

ZH_HANDELSGERICHT HG180052 vom 18. Juni 2020

Zh Handelsgericht, 2020-06-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG180052

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG180052 du 18 juin 2020

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG180052 del 18 giugno 2020

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Prozessvoraussetzungen Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO).

E. 1.1.1

Zuständigkeit Die Prozessvoraussetzungen beinhalten insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

- 9 - Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich für die Hauptklage ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO, da die Beklagte ihren Sitz im Kanton Zürich hat. Die sachliche Zuständigkeit folgt aus Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG, da sich die Streitigkeit auf die Nutzung des B._____-Repertoires durch die Klägerin bezieht und damit im Zusammenhang mit geistigem Eigentum steht.

E. 1.1.2

Zulässigkeit der Widerklage Die Widerklage steht mit der Hauptklage in einem engen sachlichen Zusammenhang: die widerklageweise geltend gemachten Forderungen gründen unter anderem in der Nutzung des B._____-Repertoires und stehen damit ebenfalls in einem Zusammenhang mit dem geistigen Eigentum. Die örtliche Zuständigkeit lässt sich für die Widerklage folglich mit Art. 14 Abs. 1 ZPO begründen, die sachliche Zuständigkeit - analog der Klage - mit Art. 5 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG-ZH. Ein vorgängiges Schlichtungsverfahren entfällt gemäss Art. 198 lit. f bzw. g ZPO. Für die Widerklage findet - wie für die Klage - das ordentliche Verfahren Anwendung, womit auch die in Art. 224 Abs. 1 ZPO statuierte Voraussetzung der gleichen Verfahrensart erfüllt ist.

E. 1.1.3

Streitwert Mit Präsidialverfügung vom 8. Mai 2018 (Prot. S. 5) wurde festgehalten, dass mit Bezug auf das Feststellungsbegehren der Klägerin 1 einstweilen von einem Streitwert von CHF 100'000.- auszugehen sei. Mit Verfügung vom 14. Januar 2019 wurde das Feststellungsbegehren insoweit infolge Vergleichs als erledigt beschrieben, als sich dieses auf die Klägerin 2 bezog. Der auf die Klägerin 2 entfallende Anteil des Streitwertes des Feststellungsbegehrens wurde auf CHF 50'000.- festgesetzt (act. 26).

- 10 - Der verbleibende Anteil der Klägerin 1 am vorläufig festgesetzten Streitwert der Hauptklage wäre somit CHF 50'000.-. Dieser vorläufig festgesetzte Streitwert ist zu überprüfen. Bei Feststellungsklagen bestimmt sich der Streitwert nach herrschender Lehre

nach dem Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses, dessen Bestand oder Nichtbestand durch das Urteil festgestellt werden soll (statt vieler M. STEIN- WIGGER, in: Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO,

E. 1.2

Klageänderung Mit ihrer ursprünglichen Klage beantragte die Klägerin 1, es sei festzustellen, dass die Klägerinnen 1 und 2 berechtigt seien, auch über den 1. April 2018 hinaus das B.____-Repertoire zu nutzen. In der Replikschrift hat die Klägerin 1 ihr Rechtsbegehren insoweit geändert, als sie nunmehr beantragt: " Es sei festzustellen, dass die Klägerin berechtigt ist, auch über den 1. April 2018 Musikwerke des B.____-Repertoires zu senden nach Art. 10 Abs. 2 lit. d URG, zu vervielfältigen nach Art. 24b URG sowie zugänglich zu machen nach Art. 22c URG."

- 11 - Die Beklagte ist der Auffassung, dass es sich dabei um einen teilweisen Klagerückzug handle (act. 36 S. 3 RZ 2). Die Klägerin 1 bestreitet dies und macht geltend, sie habe das Feststellungsbegehren lediglich konkretisiert (act. 40 S. 3 RZ 4). Das ursprüngliche Feststellungsbegehren der Klägerin 1 war allgemein formuliert, ohne dass präzisiert wurde, welche Nutzungsformen diese anstrebte. Aus dem Gesamtkontext und der Begründung war jedoch klar, dass die Klägerin 1 sich mit ihrer Klage gegen das Sendeverbot der Beklagten wendete und die Nutzungen des B.____ Repertoires im bisherigen Rahmen fortführen wollte, um den Radiosender weiterhin betreiben zu können. Auch die Beklagte geht davon aus, dass aus der Klageschrift als Ganzes hervorgehe, dass die Feststellungsklage de facto eine Reaktion auf das Musikverbot darstelle (act. 14 S. 60 RZ 158). Die Beklagte hat selber in ihrem Schreiben vom 7. März 2018 an die Klägerin 1 das Betreffnis wie folgt formuliert: "Verbot der Nutzung des B.____-Repertoires ab 1. April 2018". Anhaltspunkte dafür, dass sie auch andere Nutzungen anstreben wollte, fehlen gänzlich. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Klägerin 1 ihr Feststellungsbegehren mit der Replik konkretisierte und damit den Anforderungen an die Substantiierung des Rechtsbegehrens nachkam. Es handelt sich daher weder um einen teilweisen Klagerückzug noch um eine eigentliche materielle Klageänderung.

E. 1.3

Feststellungsinteresse Gemäss Art 61 URG gehört zum zivilrechtlichen Rechtsschutz im Urheberrecht auch die Feststellungsklage. Wer ein rechtliches Interesse nachweist, kann gerichtlich feststellen lassen, ob ein Recht oder Rechtsverhältnis nach dem Urheberrechtsgesetz vorhanden ist oder fehlt. Auch im Bereich des Urheberrechts setzt die Feststellungsklage somit ein Feststellungsinteresse voraus.

- 12 - Das Feststellungsinteresse kann tatsächlicher oder rechtlicher Art, muss jedoch erheblich sein. Ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellungsklage besteht grundsätzlich, wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und die Fortdauer der Ungewissheit der klagenden Partei nicht zumutbar ist (BGer vom 25. August 2003, 4C.138/2003, E. 2). Das Interesse fehlt, wenn eine Leistungs-, Gestaltungs- oder Unterlassungsklage zur Verfügung steht (BGE 123 III 49 E. 1a S. 51; 120 II 20 E. 3a S. 22 je mit Hinweisen). Die Beklagte hat in der Klageantwort beantragt, auf die Klage sei insoweit nicht einzutreten, als das Feststellungsbegehren Nutzungen betreffe, die über das Senden (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Art. 22 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) und das Vervielfältigen zu

Sendezwecken (Art. 24b Abs. 1 und Art. 22c Abs. 2 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) hinausgehen würden. Mit der Anpassung bzw. Präzisierung des Rechtsbegehrens in der Replik ist dieses Begehren hinfällig geworden. Im Übrigen ist unbestritten, dass ein Feststellungsinteresse der Klägerin 1 in Bezug auf die vom G._____ erfassten Nutzungsformen besteht (act. 14 S. 60 RZ 158). In der Tat besteht für die Klägerin 1 insoweit eine Ungewissheit, als die Beklagte ihr mit Schreiben vom 7. März 2018 verboten hat, ab dem 1. April 2018 Musikwerke des B._____-Repertoires in dem vom G._____ erfassten Umfang zu nutzen, also dem Senden (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), dem Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Art. 22 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) und dem Vervielfältigen zu Sendezwecken (Art. 24b Abs. 1 und Art. 22c Abs. 2 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG). Bezüglich dieser vom G._____ erfassten Nutzungsformen besteht daher für die Klägerin 1 eine Ungewissheit und damit auch ein Feststellungsinteresse. Auf die Feststellungsklage gemäss Rechtsbegehren der Replikschrift ist daher einzutreten.

- 13 - 2. Materielles 2.1. Streitpunkte In vorliegender Streitigkeit geht es um folgende Themen: Einerseits geht es in der Hauptklage primär um das behauptete Recht der Klägerin 1, das B._____-Repertoire nach dem 1. April 2018 zu nutzen bzw. um die Frage der Rechtmässigkeit des von der Beklagten gegenüber der Klägerin 1 verhängten Sendeverbots. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob die Klägerin 1 ihre Pflichten gemäss G._____ verletzt hat und ob die Beklagte ihre Monopolstellung missbraucht hat. Andererseits stellt sich im Rahmen der Widerklage die Frage, ob die Nutzungsgebühren der Klägerin 1 für die Jahre 2014 bis 2016 in den Schlussrechnungen der Beklagten gemäss G._____ korrekt berechnet wurden, insbesondere ob die Voraussetzungen für eine Schätzung der gebührenrelevanten Einnahmen sowie für eine Verdoppelung der Vergütungen gegeben waren. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Schlussrechnungen der Beklagten als anerkannt zu gelten haben.

E. 3

Hauptklage Mit ihrer Klage will die Klägerin 1 gerichtlich feststellen lassen, dass sie berechtigt sei, das B._____-Repertoire nach dem 1. April 2018 zu nutzen. Dabei geht es insbesondere um das Senden (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), um das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Art. 22 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) und um das Vervielfältigen zu Sendezwecken (Art. 24b Abs. 1 und Art. 22c Abs. 2 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG).

E. 3.1

Urheberrechtliche Feststellungsklage

E. 3.1.1

Aktiv- und Passivlegitimation Die urheberrechtliche Feststellungsklage gemäss Art. 61 URG bezweckt die Feststellung eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses.

- 14 - Aktivlegitimiert sind zunächst die Inhaberinnen und Inhaber der in Frage stehenden Urheberrechte, sowie deren Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger. Dazu gehören auch diejenigen Personen, welche lediglich einzelne Nutzungsrechte erworben haben, sowie Lizenznehmer und Lizenznehmerinnen. Schliesslich können auch Nutzerinnen und Nutzer aktivlegitimiert sein, um gerichtlich feststellen zu lassen, dass für eine bestimmte Nutzung keine Rechte erworben werden müssen (BARRELET/W. EGLOFF, Das neue

Urheberrecht, 4. Aufl., Bern 2020, URG 61 N 2 und 10). Die Behauptungs- und die Beweislast für ein solches Rechtsverhältnis obliegt der Klägerin 1. Die Aktivlegitimation der Klägerin 1 ist unbestritten. Passivlegitimiert ist jede natürliche oder juristische Person, welche zur Ungewissheit über den Bestand des Rechts oder des Rechtsverhältnisses beiträgt (BARRE-LET/W. EGLOFF, a.a.O., URG 61 N 5). Die Beklagte ist passivlegitimiert, da sie der Klägerin 1 mit Schreiben vom 7. März 2018 verboten hat, ab dem 1. April 2018 Musikwerke des B.____-Repertoires in dem vom G.____ erfassten Umfang zu nutzen (act. 3/12).

E. 3.1.2

Nutzungsrecht der Klägerin 1 am B.____-Repertoire? Urheberrechte und verwandte Schutzrechte sind ausschliessliche Rechte. Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Ohne Einwilligung der Urheberinnen und Urheber darf dieses Recht von niemandem beansprucht werden. Die erforderliche Nutzungserlaubnis für konkrete Nutzungen wird mittels Lizenz erteilt. Vorliegend stellt sich die Klägerin 1 auf den Standpunkt, ein Recht zur Nutzung des B.____-Repertoires zu haben. Es bleibt unklar, worauf sie dieses Recht stützen will. Es ist unbestritten, dass die Beklagte der Klägerin 1 den Lizenzvertrag auf den 31. Juli 2017 gekündigt hat (act. 15/75). Die Klägerin 1 behauptet

- 15 - nicht in rechtsgenügender Weise, mit den Urhebern bzw. der Beklagten einen neuen Lizenzvertrag abgeschlossen zu haben oder die Kündigung angefochten zu haben. Sie verweist lediglich darauf, dass die Beklagte trotz dieser Ausgangslage der Klägerin 1 weiterhin Akontorechnungen gestellt habe, welche die Klägerin 1 auch fristgerecht bezahlt habe. Das Urheberrecht kennt keine Formvorschriften für urheberrechtliche Lizenzen. Es besteht mithin Formfreiheit, weshalb Lizenzverträge auch durch konkludentes Verhalten gültig abgeschlossen werden können. Vorliegend kann jedoch aus der Tatsache, dass die Beklagte der Klägerin 1 auch nach der Kündigung des Lizenzvertrages weiterhin Akontorechnungen gestellt hat, und die Klägerin 1 noch immer Akontozahlungen an die Beklagte leistete, nicht ohne Weiteres auf eine Bewilligung der B.____ für die Nutzung des Repertoires geschlossen werden, zumal der Klägerin 1 mit der Kündigung klar kommuniziert wurde, dass sie das B.____-Repertoire nicht weiter nutzen dürfe. Vergütungen gemäss G.____ sind auch bei Verwendung von Musik ohne Bewilligung der B.____ geschuldet (Ziff. 19 G.____ 2011-2014 bzw. Ziff. 20 G.____ 2015-2019). Unter diesen Umständen durfte die Klägerin 1 nach Treu und Glauben nicht auf einen konkludenten Lizenzvertrag schliessen.

