



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, der Handelsrichter Prof. Dr. Mischa Senn, die Handelsrichterin Dr. Seraina Deroth, der Handelsrichter Marius Hagger sowie der Gerichtsschreiber Leonard Suter

## Urteil vom 18. Juni 2020

in Sachen

1. **A.\_\_\_\_\_ [Radio] AG,**

2. ...

Klägerin 1 und Widerbeklagte 1

1 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ [Verwaltung von Urheberrechten],**

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **URG**

**Rechtsbegehren der Hauptklage:**

(act. 1)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die Klägerinnen 1 und 2 berechtigt sind, auch über den 1. April 2018 das B. \_\_\_\_\_-Repertoire zu nutzen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Widerklage:**

(act. 14)

- " 4. Die Klägerin 1 (Widerbeklagte 1) sei zu verpflichten, der Beklagten (Widerklägerin) CHF 362'453.80 zuzüglich Verzugszinsen zu 5 Prozent p.a. ab dem 5. August 2016 und CHF 1'478'474.45 zuzüglich Verzugszinsen zu 5 Prozent p.a. ab dem 22. Januar 2018 zu bezahlen.
5. Die Klägerin 2 (Widerbeklagte 2) sei zu verpflichten, der Beklagten (Widerklägerin) CHF 45'514.55 zuzüglich Verzugszinsen zu 5 Prozent p.a. ab dem 5. August 2016 und CHF 173'428.70 zuzüglich Verzugszinsen zu 5 Prozent p.a. ab dem 22. Januar 2018 zu bezahlen."

**Rechtsbegehren gemäss Replik und Widerklagereplik:**

**Rechtsbegehren der Hauptklage:**

(act. 32)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin berechtigt ist, auch über den 1. April 2018 Musikwerke des B. \_\_\_\_\_-Repertoires zu senden nach Art. 10 Abs. 2 lit. d URG, zu vervielfältigen nach Art. 24b URG sowie zugänglich zu machen nach Art. 22c URG.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Widerklage:**

(act. 36)

- " 4. Die Klägerin 1 (Widerbeklagte 1) sei zu verpflichten, der Beklagten (Widerklägerin) CHF 362'453.80 zuzüglich Verzugszinsen zu 5 Prozent p.a. ab dem 5. August 2016 und CHF 1'478'474.45 zuzüglich Verzugszinsen zu 5 Prozent p.a. ab dem 22. Januar 2018 zu bezahlen.

## Inhaltsverzeichnis:

Sachverhalt und Verfahren .....	5
A. Sachverhaltsübersicht .....	5
a. Parteien und ihre Stellung .....	5
b. Überblick .....	5
B. Prozessverlauf .....	7
Erwägungen .....	8
1. Formelles .....	8
1.1. Prozessvoraussetzungen .....	8
1.1.1. Zuständigkeit .....	8
1.1.2. Zulässigkeit der Widerklage .....	9
1.1.3. Streitwert .....	9
1.2. Klageänderung .....	10
1.3. Feststellungsinteresse .....	11
2. Materielles .....	13
2.1. Streitpunkte .....	13
3. Hauptklage.....	13
3.1. Urheberrechtliche Feststellungsklage.....	13
3.1.1. Aktiv- und Passivlegitimation .....	13
3.1.2. Nutzungsrecht der Klägerin 1 am B. _____-Repertoire? .....	14
3.1.3. Nutzungsrecht für Sender?.....	15
3.1.4. Zwischenfazit.....	16
3.2. Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB?.....	17
3.2.1. Vorwurf des Missbrauchs der Monopolstellung durch die Beklagte ...	17
3.2.2. Monopolstellung der Beklagten .....	17
3.2.3. Missbrauch durch grundlose Verweigerung der Sendeerlaubnis? .....	20
3.3. Verletzung der tariflichen Auskunftspflicht durch die Klägerin 1? .....	20
3.3.1. Parteistandpunkte .....	20
3.3.2. Auskunftspflichten gemäss G. _____ .....	21
3.3.3. Aufforderungen der Beklagten zur Auskunftserteilung .....	22
3.3.3.1. Rechnungsjahr 2014 .....	22
3.3.3.2. Erfüllung Auskunftspflicht durch Spartenerfolgsrechnungen? .....	25
3.3.3.3. Verzögerung bei Erstellung der Jahresabschlüsse?.....	27
3.3.3.4. Zwischenfazit.....	29
3.3.3.5. Rechnungsjahr 2015 .....	29
3.3.3.6. Rechnungsjahr 2016 .....	30
3.3.4. Zwischenfazit.....	33
3.4. Weitere Einwendungen der Klägerin 1 .....	33
3.4.1. Verbot erst nach rechtskräftigem Urteil über Gebühren? .....	33
3.4.2. Defizitärer Betrieb der Klägerin 1 .....	34
3.4.3. Verstoss gegen Gleichbehandlungsgebot nach Art. 45 Abs. 2 URG? .....	34
3.5. Zusammenfassung Hauptklage .....	36
4. Widerklage.....	37
4.1. Parteidarstellungen.....	37
4.2. Würdigung .....	38

