

Gerichtsstandsvereinbarungen und Verletzerzuschläge in verwertungsrechtlichen Tarifen*

Zur Privatautonomie im Rahmen staatsgeleiteter Selbstregulierung am Beispiel des URG

*von Andreas Abegg** und Mathis Berger****

I.	Fragestellung	2
II.	Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Rechtsnatur der Selbstregulierung	4
	A. Selbstregulierung im Rahmen von Privatautonomie oder Ermessen	4
	B. Die leading cases des Bundesgerichts	4
	C. Die grundsätzlich privatrechtliche Rechtsnatur der Selbstregulierung nach Urheberrechtsgesetz	6
III.	Erhöhte Privatautonomie bei direkter Beteiligung aller Nutzer	8
IV.	Tarifpflicht und Tarifangemessenheit: Schranken der Privatautonomie im Rahmen staatlich beeinflusster Selbstregulierung mit Drittwirkung	9
	A. Voraussetzungen staatlich beeinflusster Selbstregulierung im Allgemeinen	9
	B. Ist die Voraussetzung der materiellen Gesetzesgrundlage auf die Tarifautonomie nach URG anwendbar?	10
	C. Zwischenfazit: Zulässigkeit von Verletzerzuschlägen und Gerichtsstandsvereinbarungen in Tarifverträgen	12
	D. Exkurs: Interpretation der Tarifautonomie nach den Delegationsgrundsätzen	13
	E. Angemessenheit von Verletzerzuschlägen und Gerichtsstandsklauseln	15
V.	Fazit.....	16

* Publiziert in sic! - Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2/2009.
Die eckigen Klammern beziehen sich auf den jeweiligen Seitenbeginn der Druckversion.

** PD Dr. iur. LL.M. Rechtsanwalt, Zürich.

*** Dr. iur. Rechtsanwalt, Zürich.

I. Fragestellung

Das schweizerische Urheberrecht sieht vor, dass die Verwertungsgesellschaften für die von ihnen einforderten Vergütungen Tarife aufstellen und darüber mit den massgebenden Nutzerverbänden verhandeln. Diese ausgehandelten Tarifverträge werden sodann infolge eines Genehmigungsverfahrens für die entsprechenden Nutzer verbindlich (Art. 46 URG). Dabei stellt sich die Frage nach der *Tarifautonomie, d. h. in welchem Rahmen die Vertragspartner den Inhalt der Tarifregelungen frei gestalten können*. Mit Blick auf die strukturellen Probleme der Verwertungsgesellschaften bei der Einziehung von Klein- und Kleinstbeträgen ist insbesondere von Interesse, ob und in welchem Umfang diesbezüglich Regelungen wie etwa Konventionalstrafen (respektive sogenannte Verletzerzuschläge) oder eine Gerichtsstandsvereinbarung im Rahmen der Tarifverträge möglich sind.

Diese Frage, in welchem Umfang den Parteien der Tarifverhandlungen nach URG Privatautonomie zukommt, ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt von *zwei Unsicherheiten* betroffen:

- Zum Ersten wurde bis heute weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre geklärt, *welchen Regeln – privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Regeln – die Selbstregulierung nach URG grundsätzlich folgt*. Während sich das Bundesgericht bislang lediglich zu einzelnen Aspekten der Tarifautonomie geäussert hat¹, blieb die Lehre bis heute eine grundsätzliche [S. 66] Analyse der Tarifverhandlungen nach URG und ihre Einordnung in die Typen möglicher Selbstregulierung schuldig².
- Zum Zweiten haben sich bis heute auch ganz generell keine klaren Regeln zur Selbstregulierung herausgearbeitet.³ Insbesondere ist unklar, unter welchen Bedingungen *Normen, die einer Selbstregulierung entstammen und unbeteiligte Dritte betreffen*, zulässig sind. Während insbesondere die Verwaltungsrechtslehre die

¹ Insbesondere Bundesgericht 4A_522/2007 15. Februar 2008, in sic! 2008, 430, "Reprografieentschädigung".

² Siehe immerhin E. HEFTI, Die Tätigkeit der schweizerischen Verwertungsgesellschaften, Urheberrecht - Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Band II/1, R. V. Büren/L. David (Hg.), Basel 2006, 542.

³ Als sogenannte Selbstregulierung bezeichnen wir das Aushandeln und Vereinbaren von Normen unter massgeblicher Teilnahme von Privaten mit dem Anspruch, einen bestimmten Geschäfts- oder Geschäftsbereich über die einzelne Vertragsbeziehung hinaus für die Zukunft zu regeln.

Anwendung der verwaltungsrechtlichen Delegationsgrundsätze fordert⁴, verfährt das Bundesgericht mehr nach dem Grundsatz, dass in die Prozesse von gesellschaftlichen Selbstregulierungen nicht ohne Not einzugreifen sei⁵.

Eine konkrete Dogmatik zur Selbstregulierung nach URG fehlt also ebenso wie anerkannte generelle Prinzipien zur Zulässigkeit von Normen, die einer Selbstregulierung entstammen. Somit muss zunächst die Frage der Privatautonomie im Rahmen des URG unter Berücksichtigung grundlegender Rechtsfragen angegangen werden, bevor in einem nächsten Schritt die Zulässigkeit von Verletzerzuschlägen und Gerichtsstandsvereinbarungen in Tarifverträgen geklärt werden kann:

