

Kurzgutachten

zur Verfahrensbeschleunigung im Tarifverfahren Urheberrecht

vom 5. November 2015

erstattet im Auftrag von

ProLitteris, SSA, SUIA, SUISSIMAGE und SWISSPERFORM,

vertreten durch SUISSIMAGE,

Neuengasse 32, 3001 Bern

durch

Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler, MJur (Oxon)

Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St.Gallen

Inhalt

I. Ausgangslage.....	2
II. Auftrag.....	3
III. Rechtliche Beurteilung.....	3
1. Entstehung der heutigen Rechtsordnung im historischen Rückblick.....	3
2. Rechtliche Einordnung der Eidg. Schiedskommission.....	4
3. Straffung des Instanzenzugs.....	7
a) Variante 1: Bundesverwaltungsgericht als letzte Instanz.....	7
b) Variante 2: Direktbeschwerde ans Bundesgericht.....	9
4. Reform des Verfahrens vor der Schiedskommission.....	12
IV. Fazit.....	13

I. Ausgangslage

[1] Das Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetze [URG; SR 231.1]) verpflichtet die Verwertungsgesellschaften dazu, für die von ihnen geforderten Vergütungen Tarife aufzustellen (Art. 46 Abs. 1 URG). Bei der Gestaltung der Tarife haben die Verwertungsgesellschaften mit den maßgebenden Nutzerverbänden zu verhandeln (Art. 46 Abs. 2 URG). Die ausgehandelten Tarife sind anschließend der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) zur Genehmigung vorzulegen (Art. 46 Abs. 3 und Art. 59 URG).

[2] Verfügungen der ESchK über die Tarifgenehmigung unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 74 Abs. 1 URG und Art. 33 Bst. f des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2007 [VGG; SR 173.32]). Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts können sodann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG; SR 173.110]).

[3] Das Genehmigungsverfahren kann – wenn sämtliche Rechtsmittel ausgeschöpft werden – mehrere Jahre Zeit in Anspruch nehmen.¹ Die lange Verfahrensdauer führt in Einzelfällen dazu, dass die ESchK für die Zukunft über einen Nachfolgerarif zu befinden hat, bevor über den Vorgängertarif im Rechtsmittelverfahren endgültig entschieden wurde.² Die Folgen hiervon sind eine erhebliche Rechtsunsicherheit und finanzielle Unwägbarkeiten für die von den Tarifen Betroffenen, aber auch

¹ Vgl. exemplarisch BGE 140 II 483: Am 18. Juni 2012 legte Swisssperform den Tarifentwurf der ESchK vor. Das Bundesgericht entschied am 9. Oktober 2014, wobei es die Sache zur neuerlichen Beurteilung an die ESchK zurückwies.

² Vgl. DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Basel 2012, Rz. 372.

eine unnötige Belastung der richterlichen Behörden.³ Verschärft wird dies dadurch, dass das Bundesverwaltungsgericht (trotz Art. 74 Abs. 2 URG) dazu tendiert, bei unklarer gesetzlicher Grundlage der Beschwerde regelmäßig die aufschiebende Wirkung zu erteilen.⁴

II. Auftrag

[4] Die Auftraggeberin hat den Gutachter gebeten, im Sinne einer Ideenskizze mögliche Wege zur Beschleunigung des Tarifgenehmigungsverfahrens aufzuzeigen. Im Vordergrund steht dabei die Prüfung, ob der Instanzenzug gestrafft werden kann, indem *de lege ferenda* auf eine Rechtsmittelinstanz verzichtet wird.

III. Rechtliche Beurteilung

1. Entstehung der heutigen Rechtsordnung im historischen Rückblick

[5] Die ESchK wurde mit dem Erlass des Bundesgesetzes betreffend die Verwertung von Urheberrechten vom 25. September 1940 (URG 1940; BS 2 834) geschaffen. Ihre Aufgabe bestand von Beginn weg in der Tarifgenehmigung (Art. 4 Abs. 1 und 6 URG 1940). Die Entscheidungen der ESchK konnten teilweise direkt beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 4 Abs. 2 URG 1940). Auf die Möglichkeit, die Genehmigungsentscheide der ESchK ans Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) weiterzuziehen, wurde bewusst verzichtet. Der Bundesrat begründete dies in seiner Botschaft wie folgt:

«Wir glauben, es liege im Interesse aller Beteiligten, wenn die Entscheidungen dieses sachverständigen Kollegiums nicht noch an eine Verwaltungsbehörde weitergezogen werden können, die nicht über die erforderlichen Sachkenntnisse verfügt.»⁵

[6] Dieser Rechtszustand blieb – mit gewissen Anpassungen – bis 2006 unverändert. Gegen die Genehmigungsbeschlüsse der ESchK konnte direkt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht erhoben werden.⁶ Die im Nachgang zur Totalrevision der Bundesverfassung (1999) in Angriff genommene Justizreform mündete in einer Neugestaltung der Bundesrechtspflege und führte der Schaffung erstinstanzlicher Bundesgerichte (Bundesstrafgericht und Bundesverwaltungsgericht). Im Bereich der Anwendung von öffentlichem Recht durch Bundesbehörden orientierte sich die neue Rechtsschutzordnung an einem «Modellinstanzenzug». Dieser sah bzw. sieht vor, dass Verfügungen der Bundesverwaltung mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können. Dessen Entscheide können in gewissen Fällen⁷ ans Bundesgericht weitergezogen werden.⁸ Auf

³ Vgl. m.w.Hw. MEIER (Fn. 2), Rz. 372.

⁴ CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: Roland von Büren/Lucas David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. Basel 2014, Rz. 1231 ff., 1484.

⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Verwertung von Urheberrechten vom 26. März 1940, BBl 1940 I 313, 321.

⁶ M.w.Hw. MEIER (Fn. 2), Rz. 299.

⁷ Betrachtet man die «Regelordnung» von VGG und VwVG entsteht der Eindruck, die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts seien in den meisten Fällen beim Bundesgericht anfechtbar. Rein quantitativ ist indes die überwiegende Zahl der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts endgültig (insb. wegen der hohen Fallzahlen im Asylbereich).