E. 3.1.3

Nutzungsrecht für Sender? Die Klägerin 1 scheint offenbar die Auffassung zu vertreten, dass sie als konzessionierte Radiosenderin für die in Frage stehenden Nutzungen keine Rechte erwerben müsse. Sie verweist darauf, dass sie aufgrund einer Konzession des UVEK Radio in einem genau umschriebenen gesetzlichen Leistungsauftrag zu betreiben habe. Dieser Leistungsauftrag sehe vor, dass ein Teil der massgeblichen Sendezeit schweizerischen oder andern europäischen Werken vorbehalten bleibe. Ein Sendeverbot für das Musik-Repertoire der B.____ mit ihrer Monopolstellung im Musikbereich würde es der Klägerin 1 verunmöglichen, diesen gesetzlichen Leistungsauftrag zu erfüllen. Dies wiederum würde gemäss Art. 50 RTVG zum Entzug der Konzession führen, was einen

nicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Klägerin 1 bedeuten würde.

- 16 - Das Recht zur Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken setzt immer eine Bewilligung des Urhebers bzw. dessen Vertreters voraus. Auch Radio- und Fernsehsender dürfen urheberrechtlich geschützte Werke ohne Bewilligung nicht nutzen. Ein gesetzliches Nutzungsrecht von urheberrechtlich geschützten Werken für Sender besteht nicht. Für einen solchen Eingriff in das Eigentumsrecht der Urheber fehlt eine gesetzliche Grundlage. Auch die Klägerin 1 vermag keine Gesetzesbestimmungen zu nennen, die eine gesetzliche Lizenz für Sender zu begründen vermöchten. Auch der Leistungsauftrag aufgrund der Konzession entbindet die Klägerin 1 nicht, die Rechte der Urheber zu respektieren und Vorgaben des G._____ einzuhalten.

E. 3.1.4

Zwischenfazit Die Klägerin 1 unterlässt es, im Einzelnen ein Recht bzw. Rechtsverhältnis nachzuweisen, dass sie zur Nutzung des B._____ -Repertoires nach dem 1. April 2018 berechtigt. Insbesondere legt sie nicht dar, woraus sie dieses Recht ableitet. Die Klägerin 1 will vielmehr den Spieß umdrehen und behauptet, dass eine rechtliche Grundlage für die von der Beklagten ausgesprochenen Sendeverbote fehle. Die Berechtigung der Beklagten beschränke sich auf die Einziehung der Vergütungen für die Nutzung von Urheberrechten. Die Frage der Gültigkeit des Sendeverbotes ist vorliegend nicht Gegenstand des Feststellungsbegehrens, sondern nur deren Nutzungsrecht am B._____ - Repertoire. Es wird jedoch nachfolgend im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Klägerin 1 des Missbrauchs der Monopolstellung durch die Beklagte zu prüfen sein, ob das Verbot unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs Bestand hat, zumal die Verwertungsgesellschaften kein Recht haben, einem Nutzer grundlos die Nutzung zu verweigern (BGE 133 III 568, E. 5.6 mit Verweis auf die Botschaft 2006, a.a.O., S. 3432).

- 17 -

E. 3.2

Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB?

E. 3.2.1

Vorwurf des Missbrauchs der Monopolstellung durch die Beklagte Die Klägerin 1 macht geltend, die Beklagte nutze ihre Monopolstellung ihr gegenüber masslos aus und unterstelle ihr ohne eine fundierte Begründung die Angabe falscher Betriebszahlen für die Jahre 2014 bis 2016, und habe die verdoppelte Vergütung nach geschätzten Angaben verlangt. Um ihre Machtstellung zu demonstrieren und ihren Druck zu vergrössern, habe die Beklagte der Klägerin 1 den Lizenzvertrag auf den 1. August 2017 gekündigt mit der Bemerkung, sie sei bereit, mit der Klägerin 1 einen neuen Vertrag abzuschliessen, sofern die ausstehenden Rechnungen bezahlt seien. Angesichts des bestehenden Monopols der Beklagten im Bereich der Verwertungsrechte musikalischer Werke würde ein Sendeverbot bedeuten, dass die Klägerin 1 ihren in der Konzession definierten Leistungsauftrag nicht mehr erfüllen könne. Eine solche Sanktion sei offensichtlich völlig unverhältnismässig und würde zu einem immensen finanziellen Schaden führen, unter Umständen gar zur Schliessung des Senders. Sinngemäss wirft die Klägerin 1 der Beklagten damit einen Missbrauch der „Monopolstellung“ vor, weshalb zu prüfen ist, ob die Kündigung des Lizenzvertrages rechtsmissbräuchlich ist und gegen das Willkürverbot verstösst. Die Klägerin 1 hat zwar die Kündigung des Lizenzvertrages nicht angefochten und behauptet

auch nicht, diese sei ungültig. Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB hat jedoch jede Instanz von Amtes wegen zu beachten, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen worden sind und feststehen. Einer besonderen Einrede bedarf es nicht (BGE 121 III 60 E. 3d S. 63; BGE 132 III 503 E. 3.3 S. 508/509).

E. 3.2.2

Monopolstellung der Beklagten Der Gesetzgeber hat in Art. 42 Abs. 2 URG ein faktisches Monopol der Verwertungsgesellschaften vorgesehen. In der Regel wird pro Werkkategorie (und für alle verwandten Schutzrechte zusammen) je nur einer Verwertungsgesellschaft eine Bewilligung erteilt.

- 18 - Die B._____ ist eine Genossenschaft gemäss Art. 828 ff. OR, die vor allem aus Komponisten, Textdichtern und Verlegern von Musikwerken besteht. Sie wahrt deren Rechte an öffentlichen Aufführungen oder Sendungen nichttheatralischer Werke und bietet den Veranstaltern die Möglichkeit, ihre finanziellen Verpflichtungen gegenüber den Urhebern mit möglichst wenig Umtrieben zu erfüllen. Sie besitzt seit 1941 die dafür in Art. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Verwertung von Urheberrechten (VerwG) vorgesehene Bewilligung, die inzwischen alle fünf Jahre erneuert worden ist. Die Bewilligung umfasst insbesondere die Verwertung des Rechts, Werke durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen zu senden (Art. 10 Abs. 2 lit. d URG) sowie das Geltendmachen der ausschliesslichen Rechte nach den Art. 22c und 24b URG. Gemäss Art. 22c und 24b URG können diese Rechte nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden. Die Beklagte hat - wiederum gemäss ihrem Jahresbericht 2016 - mit über 36'000 Auftraggebern und Mitgliedern Wahrnehmungsverträge abgeschlossen (S. 10 des Jahresberichts 2016 der Beklagten; act. 15/15). Im Rahmen derer wurden ihr Urheberrechte zur treuhänderischen Wahrnehmung übertragen (vgl. auch Ziff. 3.1 der Statuten 2014 der Beklagten; 3/3). Zudem hat die Beklagte mit rund 100 ausländischen Schwestergesellschaften Gegenseitigkeitsverträge abgeschlossen, in denen sie sich zur Wahrung der Urheberrechte der Mitglieder ihrer Schwestergesellschaften für das Gebiet der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein verpflichtet hat (vgl. Seite 12 des Jahresberichts 2016 der Beklagten; Beilage 15/15). Auch das Bundesgericht geht davon aus, dass die Beklagte „das gesamte Weltrepertoire nichttheatralischer Musik vertritt“ (BGE 107 II 57, E. 1; s. auch R. M. Hilty, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 374). Im Rahmen der sog. „Gemeinsamen Tarife“ (Art. 47 URG) kann die Beklagte auch die Rechte aus dem Repertoire von D._____ bzw. daraus resultierender Ansprüche im eigenen Namen einklagen. Diese bezweckt als Verwertungsgesellschaft die Verteidigung und Wahrnehmung der verwandten Schutzrechte der

- 19 - ausübenden Künstler, der Produzenten von Ton- und Tonbildaufzeichnungen und der Sendeunternehmen (act. 15/16). In Ziff. 2.1 des Kooperationsvertrags zwischen der Beklagten und D._____ vom 10. Juni 2014 ist eine Rechtsübertragung bzw. Anspruchsabtretung statuiert (act.15/18). Die B._____ übt die ihr übertragenen oder abgetretenen Rechte - im Sinne einer Treuhandschaft - im eigenen Namen aus; sie zieht insbesondere die ihren Mitgliedern geschuldeten Entschädigungen selber ein. Der Beklagten wurden somit sämtliche Verwertungsrechte und nicht nur das Recht auf Einziehung der Vergütung, wie die Klägerinnen behaupten, übertragen bzw. abgetreten. Die Beklagte ist mithin berechtigt, die Urheberrechte an nicht-theatralischen Werken der Musik und für die D._____ die verwandten Schutzrechte der Interpreten und der Ton- und

Tonbildträgerproduzenten wahrzunehmen. In- soweit verfügt die Beklagte „bezüglich musikalischer Werke“ in der Schweiz über eine „Monopolstellung“. Der Gefahr des Missbrauchs dieser „Monopolstellung“ begegnet der Gesetzgeber mit verschiedenen Massnahmen: • Insbesondere müssen die Vergütungen in Tarifen geregelt sein, die zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Verbänden der betroffenen Nutzer verhandelt und von der ESchK genehmigt wurden (Art. 46 URG). • Sodann müssen die Verwertungsgesellschaften die verschiedenen Nutzer grundsätzlich gleich behandeln (Art. 45 Abs. 2 URG). Gestützt auf diese Grundsätze leitet das Bundesgericht in BGE 133 III 568, E. 5.6 ab, dass die Verwertungsgesellschaften kein Recht haben, einem Nutzer „[. ..] die Erlaubnis zu verweigern, sofern der Nutzer bereit ist, die Bedingungen des Tarifs einzuhalten und die von der Verwertungsgesellschaft gestellte Rechnung zu bezahlen.“ Die Verweigerung bzw. die Kündigung einer Lizenz durch die Beklagte ist somit nur zulässig, um die tariflich festgesetzten Bedingungen gegenüber den Nutzern

- 20 - durchzusetzen (BGE 133 III 568, E. 5.6 mit Verweis auf die Botschaft 2006, a.a.O., S. 3432).

E. 3.2.3

Missbrauch durch grundlose Verweigerung der Sendeerlaubnis? Ein Missbrauch der Monopolstellung wäre insbesondere dann gegeben, wenn die Beklagte der Klägerin 1 die Sendeerlaubnis grundlos verweigert hätte. Hingegen ist es statthaft, dass eine Verwertungsgesellschaft denjenigen Nutzern die Sendeerlaubnis verweigert, welche die tariflichen Bedingungen nicht akzeptieren und insbesondere die Vergütungen gemäss G._____ nicht bezahlen. Vorliegend stellt sich deshalb die Frage, ob die Klägerin 1 gegen die tariflichen Bedingungen der Nutzung des Musik-Repertoires verstossen hat und sich insbesondere zu Unrecht weigert, ihren Auskunftspflichten nachzukommen und die für die Nutzung von Urheberrechten geschuldeten Vergütungen zu bezahlen.

E. 3.3

Verletzung der tariflichen Auskunftspflicht durch die Klägerin 1?