- In einem ersten Schritt ist zunächst die Rechtsnatur der Selbstregulierung nach URG zu untersuchen (sogleich II). Während das Privatrecht grundsätzlich von gleichgestellten Verhandlungs- und Vertragspartnern ausgeht, steht im Verwaltungsrecht die hierarchische Ordnung im gesetzesförmig verfassten Gemeinwesen im Vordergrund.
- Auf dieser Basis ist sodann zwischen einer autonomen Selbstregulierung und einer staatsgeleiteten Selbstregulierung im Bereich der Urheberrechte zu unterscheiden, denn das Ausmass der Privatautonomie variiert je nach Typus der Selbstregulierung beträchtlich (unten III).
- Schliesslich ist detaillierter auf die Schranken einer staatsgeleiteten Selbstregulierung und insbesondere auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage bei schwerwiegenden Eingriffen in die Rechtssphäre Dritter einzugehen. Auf dieser Grundlage kann schliesslich beantwortet werden, in welchem Umfang den Parteien der Tarifverhandlung Privatautonomie zukommt, sie also zum Beispiel Gerichtsstandsvereinbarungen und Verletzerzuschläge in Tarife aufnehmen können, die schliesslich auch Drittpersonen binden (unten IV).

⁴ Unter anderen A. MARTI, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung - Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, AJP 2002, 1154-1162.

⁵ Vor allem BGE 109 Ib 146 "Schweizerischer Treuhänder-Verband c. Schweizerische Nationalbank"; BGE 131 II 162 "reisen.ch AG gegen Switch".

II. Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Rechtsnatur der Selbstregulierung

A. Selbstregulierung im Rahmen von Privatautonomie oder Ermessen

Ob Parteien im Rahmen ihrer Vertragsverhandlungen einen bestimmten Vertragsinhalt – wie eben eine bestimmte Gerichtsvereinbarung oder einen Verletzerzuschlag – verbindlich vereinbaren können, ist eine Frage der *Privatautonomie*. Dieser Grundsatz besagt, dass die Parteien frei sind, den Vertragsinhalt beliebig, d. h. nach ihrem eigenen Gutdünken zu vereinbaren, sofern sich der Vertragsinhalt "innerhalb der Schranken des Gesetzes" bewegt (Art. 19 Abs. 1 OR, in fine).

Anwendung findet der Grundsatz der Privatautonomie aber prinzipiell nur im Bereich des Privatrechts. Im Verwaltungsrecht dagegen werden die 'Freiräume' der Verwaltung (oder von Privaten in Verwaltungsfunktion) mit dem Begriff des *Ermessens* erfasst. Nach herrschender Lehre wird mit dem Begriff des Ermessens vor allem die Bindung der Verwaltung an die Legitimation des Gesetzes sichergestellt, welches eine hoheitlich vorgegebene Richtschnur darstellt⁶. Die Frage ist dann, ob das Gesetz Gerichtsstandsvereinbarungen und Verletzerzuschläge vorsieht und ein entsprechendes Ermessen zur Aushandlung solcher Regeln an die Verwaltung überträgt. Zudem kommt im Rahmen des Verwaltungsrechts erschwerend hinzu, dass Gerichtsstandsvereinbarungen als grundsätzlich unzulässig gelten. Denn im *Rechtsstaat* soll sich die Verwaltung nicht den festgesetzten Verfahren und Gerichtsinstanzen entziehen können⁷.

B. Die leading cases des Bundesgerichts

Von der Frage, ob die Tarifverhandlungen nach URG privatrechtlicher [S. 67] oder öffentlich-rechtlicher Natur sind, hängt also viel ab. Es ist umso erstaunlicher, dass diese Frage kaum je vertieft behandelt geschweige denn geklärt wurde.

Ein Blick auf die *leading cases des Bundesgerichts* – *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK* und *REISEN.CH AG GEGEN SWITCH* – zeigt,

⁶ U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich 2006, Rz 441 ff.

⁷ BGE 131 II 162 "reisen.ch ag gegen Switch", 166. Nach Art. 9 Gerichtsstandsgesetz (GestG) ist zwar eine Gerichtsstandsvereinbarung zulässig. Das Gesetz ist aber nach Art. 1 GestG nur auf Zivilsachen anwendbar.

dass ganz generell die Rechtsnatur von Selbstregulierungen umstritten ist⁸. Immerhin hat aber das Bundesgericht in beiden erwähnten leading cases den *Selbstregulierungen jeweils privatrechtliche Natur zuerkannt*, und zwar obwohl massgebliche öffentlichrechtliche Interessen auf dem Spiel standen⁹ und obwohl die Verwaltung oder der Gesetzgeber an der Selbstregulierung beteiligt war oder diese anleitete¹⁰:

- Im Bundesgerichtsentscheid *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK* betonte das Bundesgericht vor allem, dass die an der Regulierung beteiligte Nationalbank keine gesetzliche Grundlage und damit keine Möglichkeit gehabt habe, den Banken einseitig eine Regelung aufzuzwingen. Folglich sei die entsprechende Selbstregulierung privatrechtlicher Natur¹¹.
- Und in *REISEN.CH AG GEGEN SWITCH* stützte das Bundesgericht die privatrechtliche Qualifizierung der Beziehung zwischen der Domainnamen-Verwalterin Switch und den Nutzern massgeblich darauf ab, dass die Regulierung den traditionellen Selbstregulierungsmechanismen der Telekommunikation folgten und der Gesetzgeber daran nichts habe ändern wollen¹².

Die *Verwaltungsrechtslehre* ganz allgemein gewichtet dagegen die involvierten öffentlichen Interessen stärker¹³, und insbesondere *MARTI* will die Rechtsnatur nicht nur darauf abstützen, ob die Regulierung inhaltlich unter staatlich autoritativen Anweisungen erfolgte, sondern auch darauf, ob den Parteien hoheitliche Rechtssetzungsbefugnisse über Dritte erteilt wurden¹⁴.