⁸ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, 4202, S. 4250.

die Möglichkeit, an eine verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanz oder eine fachkundige Rekurskommission zu gelangen, wurde bewusst verzichtet. Die bis 2006 bestehenden zahlreichen Rechtsmittelinstanzen wurden im neu geschaffenen Bundesverwaltungsgericht als zentraler und allgemein zuständiger Rechtsschutzbehörde zusammengefasst.⁹ Die Eidg. Rekurskommission für Geistiges Eigentum (RKGE)¹⁰ wurde aus diesen Gründen aufgelöst und ihre Kompetenzen dem Bundesverwaltungsgericht übertragen. Die ESchK wurde demgegenüber beibehalten, da man sie nicht als Rechtsmittelinstanz einstuft, sondern auf die gleiche Stufe wie ein Bundesamt bzw. das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) oder eine außerparlamentarische Kommission bzw. eine unabhängige Regulierungsbehörde (z.B. Wettbewerbskommission oder Finanzmarktaufsicht) stellte, deren Entscheide einer umfassenden gerichtlichen Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht bedürfen.

2. Rechtliche Einordnung der Eidg. Schiedskommission

[7] Mit Blick auf die Frage, welche Rechtsmittelinstanzen die Genehmigungsentscheide der ESchK überprüfen sollen, muss vorab geklärt werden, wie die ESchK rechtlich einzuordnen ist. Handelt es sich bei der ESchK um eine Verwaltungsbehörde, so drängt es sich auf, ihre Entscheide entsprechend dem «Modellinstanzenzug» vom Bundesverwaltungsgericht überprüfen zu lassen. Ist die ESchK dagegen als Gericht einzustufen, liegt es nahe, die ESchK auf die gleiche Stufe wie das Bundesverwaltungsgericht zu stellen und als Rechtsmittel eine Direktbeschwerde ans Bundesgericht vorzusehen.

[8] Betrachtet man die *Funktion* der ESchK, so nimmt sie in erster Linie Aufsichtsfunktionen wahr. Sie genehmigt die Tarife und zwar unabhängig davon, ob diese umstritten sind oder nicht. Die ESchK ist systematisch im fünften Kapitel des vierten Titels des URG geregelt, welches die Überschrift «Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften» trägt. Funktionell betrachtet ist die ESchK daher eher als Verwaltungs- bzw. Aufsichtsbehörde einzustufen und nicht als richterliche Behörde. Gerichten obliegt regelmäßig die Entscheidung in Fällen strittiger Rechtsanwendung.¹¹ Das Bundesgericht hat in einem Entscheid aus dem Jahr 1956 auf diese Funktion hingewiesen:

«Die Schiedskommission entscheidet nicht über streitige Ansprüche zwischen der SUISA und den Veranstaltern. Die Tarife sind ihr auch vorzulegen, wenn die Veranstalter der Aufführungen sich ihnen nicht widersetzen. Sie amtet nicht als Richter, sondern befindet sich in ähnlicher Stellung wie eine Verwaltungsbehörde, die eine Preiskontrolle ausübt oder sonstwie darüber wacht, dass privatrechtliche Verträge nicht gegen öffentliche Interessen verstossen.»¹²

[9] Unter funktionellen Gesichtspunkten ist dennoch auf einige Unterschiede zu einer typischen Verwaltungs- oder Aufsichtsbehörde hinzuweisen. Die ESchK ist eine Behörde, welche nur *reagieren*, aber nicht *proaktiv handeln* kann. Sie genehmigt einen «ihr vorgelegten Tarif» (Art. 59 URG; vgl. auch Art. 9 der Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [URV; SR. 231.11]). Im Gegensatz zum IGE (vgl. Art. 52-54 URG) oder anderen Aufsichtsbehörden (etwa einem Bundesamt, der Wettbewerbskommission oder der Finanzmarktaufsicht) kann die ESchK nicht von sich aus tätig werden und ein Verfahren einleiten. Diese passiv-reaktive Rolle und die Einschränkung der Verfah-

⁹ Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege (Fn. 8), S. 4226 f.

¹⁰ Entscheide zur Tarifgenehmigung waren nicht bei dieser Rekurskommission anfechtbar. Zur früheren RKGE und ihren Aufgaben vgl. MEIER (Fn. 2), Rz. 299.

¹¹ GOVONI/STEBLER (Fn. 4), Rz. 1439.

¹² BGE 82 I 267 E. 1 S. 274.

rensherrschaft (beschränkte *Offizialmaxime*) deuten eher auf eine richterliche Behörde hin: «ne procedat iudex ex officio».¹³ Die Beilegung von Streitigkeiten ist zudem kein unverzichtbares Erkennungsmerkmal richterlicher Tätigkeit. So bedarf die Ehescheidung zwingend der Mitwirkung eines Gerichts; nicht nur dann, wenn ein Ehegatte klagt (Art. 114 und 115 ZGB), sondern auch dann, wenn sie die Ehegatten gemeinsam verlangen und sich über die Scheidungsfolgen einig sind (Art. 111 ZGB). Und die Anordnung eines privatrechtlichen Verbots erfolgt ungeachtet des Vorliegens einer Streitigkeit durch ein Gericht (Art. 258-260 ZPO).

[10] Betrachtet man die *Organisation* und das *Verfahren* der ESchK, so wird deutlich, dass sich diese an einem unabhängigen Gericht orientieren. Die ESchK nimmt für ihre Entscheidungen keine Weisungen entgegen (Art. 55 Abs. 3 URG) und ist somit in ihrer inhaltlichen Tätigkeit unabhängig. Dem EJPD kommt lediglich eine «administrative Aufsicht» zu (Art. 58 URG). Auf ein Gericht deutet weiter hin, dass die ESchK nicht – wie bei außerparlamentarischen Kommissionen ansonsten üblich¹⁴ – als Gesamtkollegium entscheidet, sondern Spruchkörper in Fünferbesetzung gebildet werden (Art. 57 Abs. 1 URG). Auch der Umstand, dass dem Sekretariat der ESchK ein «juristischer Sekretär» bzw. eine «juristische Sekretärin» vorsteht (Art. 4 Abs. 1 URV) spricht für ein Gericht. Im Verfahren haben die beteiligten Parteien zudem Anspruch auf mündliche Anhörung (Art. 13 URV); ein solcher Anspruch besteht im meist schriftlich durchgeführten Verwaltungsverfahren nicht.¹⁵ Diese Besonderheiten in organisations- und verfahrensrechtlicher Hinsicht haben denn auch dazu geführt, dass das Bundesgericht in seinen neueren Entscheidungen (ab 1995) die ESchK mehrfach als richterliche Behörde qualifiziert hat:¹⁶

