

Urteil 2A.142/1994, 2A.173/1994 und 2A.174/1994 vom 24. März 1995 (Leerkassettenvergütung)

aus den Erwägungen:

Der DUN macht geltend, dass die Tarife der Verwertungsgesellschaften unter das Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20) fielen. Dies habe materiell zur Folge, dass die Schiedskommission den Tarif gemäss Art. 13 PüG hätte beurteilen müssen; formell hätte die Schiedskommission den Preisüberwacher über den zu prüfenden Tarif orientieren (Art. 15 Abs. 2bis PüG) und dessen Stellungnahme in ihrem Entscheid anführen müssen (Art. 15 Abs. 2ter PüG).

Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens betreffend den SUIISA-Tarif K für Konzerte und konzertähnliche Darbietungen hatte die Schiedskommission die Schweizerische Kartellkommission gemäss Art. 5 Abs. 4 PüG zur Anwendbarkeit des Preisüberwachungsgesetzes auf Tarife der konzessionierten Verwertungsgesellschaften konsultiert. Die Kartellkommission kam - unter Berücksichtigung der Revision des Preisüberwachungsgesetzes vom 22. März 1991 und des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 - zum Ergebnis, dass die SUIISA hinsichtlich ihrer Tarife zwar nicht dem Kartellgesetz unterliege (vgl. Art. 44 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen, Kartellgesetz, KG; SR 25 1), das Preisüberwachungsgesetz jedoch anwendbar sei. Die Schiedskommission stelle eine andere bundesrechtliche Preisüberwachung im Sinne von Art. 15 PüG dar und müsse an Stelle des Preisüberwachers die SUIISA-Tarife unter dem Blickwinkel des Preisüberwachungsgesetzes beurteilen. Dabei seien die in Art. 15 und 26 PüG dargestellten verfahrensrechtlichen und materiellen Bestimmungen anzuwenden; insbesondere habe die Schiedskommission, bevor sie Preisbeurteilungen vornehme, den Preisüberwacher zu orientieren und dessen Stellungnahme in ihrem Entscheid anzuführen (VKKP 1993/1a S. 111 - 115). Dennoch gelangte die Schiedskommission zur Auffassung, das Preisüberwachungsgesetz sei nicht anwendbar, und verzichtete auf die Einholung der vom DUN beantragten Stellungnahme des Preisüberwachers.

Gemäss Art. 2 PüG gilt das Preisüberwachungsgesetz für "Kartelle und kartellähnliche Organisationen des privaten und öffentlichen Rechts im Sinne des Kartellgesetzes"; in sachlicher Hinsicht umfasst es Preise von Waren und Dienstleistungen einschliesslich Kredite (Art. 1 PüG). Damit deckt sich der persönliche und sachliche Anwendungsbereich des Preisüberwachungsgesetzes grundsätzlich mit demjenigen des Kartellgesetzes (vgl. Stellungnahme der Kartellkommission, VKKP 1a/1993, Ziff. 5.1., S. 113). Fraglich ist allerdings, ob dies auch - wie die Schiedskommission angenommen hat - für Art. 44 Abs. 3 KG gilt. Diese Bestimmung lautet:

"Nicht unter dieses Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus Rechten ergeben, welche die Bundesgesetzgebung über den gewerblichen Rechtsschutz und über das Urheberrecht gewährt."

Dieser Vorbehalt wurde aufgenommen, damit das Kartellrecht den von der Spezialgesetzgebung eingeräumten Schutz des geistigen Eigentums nicht beschneidet, auch wenn dadurch eine Art Monopolstellung geschaffen wird (Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 18. September 1961, BB1 1961 11570 und vom 13. Mai 1981, BB1 1981 II 1332 f.; Leo Schürmann/Walter R. Schluep; Kartellgesetz, Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988, Art. 44 Abs. 3, S. 769, Art. 15 PüG, Anm. III/2h, S. 890). Im Preisüberwachungsgesetz fehlt dagegen eine entsprechende Bestimmung. Es gibt keine

Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber diesen Vorbehalt durch den Verweis auf das Kartellgesetz in Art. 2 Abs. 1 PüG auf das Preisüberwachungsgesetz übertragen wollte (Schürmann/Schluep, a. a. O., Art. 44 Abs. 3, Anm. 7, S. 773; zum Vorbehalt nach Art. 44 Abs. 2 lit. b KG vgl. Entscheid der Kartellkommission vom 21. März 1988, referiert in VKKP 1989/1a S. 48 f. und 1989/1b S. 34). Für die Anwendbarkeit des Preisüberwachungsgesetzes spricht vielmehr die Ueberlegung, dass es auch bei einer vom Urheberrecht gewollten (faktischen) Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften (vgl. Art 42 Abs. 2 URG) bei der Art der Ausübung dieser Stellung zu Missbräuchen kommen kann, die grundsätzlich eine Befassung des Preisüberwachers rechtfertigen können. Für eine weite Auslegung des Kartellbegriffs in diesem Zusammenhang spricht überdies die ratio legis von Art. 14 und 15 PüG: Wie in der Botschaft des Bundesrates vom 27. November 1989 (BB1 1990 1 S. 111) ausgeführt wurde, ist die Mitwirkung des Preisüberwachers auch in Fällen erforderlich, in denen staatliche Regelungen einen wirksamen Wettbewerb beeinträchtigen oder ausschliessen, selbst wenn keine Kartelle oder kartellähnlichen Organisationen in optima forma vorliegen (so auch Schürmann/ Schluep, a.a.O., S. 866 f., 884; Kartellkommission, Jahresbericht 1988, VKKP 1989/1b S. 34; Preisüberwachung, Jahresbericht 1988, VKKP 1989/1a S. 48 f.; vgl. auch unten, E. 4d). Der Auffassung der Kartellkommission, die Tarife der Verwertungsgesellschaften fielen in den Anwendungsbereich des Preisüberwachungsgesetzes, ist daher grundsätzlich zu folgen.

Allerdings unterliegen die Verwertungsgesellschaften, soweit sie unter Bundesaufsicht stehen (Art. 40 Abs. 1 URG), der Tarifaufsicht der Schiedskommission, die diese Tarife nicht nur auf Missbrauch, sondern auf ihre Angemessenheit hin überprüft (Art. 55 und 59 URG; zur früheren Rechtslage vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 7. März 1986 betr. Gemeinsamer Tarif 1 (Kabelnetze], ESchKE 111 183 E. 4 S. 189). Nach Art. 15 Abs. 1 PüG entscheidet daher die Schiedskommission als zuständige Behörde anstelle des Preisüberwachers. Bis zur Revision des Preisüberwachungsgesetzes vom 22. März 1991 (AS 1991 2092) war somit klar, dass der Preisüberwacher nur insoweit zuständig war, als die Tarife der Verwertungsgesellschaften nicht der Bundesaufsicht und damit auch nicht der Kontrolle der Schiedskommission unterlagen (vgl. Jahresbericht 1987 der Kartellkommission, VKKP 1/1988 S. 30 und Jahresbericht 1987 der Preisüberwachung, VKKP 1/1988 S. 138; Roland von Büren/Lucas David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I/2, Basel 1992, S. 268; Schürmann/ Schluep, a.a.O., S. 885 und 889 f.).

1991 wurde Art. 15 PüG (Massnahmen bei anderen bundesrechtlichen Preisüberwachungen) um zwei Absätze ergänzt. Diese bestimmen:

Abs. 2bis. Die Behörde orientiert den Preisüberwacher über die von ihr vorzunehmenden Preisurteilungen. Der Preisüberwacher kann beantragen, auf eine Preiserhöhung ganz oder teilweise zu verzichten oder einen missbräuchlich beibehaltenen Preis zu senken.

Abs. 2ter. Die Behörde führt die Stellungnahme des Preisüberwachers in ihrem Entscheid an. Folgt sie ihr nicht, so begründet sie dies.

Die Botschaft des Bundesrates vom 27. November 1989 (BB 1 1990 1110 f.) führt hierzu aus, bisher habe der Preisüberwacher in Bereichen spezieller bundesrechtlicher Preisüberwachungen keine Einflussmöglichkeit besessen. Zwar hätten sich die anderen bundesrechtlichen Preisüberwachungsbehörden gemäss Art. 15 Abs. 2 PüG im Bereich von Kartellen und ähnlichen Organisationen nach dem Preisüberwachungsgesetz zu richten, soweit es mit den Zielen ihrer Überwachung vereinbar sei; diese Bestimmung sei aber nahezu ohne praktische Bedeutung geblieben. Wolle man dem wettbewerbspolitischen Grundsatz, der dem Preisüberwachungsgesetz zugrundeliege, vermehrt zum Durchbruch verhelfen, so erscheine es erforderlich, dem Preisüberwacher auch in den durch andere Bundesstellen überwachten Bereichen ein

Empfehlungsrecht einzuräumen (a.a.O., S. 110). Die Gefahr eines Preismissbrauchs bestehe nicht bloss durch private Abrede oder infolge einer marktmächtigen Stellung, sondern auch dann, wenn - wie im Bereiche staatlicher Markt- oder Preisordnungen - aus übergeordneten Gründen des öffentlichen Interesses eine Wettbewerbswirtschaft gar nicht erwünscht sei. Als Beispiel wurde die Tarifgestaltung und Prämienfestsetzung durch das Bundesamt für Privatversicherungswesen im Bereich der obligatorischen Motorfahrzeughaftpflichtversicherung genannt (a.a.O., S. 111 f.).