⁸ BGE 109 Ib 146 "Schweizerischer Treuhänder-Verband c. Schweizerische Nationalbank"; BGE 131 II 162 "reisen.ch AG gegen Switch". Zur Kritik an der privatrechtlichen Qualifikation siehe G. MÜLLER, Zur Rechtsnatur der Vereinbarung über die Sorgfaltspflichten der Banken bei der Entgegennahme von Geldern und über die Handhabung des Bankgeheimnisses, SJZ 1984, 349-351.

⁹ BGE 109 Ib 146 "Schweizerischer Treuhänder-Verband c. Schweizerische Nationalbank", 150 ff.

¹⁰ BGE 131 II 162 "reisen.ch AG gegen Switch", 167 f.

¹¹ BGE 109 Ib 146 "Schweizerischer Treuhänder-Verband c. Schweizerische Nationalbank", 154.

¹² BGE 131 II 162 "reisen.ch AG gegen Switch", 167 f. Vgl. die zustimmende Lehre, zusammengefasst bei L. DAVID, Bemerkungen zu BGE 131 II 162, AJP 2006, 886-888, 888.

¹³ Werden also in einem zu beurteilenden Rechtsverhältnis gemäss seinem Inhalt markante öffentliche Interessen ausgemacht, so ist nach traditioneller Lehre und Rechtsprechung dieses Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zuzuweisen: U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich 2006, 1058 ff.; B. WALDMANN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag - eine Einführung, in: I. Häner/B. Waldmann (Hg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007, 1-23, 7.

¹⁴ A. MARTI, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?, ZBl 2000, 561-586, 1155. Vgl. auch U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich 2006, Rz 1889.

C. Die grundsätzlich privatrechtliche Rechtsnatur der Selbstregulierung nach Urheberrechtsgesetz

In Anbetracht der erwähnten leading cases des Bundesgerichts und den aufgeführten Lehrmeinungen: Welcher Rechtsnatur sind nun die Tarifverhandlungen nach URG zuzuordnen?

In der Tat sind im Fall der Tarifverhandlungen nach URG und vor allem in der Beziehung zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern einige *Elemente autoritativer Staatsregulierung und hoheitlicher Rechtssetzungsbefugnisse* auszumachen:

- Die Tarifverhandlungen können nur mit den zugelassenen Verwertungsgesellschaften erfolgen (Art. 41 ff. URG) und die Tarife müssen sich innerhalb einer bestimmten Bandbreite bewegen sowie dem Prinzip der Angemessenheit genügen (Art. 60 URG).
- Die Schiedskommission kann nach Anhörung der am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaft und der Nutzerverbände allenfalls auch Änderungen vornehmen (Art. 59 Abs. 2 URG), was de facto aber kaum je vorkommt¹⁵. Des Weiteren kann gegen Verfügungen der Schiedskommission Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt werden (Art. 74 URG).
- Und schliesslich sind die Tarife infolge eines Genehmigungsverfahrens verbindlich, und zwar für unbeteiligte Dritte (Art. 46 und 20 Abs. 4 URG) und selbst für die Gerichte (Art. 59 Abs. 3 URG)¹⁶.

Dennoch spricht einiges dafür, die Tarifverhandlungen nach URG und die Rechtsbeziehung zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern *dem Privatrecht zuzuordnen*:

[S. 68]

- Tatsächlich werden die Tarife allein zwischen privaten Organisationen ausgehandelt, und den Organisationen verbleibt innerhalb der vom URG gesetzten Grenzen der Angemessenheit ein beachtlicher Verhandlungsspielraum (vgl. Art. 60 URG).

¹⁵ D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. A., Bern. 2008, URG 46 N 9, sprechen daher vom einzuholenden "Placet der ESchK" und weisen darauf hin, dass die Genehmigung durch die ESchK nur eine Formsache sei, wenn sich die Verhandlungsparteien geeinigt haben.

¹⁶ Für die Gerichte gilt diese Verbindlichkeit insofern, als diese die Frage der Angemessenheit nicht nochmals neu prüfen dürfen.

- Selbst die Genehmigung der Tarife erfolgt nicht durch eine traditionelle Verwaltungsbehörde, sondern durch eine teils verwaltungsmässig, teils paritätisch besetzte Schiedskommission (Art. 56 URG).
- Die Möglichkeit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde richtet sich nicht gegen die autonom ausgehandelten Tarife, sondern vielmehr gegen die Verfügungen der Schiedskommission, welche den Verhandlungspartnern beiseite gestellt wird (Art. 74 URG).
- Von zentraler Bedeutung ist bei all dem aber vor allem, dass der schweizerische Gesetzgeber den privaten Urhebern und den privaten Nutzern gerade keine autoritative, hierarchische Regulierung vorsehen wollte. Vielmehr sollte in einem bestimmten Rahmen eine autonome Regulierung jener zustande kommen, die direkt von dieser Regulierung betroffen sind oder zumindest die betroffenen zivilrechtlichen Kräfte vertreten¹⁷. Im Rahmen des URG ist somit die 'freie' Aushandlung der Tarife gerade als konstitutives Element der Regulierung zu werten¹⁸. Und entsprechend sollen die Verwertungsgesellschaften die Rechte ihrer Mitglieder nicht mit den staatlichen Privilegien¹⁹ auf dem Verwaltungsrechtsweg, sondern unbestrittenmassen auf dem Zivilrechtsweg einfordern²⁰.

Unter Berücksichtigung der verschiedenen Punkte, vor allem aber mit Blick auf das letzte, auch im leading case *REISEN.CH AG GEGEN SWITCH* massgebende Argument sind somit die Beziehungen zwischen den Tarifpartnern ebenso wie jene zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzern *als privatrechtliche Rechtsverhältnisse* zu qualifizieren. Folglich gilt insofern, der Rechtsnatur entsprechend, der Grundsatz der Tarifautonomie als Ausfluss der Privatautonomie – freilich innerhalb der Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR, in fine).