«Bei der Schiedskommission handelt es sich im Tarifgenehmigungsverfahren um eine richterliche Behörde ([Hinweise]). Als solche hat sie die Anforderungen an die Unabhängigkeit nach Art. 30 BV und allenfalls, soweit zivilrechtliche Ansprüche zu beurteilen sind, nach Art. 6 EMRK zu erfüllen.»¹⁷

[11] Mit Blick auf Organisation und Verfahren ist dennoch auf gewisse Defizite hinzuweisen, welche einer vorbehaltlosen Qualifizierung der ESchK als Gericht im Sinne von Art. 30 BV bzw. Art. 6 EMRK entgegenstehen. Art. 30 Abs. 1 BV statuiert den Anspruch auf ein «durch Gesetz geschaffenes» Gericht. Dies bedeutet, dass die Grundzüge der Gerichtsorganisation und des gerichtlichen Verfah-

¹³ Vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, *Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege*, 3. Aufl. Basel 2014, Rz. 980. Vgl. auch INGEBORG ELEONORE SCHÄFER, *Bürokratische Macht und demokratische Gesellschaft: Kontrolle der öffentlichen Verwaltung – ein internationaler Vergleich*, Opladen 1994, S. 186 f.; BENJAMIN SCHINDLER, *Verwaltungsermessen – Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Habil. Zürich 2010, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2010, Rz. 280.

¹⁴ Die meisten außerparlamentarischen Kommissionen des Bundes entscheiden als Gesamtkollegium (mit Präsenzquorum). Wie die ESchK ist indes auch die Wettbewerbskommission in einzelne Kammern gegliedert.

¹⁵ BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148. Ein Recht auf mündliche Anhörung wurde im Rahmen der Vorarbeiten zum VwVG von MAX IMBODEN empfohlen, vom Gesetzgeber dann aber ausdrücklich verworfen. Vgl. BENJAMIN SCHINDLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zürich/St. Gallen 2008, Einleitung, Rz. 19.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 2A.491/1998 vom 1. März 1999, E. 1b, abgedruckt in: sic! 1999, S. 264. Vgl. m.w.Hw. DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, *Das neue Urheberrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 3. Aufl. Bern 2008, Art. 55 Rz. 8; ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz, Stämpflis Handkommentar*, 2. Aufl. Bern 2012, Art. 55 Rz. 1; GOVONI/STEBLER (Fn. 4), Rz. 1439.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 2A.53/2006 vom 19. Juni 2007, E. 3.4.2.

rens in einem Gesetz im formellen Sinn generell-abstrakt zu regeln sind. Zulässig ist es, gewisse verfahrensrechtliche Details auf Verordnungsstufe zu regeln.¹⁸ Organisation und Verfahren der ESchK sind in den Grundzügen in einem formellen Gesetz (URG) geregelt, die Details aber in einer Verordnung (URV). Mit Blick auf den Anspruch auf den gesetzlichen Richter stellt sich die Frage, ob die geltende Regelung auf Gesetzesstufe ausreichend ist. Zweifelhaft erscheint, ob es ausreicht, die Wählbarkeitskriterien auf Verordnungsstufe zu normieren (Art. 1 Abs. 1 URV). Beim Bundesgericht ist die Wählbarkeit auf Verfassungsstufe geregelt (Art. 143 BV), beim Bundesverwaltungsgericht auf Gesetzesstufe (Art. 5 Abs. 2 VGG). Weiter ist die Kompetenz zur Entscheidung auf dem Zirkularweg nur auf Verordnungsstufe geregelt (Art. 11 URV). Auch hier drängt sich eine Norm auf formell-gesetzlicher Stufe auf (vgl. Art. 58 BGG und Art. 41 VGG). Schließlich ist das Recht auf mündliche Anhörung nur in der Verordnung (Art. 13), nicht aber im Gesetz geregelt. Ein klares Defizit besteht sodann mit Blick auf die in Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK statuierten Minimalanforderungen an die Öffentlichkeit von Verhandlungen und Urteilen. Nach Art. 5 URV ist lediglich die Veröffentlichung von «Entscheiden von grundsätzlicher Bedeutung» vorgesehen. Verhandlungen sind nicht öffentlich. Diese eingeschränkte Öffentlichkeit ist mit den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen nicht zu vereinbaren.¹⁹

[12] Zu erwähnen sind sodann gewisse *Besonderheiten der Wahl und Zusammensetzung* der ESchK, welche jedoch an ihrem gerichtlichen Charakter nichts zu ändern vermögen. Atypisch erscheint die Wahl der Mitglieder durch den Bundesrat und nicht durch die Bundesversammlung. Die Mitglieder des Bundesgerichts und der erstinstanzlichen Bundesgerichte (Bundesstrafgericht, Bundesverwaltungsgericht und Bundespatentgericht) werden durch die Bundesversammlung gewählt. Die Stellung als Justizorgan des Bundes ist indes nicht zwingend an eine Wahl durch die Bundesversammlung gekoppelt. So werden die Mitglieder der Militärjustiz vom Bundesrat gewählt.²⁰ Hinzu kommt, dass die ESchK keine Entscheide von Bundesrat oder Bundesverwaltung überprüft und daher keine Gefahr der unzulässigen Beeinflussung durch das Wahlorgan besteht. Mit Blick auf die zahlreichen Kriterien, welche bei der Zusammensetzung der ESchK zu beachten sind (Fachkunde, Sprachen, Regionen des Landes, Geschlechter sowie Vertretungsansprüche der Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbände)²¹ erscheint eine Wahl durch den Bundesrat sachgerecht.²² Durch eine Parlamentswahl würde zusätzlich das Bedürfnis nach einer parteipolitisch ausgewogenen Zusammensetzung aufkommen, wodurch die Findung geeigneter Mitglieder erschwert würde.²³ Schließlich ist zu erwähnen, dass eine teilweise paritätische Zusammensetzung mit Vertretern der Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbände (Art. 56 Abs. 2 URG) unter dem Blickwinkel der Unparteilichkeit als «ständestaatliches»

¹⁸ BGE 129 V 196 E. 4.1 S. 198; JOHANNES REICH, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 30 Rz. 14.

¹⁹ Zu den Anforderungen an die Öffentlichkeit der Justiz im Einzelnen REICH (Fn. 18), Art. 30 Rz. 42 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, Justizöffentlichkeit im digitalen Zeitalter, in: Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015, Zürich/St. Gallen 2015, S. 741 ff., 744 ff.; GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2014, Art. 30 Rz. 43 ff.

²⁰ Art. 7 Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (SR 322.1).

²¹ Art. 56 Abs. 2 URG und Art. 1 Abs. 1 URV.