E. 3.3.1

Parteistandpunkte Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Klägerin 1 ihren gesetzlichen und tariflichen Auskunftspflichten in den hier relevanten Rechnungsjahren 2014 bis 2016 nicht vollständig nachgekommen sei. Die Klägerin 1 sei ihren Auskunftspflichten alleine schon deshalb nicht nachgekommen, weil sie gegenüber der Beklagten die Werbe- und Sponsoring Einnahmen, die sie über die A1._____ AG erwirtschaftet habe, nie offengelegt habe, obwohl die Beklagte ausdrücklich und wiederholt danach verlangt habe. Dadurch habe die Klägerin 1 ihre tariflichen Mitwirkungspflichten verletzt. Die Klägerin 1 bestreitet diese Vorwürfe vollumfänglich. A._____ habe den grössten Teil der in Art. 51 Abs. 1 URG auferlegten Auskunftspflicht vollständig und pünktlich jeden Monat erfüllt, indem die ausgestrahlten Musikwerke bzw. Ton- und Tonbildträger der B._____ elektronisch mitgeteilt worden seien, damit die Verteilung an die Berechtigten erfolgen könne. Zusätzlich sei einmal im Jahr die geschützte Musik, welche für Werbeproduktionen oder Jingles verwendet wurden,

- 21 - geliefert worden. In den Jahresrechnungen der Klägerin bis 2015 und ab 2016 sei nie nur ein Franken an die A1._____ AG übertragen worden. Wie der B._____ mehrfach kommuniziert worden sei, habe es gar keine Betriebsrechnungen der A1._____ AG für die

Jahre 2010 - 2014 gegeben. Es gebe unter den Firmen A._____, A2._____ und A1._____ AG auch keine „Konzernstrukturen“. Deshalb sei die von der Beklagten vertretene Auffassung, die Klägerin sei ihrer Auskunftspflicht nicht nachgekommen, weil sie gegenüber der Beklagten die Werbe- und Sponsoringeinnahmen, die sie über die A1._____ AG erwirtschaftet hatte, nie offengelegt habe, falsch. Die Klägerin 1 habe der Beklagten stets die Spartenerfolgsrechnungen zugestellt. Die Beklagte habe deren Aussagekraft zu Unrecht in Frage gestellt. Die Beklagte habe es unterlassen, die Spartenerfolgsrechnungen inhaltlich einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Die Klägerin 1 bestreitet sodann, der Beklagten bezüglich des Jahres 2015 überhaupt keine Auskünfte erteilt zu haben.

E. 3.3.2

Auskunftspflichten gemäss G._____ Das Urheberrechtsgesetz sowie der G._____ auferlegen den Sendern Auskunftspflichten. Diese reichen grundsätzlich soweit, wie es zur Anwendung des Tarifs bzw. zur Berechnung der Vergütung notwendig ist. Gemäss Art. 51 Abs. 1 URG müssen die Tarifnutzer „den Verwertungsgesellschaften alle Auskünfte erteilen, welche diese für die Gestaltung und die Anwendung der Tarife sowie die Verteilung des Erlöses benötigen“. Diese umfassende gesetzliche Auskunftspflicht wird im G._____ 2011 – 2014 (bzw. Ziff. 25 G._____ 2015-2019) für die Sender wie folgt spezifiziert: " E. Abrechnung 22 Die Sender teilen der B._____ normalerweise jährlich mit - so früh wie möglich, jedoch spätestens bis Ende Mai: alle Angaben, die zur Berechnung der Vergütung für das Vorjahr erforderlich sind

- 22 - - in den ersten zwei Betriebsjahren, danach auf Verlangen, bis Ende Januar: die budgetierten Einnahmen und den voraussichtlichen Musikanteil für das laufende Jahr sowie den voraussichtlichen Anteil von geschützten im Handel erhältlichen Ton- und Tonbild-Trägern. 23 Die B._____ kann zur Prüfung der Angaben Belege verlangen, insbesondere Bilanz und Betriebsrechnung und eine Bestätigung der Kontrollstelle des Senders sowie der Produktions- und Akquisitionsgesellschaften, soweit es sich bei diesen Firmen um die Angaben betreffend die Finanzierung der Sendetätigkeit gemäss Ziffer 8.2 des Tarifs handelt. Die B._____ kann auch während der Arbeitszeit und nach Voranmeldung Einsicht in die Bücher des Senders nehmen. Die Prüfung der für die Abrechnung relevanten Angaben von Produktions- und Akquisitionsgesellschaften kann durch einen neutralen Fachmann vorgenommen werden." Die Beklagte kann somit zur Überprüfung dieser Angaben von den Sendern Belege verlangen, insbesondere die Bilanz und die Betriebsrechnung des Senders und der (gegebenenfalls) bei der Werbeakquisition involvierten Dritten, jeweils mitsamt entsprechender Bestätigungen der Revisionsstelle (Ziff. 23 Abs. 1 G._____ 2011- 2014; entspricht Ziff. 25 Abs. 1 G._____ 2015-2019). Der Tarif gewährt der Beklagten darüber hinaus ein Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher des Senders und – über einen neutralen Fachmann – auch in die Bücher der involvierten Akquisitionsgesellschaft, soweit es sich bei diesen Unternehmen um die Angaben betreffend die Finanzierung der Sendetätigkeit gemäss Ziffer 8.2 des Tarifs handelt (Ziff. 23 Abs. 2 G._____ 2011-2014/Ziff. 25 Abs. 2 G._____ 2015- 2019). Das Auskunftsrecht der Beklagten bezieht sich also nicht bloss auf die von den Werbeakquisitionsunternehmen an den Sender ausbezahlten bzw. weitergeleiteten Beträge (Ziff. 23 G._____ 2011-2014/Ziff. 25 G._____ 2015-2019), wie die Beklagte behauptet.

E. 3.3.3

Aufforderungen der Beklagten zur Auskunftserteilung

E. 3.3.3.1

Rechnungsjahr 2014 Die Beklagte verweist auf ihre wiederholten Aufforderungen und Mahnungen an die Klägerin 1, die detaillierten Betriebsrechnungen der Klägerin 1 und der A1._____ AG vorzulegen, denen die Klägerin 1 nicht nachgekommen sei.

- 23 - Aus den von der Beklagten als Beweismittel eingereichten Urkunden ergibt sich in der Tat, dass die Beklagte die Klägerin 1 im Zusammenhang mit dem Geschäftsjahr 2014 wiederholt aufgefordert (act. 15/39) und gemahnt hat (act. 15/41; act. 15/44, act. 15/46, act. 15/47, act. 15/51), ihre detaillierten Betriebsrechnungen einzureichen und dieser mitgeteilt hat, dass die sogenannten "Spartenerfolgsrechnungen" nicht genügten. So teilte die Beklagte der Klägerin 1 mit E-Mail vom 9. Juli 2015 mit, dass man „nicht aufgrund der von Ihnen eingereichten Zahlen für das Jahr 2014 abrechnen“ könne (act. 15/44). Man habe schon in der E-Mail vom 31. Oktober 2014 (act. 15/38) dargelegt, dass man diese „falsche Form der Abrechnung nicht weiter akzeptieren“ könne. In derselben E-Mail habe man auch "detailliert dargelegt, wie die tarifgerechte Abrechnung" aussehen müsse. Mit Schreiben vom 14. Januar 2016 legte die Beklagte ihre Position im Zusammenhang mit dem Abrechnungsmodus unter dem G._____ erneut dar (act. 15/46). Die Beklagte forderte die Klägerin 1 auf, bis zum 19. Februar 2016 die tarifrelevanten Einnahmen für die Jahre 2010 bis 2014 vollständig mittels der von der Beklagte dafür geschaffenen Fragebogen zu deklarieren. Zudem sollten die detaillierten Betriebsrechnungen übermittelt werden (act. 15/46). Nachdem die Klägerin 1 dieser Aufforderung innert der angesetzten Frist nicht nachgekommen war, versandte die Beklagte am 29. Februar 2016 eine Mahnung und gewährte der Klägerin 1 eine Nachfrist bis zum 22. März 2016 zur Einreichung der geforderten Angaben und Belege (act. 15/47) mit der Androhung, im Unterlassungsfall die Vergütungen basierend auf geschätzten Angaben zu berechnen und diese zu verdoppeln (act. 15/47). Gemäss unbestrittener Darstellung der Beklagten fand am 19. April 2016 eine Besprechung der Parteien statt, anlässlich derer die Klägerin 1 die eingeforderten Unterlagen ebenfalls nicht eingereicht habe, obwohl sie dies gemäss Darstellung der Beklagten in Aussicht gestellt habe. Darauf wird in der E-Mail vom 29. April 2016 (act. 15/49) Bezug genommen; die Beklagte erinnerte die Klägerin 1 an ihre anlässlich der Besprechung vom 19. April 2016 gemachte - aber noch nicht erfüllte - Zusage, der Beklagten umgehend die revidierten Jahresrechnungen 2012 der

- 24 - Klägerin 1 und der A1._____ AG zuzustellen. Die Beklagte setzte der Klägerin 1 dafür eine Frist bis zum 6. Mai 2016 an (act. 15/49). Nach weiterer Mahnung antwortete E._____ namens der Klägerinnen am 11. Mai 2016 (act. 15/50) und argumentierte dabei insbesondere, man habe der Beklagten vorgeschlagen, die Jahresrechnungen so einzureichen, dass darin die Verluste von den Bruttoeinnahmen abgezogen würden, worauf die Beklagte aber bislang nicht eingegangen sei. Die Klägerin 1 sei zwar offen für weitere Gespräche, solche würden aber nur Sinn machen, „wenn klar ist, ob die A._____ -Medien aus der Verlustzone kommen“. Die Beklagte antwortete der Klägerin mit Schreiben vom 24. Mai 2016 (act. 15/51) und erklärte, dass es „klarerweise tarifwidrig“ wäre, wenn der Klägerin 1 gestattet würde, die Verluste von den Einnahmen abzuziehen. Dies würde zu einer Besserstellung der Klägerin 1 gegenüber allen anderen Sendern führen. Das Bruttoprinzip gelte nämlich für alle. Nachdem die Klägerin 1 zweimal Zusagen, Unterlagen offenzulegen, nicht eingehalten habe, sei die Beklagte nicht länger bereit zuzuwarten. Die Beklagte setzte der Klägerin 1 deshalb eine „allerletzte Frist“ im Sinne der Ziff. 41 G._____ 2011-2014/ Ziff. 40 G._____ 2005-2010 an, um die von der Beklagten zur

Einnahmendeklaration zur Verfügung gestellten Fragebogen für die Jahre 2010 bis 2014 vollständig und korrekt auszufüllen und diese - unter Beilage der Jahresrechnungen und detaillierter Kontoauszüge, aus denen die Einnahmen und Akquisitionskosten nachvollziehbar hervorgehen, bis zum 17. Juni 2016 an die Beklagte zu übermitteln. Für den Unterlassungsfall kündigte die Beklagte an, die erforderlichen Angaben zu schätzen, die Vergütungen gestützt auf diese Schätzungen zu berechnen und verdoppelt in Rechnung zu stellen (act. 15/51). Die Klägerin 1 habe auch diese von der Beklagten in ihren Schreiben vom 24. Mai 2016 angesetzte „allerletzte Frist“ zur vollständigen und korrekten Auskunftserteilung für die Jahre 2010 bis 2014 ungenutzt verstreichen lassen. Die Klägerin 1 behauptet nicht in rechtsgenügender Weise, sie habe die von der Beklagten verlangten Unterlagen eingereicht bzw. offengelegt. Sie macht aber geltend, dass die der Beklagten zugestellte Spartenerfolgsrechnung 2014 genüge. Die Beklagte habe deren Aussagekraft zu Unrecht in Frage gestellt. Die Beklagte habe es unterlassen, die Spartenerfolgsrechnungen inhaltlich einer genaueren Prüfung zu unterziehen; sie habe diese pauschal abgelehnt. Es habe gar

- 25 - keine Betriebsrechnungen der A1._____ AG für die Jahre 2010 - 2014 gegeben. Es gebe unter den Firmen A._____, A2._____ und A1._____ AG auch keine "Konzernstrukturen". Deshalb sei die von der Beklagten vertretene Auffassung, die Klägerin sei ihrer Auskunftspflicht nicht nachgekommen, weil sie gegenüber der Beklagten die Werbe- und Sponsoring Einnahmen, die sie über die A1._____ AG erwirtschaftet habe, nie offengelegt habe, falsch.