¹⁷ Dieser Argumentationslinie ist das Bundesgericht im Wesentlichen auch in BGE 131 II 162 "Reisen.ch AG gegen Switch" gefolgt.

¹⁸ Diese gesetzliche Vorgabe privatautonomer Verhandlungen verkennt das Bundesgericht in seinem Urteil "Verteilungsreglement zum Tarif W" (2008), wenn es obiter ausführt, die Tarife würden "hoheitlich festgesetzt", und damit die Rechtsnatur von Tarifen und Verteilungsreglementen gleichsetzt. Die Rechtsnatur der Verteilungsreglemente wird hier nicht thematisiert. Augenfällige Unterschiede sind aber, dass Verteilungsreglemente nicht verhandelt sondern einseitig von den Verwertungsgesellschaften erlassen werden und dass die Genehmigung eines Verteilungsreglements durch das IGE und nicht durch eine paritätisch zusammengesetzte Schiedskommission erfolgt.

¹⁹ Vgl. zum Beispiel Art. 80 f. SchKG, welche die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einem Gerichtsurteil gleichsetzen.

²⁰ Vgl. insbesondere Bundesgericht 4A_522/2007 15. Februar 2008, in sic! 2008, 430, "Reprografieentschädigung", Erw. 2.4.

III. Erhöhte Privatautonomie bei direkter Beteiligung aller Nutzer

Wenn nun die Tarifverhandlungen grundsätzlich dem Privatrecht unterstehen, welche konkreten inhaltlichen Freiräume und (gesetzlichen) Schranken ergeben sich hieraus für die Tarifparteien?

Zu unterscheiden ist dabei, *ob die betroffenen Personen direkt an den Tarifverhandlungen teilnehmen und in welchem Grad das Recht auf die Selbstregulierung einwirkt*. Oder anders formuliert: Der in Art. 60 URG vorgeschriebene Grundsatz der Angemessenheit rechtfertigt sich als gesetzliche Einschränkung der Privatautonomie primär damit, dass die ausgehandelten Tarife infolge eines Genehmigungsprozesses auch für Dritte allgemeinverbindlich werden – also für all jene Nutzer und Urheber, die nicht direkt an den Verhandlungen teilnehmen oder vertreten sind.

Die Unterscheidung nach der *freien Teilnahme an den Tarifverhandlungen* kann somit in drei Stufen eingeteilt werden:

- Auf einer *ersten Stufe* gilt eine vollständige, umfassende Autonomie der Verhandlungsparteien, wenn sie als gleichgerichtete Privatparteien²¹ eine Vereinbarung ausserhalb der Tarifpflicht nach Art. 46 URG suchen. Gebunden sind dabei freilich nur die Vertragsparteien.

Anders ist die Situation – *auf einer zweiten Stufe* – zu beurteilen, wenn die Tarifverhandlungen innerhalb des Tarifzwangs nach URG erfolgen. Nach Art. 46 *müssen* die Verwertungsgesellschaften in einem bestimmten Bereich Tarife vorschlagen und darüber mit den relevanten Nutzerverbänden verhandeln. Entsprechend kommen grundsätzlich auch die oben erwähnten weiteren autoritativen Regelungen des URG zur Selbstregulierung zur Anwendung.²² Sind aber alle [S. 69] Nutzer in einer konkreten Verhandlung nach Art. 46 URG direkt vertreten und bestehen keine massgebliche Unterschiede in der Verhandlungsstärke infolge der Monopolstellung auf Seiten der Verwertungsgesellschaften²³, so bestehen insofern weitgehend die idealtypischen Zustände des Privatrechts. Aus dieser ambivalenten Situation – freie Verhandlungssituation im Rahmen einer staatsgeleiteten Selbstregulierung – folgt, dass die Einschränkungen nach Art. 60 URG in vermindertem Masse gelten. Die Parteien sollen ihre Beziehungen weitgehend privatautonom regeln

²¹ Die Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften wird dabei vom Kartellgesetz aufgefangen.

²² Oben [[II.C.]]

²³ Diese Voraussetzung ergibt sich direkt aus Art. 60 VRG. Dabei kann offen bleiben, ob Art. 7 Kartellgesetz, allenfalls ergänzend, beizuziehen ist.

können²⁴. In diesem Fall wären somit Verletzerzuschläge ebenso wie eine Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich als zulässig zu betrachten.

- Wenn die vom ausgehandelten Tarif betroffenen Personen nicht an den Verhandlungen teilnehmen und das Recht entsprechend kompensatorisch eingreift, gilt die Privatautonomie in einem minderen Mass. Darauf ist in der Folge vertieft einzugehen.

IV. Tariffpflicht und Tarifangemessenheit: Schranken der Privatautonomie im Rahmen staatlich beeinflusster Selbstregulierung mit Drittwirkung

A. Voraussetzungen staatlich beeinflusster Selbstregulierung im Allgemeinen

Soll die *Allgemeinverbindlichkeit* der ausgehandelten Tarife zur Anwendung kommen und damit der Einfluss der Selbstregulierung auf unbeteiligte Dritte kompensiert werden, so besteht, wie soeben angedeutet (Ziff. III), keine unbeschränkte Privatautonomie in den Tarifverhandlungen nach URG. Doch welche Freiräume verbleiben in dieser Situation den Tarifparteien, um etwa Verletzerzuschläge oder Gerichtsstandsvereinbarungen zu vereinbaren?