²² Vgl. etwa die Regelung im Kanton Aargau: Fachrichterinnen und Fachrichter werden im Gegensatz zu den übrigen Angehörigen der Justiz nicht vom Wahlvolk oder vom Parlament, sondern von der Regierung gewählt: § 14 Abs. 3 Bst. c Gerichtsorganisationsgesetz vom 6. Dezember 2011 (SAR 155.200).

²³ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass mit der Überführung der bisherigen Rekurskommissionen (deren Mitglieder durch den Bundesrat gewählt wurden) in das Bundesverwaltungsgericht die parteipolitische Zusammensetzung erheblich an Bedeutung gewonnen hat.

Relikt kritisiert werden kann.²⁴ Dem ist entgegenzuhalten, dass paritätisch zusammengesetzte Gerichte auch in anderen Rechtsgebieten verbreitet sind (etwa Arbeitsgerichte, Mietgerichte, paritätische Schiedsgerichte in der Sozialversicherung). Die Unabhängigkeit des Gerichts wird in diesem Fall nicht über strikte Unparteilichkeit der einzelnen Mitglieder als vielmehr durch ausgewogene Allparteilichkeit des Gesamtgerichts sichergestellt.²⁵ Bundesgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte erachten paritätisch zusammengesetzte Gerichtsbehörden daher als zulässig.²⁶ Bei einer paritätischen Zusammensetzung ist jedoch der Offenlegung der Interessenbindungen und der Formulierung von Ausstandsgründen besondere Aufmerksamkeit zu schenken.²⁷

[13] Im Sinne eines *Zwischenfazit*s lässt sich feststellen, dass die Rechtsstellung der ESchK eine besondere ist. Ihre Funktion ist tendenziell die einer Aufsichtsbehörde, doch erfüllt sie diese Aufgabe im organisations- und verfahrensrechtlichen Rahmen einer richterlichen Behörde.²⁸ Die Schwierigkeiten einer eindeutigen Qualifizierung machen deutlich, dass sich die ESchK nicht ohne weiteres auf einer bestimmten Stufe eines «Modellinstanzenzugs» ansiedeln lässt. Vielmehr bedarf die Frage nach der richtigen Einordnung in einen Instanzenzug einer differenzierten und den Besonderheiten des Tarifgenehmigungsverfahrens angemessenen Betrachtungsweise.

3. Straffung des Instanzenzugs

a) Variante 1: Bundesverwaltungsgericht als letzte Instanz

[14] Eine Kürzung des Rechtsmittelzugs könnte dadurch erreicht werden, dass das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet, d.h. ein Weiterzug ans Bundesgericht neu ausgeschlossen würde. Streitigkeiten über die Tarifgenehmigung würden dann in den bestehenden Ausschlusskatalog von Art. 83 BGG aufgenommen.

[15] Für diese Variante spricht vor allem, dass sie sich nahtlos in das heute bestehende Konzept der Bundesrechtspflege einfügen würde. In Sachbereichen, wo dem Beschleunigungsgebot ein hoher Stellenwert zugemessen wird, sind Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts schon heute endgültig. So in der internationalen Amtshilfe (Art. 83 Bst. h BGG) oder bei öffentlichen Kaufangeboten im Börsenrecht (Art. 83 Bst. u BGG).²⁹ Dem Grundkonzept der Totalrevision der Bundesrechtspflege entspricht sodann, dass es in erster Linie Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts (bzw. der kantonalen Gerichte) ist, die «regulären» Rechtsschutzbedürfnisse abzudecken – dies ist nicht Aufgabe des

²⁴ Vgl. etwa in anderem Kontext YVO HANGARTNER, Umstrittene Frauenförderung: Chancengleichheit oder Quotengleichheit?, ZBJV 1996, S. 355 ff., 358.

²⁵ Vgl. REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2000, Bern 2001, S. 120 f.

²⁶ BGE 126 I 235 E. 2b S. 237 f. (betr. paritätisch besetztes Mietgericht im Kanton Waadt); EGMR, 28.04.2010, Puchstein/AUT, Nr. 20089/06, Ziff. 51 (betr. eine paritätisch mit Beisitzenden der Ärztekammer und der Krankenkassen besetzten Landesberufungskommissionen); EGMR, 26.10.2004, Kellermann/SWE, Nr. 41579/98, Ziff. 60 (betr. ein paritätisch besetztes Arbeitsgericht).

²⁷ Vgl. Art. 57 Abs. 2 URG; Urteil des Bundesgerichts 2A.53/2006 vom 19. Juni 2007, E. 3.4.2.

²⁸ Vgl. GOVONI/STEBLER (Fn. 4), Rz. 1439.

²⁹ Zur Verfahrensbeschleunigung als gesetzgeberisches Motiv für den Ausnahmekatalog von Art. 83 BGG vgl. Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege (Fn. 8), 4231; THOMAS HÄBERLI, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. Basel 2011, Art. 83 Rz. 178, 305; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1411; RENÉ RHINOW et al. (Fn. 13), Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl. Basel 2014, Rz. 1848.

Bundesgerichts. So genügt eine Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht den Anforderungen an die Rechtsweggarantien in der Bundesverfassung (Art. 29a) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 6 Ziff. 1): Das Bundesverwaltungsgericht ist ein durch Gesetz geschaffenes und unabhängiges Gericht, welches über eine ausreichende Überprüfungsbefugnis (Kognition) bezüglich Sachverhalt und Rechtsfragen verfügt.³⁰ Würde das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz wegfallen, wäre der Instanzenzug damit zwar kürzer, der gerichtliche Rechtsschutz wäre aber weiterhin in dem von Verfassung und Konvention geforderten Umfang sichergestellt. Weitere Anpassungen (etwa mit Blick auf das Verfahren vor der ESchK) wären nicht notwendig.