E. 3.3.3.2

Erfüllung Auskunftspflicht durch Spartenerfolgsrechnungen? Die „Spartenerfolgsrechnungen“ der Klägerin weisen lediglich zwei Ertragspositionen aus: Die Position „Erlöse aus Lieferungen und Leistungen“ und die Position „Gebührensplittung“, welche für die Klägerin 1 nicht von Relevanz ist und 0 beträgt (act. 15/44). Die „Spartenerfolgsrechnungen“ geben keinen Aufschluss darüber, wie sich diese Position „Erlöse aus Lieferungen und Leistungen“ zusammensetzt und welche gebührenrelevanten Einnahmen darin enthalten sind. Es ist auch nicht ersichtlich, ob und inwieweit die Einnahmen des Senders aus Werbung und Sponsoring in den Beträgen, die unter der Position aufgeführt werden, enthalten sind, und ob darin auch Einnahmen, welche allenfalls bei der Werbeakquisitionsfirma A1._____ AG eingingen, ausgewiesen werden.

- 26 - Dass die Beklagte sich vorliegend nicht mit dieser Spartenerfolgsrechnung (act. 15/44) begnügte und weitere Unterlagen bzw. Einsichtnahme in die Bücher verlangte, kann nicht beanstandet werden, sondern war durchaus gerechtfertigt. Dies umso mehr, als die Zahlen in den Spartenerfolgsrechnungen erheblich von den BAKOM-Jahresrechnungen abwichen und es nicht möglich war, die unterschiedlichen Zahlen der "Spartenerfolgsrechnungen" der Klägerin 1 (act.15/44) und der BAKOM-Jahresrechnungen (act. act. 15/55) zu erklären und in einen nachvollziehbaren Zusammenhang zu bringen. So hat die Klägerin 1 gegenüber dem BAKOM Einnahmenbeträge in einer ganz anderen Dimension gemeldet. In ihren Jahresberichten, die auf der Website des BAKOM öffentlich einsehbar sind (act. 15/55), weist die Klägerin 1 gegenüber dem BAKOM für das Jahr 2014 Einnahmen aus Werbung in der Höhe von CHF 4'907'398.-, aus Sponsoring CHF 719'939.- sowie übrige Erträge von CHF 429'178.- aus. Nach Abzug einer Erlösminderung von CHF 35'005.- ergibt sich ein Betriebsertrag von CHF 6'021'501.- (act. 15/55 S. 4). In der „Spartenerfolgsrechnung 2014“ werden jedoch nur CHF 1'970'274.- ausgewiesen. Diese

krassen Unterschiede lassen sich nicht erklären, zumal auch für die Bemessung der Gebühren nach G._____ die Bruttoeinnahmen der Klägerin 1 relevant sind. Es lässt sich daher nicht nachvollziehen, ob in der "Spartenerfolgsrechnung" alle "Erlöse aus Lieferungen und Leistungen", die gebührenrelevant sind, ausgewiesen wurden; die Beklagte hatte daher gute Gründe, um von der Klägerin 1 die Einreichung des von ihr zur Einnahmendeklaration zur Verfügung gestellten Fragebogens für die Jahre 2010 bis 2014 sowie weiterer Unterlagen zu verlangen, um nachzuprüfen, ob insbesondere sämtliche Werbe- und Sponsoring Einnahmen, auch diejenigen, welche allenfalls bei der A1._____ AG eingingen, gemeldet worden waren. Wie erwähnt gilt für die Bemessung der Gebühren nach G._____ das Bruttoprinzip auch für jene Sender, welche die Werbeakquisition ausgelagert haben. Darauf hat die Beklagte 1 die Klägerin wiederholt hingewiesen (z.B. act. 15/5).

- 27 - Auch der Umstand, dass sämtliche Spartenerfolgsrechnungen mit "plus/minus Null" abschliessen, fällt auf und erscheint aussergewöhnlich, was nach einer nachvollziehbaren Erklärung verlangt.

E. 3.3.3.3

Verzögerung bei Erstellung der Jahresabschlüsse? Die Klägerin 1 macht in der Widerklageduplik sodann geltend, die A._____ Medien Gruppe habe sich in der Zeit ab 2015 in einer Umorganisationsphase befunden (act. 40 S. 10). Es habe damals gar keine Betriebsrechnungen der A1._____ AG für die Jahre 2010 - 2014 gegeben. Die Aufwände und Erträge für die A._____ AG seien erst ab dem 1. Januar 2016 und erst noch rückwirkend ab dem Entscheid der Verwaltungsräte vom 17. Mai 2017 in die A1._____ AG gebucht worden. Diese Entscheide der Verwaltungsräte seien zur Rettung der beiden konzessionierten Unternehmen geschehen, welche jedes Jahr Verluste in Millionenhöhe produziert hätten (act. 21 S. 11). Zudem habe der langjährige Finanzchef I._____ die Gruppe verlassen. Dies habe zu Verzögerungen bei der Erstellung der Jahresabschlüsse 2015 und 2016 geführt. Gemäss der Darstellung der Klägerin 1 in der Widerklageduplik werden allerdings nur im Zusammenhang mit der Erstellung der Jahresabschlüsse 2015 und 2016 Verzögerungen erwähnt und nicht mit dem Jahresabschluss 2014 (act. 40 S. 10). Die Klägerin 1 unterlässt es sodann auch, näher zu substantiieren, wann sie gegenüber wem Probleme mit der Erstellung von Jahresabschlüssen kommuniziert habe. Sie hat für diese Behauptung auch keine Beweismittel angerufen, weshalb diese als unbewiesen zu gelten hat. Die vorliegenden Akten zeigen ein anderes Bild: In der Korrespondenz der Parteien fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin 1 gegenüber der Beklagten argumentierte, dass sie wegen Verzögerungen die von der Beklagten verlangten Jahresabschlüsse nicht hat einreichen können. Die Klägerin 1 argumentierte vielmehr mit Verlusten und finanziellen Schwierigkeiten und verlangte, dass diese bei den Jahresrechnungen zu berücksichtigen und Verluste von den Bruttoeinnahmen in Abzug zu bringen seien. So erklärte E._____ in seinem E-Mail vom 11. Mai 2016 (act. 15/50), man habe der Beklagten vorgeschlagen, die Jahresrechnungen so einzureichen, dass darin die Verlust-

- 28 - te von den Bruttoeinnahmen abgezogen würden, worauf die Beklagte aber bislang nicht eingegangen sei. Die Klägerinnen seien zwar offen für weitere Gespräche, solche würden aber nur Sinn machen, "wenn klar ist, ob die A._____ -Medien aus der Verlustzone kommen". Dass die Jahresabschlüsse aus organisatorischen Gründen nicht eingereicht werden könnten, wird hingegen nirgends festgehalten. Die Beklagte weist in ihrem Antwortschreiben vom 24. Mai 2016 klar darauf hin, dass für alle Sender, welche die

Werbeakquisition ausgelagert haben, das Brut- topprinzip gelte und mithin auch die bei den Vermarktungsfirmen anfallenden Ein- nahmen einzubeziehen seien (act. 15/51). Der Vorschlag der Klägerin, die Verlus- te von den Einnahmen abzuziehen, sei klarerweise tarifwidrig und könne nicht ak- zeptiert werden. Dies würde zu einer Besserstellung der Klägerin 1 gegenüber anderen Sendern führen. Nachdem die Klägerin 1 zweimal Zusagen, Unterlagen offenzulegen, nicht eingehalten habe, sei die Beklagte nicht länger bereit zuzu- warten. Die Beklagte setzte der Klägerin 1 deshalb eine „allerletzte Frist“ im Sinne der Ziff. 41 G._____ 2011-2014, um die von der Beklagten zur Einnahmendekla- ration zur Verfügung gestellten Fragebogen für die Jahre 2010 bis 2014 vollstän- dig und korrekt auszufüllen und diese - unter Beilage der Jahresrechnungen und detaillierter Kontoauszüge, aus denen die Einnahmen und Akquisitionskosten nachvollziehbar hervorgehen, - bis zum 17. Juni 2016 an die Beklagte zu übermit- teln (act. 15/51). Die Klägerin 1 behauptet nicht, sie habe auf diese „allerletzte Frist“ reagiert und beispielsweise darauf hingewiesen, dass die verlangten Unterlagen bei ihr auf- grund von Umstrukturierungen noch nicht vorhanden seien. Die klägerische Be- hauptung, es habe damals noch gar keine Betriebsrechnungen der A1._____ AG für die Jahre 2010 - 2014 gegeben, vermag das Verhalten der Klägerin 1 nicht zu rechtfertigen. Ob es für die Jahre 2010-2014 „Betriebsrechnungen“ der A1._____ AG gab oder nicht, ist vorliegend auch nicht von entscheidender Bedeutung. Selbst wenn es diese nicht gab, war die Klägerin 1 verpflichtet, der Beklagten im dafür vorgesehenen Fragebogen über sämtliche gebührenrelevanten Einkünfte detailliert Auskunft zu erteilen. Im Fragebogen gibt es auch eine Rubrik für fremdaquirierte Einnahmen. Falls damals keine Einnahmen bei der A1._____ AG

- 29 - eingingen, hätte dies im Fragebogen ausdrücklich deklariert und bei den fremdaquirierten Einnahmen eine Null eingesetzt werden müssen. Dieser Verpflichtung ist die Klägerin 1 nicht nachgekommen. Sie ist der Aufforde- rung der Beklagten (act. 15/46), die tarifrelevanten Einnahmen für die Jahre 2010 bis 2014 vollständig mittels des von der Beklagten dafür geschaffenen Fragebo- gens zu deklarieren und diese Zahlen durch die detaillierten Betriebsrechnungen der Klägerin 1 (analog der BAKOM-Jahresrechnung 2012) zu belegen, nicht ge- folgt. Die Klägerin 1 hat der Beklagten für das Jahr 2014 weder den Fragebogen noch ihre eigene detaillierte Jahresrechnung eingereicht.

E. 3.3.3.4

Zwischenfazit Für die Beklagte bestanden gute Gründe, von der Klägerin 1 detaillierte Auskünfte über ihre Einkünfte mittels des dafür vorgesehenen Fragebogens sowie zusätzli- che Unterlagen zu verlangen, um zu überprüfen, ob in der Spartenerfolgsrech- nung sämtliche Einnahmen, die gebührenrelevant sind, ausgewiesen werden, und ob insbesondere sämtliche Werbe- und Sponsoring Einnahmen, auch diejenigen, welche allenfalls bei der A1._____ AG eingingen, darin enthalten sind. Die Klägerin 1 hat ihre tariflichen Mitwirkungspflichten insoweit verletzt, als sie weder eine Deklaration der Einnahmen mittels dafür vorgesehenen Fragebogens vorgenommen hat noch der Beklagten die verlangten Jahresrechnungen offenge- legt hat, obwohl die Beklagte ausdrücklich und wiederholt danach verlangt hatte, noch die Einsichtnahme in die Bücher des Senders und der A1._____ AG ge- währte.