Das *URG selbst beantwortet diese Frage nicht*, sondern verpflichtet die Verwertungsgesellschaften lediglich zur Verhandlung mit den massgebenden Nutzerverbänden über die Tarife, in welchen die aus Urheberrechten geforderten Vergütungen erfasst werden (Art. 46 URG). Prima vista ergibt sich aber hieraus ebenso wenig wie aus der Vorgabe, dass der Tarif "angemessen" sein müsse (Art. 59 f. URG), ein *Verhandlungsverbot* über angrenzende oder weitere Themenbereiche.

Die Schranken einer staatlich angeleiteten Selbstregulierung werden bis heute primär von der Verwaltungsrechtslehre behandelt, und entsprechend wird die *Figur der Gesetzesdelegation an die Verwaltung* analog zur Hilfe genommen. Nach dieser Lehre sind Normen, die aus einer staatlich angeleiteten Selbstregulierung resultieren, nur unter folgenden *Voraussetzungen* zulässig: Die Pflicht zur Selbstregulierung und die entsprechend angestrebten Selbstregulierungsnormen

²⁴ Vgl. U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, Rz 1891.

- dürfen nicht durch die Verfassung ausgeschlossen werden,
- haben technischen Charakter oder gehören dem Wirtschaftsverwaltungsrecht an und sind auf einen konkreten Bereich beschränkt,
- und die Selbstregulierung stützt sich auf eine Delegationsnorm in einem Gesetz im formellen Sinn²⁵.

Für den *Fall der Allgemeinverbindlichkeit*, die einen direkten Eingriff in die Grundrechte formell Unbeteiligter darstellt, wird des Weiteren verlangt, dass der Allgemeinverbindlichkeit ein Genehmigungsverfahren vorangeht²⁶. Des Weiteren übernimmt MARTI für diesen Fall – in Analogie zur Gesetzesdelegation an die Verwaltung – auch die Anforderung, dass sich die Grundzüge einer Regelung, die in schwerwiegender Weise in die Rechtssphäre Einzelner eingreift, aus dem formellen Gesetz ergeben müssten²⁷.

Im vorliegenden Fall der allgemeinverbindlichen Tarife nach URG steht zweifellos die letzte Voraussetzung der Gesetzesregelung im Vordergrund, ob also der Inhalt der Tarife durch eine konkrete Ausführung in einem Gesetz abgedeckt sein muss. Ob und allenfalls auf welche Weise diese Voraussetzung tatsächlich auf die Tarife nach URG Anwendung findet, ist in der Folge genauer zu untersuchen.

B. Ist die Voraussetzung der materiellen Gesetzesgrundlage auf die Tarifautonomie nach URG anwendbar?

Wie soeben erwähnt, wird die Voraussetzung einer materiellen Gesetzesgrundlage, sollte die Rechtsposition eines Privaten massgeblich tangiert werden, *der verwaltungsrechtlichen Delegationsdoktrin entnommen*²⁸.

²⁵ A. MARTI, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung - Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, AJP 2002, 1154-1162, 1155; U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, Rz 1890 und 1872.

²⁶ A. MARTI, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung - Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, AJP 2002, 1154-1162, 1155; U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, Rz 1890.

²⁷ A. MARTI, Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung - Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?, AJP 2002, 1154-1162, Rz 1155, 1157 und vor allem 1159.

²⁸ Vgl. BGE 128 I 113 "Verein des Bündner Staatspersonals - Psychiatrische Dienste Graubünden", 122; U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, Rz 1872.

Es ist aber *zweifelhaft*, ob diese insbesondere von MARTI eingeführte [S. 70] Voraussetzung auf Selbstregulierungen *generell Anwendung findet*. Vielmehr sind zwei unterschiedliche Situationen zu unterscheiden:

- Sicher gelangt die Voraussetzung dann zur Anwendung, *wenn der Staat von sich aus ein bestimmtes Ergebnis der Selbstregulierung anstrebt oder ein bestimmtes Vorgehen vorgibt*: Insofern greift der Staat in die Grundrechte des Einzelnen ein und bedarf einer entsprechenden Legitimation, insbesondere einer konkreten gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses, das in verhältnismässiger Weise umgesetzt wird²⁹.
- Von dieser Voraussetzung ist aber abzusehen, wenn die privatautonomen Parteien eine Selbstregulierung derart ausüben, dass sie zwar im Rahmen staatlicher Vorgaben, aber *ohne materiellen Einfluss des Staates eine Verhandlungslösung unter Ausnutzung gesellschaftlicher Selbstordnungskräfte* erzielen³⁰. Denn die Funktion der verwaltungsrechtlichen Delegationsdoktrin liegt darin, die demokratische Legitimation eines Grundrechtseingriffes herzustellen, diesen Eingriff also letztlich auf die hierarchisch vorgegebenen Zwecke und Ziele der demokratisch erlassenen Gesetze zurückzuführen. Diese Legitimationsform greift allerdings ins Leere, wenn infolge Technizität oder infolge steten Anpassungsbedarfs an die dynamischen Kräfte der Gesellschaft eine Regulierung durch die direkt betroffenen gesellschaftlichen Kräfte gefunden werden soll, also gerade nicht durch die weit in die gesamte Gesellschaft ausgreifende demokratische Gesetzgebung. In dieser Situation die Selbstregulierung auf eine materielle gesetzliche Grundlage zurückführen zu wollen, würde die Selbstregulierung ihrer Vorzüge berauben und den Grund ignorieren, wieso der Staat überhaupt auf die Selbstregulierung setzt.