[16] *Gegen* diese Variante spricht, dass Streitigkeiten im Zusammenhang mit der konkreten Anwendung von Tarifen Gegenstand eines Zivilprozesses werden können.³¹ Damit besteht bereits heute die Gefahr, dass durch die unterschiedlichen Zuständigkeiten und Verfahren Divergenzen in der Rechtsprechung entstehen.³² Diese Gefahr wird dadurch akzentuiert, dass selbst nach Ansicht des Bundesgerichts «nicht immer klar» ist, «welche Fragen wo [im Zivilprozess bzw. im Verwaltungsprozess] zu prüfen sind»³³. Vor diesem Hintergrund ist es mit Blick auf eine einheitliche Rechtsprechung wichtig, dass beide Instanzenzüge beim Bundesgericht letztinstanzlich zusammenfließen. Zwar sind innerhalb des Bundesgerichts für zivil- und verwaltungsrechtliche Verfahren unterschiedliche Abteilungen zuständig.³⁴ Das Bundesgericht ist aber verpflichtet, solche Divergenzen gerichtsintern zu bereinigen (vgl. Art. 23 BGG) und die bundesgerichtliche Rechtsprechung macht deutlich, dass sich die Abteilungen des Gerichts dieser Problematik bewusst sind.³⁵ Würden neu zwei verschiedene Gerichte letztinstanzlich Fragen im Zusammenhang mit Tarifen nach URG entscheiden – das Bundesgericht als oberstes Zivilgericht und das Bundesverwaltungsgericht als oberstes Verwaltungsgericht –, bestünde die Gefahr divergierender Rechtsprechungslinien, welche sich innerhalb der bestehenden Gerichtsstrukturen nicht mehr bereinigen ließen. Das Bundesverwaltungsgericht ist gegenüber dem Bundesgericht in seiner Rechtsprechung unabhängig und das Bundesgericht kann dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich keine Weisungen erteilen.³⁶ Einwirken kann das Bundesgericht nur, wenn das Bundesverwaltungsgericht den «äußeren Gang des Verfahrens» nicht mehr gewährleistet,

³⁰ Zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts vgl. Art. 49 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) i.V.m. Art. 37 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32); zu den Anforderungen an die Kognition gemäss Rechtsweggarantie BGE 137 I 235 E. 2.5 S. 239. Das Bundesverwaltungsgericht kann bislang auch die Unangemessenheit von Entscheidungen prüfen (Art. 49 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Diese Kompetenz ist indes von untergeordneter praktischer Bedeutung und soll künftig – wenige Ausnahmen vorbehalten – ganz wegfallen. Vgl. den Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBl 2013, 9077, 9096 f., 9103 f.

³¹ Vgl. BGE 140 II 483 E. 6.7 S. 494; BGE 135 II 172 E. 2.3.3 S. 179 f.

³² MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, URG Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2008, Art. 74 Rz. 2.

³³ BGE 135 II 172 E. 2.3.3 S. 179.

³⁴ Für Beschwerden gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgericht ist in solchen Fällen regelmäßig die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung zuständig, für zivilrechtliche Streitigkeiten die Erste zivilrechtliche Abteilung. Vgl. Art. 30 und 31 Reglement für das Bundesgericht vom 20. November 2006 (BGerR; SR. 173.110.131).

³⁵ Vgl. BGE 140 II 483 E. 6.7 S. 494; BGE 135 II 172 E. 2.3.3 S. 179 f.

³⁶ Die Aufsicht des Bundesgerichts über das Bundesverwaltungsgericht beschränkt sich auf administrative Belange (Art. 3 Abs. 1 VGG). Inhaltliche Anweisungen kann das Bundesgericht dem Bundesverwaltungsgericht nur im Rahmen eines konkreten Rechtsmittelverfahrens erteilen – eine Möglichkeit, welche hier indes wegfallen würde. Zum Verhältnis Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit vgl. KIENER (Fn. 25), S. 299 f.

etwa bei massiver Überschreitung der Verfahrensdauer. Auf den Inhalt der Rechtsprechung hat das Bundesgericht aber keinen Einfluss.³⁷

[17] *Zwischenfazit:* Indem Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts bei Tarifstreitigkeiten nach URG endgültig erklärt würden, müsste das bisherige Rechtsmittelregime nur geringfügig angepasst werden. Neben einer Anpassung von Art. 83 BGG könnte das Verfahren vor der ESchK unverändert weiter bestehen. Diese Variante hat aber den erheblichen Nachteil, dass hierdurch die Einheit der Rechtsprechung gefährdet würde. Das Bundesgericht könnte seine Rolle als «Hüter der Rechtseinheit»³⁸ im Bereich des Urheberrechts nicht mehr wahrnehmen.

b) *Variante 2: Direktbeschwerde ans Bundesgericht*

[18] Eine Kürzung des Instanzenzugs ließe sich auch dadurch erreichen, dass Entscheidungen der ESchK direkt beim Bundesgericht angefochten und das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz wegfallen würde.

[19] Für diese Variante sprechen folgende Punkte:

- *Instanzenzug bis 2006:* Wie oben dargelegt war zwischen 1940 und 2006 eine Direktbeschwerde gegen Genehmigungsentscheide der ESchK beim Bundesgericht möglich (vgl. Rz. 5 f.). Es ist dem Gutachter nicht bekannt, dass diese Direktbeschwerde Anlass zu Klagen gegeben hätte, etwa bezüglich der Qualität der Entscheidungen oder mit Blick auf die Überlastung des Bundesgerichts.
- *Atypischer dreifacher richterlicher Instanzenzug:* Der «Modellinstanzenzug», welcher der Totalrevision der Bundesrechtspflege zu Grunde liegt, geht davon aus, dass Verfügungen der Verwaltung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen und von dort an das Bundesgericht weitergezogen werden können (vgl. oben Rz. 6). Die ESchK kann aber aufgrund ihrer gerichtsähnlichen Ausgestaltung nicht auf die gleiche Stufe wie eine Verwaltungsbehörde des Bundes gestellt werden. Ein Kernanliegen der Totalrevision der Bundesrechtspflege, nämlich dass dem Bundesgericht ein Gericht vorgeschaltet ist,³⁹ wäre auch bei einer Direktbeschwerde erfüllt. Zumindes aus Sicht des Bundesgerichts, welches die ESchK als Gericht qualifiziert, wäre diesem Erfordernis Genüge getan. Dass dem Bundesgericht zwei richterliche Instanzen vorangestellt sind, ist atypisch und erscheint – auch mit Blick auf das in der Verfassung verankerte Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) – begründungsbedürftig.
- *Tarifstreitigkeiten sind keine typischen Verwaltungsrechtsstreitigkeiten:* Das Parlament verzichtete Anfang der 1990er-Jahre bewusst darauf, dem Vorschlag des Bundesrats zu folgen und die Tarifaufsicht – zusammen mit den übrigen Aufsichtsfunktionen – beim IGE zu konzentrieren. Im Parlament wurde die Meinung vertreten, es erscheine sonderbar, dass in einem Bereich des Zivilrechts eine Verwaltungsbehörde einen Tarif beschliessen könne, welcher dann für die Zivilgerichte verbindlich sei (vgl. Art. 59 Abs. 3 URG).⁴⁰ Auch in der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, dass die Beziehungen zwischen den Tarifpartnern ebenso wie jene zwi-

³⁷ Vgl. Entscheid 12T_2/2007 der Verwaltungskommission des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2007, E. 1 (betreffend Aufsichtsanzeige gegen einen Entscheid im Asylbereich, wo das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet).