4.2.1. Schätzung der gebührenrelevanten Einnahmen .....	39
4.2.2. Verdoppelung .....	40
4.2.3. Genehmigungsfiktion? .....	45
4.3. Berechnungen der G._____-Vergütungen:.....	47
4.3.1. G._____-Schlussrechnung 2014 an die Klägerin 1 vom 4. Juli 2016 .	47
4.3.2. Die G._____-Schlussrechnungen für die Jahre 2015.....	47
4.3.3. Die G._____-Schlussrechnungen für die Jahre 2016.....	48
4.3.4. Verzugszins auf G._____-Schlussrechnungen 2014.....	49
4.4. Fazit.....	49
5. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	50
5.1. Kostenstreitwert.....	50
5.2. Gerichtskosten.....	50
5.3. Parteientschädigungen .....	51

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin 1 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_. Sie betreibt einen Radiosender („A.\_\_\_\_\_“). Sie nutzt ... aus dem Repertoire der Beklagten bzw. der D.\_\_\_\_\_. Geschäftsführer ist E.\_\_\_\_\_, der auch den Verwaltungsrat der Klägerin 1 präsidiert.

Die Beklagte ist eine Genossenschaft mit Sitz in F.\_\_\_\_\_. Als Verwertungsgesellschaft bezweckt sie die Wahrnehmung von Urheberrechten an ...

Die D.\_\_\_\_\_ ist ein Verein mit Sitz in F.\_\_\_\_\_. Als Verwertungsgesellschaft bezweckt sie im Kern die Verteidigung und Wahrnehmung der verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler, der Produzenten von Ton- und Tonbildaufzeichnungen und der Sendeunternehmen.

#### b. Überblick

Die Beklagte hat der Klägerin 1 mit Schreiben vom 7. März 2018 verboten, ab dem 1. April 2018 Musikwerke des B.\_\_\_\_\_-Repertoires in dem vom G.\_\_\_\_\_ [Tarif] (im Folgenden G.\_\_\_\_\_) erfassten Umfang zu nutzen (act. 3/12).

Die Klägerin 1 will mit ihrer Klage gerichtlich feststellen lassen, dass sie berechtigt sei, über den 1. April 2018 das B.\_\_\_\_\_-Repertoire zu nutzen. Die vorliegend zwischen den Parteien bestehenden Differenzen betreffend die Berechnung der Vergütung könnten nicht mit einem Sendeverbot sanktioniert werden. Die Beklagte habe ihre Monopolstellung gegenüber der Klägerin 1 misslos ausgenutzt. Um ihre Machtstellung zu demonstrieren und ihren Druck zu vergrössern, habe die Beklagte der Klägerin 1 den Lizenzvertrag auf den 1. August 2017 gekündigt mit der Bemerkung, sie sei bereit, mit der Klägerin 1 einen neuen Vertrag abzuschliessen, sofern die ausstehenden Rechnungen bezahlt seien (act. 1 S. 6). An-

gesichts des bestehenden Monopols der Beklagten im Bereich der Verwertungsrechte musikalischer Werke würde ein Sendeverbot bedeuten, dass die Klägerin 1 ihren in der Konzession definierten Leistungsauftrag nicht mehr erfüllen könne. Eine solche Sanktion sei völlig unverhältnismässig und würde zu einem immensen finanziellen Schaden führen, unter Umständen gar zur Schliessung des Radiosenders.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass sie berechtigt war, der Klägerin 1 aufgrund der Rechnungsausstände in Millionenhöhe und infolge anhaltender Nichterfüllung und Nichtanerkennung zentraler Grundsätze des G.\_\_\_\_\_ – nach wiederholten Mahnungen und Androhungen – per 1. April 2018 zu verbieten, musikalische Werke des B.\_\_\_\_\_ -Repertoires zu senden (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), im Sinne von Art. 22 Abs. 1 URG öffentlich zugänglich zu machen (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) und im Sinne von Art. 24b Abs. 1 und Art. 22c Abs. 2 URG zu vervielfältigen (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG).

Folglich sei die Klägerin 1 ab dem 1. April 2018 nicht mehr berechtigt, das B.\_\_\_\_\_ -Repertoire im genannten Umfang zu nutzen. Die Feststellungsklage der Klägerin 1 sei deshalb abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten sei.