Die *Tarifverhandlungen nach URG* haben in der Tat zum Zweck, eine unflexible gesetzgeberische Vorgabe für einen höchst volatilen, sehr diversen und oft auch recht technischen Gesellschaftsbereich zu vermeiden. Dadurch, dass das URG privatautonome Parteien in Tarifverhandlungen zusammenführt, wird unter Ausnutzung privatautonomer Kräfte eine Lösung gewonnen, die sich diesen Herausforderungen der Volatilität, der Diversität und der Technizität annehmen kann und dabei auch die staatlichen Ressourcen

²⁹ U. DI FABIO, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: Kontrolle der auswärtigen Gewalt: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, 1997, 235-277, 256 f.

³⁰ Ähnlich MARKUS SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, in: AJP 2002, 1131-1143, 1140 f. Zum theoretischen Hintergrund siehe M. PÖCKER, Das "Duale System": Regulierte Selbstregulierung oder autonome Selbstorganisation?, Ancilla Iuris (anci.ch) 2007, 23-41, 32 ff.

schont. In diesem Fall zu verlangen, dass die Grundzüge des Resultats der Tarifverhandlungen bereits in einem formellen Gesetz enthalten sind, würde letztlich den Selbstregulierungsprozess massgeblich behindern. Es ist dabei auch wichtig zu sehen, dass der Selbstregulierungsprozess nach URG durchaus ein funktionales Äquivalent zum Erfordernis der Gesetzesbindung bietet: Die Interessen von Dritten werden erstens mit der Gegenüberstellung von verschiedenen privatautonomen Interessenverbänden, sodann zweitens im Genehmigungsverfahren, in welchem eine paritätisch besetzte Schiedskommission den Aufbau und die Entschädigungen der Tarife auf Angemessenheit prüft, und schliesslich – drittens – mit der Publikationspflicht berücksichtigt³¹.

C. Zwischenfazit: Zulässigkeit von Verletzerzuschlägen und Gerichtsstandsvereinbarungen in Tarifverträgen

Die analoge Anwendung der Voraussetzungen verwaltungsrechtlicher Delegation und vor allem des *Erfordernisses einer materiellen Gesetzesgrundlage bei schweren Eingriffen* in die Rechtssphäre von Dritten ist somit aus den vorstehenden grundsätzlichen Überlegungen *abzulehnen*. Obwohl diese Frage in der Lehre bislang kaum erörtert wurde, steht mit MARTI eine gewichtige Stimme der hier vertretenen Meinung entgegen. Bezeichnend für die entsprechende Unsicherheit ist auch der Bundesgerichtsentscheid *REISEN.CH AG GEGEN SWITCH*, in dem es ebenfalls um Streitbeilegungsmechanismen im Rahmen einer Selbstregulierung ging: Das Bundesgericht erörterte ausführlich, dass der Bundesrat³² die Grundzüge der Domainname-Vergabe relativ ausführlich geregelt habe und auch einen Streitbeilegungsmechanismus fordere (Art. 14 f. AEFV), kam aber dann zum Schluss, dass die vom privaten Verein Switch eingesetzte Selbstregulierung rechtens sei, weil sie im privatautonomen Bereich stattfinde und der Wille des Gesetzgebers darauf gerichtet gewesen sei, die historisch gewachsene Selbstregulierung zu erhalten³³.

Würde somit nach der hier vertretenen Meinung abgelehnt, die aus dem Verwaltungsrecht transfe- [S. 71] rierte Voraussetzung der materiellen Gesetzesgrundlage auf staatsgeleitete Selbstregulierungen anzuwenden, so käme eine – unter dem Genehmigungsvorbehalt und dem damit verknüpften Erfordernis der Angemessenheit (Art. 59 f. URG) stehende – relativ *umfassende Privatautonomie* zur Anwendung. Daraus folgt, dass es den Parteien auch innerhalb des Tarifzwangs nach Art. 46 URG offen steht, Verletzerzuschläge und Ge-

³¹ Vgl. oben S. [[5 f]].

³² Notabene besteht also nur im rudimentären Art. 28 Abs. 2 Fernmeldegesetz eine gesetzliche Grundlage, die auf das Parlament zurückgeht.

³³ BGE 131 II 162 "reisen.ch AG gegen Switch", 167 f.

richtsstandsvereinbarungen zu vereinbaren, die sodann nach Art. 59 f. URG allgemeinverbindlich erklärt werden.

D. Exkurs: Interpretation der Tarifautonomie nach den Delegationsgrundsätzen

Sollten – entgegen den vorstehenden Überlegungen – die verwaltungsrechtlichen Delegationsprinzipien und damit insbesondere die Anforderung nach einer materiellen gesetzlichen Grundlage *bei schweren Eingriffen* in die Rechtssphäre Dritter auf die Selbstregulierung nach URG analog angewandt werden, so wäre ein *Zweifaches zu prüfen*:

- Erstens wäre die *jeweilige Schwere des Eingriffes durch konkrete Tarifregelungen* zu beurteilen.
- Und zweitens wären die schweren Eingriffe darauf zu prüfen, ob sie im URG eine *materielle gesetzliche Grundlage finden und ob sie angemessen ausgestaltet sind*.

Im Folgenden soll geprüft werden, ob Verletzerzuschläge und Gerichtsstandsvereinbarungen auch unter diesen Voraussetzungen in Tarifverträge Eingang finden können.

Die *strukturellen Probleme bei Klein- und Kleinstbeträgen*, die von gewissen Verwertungsgesellschaften einzuziehen sind, könnten durch bestimmte *Vorkehrungen in den Tarifen* entschärft werden. Bereits bekannt ist die Methode der Konventionalstrafe, wenn ein erhöhter Tarif bei unterlassener oder grobfahrlässig unvollständiger Meldung zur Anwendung gelangt³⁴. In die gleiche Richtung zielen Verzugsfolgen³⁵, aber auch Ermässigungen bei gemeinsamer und gesamthafter Ablieferung der Entschädigungen³⁶. Verfahrensregelungen, insbesondere Gerichtsstandsklauseln, haben bislang noch keinen Eingang in die Tarife gefunden.