E. 3.3.3.5

Rechnungsjahr 2015 Die Beklagte macht geltend, die Klägerin 1 habe für das Rechnungsjahr 2015 gar keine Auskünfte erteilt. Die Klägerin 1 bestreitet, für das Jahr

2015 keine Auskünfte erteilt zu haben (act. 40 S. 10). Sie unterlässt es indessen, in rechtlich genügender Weise darzutun,

- 30 - wann sie in welcher Form gegenüber wem welche einzelnen Auskünfte über ihre gebührenrelevanten Einnahmen erteilt hat. Mit Schreiben vom 27. April 2016 ersuchte die Beklagte die Klägerin 1 um Zusendung der zur Erstellung der Schlussrechnung 2015 erforderlichen Unterlagen bis Ende Mai 2016 (act. 15/61). Nach ungenutzter Frist mahnte die Beklagte sie mit Schreiben vom 2. September 2016 und setzte ihr eine 20-tägige Nachfrist. Gleichzeitig machte sie auf die tariflich für den Fall anhaltender Nichterfüllung vorgesehene Möglichkeit einer Schätzung und Verdoppelung aufmerksam (act. 15/63). Mit Schreiben vom 28. November 2016 (act. 15/65) wies die Beklagte die Klägerin 1 darauf hin, dass die zur Erstellung der G.____-Schlussrechnungen für das Jahr 2015 erforderlichen Auskünfte nach wie vor nicht erteilt seien und forderte sie letztmals auf, bis spätestens am 12. Dezember 2016 vollständige und korrekte Angaben für das Jahr 2015 einzureichen. Auch diese Frist blieb unbenützt. Für das Jahr 2015 fehlten mithin sowohl eine Meldung der gebührenrelevanten Einnahmen als auch Belege für die Einkünfte. Die Klägerin 1 hat daher auch bezüglich dem Rechnungsjahr 2015 ihre tariflichen Pflichten verletzt.

E. 3.3.3.6

Rechnungsjahr 2016 Für das Jahr 2016 hat die Klägerin 1 nach mehreren Aufforderungen (act. 15/71 und 15/73) den Fragebogen, den die Beklagte den Sendern zur Deklaration der für die Schlussabrechnungen relevanten Angaben zur Verfügung stellt, teilweise ausgefüllt retourniert (act. 3/10). Die Beklagte hat die Klägerin 1 unmittelbar nach Erhalt dieser Fragebogen mit Schreiben vom 2. November 2014 darauf hingewiesen, dass damit den tariflichen Anforderungen nicht Genüge getan sei, weil die im Fragebogen gemachten Angaben einerseits unvollständig, andererseits - was die Werbeeinnahmen betreffe - offensichtlich falsch seien; es fehlten die gesamten Werbeeinnahmen (Schreiben der Beklagten vom 2. November 2017, act. 3/14). Sie forderte die Klägerin 1

- 31 - letztmalig auf, ihre revidierte Bilanz und Betriebsrechnung sowie diejenige der A1.____ AG bis spätestens 24. November 2017 einzureichen (act. 3/14). Die Klägerin 1 hat im Fragebogen (act. 3/10) fremdaquirierte Werbeeinnahmen von brutto CHF 2'552'000 ausgewiesen, Sponsoringeinnahmen inklusive (act. 3/10), deklariert. Sie hat die im Fragebogen gemachten Angaben jedoch trotz entsprechender Aufforderung der Beklagten nicht anhand von Bilanz und Betriebsrechnung belegt. Im vorliegenden Prozess verweist sie lediglich darauf, dass die deklarierten Zahlen dem der BAKOM für das Jahr 2016 gemeldeten Betriebsertrag entsprechen würden (act. 32 S. 17). Anders als in den Vorjahren hat die Beklagte jedoch nicht auf den BAKOM-Jahresbericht 2016 abgestellt. Sie begründet dies damit, dass der Betrag im BAKOM-Jahresbericht 2016 deutlich unter jenem liege, den die Klägerin 1 in den Vorjahren im BAKOM-Jahresbericht ausgewiesen habe (act. 15/55, Seite 4; 15/83 S. 4): 2014 2015 Werbeeinnahmen CHF 4'907'389.- CHF 5'110'339.- Sponsoringeinnahmen CHF 719'939.- CHF 548'217.- übrige Erträge CHF 429'178.- CHF 686'762.- Da sich weder der Programm-Mix noch der Programm-Umfang im Jahr 2016 im Vergleich zu den Vorjahren verändert habe, liege die Vermutung nahe, dass die von der Klägerin 1 für das Jahr 2016 gegenüber dem BAKOM ausgewiesenen Ertragszahlen nicht die tatsächlichen Verhältnisse widerspiegeln und daher keine verlässliche Grundlage für die gebotene Schätzung darstellen. Vom zeitlichen Ablauf her sei es möglich, dass die von der Klägerin 1 vollzogene Änderung ihrer „Deklarationspraxis“

gegenüber dem BAKOM damit zusammenhänge, dass die Beklagte im Zusammenhang mit den Mitte 2016 erstellten Schlussrechnungen 2010-2014 auf die öffentlich verfügbaren BAKOM-Jahresberichte abgestellt habe. Mangels anderer verlässlicher Informationen habe die Beklagte bei ihrer Schät-

- 32 - zung auch für das Jahr 2016 auf die im BAKOM-Jahresbericht 2015 deklarierten Ertragszahlen abgestellt. Der Einnahmenrückgang in den BAKOM-Jahresberichten bleibt in der Tat unerklärlich. Es fehlen Anhaltspunkte für Umstände, welche einen solchen Einnahmenrückgang erklären könnten. Auch die Klägerin 1 unterlässt es, dafür eine Erklärung zu liefern. Sie verweist aber auf Folgendes (act. 32 S. 17): " Die B. _____ überlegt offensichtlich keinen Moment, dass es auch genau umgekehrt gewesen sein könnte, dass nämlich die BAKOM-Zahlen durch den Leiter Finanzen seit 2009 deutlich zu hoch eingesetzt worden sind. Passend zum bisherigen Verhalten macht dann die Beklagte noch die Unterstellung, dass die «Änderung der Deklarationspraxis mit den B. _____-Schlussrechnungen zusammenhängen könnte». Abgesehen davon, dass die Beklagte schon jahrelang weiss, dass die Klägerin nicht Einnahmen «versteckt» oder «verschwinden lässt», sondern nachdem die hohen Ausgaben für die versprochene Einhaltung des Service Public regional zum Gesamtdefizit der Klägerin und der A2. _____ von CHF 20 Mio. geführt haben, ist es wohl klar, dass das BAKOM sicher nicht die tieferen Zahlen akzeptiert und veröffentlicht hätte, wenn die Aufsichtsbehörde über die privaten Radio- und Fernsehveranstalter Hinweise auf falsche Deklarationen gehabt hätte." Für diese Behauptung hat die Klägerin allerdings keine Beweismittel genannt. Letztlich ist es auch nicht entscheidend, ob die Angaben im BAKOM-Jahresbericht 2016 zutreffend waren oder nicht. Angesichts der erheblichen Unterschiede zwischen den in den BAKOM-Jahresberichten deklarierten Einkünften ist es durchaus nachvollziehbar, wenn die Beklagte von der Klägerin 1 weitere Auskünfte und insbesondere eine revidierte Bilanz und Betriebsrechnung der Klägerin 1 und der A1. _____ AG verlangte (act. 3/14). Die Klägerin 1 war gemäss Art. 51 Abs. 1 URG sowie Ziff. 25 f. G. _____ 2015-2019 verpflichtet, die von der Beklagten geforderten Unterlagen zu liefern. Wenn sie dieser Aufforderung nicht nachkam, durfte die Beklagte androhungsgemäss die relevanten Einnahmen 2016 schätzen.

- 33 -

E. 3.3.4

Zwischenfazit Es ergibt sich somit, dass die Klägerin 1 ihre tariflichen Mitwirkungspflichten bezüglich der hier relevanten Rechnungsjahre 2014 bis 2016 insoweit verletzt hat, als sie der Beklagten weder die verlangten Jahresrechnungen offengelegt hat, obwohl die Beklagte ausdrücklich und wiederholt danach verlangt hatte, noch die Einsichtnahme in die Bücher des Senders und der A1. _____ AG gewährte. Die Klägerin 1 hat sich somit zu Unrecht geweigert, ihren tariflichen Auskunftspflichten nachzukommen. Damit hat sie gegen die tariflichen Bedingungen der Nutzung des Musik-Repertoires verstossen. Vorliegend ist daher davon auszugehen, dass die Kündigung der Lizenz durch die Beklagte dazu diente, die tariflich festgesetzten Bedingungen gegenüber der Klägerin 1 durchzusetzen. Unter diesen Umständen ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung statthaft, dass eine Verwertungsgesellschaft einem Nutzer die Sendeerlaubnis verweigert. Eine rechtsmissbräuchliche Kündigung oder ein Missbrauch der Monopolstellung der Beklagten ist daher nicht erstellt.

E. 3.4

Weitere Einwendungen der Klägerin 1

E. 3.4.1

Verbot erst nach rechtskräftigem Urteil über Gebühren? Die Klägerin macht sodann geltend, die Beklagte hätte vor dem Aussprechen des Verbots ihrerseits eine Forderungsklage einreichen müssen. Bis zu deren rechtskräftiger Beurteilung sei sie nicht befugt gewesen, ein solches Verbot zu erlassen. Eine Rechtsvorschrift, wonach die Beklagte einem Nutzer erst nach rechtskräftiger Entscheidung über die geschuldeten Gebühren die Nutzung des Musik-Repertoires verbieten darf, besteht nicht. Unter den vorliegenden Umständen kann auch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten darin erblickt werden, dass sie ein Verbot ohne rechtskräftiges Urteil über die Gebühren ausgesprochen hat. Trotz wiederholter Aufforderungen und Mahnungen hat es die Klägerin 1 unterlassen, die für die Berechnung der Gebühren notwendigen Auskünfte

- 34 - zu erteilen. Diese wollte die Auskunftserteilung von unzulässigen Bedingungen abhängig machen, nämlich davon, dass ihre Verluste von den Einnahmen in Abzug gebracht werden dürfen (Mail vom 11.05.2016, act. 15/50). Eine solche Bedingung ist nicht statthaft und entspricht nicht dem G._____. Ein Sendeverbot erscheint vorliegend auch nicht als unverhältnismässig. Wie erwähnt hat die Klägerin 1 die tariflichen Vorgaben während mehrerer Jahre verletzt und die Aufforderungen und Mahnungen der Beklagten weitgehend ignoriert. Auch dieser Einwand der Klägerin 1 ist somit unbegründet.

E. 3.4.2

Defizitärer Betrieb der Klägerin 1 Die Klägerin 1 moniert sodann, die Beklagte habe unberücksichtigt gelassen, dass sie, die Klägerin 1, "rote Zahlen" schreibe. Weder das URG noch der anwendbare G._____ sehen jedoch vor, dass für defizitäre Sender andere Massstäbe bei der Vergütungsberechnung Anwendung finden. Nur wenn die jährlichen Einnahmen den Betrag von CHF 700'000.00 nicht übersteigen, können gemäss Ziff. 13.3 G._____ 2011-2014/2015-2019 "finanzschwache" (Radio-)Sender allenfalls von einem 10-Prozentrabatt profitieren. Diese Bestimmung kommt vorliegend jedoch nicht zur Anwendung, da die Klägerin 1 Einnahmen von deutlich mehr als CHF 700'000.- erwirtschaftet. Auch das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 45 Abs. 2 URG würde es verbieten, gegenüber der Klägerin 1 bei defizitärem Betrieb auf die tarifgemässe Vergütungsberechnung und Auskunftserteilung zu verzichten. Die Beklagte muss den Tarif gegenüber sämtlichen Nutzern durchsetzen (DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Basel 2012, S 144).