Diese Gründe sprechen für eine Beteiligung des Preisüberwachers auch im Bereich der Urheberrechtstarife. Auch hier ist das faktische Monopol der Verwertungsgesellschaften im Gesetz angelegt (Art. 42 Abs. 2 URG) und aus Gründen des öffentlichen Interesses erwünscht, kann doch nur so sichergestellt werden, dass der Nutzer die Rechte für das Weltrepertoire erhält und keine Ansprüche konkurrierender Verwertungsgesellschaften befürchten muss (Botschaft URG 1989, Ziff. 214.2 Art. 42, BB1 1989 III S. 556, S. 80 Separatdruck). Zwar ist der Tarif idealerweise das Ergebnis von Verhandlungen zwischen den Verwertungs- und den Nutzerverbänden; der Schiedskommission kommt jedoch eine bedeutende Stellung zu: Sie entscheidet über die Angemessenheit des Preises und ist befugt, den ihr vorgelegten Tarif entsprechend abzuändern (Art. 59 Abs. 2 URG). Gerade im Fall umstrittener Tarife und im Bereich neuer Vergütungsansprüche trifft die Schiedskommission die massgeblichen Entscheidungen. Es erscheint daher gerechtfertigt, sie trotz ihrer richterlichen Funktion anderen Preisüberwachungsbehörden im Sinne von Art. 15 PüG gleichzustellen und dem Preisüberwacher zumindest ein Recht auf Stellungnahme einzuräumen.

Allerdings ist das Urheberrechtsgesetz nach der revidierten Fassung des Preisüberwachungsgesetzes in Kraft getreten, ohne in den Art. 55 ff. URG einen Vorbehalt zugunsten Art. 15 PüG zu enthalten. Die Schiedskommission hat daraus gefolgert, das Urheberrechtsgesetz gehe als späteres, spezielleres Gesetz den früheren und allgemeineren Bestimmungen des Preisüberwachungsgesetzes vor. Art. 15 PüG wurde jedoch gerade im Hinblick auf spezielle Preisüberwachungsgesetze geschaffen. Nach der Begründung des Bundesrates sollte darin eine allgemeine, für alle Bereiche geltende Lösung getroffen werden: Nach der bisherigen Regelung hätten oft Zufälligkeiten darüber entschieden, ob der Preisüberwacher zu einem bestimmten Preis etwas zu sagen habe oder nicht. Das Empfehlungsrecht des Preisüberwachers ermögliche eine gewisse Koordination der Tätigkeiten der mit Preisüberwachungsaufgaben betrauten Behörden und eine gewisse Einheitlichkeit in der Auslegung der kartell-, wettbewerbs- und preisüberwachungsrechtlichen Begriffe. So gesehen diene die vorgeschlagene Lösung letztlich der rechtsgleichen Beurteilung der Preise von Kartellen und kartellähnlichen Organisationen (BB1 1990 I 110 f.). Bei dieser Zielsetzung ist davon auszugehen, dass Art. 15 PüG auch für später erlassene Preisüberwachungsregelungen gelten sollte, da ansonsten die angestrebte Einheitlichkeit und Rechtsgleichheit nicht erreicht werden könnte.