³⁸ Vgl. hierzu RHINOW et. al. (Fn. 13), Rz. 1745.

³⁹ Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege (Fn. 8), S. 4250.

⁴⁰ Vgl. Ständerat Riccardo Jagmetti, zitiert bei BARRELET/EGLOFF (Fn. 16), Art. 55 Rz. 1.

schen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzern als privatrechtliche Rechtsverhältnisse zu qualifizieren seien.⁴¹ Unter diesem Blickwinkel erscheint es nicht zwingend, dass die Entscheide über die Tarifgenehmigung dem Bundesverwaltungsgericht übertragen werden, dessen Hauptaufgabe «die Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung»⁴² ist.

- *Bundesgericht bleibt Hüter der Rechtseinheit*: Im Gegensatz zur oben dargestellten Variante 1 bliebe bei dieser Lösung das Bundesgericht zuständig und könnte damit auch in Zukunft die zivil- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung im Bereich von Tarifen nach URG gerichts-intern koordinieren.

[20] *Dagegen spricht*:

- *Atypische Vorinstanz des Bundesgerichts*: Die Totalrevision der Bundesrechtspflege hat dazu geführt, dass als Vorinstanzen des Bundesgerichts fast ausnahmslos die erstinstanzlichen Bundesgerichte (Bundesverwaltungsgericht, Bundesstrafgericht und Bundespatentgericht) oder aber «obere Gerichte» der Kantone (Art. 86 Abs. 2 BGG) eingesetzt sind. Damit wurde eine Filterwirkung angestrebt, welche das Bundesgericht entlasten sollte.⁴³ Der Bundesgesetzgeber hat diese Grundordnung aber nicht konsequent eingehalten und hielt etwa für die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) an der Direktbeschwerde an das Bundesgericht fest.⁴⁴ Auch das Bundesgericht legt den Begriff der «oberen Gerichte» (Art. 86 Abs. 2 BGG) nicht mit übermäßiger Strenge aus und beharrt bei den Kantonen nicht darauf, dass diese verwaltungsrechtliche Streitigkeiten zwingend einem obersten kantonalen Gericht mit Allgemeinzuständigkeit zuweisen müssen.⁴⁵ Vielmehr werden Vorinstanzen zugelassen, welche über sehr eng umschriebene Fachzuständigkeiten verfügen, außerhalb der allgemeinen Justizorganisation stehen, und deren Mitglieder neben- oder ehrenamtlich tätig sind.⁴⁶
- *Mehrbelastung des Bundesgerichts*: Von Seiten des Bundesamtes für Justiz (BJ) wurde im vorliegenden Zusammenhang die Befürchtung geäußert, mit einer Direktbeschwerde ans Bundesgericht könnte die mit der Justizreform «angestrebte Filterwirkung (Entlastung des Bundesgerichts)» unterlaufen werden.⁴⁷ Dem BJ ist darin zuzustimmen, dass eine Direktbeschwerde

⁴¹ ANDREAS ABECC/MATHIS BERGER, Gerichtsstandsvereinbarungen und Verletzerzuschläge in verwertungsrechtlichen Tarifen – Zur Privatautonomie im Rahmen staatsgeleiteter Selbstregulierung am Beispiel des URG, in: sic! 2009, S. 65 ff., 68. Vgl. auch SALIM RIZVI, Die Tarife des Schweizer Urheberrechts, in: sic! 2012, S. 769, 784 f.

⁴² Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege (Fn. 8), S. 4250.

⁴³ Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege (Fn. 8), S. 4325. Vgl. hierzu die Stellungnahmen des Bundesamtes für Justiz (BJ) zum Vorschlag der Verwertungsgesellschaften vom 31. Januar 2013, Ziff. 5. Das BJ spricht sich aus diesem Grund (und mit Verweis auf das Protokoll der Rechtskommission des Ständerates) gegen die hier beschriebene Variante 2 aus.

⁴⁴ Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege (Fn. 8), S. 4326 «Diese Behörde ist eine richterliche Behörde, die wegen ihrer speziellen Funktion und des spezifischen Verfahrens vom Bundesverwaltungsgericht getrennt beibehalten wird.»

⁴⁵ Hiervon schien indes der Bundesrat auszugehen: Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege (Fn. 8), S. 4326.

⁴⁶ Als «obere Gerichte» wurden etwa zugelassen: die Rekurskommission der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich (Urteil des Bundesgerichts 2C_124/2013 vom 25. November 2013), die Rekurskommission der Università della Svizzera italiana (Urteil des Bundesgerichts 2C_1183/2012 vom 30. Dezember 2013) oder die Rekurskommission des Kantons Bern für Maßnahmen gegenüber Fahrzeugführerinnen und Fahrzeugführern (statt vielen Urteil des Bundesgerichts 1C_262/2015 vom 23. September 2015).

⁴⁷ Vgl. hierzu Stellungnahme BJ (Fn. 43), Ziff. 5.

zu einer Mehrbelastung des Bundesgerichts führen würde. Eine quantitative Analyse der Fallzahlen zwischen 2007 und Oktober 2015 macht indes deutlich, dass diese Mehrbelastung nur gering ausfallen würde. So hatte das Bundesverwaltungsgericht in dieser Zeitspanne 15 Beschwerden gegen Entscheide der ESchK zu beurteilen. Das Bundesgericht beurteilte im gleichen Zeitraum 11 Beschwerden.⁴⁸ Es ist daher nur von einer beschränkten Mehrbelastung auszugehen (im Schnitt vermutlich 1 Fall zusätzlich pro Jahr). Geht man aufgrund der Fallzahlen zudem davon aus, dass die «Filterwirkung» des Bundesverwaltungsgerichts gering ist und die Mehrzahl der Entscheidungen ans Bundesgericht weitergezogen wird, wäre eine Direktbeschwerde ein Mittel zur Entlastung der Bundesgerichte insgesamt: Das Bundesverwaltungsgericht wäre von Streitigkeiten über Tarifgenehmigungen vollständig entlastet und die Arbeitslast des Bundesgerichts stiege bescheiden an.⁴⁹ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Streitigkeiten über Tarifgenehmigungen nach URG verglichen mit den Fallzahlen, welche durch andere «atypische» Vorinstanzen verursacht werden, für die Arbeitslast des Bundesgerichts vernachlässigbar erscheinen.⁵⁰