E. 3.4.3

Verstoss gegen Gleichbehandlungsgebot nach Art. 45 Abs. 2 URG? Die Klägerin 1 wirft in ihren Rechtsschriften die Frage auf, ob einzelne Sender bevorteilt behandelt werden. Ein möglicher Unterschied sei die Behandlung von Gegengeschäften, welche bei den Konzerngesellschaften der Verleger gemäss dem Merkblatt zur Mehrwert-

- 35 - steuer bei Gegengeschäften abgerechnet werden dürften (act. 21 S. 12). Während bei Medienpartnerschaften Rabatte von 60 - 80% des Bruttopreises gewährt werden dürften, werde für konzerninterne Gesellschaften/Produkte eine Rabattierung von bis zu 90% akzeptiert (Merkblatt ESTV vom 14. August 2006 betreffend Behandlung von Verrechnungsgeschäften in der Medienbranche act. 22/10). Die Klägerin 1 unterlässt es

konkret darzulegen, inwiefern das Merkblatt ESTV vom 14. August 2006 betreffend Behandlung von Verrechnungsgeschäften in der Medienbranche (act. 22/10) einen Einfluss auf die vorliegende Streitsache hat. Die Klägerin 1 behauptet insbesondere nicht, dass sie Einnahmen aus solch ra- battierten Verrechnungsgeschäften gemacht habe. Die Beklagte hat sodann durch Urkunden nachgewiesen (act. 38/96 und act. 38/97), dass sie vom Merkblatt der ESTV abweicht und für Medienpartnerschaften Rabatte von maximal 50 Prozent akzeptiert, und zwar unabhängig davon, ob die Medienpartnerschaft mit einer Konzerngesellschaft oder einer Dritten eingegangen werde. Es fehlen daher Anhaltspunkte für eine Besserstellung von Konzerngesellschaften durch die Be- klagte. Im Übrigen hat die Klägerin 1 weder substantiiert dargelegt noch belegt, dass sie konkret von der Beklagten gegenüber Konzerngesellschaften benachtei- ligt wurde. Dies gilt auch in Bezug auf die Behauptung der Klägerin 1, die Beklagte habe "mit anderen Sendern günstigere Abmachungen betreffend die Vergütung" getroffen und damit das in Art. 45 Abs. 2 URG statuierte Gleichbehandlungsgebot verletzt. Dies wird von der Beklagten bestritten. Da die Klägerin 1 ihre Behauptung in keiner Weise substantiiert und auch nicht belegt, erweist sich auch dieser Einwand als unbegründet. Ferner macht die Klägerin 1 geltend, die von der Beklagten vorgenommenen Schätzungen würden dem Gleichbehandlungs- und Angemessenheitsgebot zuwi- derlaufen. Wie dargelegt wurde, ist die Klägerin 1 ihren vertraglichen, tariflichen und gesetz- lichen Auskunftspflichten gegenüber der Beklagten nicht nachgekommen. Dies

- 36 - hat zur Folge, dass Schätzungen nötig wurden. Die Klägerin 1 kann keine Gleich- behandlung mit Sendern verlangen, die ihren Verpflichtungen nachgekommen sind. Die Klägerin 1 verweist schliesslich auch auf die systematische Benachteiligung gegenüber marktbeherrschenden Multimedia-Anbietern hin (act. 21 S. 13), welche durch eine Studie der J._____ AG "Wettbewerbsvoraussetzungen ..." (act. 22/11) bestätigt werde. Die Studie zeige im Beispiel "K._____ [Markt]" auf, wieso Veran- stalter wie A._____ und A2._____ systematisch kommerziell benachteiligt seien und - wegen der Verpflichtung den Leistungsauftrag zu erfüllen - gar nicht ohne Verluste arbeiten könnten. Dass Sender wie die Klägerin 1 mit wirtschaftlich schwierigen Rahmenbedingun- gen zu kämpfen haben, dürfte wohl zutreffen, ist aber nicht von der Beklagten verschuldet. Dies entbindet die Klägerin 1 nicht von ihrer Auskunftspflicht und der Bezahlung der G._____ Vergütung. Die Beklagte hat sich an den G._____ Tarif zu halten und ist nicht frei, im Einzelfall aufgrund schwieriger Rahmenbedingun- gen davon abzuweichen. Abschliessend ist festzuhalten, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsge- bots durch die Beklagte nicht nachgewiesen ist.

E. 3.5

Zusammenfassung Hauptklage Die Klägerin 1 unterlässt es, im Einzelnen ein Recht bzw. Rechtsverhältnis nach- zuweisen, das sie zur Nutzung des B._____ -Repertoires nach dem 1. April 2018 berechtigt. Insbesondere legt sie nicht dar, woraus sie dieses Recht ableitet. Der Klägerin 1 ist es daher nicht gelungen, für die Zeit ab April 2018 ein Recht zur Nutzung des B._____ -Repertoires nachzuweisen. Dabei geht es insbesondere um das Senden (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Art. 22 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) und das Vervielfältigen zu Sendezwecken (Art. 24b Abs. 1 und Art. 22c Abs. 2 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG).

- 37 - Die Klägerin 1 hat die von ihnen erwirtschafteten tarifrelevanten Einnahmen - trotz wiederholter Aufforderungen, Mahnungen und Aufklärungsbemühungen durch die

Beklagte - nicht vollständig und korrekt offengelegt und damit ihre gesetzlichen und tariflichen Auskunftspflichten bezüglich der Rechnungsjahre 2014 bis 2016 verletzt. Unter diesen Umständen war es statthaft, dass die Beklagte der Klägerin 1 die Sendeerlaubnis verweigerte. Es lag keineswegs eine grundlose Verweigerung der Sendeerlaubnis und damit auch kein Missbrauch der Monopolstellung der Beklagten vor. Die Verweigerung bzw. die Kündigung einer Lizenz durch die Beklagte war zulässig, um die tariflich festgesetzten Bedingungen gegenüber den Nutzern durchzusetzen (BGE 133 III 568, E. 5.6 mit Verweis auf die Botschaft 2006, a.a.O., S. 3432). Dies führt zur Abweisung der urheberrechtlichen Feststellungsklage.

E. 4

Widerklage

E. 4.1

Parteidarstellungen Die Beklagte fordert widerklageweise, dass die Klägerin 1 die offenen Schlussrechnungen samt Verzugszinsen bezahlt. Die Klägerin 1 schulde der Beklagten für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in den Jahren 2014 bis 2016 die folgenden widerklageweise geltend gemachten Rechnungsbeiträge und Verzugszinsen: Die in Rechnung gestellten Vergütungen basierten - wie tariflich vorgesehen - auf geschätzten Angaben und seien betragsmässig verdoppelt worden, nachdem die Klägerin 1 ihren gesetzlichen und tariflichen Auskunftspflichten in den Rechnungsjahren 2014 bis 2016 nicht vollständig nachgekommen sei. Deshalb fehlten

- 38 - der Beklagten Informationen, die zur Berechnung der Vergütungshöhe erforderlich gewesen wären. Auch nach Zustellung der Schlussrechnungen habe es die Klägerin 1 unterlassen, innert 30 Tagen seit der Zustellung vollständige und korrekte Angaben nachzuliefern. Aufgrund der im G._____ enthaltenen Genehmigungsfiktion hätten die hier relevanten Schlussrechnungen für die Jahre 2014 bis 2016 als von der Klägerin 1 anerkannt zu gelten. Die Klägerin 1 bestreitet, die fraglichen Schlussrechnungen genehmigt zu haben. Mit Schreiben vom 29. Juli 2016 habe E._____ klar festgehalten, dass die von der Beklagten gemachten Schätzungen falsch seien und anderslautende Schlussrechnungen 2010 - 2014, bzw. solche, die nicht auf den von den Klägerin 1 eingereichten Angaben basierten, nicht akzeptiert würden. Eine weitere Reaktion sei somit nicht mehr nötig gewesen. Eine Genehmigung der Schlussrechnungen 2010 - 2014 sei nicht erfolgt. Ebenso sei die Behauptung falsch, dass die Klägerin 1 auf den Versand der Schlussrechnungen 2015 bis 2016 überhaupt nicht reagiert habe. Die beiden Rechnungen datierten zwar vom 21. Dezember 2017. Die Klägerin 1 habe aber die Haltung der Beklagten bereits vorher gekannt und mit ihrem Schreiben vom 20. Dezember 2017 ihre Gegenhaltung klar kommuniziert. Eine weitere Reaktion sei somit nicht mehr notwendig gewesen. Eine Genehmigung der Schlussrechnungen 2015 und 2016 sei nicht erfolgt.

E. 4.2

Würdigung Gemäss Art. 59 Abs. 3 URG sind rechtskräftig genehmigte Tarife für die Gerichte verbindlich. Diese Vorschrift dient der Rechtssicherheit: Sie soll verhindern, dass ein von der Schiedskommission – und gegebenenfalls auf Beschwerde hin vom BVGer bzw. vom BGer – gutgeheissener Tarif in einem Forderungsprozess gegen einen zahlungsunwilligen Werknutzer erneut in Frage gestellt werden kann. Den Zivilgerichten ist es daher verwehrt, einen rechtskräftig genehmigten Tarif erneut auf seine Angemessenheit hin zu prüfen; sie sind an das Ergebnis des Genehmigungsverfahrens gebunden (BGer

4A_382/2019 vom 11. Dezember 2019 E. 3.3.2.; BGE 140 II 483 ff. E. 5.2, "Tarif A Radio").

- 39 - In den Tarifen der Verwertungsgesellschaften wird regelmässig nicht nur das Entgelt für die Nutzung der der Verwertungsgesetzgebung unterstehenden Rechte festgelegt, sondern insbesondere auch die Auskunftspflichten der Nutzer bzw. die Modalitäten der Rechnungsstellung (BGer 4A_382/2019 vom 11. Dezember 2019 E.3.2.2.; ;E. BREM / V. SALVADÉ / G. WILD, in: B.K. Müller / R. Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Bern 2012, URG 46 N 2; V. SALVADÉ, in: J. de Werra/ P. Gilliéron [éd.], Commentaire romand, Propriété intellectuelle, Bâle 2013, LDA 46 N 3).

E. 4.2.1

Schätzung der gebührenrelevanten Einnahmen Ziff. 41 G._____ 2011-2014 bzw. Ziff. 43 G._____ 2015-2019 sehen vor, dass die Beklagte die "Angaben" welche für die Bemessung der Vergütung relevant sind, schätzen kann, wenn die "Verzeichnisse und Meldungen auch nach einer schriftlichen Mahnung nicht innert einer Nachfrist eingereicht" werden. Wie erwähnt ist vorliegend davon auszugehen, dass die Klägerin 1 ihre Auskunftspflichten gemäss dem G._____ namentlich bezüglich der hier relevanten Rechnungsjahre 2014 bis 2016 verletzt hat. Die Beklagte hat die Klägerin 1 immer wieder auf die Möglichkeit der schätzungsweisen Ermittlung der tarifrelevanten Einnahmen hingewiesen. Die Beklagte konnte daher die fehlenden Angaben schätzen und die Vergütung auf Basis dieser Schätzung in Rechnung stellen (Ziff. 41 G._____ 2011-2014/Ziff. 40 G._____ 2005-2010). Für ihre Schätzungen hat die Beklagte für die Jahre 2014 und 2015 auf den öffentlich zugänglichen BAKOM-Jahresbericht 2014 bzw. 2015 abgestellt, was durchaus nachvollziehbar ist, nachdem diese Informationen von der Klägerin 1 selbst stammen. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte bei der Einschätzung das ihr zustehende Ermessen überschritten hat. Für das Jahr 2016 hat die Beklagte auf den BAKOM-Jahresbericht 2015 abgestellt. Wie erwähnt sind die im BAKOM-Jahresbericht 2015 ausgewiesenen Einkünfte erheblich tiefer als die Einkünfte, die in den BAKOM-Jahresbericht der Vorjahre ausgewiesen wurden. Dieser Einnahmerückgang bleibt unerklärlich. Auch

- 40 - die Klägerin 1 unterlässt es, dafür eine Erklärung zu liefern und zu belegen. Sie weist einzig darauf hin, "dass es auch genau umgekehrt gewesen sein könnte, dass nämlich die BAKOM-Zahlen durch den Leiter Finanzen seit 2009 deutlich zu hoch eingesetzt worden sind (act. 32 S. 17). Für diese Behauptung hat die Klägerin allerdings keine Beweismittel genannt. Da die Klägerin 1 der Aufforderung der Beklagten, die von dieser geforderten Unterlagen zu liefern, nicht nachkam, durfte die Beklagte androhungsgemäss die relevanten Einnahmen 2016 gestützt auf Ziff. 41 G._____ 2011-2014 bzw. Ziff. 43 G._____ 2015-2019 schätzen. Dass die Beklagte dabei auf den BAKOM-Jahresbericht 2015 abgestellt hat, ist nicht zu beanstanden.