Verletzerzuschläge sind als Konventionalstrafen im Sinne von Art. 160 ff. OR zu qualifizieren. Solche Konventionalstrafen stellen ganz allgemein, aber ganz sicher bei Strafen in der Höhe von 50–100 % des geschuldeten Betrags *relativ schwerwiegende Eingriffe* in die Rechtssphäre der Einzelnen dar. Auch ein vertragliches Abweichen vom ordentlichen Gerichtsstand wäre wohl als solch schwerwiegender Eingriff zu betrachten. Dafür spre-

³⁴ So etwa in Rz 10 ff. des gemeinsamen Tarifs 3a 2008.

³⁵ Zum Beispiel Ziff. 6.3 des gemeinsamen Tarifs 1 2007 sowie Ziff. 8 des gemeinsamen Tarifs 8 IV 2007.

³⁶ Zum Beispiel Ziff. 7 des gemeinsamen Tarifs 8 IV 2007.

chen auch die zwingende Norm zur Herabsetzung von übermässig hohen Konventionalstrafen (Art. 163 Abs. 3 OR) und die ebenfalls zwingenden formellen und materiellen Voraussetzungen einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 9 GestG. Folglich müssten diese Regelungen – wenn man der verwaltungsrechtlichen Doktrin folgen würde – inhaltlich durch eine gesetzliche Grundlage abgedeckt sein.

Nach Art. 40 ff. URG werden die Verhandlungen über den "Tarif" geführt. Aus den Genehmigungskriterien zu schliessen muss der Tarif "in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen" sein (Art. 59 URG). Diese Angemessenheit wird in Art. 60 URG bezüglich der "Entschädigung" genauer ausgeführt. Dabei ist nach Abs. 2 die Entschädigung insbesondere so festzusetzen, dass sie in einer bestimmten Bandbreite bleibt und "dass die Berechtigten bei einer *wirtschaftlichen Verwaltung* ein angemessenes Entgelt erhalten". Das URG nimmt somit zwar primär, aber nicht ausschliesslich auf das Entgelt Bezug. Vielmehr hat die Schiedskommission auch den Aufbau des Tarifs und die wirtschaftliche Verwaltung auf ihre Angemessenheit zu beurteilen. Sofern nun Verletzerzuschläge oder eine Gerichtsstandsvereinbarung der effizienten Verwaltung dienen, kann mit einigem Grund argumentiert werden, dass diese Regelungen *durch das URG abgedeckt* werden.

Das *Bundesgericht* hat sich bereits verschiedentlich zu diesen Fragen geäussert, wenn auch zumeist nur indirekt und ohne die grundsätzliche Frage nach der Tarifautonomie zu beantworten:

Im unpublizierten Entscheid 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997 hat das Bundesgericht die im Tarif festgelegte *Verdoppelung der Vergütungen* für den Fall, da der Nutzer grobfahrlässig unrichtige oder lückenhaften Angaben oder Abrechnungen liefert, abgesegnet: "Diese sind nicht zu beanstanden, entsteht den Verwertungsgesellschaften dadurch doch ein erhöhter Verwaltungsaufwand³⁷." Auch im unpublizierten Entscheid "*Vervielfältigung in Betrieben II*" meinte das Bundesgericht – obiter – dass die Verwertungsgesellschaften die mangelhafte oder fehlende Mitwirkung in der Tarifgestaltung berücksichtigen könnten³⁸. Im publizierten Entscheid "M. ge- [S. 72] gen B. - Schadenersatz aus Urheberrechten" meinte das Bundesgericht dann aber, dass zwar nicht zu entscheiden sei, ob ein pauschalisierter Verschuldensabzug in einem Tarif zulässig sei, dieser aber auch wenn rechtspolitisch wünschbar doch als pönales Element im Sinn von "punitive damages" im Schadenersatzrecht (notabene also nicht im Tarifrecht) als Verstoß gegen den Ordre pub-

³⁷ Erw. 6a), publiziert in sic! 1998, 38.

³⁸ Bundesgericht 4A_418/2007 13. Dezember 2007, in sic! 2008, 289 ff. "*Vervielfältigung in Betrieben*", Erw. 4.

lic zu werten sei³⁹. Allerdings hat das Obergericht Zürich kürzlich einen Verletzerzuschlag unter Verweis auf die Verbindlichkeit genehmigter Tarife geschützt⁴⁰.

- Zum *Gerichtsstand* bei Einforderung der Entschädigungen durch die Verwertungsgesellschaften hatte sich das *Bundesgericht* ebenfalls bereits indirekt geäußert. Im Entscheid "Reprografieentschädigung" führte das Bundesgericht aus, dass es zwar dem Gebot der wirtschaftlichen Verwertung und dem Sinn und Zweck der Pauschalierung in den Gemeinsamen Tarifen zuwiderlaufen möge, wenn in nahezu allen Kantonen der Schweiz geklagt werden müsse, um die Vergütungsansprüche gegenüber säumigen Nutzern durchzusetzen. Dies liesse sich aber nur durch die Einführung eines speziellen Gerichtsstands am Sitz der Verwertungsgesellschaft verhindern⁴¹.