- *Dammbruchargument*: Man kann einer Direktbeschwerde an das Bundesgericht entgegenhalten, dass ein solcher Einbruch in das Rechtsschutzsystem zum Vorbild für weitere Ausnahmen werden könnte und so die Totalrevision der Bundesrechtspflege Schritt für Schritt in Frage gestellt würde. Diese Gefahr erscheint indes gering. Die besondere Stellung der ESchK (vgl. oben Rz. 7-13) lässt eine Sonderlösung gerechtfertigt erscheinen; vergleichbar mit der Sonderstellung der UBI. Bei den meisten Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich um klassische Verwaltungs- oder Regulierungsbehörden. Hier ist eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zwingend geboten, da ansonsten der durch Art. 29a und 30 BV bzw. Art. 6 EMRK gebotene Rechtsschutz nicht gewährleistet werden könnte. Dies gilt etwa auch bei der ETH-Beschwerdekommision, da diese den Anforderungen an ein unabhängiges Gericht nicht genügt.⁵¹ Lediglich bei den Eidgenössischen Schätzungskommissionen nach Enteignungsgesetz könnte sich eine vergleichbare Direktbeschwerde aufdrängen. Gegen eine Direktbeschwerde spricht hier aber, dass die 13 Schätzungskommissionen dezentral organisiert sind⁵² und die Überprüfung durch ein zentrales Bundesverwaltungsgericht mit umfassender Kognition angezeigt scheint. Hinzu kommt, dass Streitigkeiten aus Enteignungen zahlenmässig sehr viel häufiger sind und das Argument der «Filterwirkung» in diesem Bereich zu überzeugen vermag.⁵³

⁴⁸ Von diesen 11 Fällen beziehen sich noch 2 Fälle auf die alte Rechtslage, bei welcher eine Direktbeschwerde möglich war.

⁴⁹ Vgl. MEIER (Fn. 2), Rz. 377 f.

⁵⁰ In der gleichen Zeitspanne (2007-2015) hatte das Bundesgericht alleine 41 Direktbeschwerden gegen Entscheide der Rekurskommission des Kantons Bern für Maßnahmen gegenüber Fahrzeugführerinnen und Fahrzeugführern zu beurteilen.

⁵¹ Gemäss Art. 37a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidg. Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 (SR 414.110) gehören der ETH-Beschwerdekommision mindestens vier Mitglieder aus dem ETH-Bereich an. Die Kommission ist daher personell nicht unabhängig und genügt nicht den Anforderungen an ein Gericht: BENJAMIN SCHINDLER/PATRIK LOUIS, Erstinstanzlicher Rechtsschutz gegen universitäre Prüfungsentscheidungen, in: ZBI 2011, 509 ff., S. 525 f.

⁵² Vgl. Art. 59 Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (SR 711).

⁵³ Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte zwischen 2007 und 2015 97 Beschwerden gegen Entscheide Eidg. Schätzungskommissionen.

- *Abbau von Rechtsschutz:* Die ESchK wird vom Bundesgericht zwar als unabhängiges Gericht anerkannt (vgl. oben Rz. 10). Nach Ansicht des Gutachters bestehen aber mit Blick auf die Anforderungen von Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK Defizite. Das Bundesgericht seinerseits bietet wegen seiner eingeschränkten Kognition (insb. mit Blick auf den Sachverhalt: Art. 105 Abs. 2 BGG) keinen umfassenden Rechtsschutz. Damit eine Direktbeschwerde ans Bundesgericht nicht zu einem Abbau an Rechtsschutz führt, müssten allfällige Defizite des Verfahrens vor der ESchK behoben werden. Der gesetzgeberische Anpassungsbedarf ist somit bei Variante 2 größer als bei Variante 1.
- *Gabelung des Rechtsschutzes:* Nach der hier vorgeschlagenen Variante bliebe gegen Verfügungen des IGE weiterhin die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 74 Abs. 1 URG). Diese Zuständigkeit ist zwingend, da das IGE keine richterliche Behörde ist und der Weiterzug an ein unabhängiges Gericht mit ausreichender Kognition wegen der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) geboten ist. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen im Bereich URG wäre somit nicht mehr umfassend. Die Gabelung des Rechtsweges ließe sich indes mit dem Argument rechtfertigen, dass die Tarifgenehmigung vom Gesetzgeber bewusst nicht dem IGE übertragen wurde, sondern der ESchK als gerichtsähnlichem Organ (vorne, Rz. 19). Insofern lässt sich auch fragen, ob der Begriff der «Gabelung» zutrifft, da dieser meist einen Zustand beschreibt, bei welchem die Entscheide derselben Behörde bei zwei unterschiedlichen Rechtsmittelinstanzen anzufechten sind. Die Folge von Variante 2 wäre aber, dass die Entscheide zweier unterschiedlicher Behörden bei zwei unterschiedlichen Rechtsmittelinstanzen anzufechten wären.

[21] *Zwischenfazit:* Die hier geprüfte Variante der Direktbeschwerde ans Bundesgericht weist zahlreiche Vorteile auf.⁵⁴ Die Kürzung des Instanzenzugs würde voraussichtlich einen wesentlichen Beitrag zu einer rascheren Verfahrensdauer leisten. Eine einheitliche Rechtsprechung wäre sichergestellt und die geringfügige Mehrbelastung des Bundesgerichts würde durch eine Entlastung des Bundesverwaltungsgerichts mehr als kompensiert. Die Direktbeschwerde an das Bundesgericht würde indes bedingen, dass Verfahren und Organisation der ESchK den Anforderungen an ein unabhängiges Gericht nach Art. 30 BV und Art. 6 EMRK angepasst würden.

4. Reform des Verfahrens vor der Schiedskommission

[22] Das Verfahren vor der Schiedskommission wurde bereits durch eine Arbeitsgruppe mit Blick auf allfällige Beschleunigungspotentiale untersucht. Die entsprechenden Vorschläge (insb. Ausbau des Instruktionsverfahrens, Zeugeneinvernahmen durch den Instruktionsrichter, zeitliche Beschränkung des Rechts der Parteien auf Sachverhaltsvorbringen und Beschränkung des Bundesverwaltungsgerichts auf Rechtsfragen) wurden vom Bundesamt für Justiz auf ihre Umsetzbarkeit hin geprüft.⁵⁵ Im Rahmen dieses Kurzgutachtens sollen diese Punkte daher nicht erneut vertieft werden.