E. 4.2.2

Verdoppelung In ihren Schlussrechnungen hat die Beklagte sodann einen sog. Verletzungszuschlag im Sinne von Ziff. 19 G._____ 2011-2014 bzw. Ziff. 20 G._____ 2015-2019 erhoben. Zur Begründung der Verdoppelung macht die Beklagte geltend, es sei davon auszugehen, dass die Klägerin 1 ihre Auskunftspflichten bezüglich der Rechnungsjahre 2014 bis 2016 verletzt habe und den wiederholten Aufforderungen und Mahnungen der Beklagten nicht nachgekommen sei. Da die Klägerin 1 von der Beklagten

wiederholt über ihre Auskunftspflichten aufgeklärt worden sei, sei auch anzunehmen, dass die Verletzung der Auskunftspflichten absichtlich oder zumindest grobfahrlässig erfolgt sei. Auch das wiederholte Androhen der Verdoppelung habe die Klägerin 1 nicht dazu bewegen können, ihren Auskunftspflichten nachzukommen. In Literatur und Rechtsprechung wird die Verdoppelung der Vergütung unter dem Begriff Verletzerzuschlag erörtert (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., URG 60 N 30; BGer 2A_539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6a betr. Tarif S, in: sic! 1998, 38; R.M. JENNY, Zum Verletzerzuschlag im schweizerischen Urheberrecht, in: sic! 2004, 653; R.M. JENNY, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen. Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 2005, 94 f.).

- 41 - Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit einer Verdoppelung der Lizenzgebühr im Jahr 1996 zunächst ausdrücklich offen gelassen (BGE 122 III 463 ff.). Unter anderem wurde erörtert, dass ein pauschaler Verletzerzuschlag "allgemeinen Prinzipien der Schadens- und Ersatzbemessung" widerspreche und dazu führe, dass "ein pönales Element im Sinn von "punitive damages" in das geltende Recht eingeführt" würde (BGE 122 III 467). Nur ein Jahr später hat das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid allerdings eine im G._____ vorgesehene doppelte Lizenzgebühr als zulässig anerkannt (BGer 2A_539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6a betr. Tarif S, in: sic! 1998, 38). Als Begründung wurde ausgeführt: "Diese sind nicht zu beanstanden, entsteht den Verwertungsgesellschaften dadurch doch ein erhöhter Verwaltungsaufwand. Dessen Abgeltung kann im Rahmen eines Tarifs, der gerade die Bedingungen umschreibt, unter denen Urheberrechte oder Leistungsschutzrechte genutzt werden dürfen, ohne Verletzung von Bundesrecht geregelt werden. Die genehmigte Lösung entspricht einer Abmachung, wie sie auch in vertraglichen Beziehungen sachgerecht getroffen werden können" (BGer 2A_539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6a betr. Tarif S, in: sic! 1998, 38). Die Verdoppelung wurde mithin vom Bundesgericht im Sinne einer privatrechtlichen Konventionalstrafe geschützt (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., URG 60 N 30; BGer 2A_539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6a betr. Tarif S, in: sic! 1998, 38; R.M. JENNY, Zum Verletzerzuschlag im schweizerischen Urheberrecht, sic! 2004, 653; R.M. Jenny, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen. Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 2005, 94 f.). Auch das Obergericht Zürich hat im Jahr 2008 einen Verletzerzuschlag geschützt (OGer ZH vom 1. Februar 2008, sic! 2008, 628 ff.). Mit dem Verletzerzuschlag solle eine Privilegierung der widerrechtlich Handelnden vermieden werden, weshalb viele Tarife von Verwertungsgesellschaften eine Verdoppelung der Vergütung vorsehen, wenn die erforderliche Bewilligung nicht eingeholt wurde (sic! 2008, S. 628 ff). Der Verletzerzuschlag wird in Literatur und Rechtsprechung somit einerseits als Sanktion für die Verletzung des Urheberrechts gesehen, andererseits aber auch als Abgeltung für einen erhöhten Verwaltungsaufwand.

- 42 - Die Beklagte begründet somit die Verdoppelung der Vergütung mit einer absichtlichen oder zumindest grobfahrlässigen Verletzung der Auskunftspflichten. Es stellt sich die Frage, ob eine Verletzung der Auskunftspflichten als Voraussetzung für eine Verdoppelung der G._____ Vergütungen genügt. Ziff. 20 G._____ 2015-2019 lautet wie folgt: e) Zuschlag im Falle von Rechtsverletzungen 20 Alle in diesem Tarif genannten Vergütungen werden verdoppelt, wenn - Musik ohne Bewilligung der B._____ verwendet wird. - wenn ein Sender absichtlich oder grobfahrlässig keine, unrichtige oder lückenhaften Angaben oder Abrechnungen liefert; die Verdoppelung wird auf die falschen, lückenhaften oder fehlenden

Angaben angewendet. 21 Die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadenersatzes bleibt vorbehalten. Ziff. 19 G._____ 2011-2014 hat den gleichen Wortlaut wie Ziff. 20 G._____ 2015- 2019. An erster Stelle wird das Verwenden von Musik ohne Bewilligung der B._____ als Rechtsverletzung erwähnt. In einem solchen Fall liegt eine Verletzung des Urheberrechtes bzw. der verwandten Schutzrechte vor. Gemäss BARRELET/EGLOFF soll mit dem Verletzerzuschlag eine Privilegierung der widerrechtlich Handelnden vermieden werden, weshalb viele Tarife von Verwertungsgesellschaften eine Verdoppelung der Vergütung vorsehen würden, wenn die erforderliche Bewilligung nicht eingeholt wurde (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., URG 60 N 30). Wenn der Verletzer in einem solchen Fall einzig befürchten müsste, dass er bei Entdeckung die Nutzungsgebühr nachzahlen müsste, so wären unrechtmässige Nutzer denjenigen gleichgestellt, die ein Werk rechtmässig nutzen, und dies auch nur unter der Voraussetzung, dass die betroffenen Rechtsinhaber von der Rechtsverletzung Kenntnis erhalten (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., URG 60 N 30). Um diese Privilegierung der widerrechtlich Handelnden zu vermeiden, sähen viele Tarife die Verdoppelung der Vergütung für jede Nutzung vor, für welche die erforderliche Bewilligung nicht eingeholt wurde (BARRELET/EGLOFF, a.a.O. URG 60 N 30).

- 43 - Nebst der Verwendung von Musik ohne Bewilligung der B._____ wird in Ziff. 20 bzw. 19 auch der Fall erwähnt: - wenn ein Sender absichtlich oder grobfahrlässig keine, unrichtige oder lückenhafte Angaben oder Abrechnungen liefert. Vorliegend stellt sich die Frage, ob auch die vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung administrativer Pflichten, insbesondere der Auskunftspflicht, genügt oder ob Ziff. 19 G._____ 2011-2014 bzw. Ziff. 20 G._____ 2015-2019 nur bei Verletzungen des Urheberrechts zur Anwendung kommt, wenn beispielsweise fehlende oder unrichtige Angaben mit dem Ziel erfolgen, keine oder zu tiefe Vergütungen zu leisten. Die Auslegung des Tarifs muss sich an den gesetzlichen Vorgaben orientieren. Darüber hinaus hat die Interpretation der einzelnen Bestimmungen danach zu erfolgen, wie der Adressat sie auf Grund ihres Wortlauts, ihrer Ratio und ihrer Systematik verstehen darf und muss. Die Folgen der Verletzung der Auskunftspflichten werden in Ziff. 40 - 41 G._____ 2011-2014 bzw. Ziff. 42 - 44 G._____ 2015-2019 unter dem Titel "Zuschlag im Falle von Rechtsverletzungen" geregelt. Primäre Konsequenz der Verletzung der Auskunftspflicht ist die Schätzung fehlender Angaben (Ziff. 41 G._____ 2011-2014 Ziff. 43 G._____ 2015-2019). Überdies wird in der gleichen Ziffer vorgesehen: " Die B._____ und/oder die D._____ kann überdies eine zusätzliche Vergütung verlangen von CHF 100.00 pro Monat. Diese wird im Wiederholungsfall verdoppelt. Vorbehalten bleiben die in Ziffer 20 (bzw. 19) genannten Massnahmen." Es stellt sich die Frage, weshalb in zwei verschiedenen Bestimmungen Zuschläge für Vertragsverletzungen vorgesehen wurden. Ziff. 41 bzw. 43 beziehen sich nur auf die Verletzung von Auskunftspflichten. Der Zuschlag dürfte wohl dazu dienen, den administrativen Mehraufwand abzugelten. Ziff. 19 bzw. 20 stehen unter dem Titel "Zuschlag im Falle von Rechtsverletzungen". Dies spricht dafür, dass Rechtsverletzungen mit dieser Bestimmung sankti-

- 44 - oniert werden sollen und es sich um einen sog. "Verletzerzuschlag" handelt. So sieht der erste Absatz eine Verdoppelung der Vergütung ausdrücklich für jede Nutzung vor, welche Musik ohne Bewilligung der B._____ verwendet und damit das Urheberrecht verletzt. Auch soweit ein Sender keine, unrichtige oder lückenhafte Angaben oder Abrechnungen liefert, kann dies mit der Absicht geschehen, für die nicht gemeldete Musik

keine Vergütung zu leisten bzw. aufgrund zu tiefer gemeldeter Einkünfte eine geringere Vergütung zu bezahlen. Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass ein Verletzerzuschlag dazu dienen soll, eine Privilegierung der widerrechtlich Handelnden zu vermeiden (vgl. BARRE-LET/EGLOFF, a.a.O. URG 62 N 19). Die Systematik des G._____ spricht somit dafür, dass für Rechtsverletzungen ein Zuschlag gemäss Ziff. 19 bzw. 20 erfolgen kann; Demgegenüber werden einfache Verletzungen der Auskunftspflicht gemäss Ziff. 41 G._____ 2011-2014 Ziff. 43 G._____ 2015-2019 geregelt und haben eine Schätzung und allenfalls einen Zuschlag gemäss dieser Bestimmung zur Folge. Letztlich kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob auch eine Verletzung der Auskunftspflicht - ohne gleichzeitige Verletzung des Urheberrechts - unter Ziff. 19 bzw. 20 fallen kann. Dass die Angaben über ihre Einkünfte unrichtig oder lückenhaft sind, hat die Beklagte nicht in genügender Weise dargetan. Sie hat zwar dargelegt, dass aufgrund der BAKOM Jahresberichte Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der Klägerin 1 bestehen. Dies genügt zwar vorliegend für eine Schätzung der Einkünfte der Klägerin 1, nicht aber für den Nachweis der Unrichtigkeit der gemeldeten Zahlen. Dafür, dass die Zahlen des BAKOMs richtig und die gemeldeten Zahlen falsch sind, hat die Beklagte keine Beweismittel (wie z.B. ein Buchhaltungsgutachten) genannt. Auch für das Jahr 2015 hat die Klägerin 1 die verwendeten Musikwerke gemeldet, es aber unterlassen, ihre Einkünfte zu melden. Sie bestreitet dies zwar, ohne jedoch zu substantiieren, wann in welcher Form gegenüber wem sie die gebührenrelevanten Einkünfte gemeldet hat. In den anderen Jahren hat sie zwar nicht alle von der Beklagten geforderten Unterlagen eingereicht, aber stets Einkünfte gemeldet. Insoweit erscheint es fraglich, dass die unterbliebene Meldung der Einkünfte 2015 absichtlich oder grobfahrlässig erfolgt ist. Die Klägerin 1 macht geltend, die A._____ Medien Gruppe habe sich in der Zeit ab 2015 in einer Umorganisationsphase befunden. Das Unternehmen habe jedes Jahr Verluste in Millionenhöhe produziert und es seien Umstrukturierungen erfolgt (act. 21 S. 11). Die Klägerin 1 habe deshalb der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt keine Buchhaltungsunterlagen vorlegen können (act. 40 S. 10). Zudem habe der langjährige Finanzchef I._____ die Gruppe verlassen. Dies habe zu Verzögerungen bei der Erstellung der Jahresabschlüsse 2015 und 2016 geführt (act. 40 S. 10). Entgegen der Behauptung der Klägerin 1 ist zwar nicht nachgewiesen, dass dies der Beklagten auch so kommuniziert worden war. Daraus ergibt sich indessen nicht ohne weiteres, dass die klägerische Behauptung, dass sie in den Jahren 2015 und 2016 aufgrund von Umstrukturierungen und personeller Probleme Probleme mit der Erstellung der Jahresabschlüsse gehabt habe, falsch ist. Der Klägerin 1 musste auch klar sein, dass ihr aus der Nichtmeldung von Einkünften des Jahres 2015 keine Vorteile entstehen konnten und die Beklagte sie trotz fehlender Meldung - wie angedroht - einschätzen wird. Es fehlt daher ein Nachweis dafür, dass die Klägerin 1 für das Jahr 2015 absichtlich oder grobfahrlässig keine, unrichtige oder lückenhafte Angaben oder Abrechnungen geliefert hat. Die Voraussetzungen für eine Verdoppelung der Vergütung bzw. von Teilen davon sind daher nicht gegeben.

