beschwerdeführerin Auskunft über das Nutzungsverhalten zu erteilen: Zuerst werden die adressierten Tarifnutzer/innen informiert, falls sie geschützte Musik in ihrem Webauftritt verwendeten, würden sie eine weitere Lizenz benötigen. Dann werden sie aufgefordert, einen solchen Onlinegebrauch, aber auch dessen Fehlen, innert 15 Tagen ab Erhalt des Schreibens der Beschwerdeführerin zu melden. Information und Aufforderung sind in einem amtlichen, nüchternen Stil formuliert und lassen nicht erkennen, dass es den Empfänger/innen freigestellt wäre, auch direkt bei den Berechtigten oder z.B. bei ausländischen Rechteinhabern die Nutzungsrechte für den Onlinegebrauch zu erwerben. Für telefonische Rückfragen wird die entgeltliche Telefonnummer des Kundendienstes zu Fr. 0.08 pro Minute angegeben, die für Dienstleistungswerbung am freien Markt unüblich anmutet und den amtlichen Eindruck unterstützt. Die Rechtsinformation ist wahrheitsgemäss auf die Grenze der unter dem GT3a erworbenen Nutzungslizenz beschränkt, aber im Kontext der Tarifrechnung wird die daran anschliessende Aufforderung zur Selbstdeklaration als Handlungsoption im Rahmen der der Bundesaufsicht unterstehenden Tarifverwertung verstanden. Sie teilt den Nutzer/innen eine unzutreffende Abgrenzung des der Beschwerdeführerin vorbehaltenen Verwertungsbereichs mit, so dass ihnen, wenn sie dafür nötige Rechte erwerben und ihre Onlinenutzung nicht aufgeben wollen, scheinbar keine Wahl verbleibt, als das "Geschäft 344" mit der Beschwerdeführerin abzuschliessen. Als private Konzessionärin von Verwertungsrechten, die ihrer Geltendmachung vorbehalten sind, ist die Beschwerdeführerin zwar nicht verpflichtet, Tarifnutzende in einer für sie nachteiligen Weise über deren Rechte und Möglichkeiten oder die Struktur des schweizerischen Verwertungsrechts aufzuklären. Die aktive Irreführung über die tatsächliche Grenze ihrer Zuständigkeit als zugelassene Verwertungsgesellschaft

im Begleitschreiben zur Tarifrrechnung 2021 ist aber geeignet, die Angeschriebenen zu einem Vertragsabschluss des "Geschäfts 344" zu verleiten. Dieser massgebliche Irrtum über den Umfang der unter Bundesaufsicht lizenzierten Nutzungsrechte entsteht durch das Auftreten der Beschwerdeführerin als Tarifinkassostelle im Aufsichtsbereich der Vorinstanz. Dass das Geschäft ausserhalb dieses Bereichs zustande kommt, ist dabei unerheblich.

#### **E. 7**

Die Vorinstanz hat somit zurecht eine Verletzung von Art. 2 UWG durch die unlautere Mitteilung betreffend das "Geschäft 344" festgestellt und korrekterweise angeordnet, dieser unlautere Zustand sei zu beseitigen.

#### **E. 8**

Auch Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG könnte verletzt sein. Nach dieser Bestimmung handelt insbesondere unlauter, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt.

B-677/2022 Seite 19 Eine Angabe im Sinne dieser Bestimmung muss eine inhaltlich nachprüf- bare, tatsächliche Aussage enthalten oder beim Durchschnittsadressaten eine konkrete, rationale Vorstellung auslösen, die auf Übereinstimmung mit der Realität überprüft werden kann (vgl. MATHIS BERGER, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Basler Kommentar, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 22; ANDREAS BLATTMANN, in: Heiz- mann/Loacker [Hrsg.], UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wett- bewerb, Kommentar, 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 12 m.w.H.). Reine Wert- urteile fallen nicht unter den Begriff der Angabe nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (Urteil des BGer 4A\_443/2015 vom 12. April 2016 E. 2.2). Die An- gabe ist unrichtig, wenn sie nicht der Wirklichkeit entspricht, dagegen irre- führend, wenn sie an und für sich richtig ist, aber durch die Art ihrer Dar- stellung oder aufgrund sämtlicher Umstände beim Adressaten einen fal- schen Eindruck erweckt (Urteil des BGer 4A\_340/2022 vom 18. April 2023 E. 4.1 m.w.H., mit Bezug auf Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG; ähnlich BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 50 f.). Sie muss den Wettbewerb sodann spür- bar beeinflussen (vgl. PETER JUNG, in: Jung [Hrsg.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpflis Handkommentar, 3. Aufl., 2023, Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 84 m.w.H.). Dieses Kriterium wird grundsätzlich als widerlegbar vermutet (JUNG, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 84; BLATTMANN, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 73) bzw. ist nur dann nicht erfüllt, wenn die Angaben in einem anderen, wettbewerbsfreien Zusammenhang gemacht wurden (BERGER, a.a.O., Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 34). Die Informationen im Begleitschreiben zur Tarifrrechnung dürften nach dem Gesagten als Angaben im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG zu qualifi- zieren sein. Der irreführende Eindruck im Kontext des verbindlichen Tarifs, dass die Tarifnutzer/innen rechtlich zur Anmeldung bzw. Abmeldung zur Li- zenz "Geschäft 344" verpflichtet sind, wird hingegen nur nach den Umstän- den erweckt und nicht etwa ausdrücklich falsch behauptet. Da bereits eine Verletzung der Generalklausel (Art. 2 UWG) festgestellt wurde, kann offen- bleiben, ob auch eine Verletzung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG vorliegt.

#### **E. 9**

Im Ergebnis hat die Vorinstanz innerhalb ihrer Aufsichtskompetenz gehandelt, zu Unrecht einen aDSG-Verstoss, aber zutreffenderweise eine Verletzung des UWG gerügt. Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Ziff. 2 Bst. a und der Beginn von Ziff. 1: "En utilisant les données fournies conformément à l'art. 51 LDA pour faire la publicité de son offre « vidéos sur In-

B-677/2022 Seite 20 ternet pour les petites entreprise (Geschäft 344) », ainsi qu" der angefochtenen Verfügung sind aufzuheben bzw. beide Ziffern mit dem verbleibenden Wortlaut neu zu fassen. Soweit weitergehend ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 10**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens zur Hälfte der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 73.320.2]). Vorliegend sind Vermögensinteressen betroffen, gemäss Auskunft der Beschwerdeführerin liegt der Streitwert bei Fr. 180'000.–. Die Gerichtskosten sind somit auf Fr. 9'000.– festzulegen, wovon Fr. 4'500.– der Beschwerdeführerin auferlegt werden. Vorinstanzen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **E. 11**

Weder die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin, mangels externer Kosten, noch die Vorinstanz als Bundesbehörde hat Anspruch auf Zusprechung einer Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 und Art. 9 Abs. 2 VGKE).

B-677/2022 Seite 21

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