[23] Sollte die hier geprüfte Variante 2 (Direktbeschwerde ans Bundesgericht) verwirklicht werden, müssten Verfahren und Organisation den Erfordernissen an ein unabhängiges Gericht angepasst werden. Zu erwähnen ist insbesondere die «Anhebung» gewisser Regelungen von der Verordnungsstufe auf die Stufe formelles Gesetz (insb. Wählbarkeit, Zirkularentscheid, Anhörungsrecht). Sodann müsste neu die Öffentlichkeit der Verhandlungen der ESchK sowie all ihrer Entscheidungen sichergestellt werden (vgl. oben, Rz. 11).

⁵⁴ Vgl. MEIER (Fn. 2), Rz. 376-378.

⁵⁵ Vgl. hierzu Stellungnahme BJ (Fn. 43) sowie MEIER (Fn. 2), Rz. 373-375.

[24] Mit Blick auf eine Entlastung der ESchK könnten sodann folgende Punkte näher geprüft werden:

- In Fällen, in welchen die ESchK einen Tarif genehmigt, dem auch die Nutzervertreter zugestimmt haben (vgl. Art. 11 URV), könnte *auf eine Begründung verzichtet* werden, wenn keine der beteiligten Verfahrensparteien eine solche innert Frist verlangt (vgl. etwa Art. 239 Abs. 2 ZPO).⁵⁶
- Es stellt sich schließlich die Frage, *ob Tarife künftig auch durch vertragliche Vereinbarung zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbänden in eigener Kompetenz beschlossen werden könnten*. In diesem Fall würde eine Genehmigung bzw. Festlegung des Tarifs durch die ESchK nur dann erfolgen, wenn sich die betroffenen Interessenverbände nicht einigen können. Diese Maßnahme wäre allerdings deutlich mehr als eine bloß verfahrensrechtliche Anpassung und würde eine Änderung des regulatorischen Konzepts im Urheberrecht bedeuten. Die Selbstregulierung im Bereich der Tarife würde dadurch gestärkt und die staatliche Aufsicht verringert.⁵⁷ Damit würde die ESchK noch stärker in die klassische Rolle eines Gerichts gerückt, dessen Aufgabe primär die Streitschlichtung bzw. Streitentscheidung ist. Ob eine solch grundlegende Änderung der Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften wünschbar ist, wird im Rahmen dieses Gutachtens nicht vertieft untersucht. Die Bewertung dieser Lösung dürfte entscheidend davon abhängen, welcher Stellenwert der ESchK bei der Wahrung öffentlicher Interessen zugemessen wird, wenn sich Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbände einigen sind.

IV. Fazit

[25] Entscheidungen der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) über die Genehmigung von Tarifen unterliegen heute der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts können beim Bundesgericht angefochten werden. Dieser doppelte Instanzenzug führt unter anderem dazu, dass Rechtsstreitigkeiten über Tarife nach URG nicht in der gebotenen Zeit endgültig beigelegt werden können (vorne, Rz. 3).

[26] Im Rahmen dieses Kurzugutachtens wurde vor allem die Frage geprüft, ob der heute bestehende doppelte Instanzenzug gestrafft werden könnte. Das Gutachten zeigt auf, dass die ESchK eine besondere Stellung innehat. Sie lässt sich nicht eindeutig der Kategorie «Verwaltung» oder «Justiz» zuordnen (vorne, Rz. 7-13). Dasselbe gilt für die Rechtsnatur der Tarife bzw. der Tarifgenehmigung, welche nicht ohne weiteres als «privatrechtlich» oder «öffentlich-rechtlich» kategorisiert werden können. Es fällt daher schwer, den Rechtsmittelzug gegen Entscheide der ESchK in einen standardisierten «Modellinstanzenzug» einzufügen. Der Gesetzgeber hat für die Tarifgenehmigung mit dem Verfahren vor der ESchK eine Sonderlösung geschaffen, welche auch eine «maßgeschneiderte» Lösung beim gerichtlichen Rechtsschutz rechtfertigt.

[27] Geprüft wurde einerseits der Wegfall der Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht (Variante 1: Bundesverwaltungsgericht als letzte Instanz), andererseits die Direktbeschwerde ans Bundesgericht (Variante 2). Im Vergleich zeigt sich, dass die Direktbeschwerde ans Bundesgericht klar

⁵⁶ Eine Begründung hat aber auch in diesem Fall zu erfolgen, wenn die ESchK der Stellungnahme des Preisüberwachers nicht folgt: Art. 15 Abs. 2ter des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20). Vgl. Urteil des Bundesgerichts, 2A.539/1996, vom 20. Juni 1997, E. 3b/aa, publiziert in: sic! 1998, S. 33.

⁵⁷ Vgl. etwa die Übertragung zur Zuteilung von Adressierungselementen im Internet auf Private: Art. 28 Abs. 2 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10). Hierzu BGE 131 II 162 E. 2.4 S. 167 f.

vorzuziehen ist. Hierdurch würde sichergestellt, dass das Bundesgericht bei allen Streitigkeiten, welche das URG betreffen – unabhängig davon, ob sie über den zivil- oder verwaltungsrechtlichen Weg geführt werden – letzte Instanz bliebe und somit weiter als «Hüter der Rechtseinheit» fungieren könnte. Die Direktbeschwerde ans Bundesgericht hätte sodann keine erhebliche Mehrbelastung des Höchstgerichts zur Folge, wie sich aufgrund von Erfahrungswerten nachweisen lässt.

[28] Sollte der Gesetzgeber das Ziel verfolgen, bei Tarifstreitigkeiten nach URG eine Direktbeschwerde ans Bundesgericht vorzusehen, müsste das Verfahren vor der ESchK so angepasst werden, dass es den Anforderungen an ein unabhängiges Gericht gemäß Art. 30 BV und Art. 6 EMRK genügt. Die zentralen Aspekte von Organisation und Verfahren der ESchK müssten in einem Gesetz im formellen Sinn geregelt werden und Verhandlungen und Entscheide der ESchK müssten dem Öffentlichkeitsprinzip unterstellt werden.

UNIVERSITÄT ST.GALLEN

A handwritten signature in black ink, reading "Benjamin Schindler". The signature is written in a cursive, flowing style.

Prof. Dr. iur. Benjamin Schindler