E. 4.2.3

Genehmigungsfiktion? Liefert ein Nutzer die für die Rechnungsstellung erforderlichen Angaben nicht innert Frist, so erfolgt die Berechnung der geschuldeten Entschädigung aufgrund einer Schätzung. Der G._____ sieht in Ziff. 41 G._____ 2011-2014 bzw. Ziff. 43 G._____ 2015-2019 vor, dass aufgrund "geschätzter Angaben erstellte Rechnungen [...] allenfalls noch korrigiert werden können, wenn er [der Sender] innert 30 Tagen seit

Zustellung der Rechnung vollständige und korrekte Angaben nachliefert", ansonsten gälten die Rechnungen als anerkannt.

- 46 - Eine Verwertungsgesellschaft darf auf eine einmal eröffnete Einschätzung abstellen, soweit ihr die effektiven Einnahmen nicht gemeldet werden (BGer 4A_418/2007 vom 13. Dezember 2007, E. 8.3). Eine Korrektur der geschätzten Korrektur würde mithin eine Nachlieferung vollständiger und korrekter Angaben innert einer 30-tägigen Frist seit Zustellung der Rechnung voraussetzen. Eine solche Nachlieferung wird von der Klägerin 1 nicht behauptet. Unterbleibt eine solche, so bleibt es aufgrund Ziff. 41 G._____ 2011-2014 bzw. Ziff. 43 G._____ 2015-2019 bei einer Rechnungsstellung aufgrund geschätzter Einnahmen. Diese Genehmigungsfiktion bezieht sich allerdings nur auf die geschätzten Annahmen. Bleibt eine Nachmeldung aus, so bleibt es bei der Schätzung. Hingegen kann bei Stillschweigen nach Treu und Glauben nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der Sender bei Stillschweigen mit einer Verdoppelung der Vergütung einverstanden ist. Die Klägerin 1 behauptet nicht, sie habe innert einer 30-tägigen Frist seit Zustellung der Rechnungen der Beklagten die korrekten und vollständigen Angaben nachgeliefert. Es genügt nicht, wenn die Klägerin 1, vertreten durch E._____, der Beklagten bezüglich der Schlussrechnung 2014 (datierend vom 4. Juli 2016) mit Schreiben vom 29. Juli 2016 mitteilte, dass die von der Beklagten gemachten Schätzungen falsch seien und anderslautende Schlussabrechnungen 2010 - 2014, bzw. solche, die nicht auf den von der Klägerin 1 eingereichten Angaben basierten, nicht akzeptiert würden. Das gleiche gilt für das Schreiben der Klägerin 1 vom 20. Dezember 2017, mit welchem diese festhielt, sie sei mit der Höhe der geschätzten Einnahmen nicht einverstanden. Eine Bestreitung der Klägerin 1 der Rechnungen ohne korrekte Nachlieferung der relevanten Unterlagen hilft dieser nicht weiter. Spätestens innert einer 30-tägigen Frist seit Zustellung der Rechnung hätte die Klägerin 1 die korrekten und vollständigen Angaben nachliefern müssen. Die "Genehmigungsfiktion" beruht nicht auf dem Stillschweigen der Beklagten, sondern auf der fehlenden Nichtlieferung der verlangten Unterlagen. Bei Säumnis können die geschätzten Angaben nicht mehr korrigiert werden.

- 47 -

E. 4.3

Berechnungen der G._____-Vergütungen: Vorliegend ist somit von den aufgrund der Schätzungen der Beklagten in den Schlussabrechnungen vorgenommenen Berechnungen auszugehen, wobei die Verdoppelungszuschläge nicht zu berücksichtigen sind (act. 11/1-6)

E. 4.3.1

G._____-Schlussrechnung 2014 an die Klägerin 1 vom 4. Juli 2016 netto MwSt brutto 2014 Gesellschaft CHF CHF CHF Urheberrecht B._____ 254'188.60 6'354.72 260'543.32 verwandte D._____ 91'507.9 7'320.63 98'828.53 Schutzrechte Subtotal 345'696.50 13'675.35 359'371.85 ./ Akontozahlungen -160'324.80 Restbetrag 199'047.05 Die Klägerin 1 hat für das Jahr 2014 unter dem G._____ eine Vergütung von insgesamt CHF 359'371.85 (inkl. MWST) zu bezahlen, wovon nach Abzug der geleisteten Akontozahlungen von CHF 160'324.80 noch CHF 199'047.05 offen sind (act. 11/1).

E. 4.3.2

Die G._____-Schlussrechnungen für die Jahre 2015 netto MwSt brutto 2015 Gesellschaft CHF CHF CHF Urheberrecht B._____ 331'868.36 8'296.71 340'165.07

- 48 - verwandte D._____ 119'472.60 9'557.81 129'030.41 Schutzrechte Subtotal
451'340.95 17854.52 469'195.48 ./ Akontozahlungen -160'324.8 308'870.68 Restbetrag
Die Klägerin 1 hat für das Jahr 2015 unter dem G._____ eine Vergütung von ins- gesamt
CHF 469'195.48 (inkl. MWST) zu bezahlen, wovon nach Abzug der ge- leisteten
Akontozahlungen von CHF 160'324.80 noch CHF 308'870.68 offen sind (act. 11/3).

E. 4.3.3

Die G._____ -Schlussrechnungen für die Jahre 2016 netto MwSt brutto 2016 Gesellschaft
CHF CHF CHF Urheberrecht B._____ 353'992.84 8'849.82 362'842.66 verwandte D._____
127'437.40 10'194.99 137'632.39 Schutzrechte Subtotal 481'430.24 190'44.81 500'475.05 ./
Akontozahlungen -80'162.4 Restbetrag 420'312.65 Die Klägerin 1 hat für das Jahr 2016
unter dem G._____ eine Vergütung von ins- gesamt CHF 500'475.05 (inkl. MWST) zu
bezahlen, wovon nach Abzug der ge-

- 49 - leisteten Akontozahlungen von CHF 80'162.40 noch CHF 420'312.65 offen sind (act.
11/5).

E. 4.3.4

Verzugszins auf G._____ -Schlussrechnungen 2014 Die Beklagte verlangt Verzugszinsen
seit dem Ablauf der 30-tägigen, mit dem Rechnungsdatum beginnenden Zahlungsfrist, da es
sich um Verfalltage im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR handle. Befindet sich die Schuldnerin
einer Geldforderung in Verzug, so hat sie Verzugs- zinse zu 5 % pro Jahr zu bezahlen (Art.
104 Abs. 1 OR). In Verzug kommt sie grundsätzlich erst durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1
OR). Der Schuldner gerät oh- ne Mahnung in Verzug, wenn für die Erfüllung ein
bestimmter Verfalltag verabre- det wurde (Art. 102 Abs. 1 OR). Für die Vereinbarung eines
Verfalltages fehlen indessen genügende Anhaltspunk- te. Die ab Rechnungsdatum laufende
30-tägige Frist ist eine normale Zahlungs- frist und kein Verfalltag. Die Vergütung für das
Jahr 2014 wurde erstmals am 13. Oktober 2016 (act. 15/59) gemahnt. Der Verzugszins
beginnt daher mit der Zustellung dieser Mah- nung zu laufen. Die Vergütungen für die
Jahre 2015 und 2016 wurden erstmals am 15. März 2018 (act. 15/85 bzw. 15/86) gemahnt.
Der Verzugszins beginnt daher mit der Zustellung dieser Mahnung zu laufen.

E. 4.4

Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin 1 der Beklagten folgende
Beträge schuldet: • für das Jahr 2014: CHF 199'047.05 zuzüglich 5% Verzugszins ab 14.
Oktober 2016; • für das Jahr 2015: CHF 308'870.68 zuzüglich 5% Verzugszins ab 16. März
2018 und

- 50 - • für das Jahr 2016: CHF 420'312.65 zuzüglich 5% Verzugszins ab 16. März 2018 In
teilweiser Gutheissung der Widerklage ist daher die Klägerin 1 zu verpflichten, der
Beklagten folgende Beträge zu bezahlen: CHF 199'047.05 zuzüglich 5% Verzugszins ab 14.
Oktober 2016 und CHF 729'183.33 zuzüglich 5% Verzugszins ab 16. März 2018.

E. 5

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 5.1

Kostenstreitwert Bei einer bezifferten Klage bestimmt das Rechtsbegehren den Streitwert,
wobei Zinsen und Verfahrenskosten nicht hinzugerechnet werden (Art. 91 Abs. 1 ZPO).
Die Streitwerte von Klage und Widerklage werden zur Bestimmung des Kosten- streitwerts

zusammengerechnet, sofern sich diese nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Vorliegend beträgt der Streitwert der Hauptklage CHF 200'000.– und der Streitwert der Widerklage CHF 1'840'928.25. Diese Werte sind zusammenzurechnen, da sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Der Kostenstreitwert beträgt somit CHF 2'040'928.25

E. 5.2

Gerichtskosten

E. 5.2.1

Höhe Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§§ 2 Abs. 1 lit. c und d, 4 Abs. 2 GebV OG).

- 51 - Bei einem Streitwert von CHF 2'040'928.25 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr CHF 41'159.–. Der Aufwand für die Bearbeitung des Falls und die Schwierigkeit des Falls rechtfertigen die Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel (vgl. § 4 Abs. 2 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist deshalb auf CHF 54'860.– festzusetzen.

E. 5.2.2

Verteilung Die Verteilung der Gerichtskosten erfolgt nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Unter Berücksichtigung aller Umstände ist davon auszugehen, dass beide Parteien insgesamt ungefähr zu gleichen Teilen obsiegen bzw. unterliegen. Es rechtfertigt sich deshalb, die Gerichtsgebühren je zur Hälfte der Klägerin 1 und der Beklagten aufzuerlegen. Der Kostenanteil beider Parteien beträgt somit je CHF 27'430. Die Gerichtskosten sind jeweils mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die der Gegenpartei auferlegten Kosten ist der Partei das Rückgriffrecht auf die Gegenpartei einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin 1 hat einen Kostenvorschuss von CHF 12'500.– (CHF 9'000.– - CHF 3'500.– + CHF 7'000.–), die Beklagte einen solchen von CHF 52'200.– (CHF 42'000.– - CHF 3'500.– + CHF 13'700.–) geleistet. Die Kosten sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu decken, unabhängig davon, wer sie geleistet hat. Der Beklagten ist im Umfang der Differenz zwischen den der Klägerin auferlegten Kosten und der von dieser geleisteten Kostenvorschüsse (CHF 14'930.–) das Rückgriffrecht auf die Klägerin 1 einzuräumen.

E. 5.3

Parteientschädigungen Die Zusprechung einer Parteientschädigung richtet sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Keine Partei obsiegt vollständig. Da beide Parteien in etwa zur Hälfte obsiegen, sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

- 52 - Das Handelsgericht erkennt:

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