Ob dieser Gerichtsstand mit einem Tarif eingeführt werden könne, oder einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, führte das Bundesgericht zwar nicht aus. Die Anspielung auf den Verwaltungsaufwand, der wie gesehen durchaus auch Teil des auszuhandelnden Tarifs ist, deutet aber auf die *grundsätzliche Zulässigkeit von Verletzerzuschlägen ebenso wie von Gerichtsstandsklauseln in einem Tarif* hin (vgl. vor allem Art. 60 Abs. 2 URG). Auf der anderen Seite ist allerdings die Abneigung des Bundesgerichts gegen vermeintlich amerikanische pönale Elemente im Zivilrecht zu vermerken. Und der Einführung einer Gerichtsstandsvereinbarung in einem Tarif könnte mit einigem Grund entgegengehalten werden, dass eine solche nicht mehr durch den Verhandlungsauftrag gedeckt sei, der sich auf Entschädigungen beziehe.

E. Angemessenheit von Verletzerzuschlägen und Gerichtsstandsklauseln

Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Tarifklauseln wie Verletzerzuschlägen und Gerichtsstandsvereinbarungen aus, so bleibt noch deren *Angemessenheit* zu prüfen.

³⁹ BGE 122 III 463 "M. gegen B. - Schadenersatz aus Urheberrechten", 467.

⁴⁰ Zur kritischen Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus der Perspektive des Schadenersatzrechts vgl. R. M. JENNY, Zum Verletzerzuschlag im schweizerischen Urheberrecht, sic! 2004, 651 ff. sowie DERS., Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Zürich 2005, Rz 161 ff. und 654 ff.. Zur Zulässigkeit eines Verletzerzuschlags in verwertungsrechtlichen Tarifen vgl. D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. A., Bern 2008, URG 60 N 4 m.w.H..

⁴¹ Bundesgericht 4A_522/2007 15. Februar 2008, in sic! 2008, 430, "Reprografieentschädigung", Erw. 2.4. Konkret wies das Bundesgericht einen Gerichtsstand aus unerlaubter Handlung ab. Das Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und säumigen Nutzern sei nicht als unerlaubte Handlung zu qualifizieren (vgl. Erw. 2.2).

Diese Angemessenheit ist grundsätzlich gegeben, wenn diese Klauseln dem allgemeinen *Ziel der effizienten Verwaltung der Urheberrechte* dienen und ein Ergebnis spiegeln, das auch auf dem freien Markt hätte zustande kommen können, also nicht aus der Monopolsituation der Verwertungsgesellschaft und einem allfälligen Verhandlungsungleichgewicht resultiert⁴². Gemessen an diesem ökonomischen Test erscheint es als wahrscheinlich, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung ebenso wie ein Verletzerzuschlag als angemessen angesehen würde. Denn aus einem langfristigen verwaltungsökonomischen Blickwinkel machen derartige Vorkehrungen, welche die säumigen Nutzer für den verursachten Verwaltungsaufwand zur Rechenschaft ziehen und eine gerichtliche Durchsetzung erleichtern, ohne Zweifel Sinn. Nach dem System des URG würden Einsparungen in der Verwaltung letztlich in neuverhandelten Tarifen auch wieder den Nutzern zugute kommen. Das Bundesgericht hat diesen verwaltungsökonomischen Blickwinkel denn auch bereits mehrmals selbst argumentativ angeführt⁴³.

V. Fazit

Die Frage nach dem Umfang der Autonomie der Tarifparteien nach URG *ist differenziert zu beantworten*:

Da die Selbstregulierung trotz beträchtlichem staatlichen Einfluss sowohl zwischen den Tarifparteien als auch im Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzern als privatrechtlich zu qualifizieren ist [S. 73] (oben Ziff. II), steht den Verhandlungsparteien dann *eine weitgehende Privatautonomie* zur Verfügung, wenn die Nutzer an der Verhandlung selbst teilnehmen oder direkt im Sinne von Art. 32 OR vertreten sind (oben Ziff. III). Den Parteien steht es in diesem Fall frei, einen Verletzerzuschlag oder eine Gerichtsstandsvereinbarung zu vereinbaren.

Sobald jedoch die Tarife für die Nutzer aufgrund der *Allgemeinverbindlichkeitserklärung* nach URG und nicht aufgrund direkter Teilnahme an den Tarifverhandlungen verbindlich werden, haben die Regelungen aus der Selbstregulierung gewisse legitimierende Voraussetzungen einzuhalten (oben Ziff. IV.A). Die Meinung von MARTI, dass schwerwiegende

⁴² C. GOVONI/A. STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: R. V. Büren/L. David (Hg.), *Urheberrecht - Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* Band II/1, Basel 2006, 409-510, 493 m. w. H; D. BARRELET/W. EGLOFF, *Das neue Urheberrecht*, 3. A., Bern 2008, URG 59 N 6. Bis heute ist ungeklärt, ob Tarife nach URG dem Kartellrecht und insbesondere Art. 7 KG unterstehen. Angesichts der Prüfungsbefugnis der ESchK, die ihr Augenmerk u.a. gerade auf Machtungleichgewichte richtet, kann diese Frage aber hier offen bleiben.

⁴³ Insbesondere unpublizierter Entscheidung des Bundesgerichts 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997, Erw. 6a), in sic! 1998, 38 "Tarif S"; BGE 122 III 463 "M. gegen B. - Schadenersatz aus Urheberrechten", 467.

Eingriffe in die Rechtssphäre Einzelner bereits in den Grundzügen in einem formellen Gesetz aufgeführt sein müssten, ist zwar abzulehnen. Sie ist jedoch nicht ohne Gewicht (oben Ziff. IV.B und IV.C). Aber auch unter einer solchen Voraussetzung wären Massnahmen zur Reduktion des Verwaltungsaufwandes wie insbesondere ein Verletzerzuschlag oder eine Gerichtsstandsvereinbarung vom URG gedeckt (oben Ziff. IV.D) und angemessen nach Art. 59 f. URG (oben Ziff. IV.E).