Eine Beteiligung des Preisüberwachers am Tarifgenehmigungsverfahren erschiene allerdings dann sinnlos, wenn die Beurteilungskriterien des Preisüberwachungsgesetzes im Bereich der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten gar nicht greifen könnten. Nach Ansicht der Verwertungsgesellschaften haben die Angemessenheitskriterien nach Art. 60 URG keinerlei Verbindung zu den Kriterien des missbräuchlichen Preises nach Art. 13 PüG: Die Vergleichsmarktmethode versage, weil keine vergleichbaren Märkte im In- und Ausland bestünden, in welchen Urheberrechtstarife der Verwertungsgesellschaften das Ergebnis eines wirksamen Wettbewerbs wären. Auch das Kostenprinzip sei nicht anwendbar, da Verwertungsgesellschaften keinen Gewinn erzielen. Das Kostenprinzip sei auch nicht auf die Urheber anwendbar, da kein nachvollziehbarer Zusammenhang zwischen den Kosten und dem kommerziellen Wert der Urheberleistung bestehe. Die Einnahmen der Urheber ergäben sich im übrigen nicht aus einem bestimmten Tarif der SUISA, sondern aus sämtlichen Nutzungen im In- und Ausland. Es sei nicht ersichtlich, was die Grundsätze der Preisüberwachung Wesentliches zur Tätigkeit der Schiedskommission beitragen könnten (in diesem Sinne auch Barrelet/Egloff, Art. 55 Rz. 4); dies um so weniger, als die Preisüberwachung sich an einem Konzept des missbräuchlichen Preises

orientiere, während die Schiedskommission bei ihren Entscheidungen aufgrund der gesetzlichen Gegebenheiten einen sehr viel feineren Raster anzulegen habe, nämlich denjenigen der Angemessenheit.

Dein ist entgegenzuhalten, dass eine vollständige Deckung der Kriterien des Preisüberwachungsgesetzes mit denjenigen der Spezialgesetzgebung nicht erforderlich ist: Nach Art. 15 Abs. 2 PüG richtet sich die zuständige Behörde nur insoweit nach dem Preisüberwachungsgesetz, als dies mit den Zielen ihrer Überwachung vereinbar ist; verfolgt die spezialgesetzliche Preisaufsicht andere Ziele als das Preisüberwachungsgesetz, gehen die Bestimmungen der Spezialgesetzgebung vor (Schürmann/Schlupe, a.a.O., Art. 15 Anm. IV, S. 890 a. E.) Bestimmte Kriterien gemäss Art. 13 Abs. 1 PüG erscheinen jedoch durchaus auch auf Urheberrechtstarife übertragbar. So sieht Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG vor, die Behörde habe die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne zu berücksichtigen. Dieses Kriterium weist einen gewissen Bezugspunkt zu dem nach Art. 60 Abs. 2 URG massgebenden Kriterium auf, wonach die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten sollen. Auch wenn die Verwertungsgesellschaften zu Recht darauf hinweisen, dass sich die Gesamteinnahmen eines Nutzers aus sämtlichen Nutzungen im In- und Ausland und damit nur zu einem Teil aus den Tarifen der schweizerischen Verwertungsgesellschaften ergeben, ändert dies nichts daran, dass Art. 60 Abs. 2 URG der Schiedskommission eine Prüfung der Angemessenheit des Entgelts - zumindest für die in der Schweiz vorgenommenen Nutzungen - aufträgt und die Stellungnahme des Preisüberwachers unter diesem Gesichtspunkt nützlich sein kann. Möglicherweise liessen sich auch andere Kriterien des Katalogs von Art. 13 PüG an die spezielle Situation des Urheberrechtstarifs anpassen - so erinnert die von der Schiedskommission vorgenommene Überprüfung der Angemessenheit des Tarifs anhand der durchschnittlichen ausländischen Leerkassettentarife (vgl. unten, E. 11) an das Kriterium in Art. 13 Abs. 1 lit. a PüG (Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten), auch wenn es sich nicht um Marktpreise handelt. Dies wird von der Schiedskommission sowie vom Preisüberwacher zu prüfen sein. Für die vorliegenden Zwecke genügt es festzustellen, dass zumindest eine Teilüberschneidung der Kriterien von Preisüberwachungsgesetz und Urheberrechtsgesetz vorliegt, die eine Beteiligung des Preisüberwachers nicht als leeren Formalismus erscheinen lässt.

Hätte der Preisüberwacher somit gemäss Art. 15 Abs. 2bis PüG Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten müssen, so erweist sich der angefochtene Entscheid der Schiedskommission schon aus diesem Grund als bundesrechtswidrig. Eine Heilung der unterlassenen Anhörung ist im bundesgerichtlichen Verfahren nicht möglich: Gemäss Art. 15 Abs. 2ter PüG soll die Stellungnahme des Preisüberwachers von der besonderen Preisüberwachungsbehörde, hier also von der Schiedskommission, in ihrem Entscheid berücksichtigt werden; eine Berücksichtigung nur im bundesgerichtlichen Verfahren würde angesichts der beschränkten Kognition des Bundesgerichts Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht gerecht.