Die Beklagte fordert widerklageweise, dass die Klägerin 1 die offenen Schlussrechnungen samt Verzugszinsen bezahle. Die Klägerin 1 schulde der Beklagten für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in den Jahren 2014 bis 2016 die folgenden widerklageweise geltend gemachten Rechnungsbeträge und Verzugszinsen:

	Rechnungsdatum	Zins (5% p.a.) ab	Betrag in CHF
<b>Klägerin 1</b>			
- Schlussrechnung 2014	4. Juli 2016	5. August 2016	362'453.80
- Schlussrechnung 2015	21. Dezember 2017	22. Januar 2018	778'066.15
- Schlussrechnung 2016	21. Dezember 2017	22. Januar 2018	700'408.30

Die Klägerin 1 sei ihren gesetzlichen und tariflichen Auskunftspflichten in den Rechnungsjahren 2014 bis 2016 nicht vollständig nachgekommen. Deshalb fehl-

ten der Beklagten Informationen, die zur Berechnung der Vergütungshöhe erforderlich gewesen wären. Die in Rechnung gestellten Vergütungen basierten - wie tariflich vorgesehen - auf geschätzten Angaben und seien betragsmässig verdoppelt worden. Die Klägerin 1 habe es auch unterlassen, innert 30 Tagen seit der Zustellung der Schlussrechnungen vollständige und korrekte Angaben nachzuliefern. Aufgrund der im G.\_\_\_\_\_ enthaltenen Genehmigungsfiktion hätten die hier relevanten Schlussrechnungen für die Jahre 2014 bis 2016 als von der Klägerin 1 anerkannt zu gelten.

## B. Prozessverlauf

a. Am 29. März 2018 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin 1 (zusammen mit der Klägerin 2) hierorts die Klage ein (act. 1). Den mit Verfügung vom 8. Mai 2018 einverlangten Kostenvorschuss leistete sie innert Frist (act. 12; act. 16). Mit ihrer Klageantwortschrift vom 25. Mai 2018 erhob die Beklagte Widerklage (act. 14). Den ihr hierauf auferlegten Kostenvorschuss leistete die Beklagte fristgerecht (act. 17; act. 19). Die Widerklageantwort datiert vom 3. September 2018 (act. 21). Am 10. Januar 2019 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien – unter Mitwirkung der Gerichtsdelegation einen Teilvergleich schlossen und unterzeichneten (Prot. S. 10 f.; act. 25).

Gestützt auf diesen Teilvergleich wurde das Verfahren, soweit es die Klagen zwischen der Klägerin 2 bzw. Widerbeklagten 2 und der Beklagten bzw. Widerklägerin betroffen hat, mit Präsidialverfügung vom 14. Januar 2019 zufolge Vergleichs als erledigt abgeschlossen.

Das Verfahren zwischen der Klägerin 1 bzw. Widerbeklagten 1 wurde fortgesetzt. Mit Verfügung vom 21. Januar 2019 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin 1 unter Säumnisandrohung Frist zur Einreichung der Replik angesetzt (Prot. S. 5, act. 10). Sodann wurde den Parteien eine einmalige Frist bis zum 25. Februar 2019 angesetzt, um einen zusätzlichen Vorschuss für die Gerichtskosten zu leisten, nämlich die Klägerin CHF 7'000. und die Beklagte CHF 13'700.–.

Mit Eingabe vom 25. März 2019 (Datum Poststempel) erstattete die Klägerin 1 fristgerecht ihre Replik und Widerklageantwort (act. 32). In der Folge wurde der Beklagten mit Verfügung vom 3. April 2019 unter Säumnisandrohung Frist zur Einreichung der Duplik und Widerklagereplik angesetzt (Prot. S. 15). Die Duplik und Widerklagereplik der Beklagten datiert vom 19. Juni 2019 (act. 36), die Widerklageduplik der Klägerin vom 30. September 2019 (act. 40). Damit trat Aktenabschluss ein (vgl. act. 42).

Am 18. Juni 2020 fand die Hauptverhandlung statt, deren Durchführung die Klägerin 1 gewünscht hatte (act. 51). Aus den Ausführungen der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung (act. 55; act. 56; Prot. S. 24) ergaben sich keine Noven, welche entscheidungsrelevant wären. Der Prozess erweist sich als spruchreif.

b. Mit Gesuch vom 11. Mai 2020 ersuchte Instruktionsrichterin Dr. H.\_\_\_\_\_, welche bisher am Verfahren mitgewirkt hatte, um Ausscheiden aus dem Prozess, um den Anschein der Befangenheit zu vermeiden (act. 50). Sie ist daher durch Oberrichterin Dr. Claudia Bühler zu ersetzen.

Zudem wurde, wie den Parteien mit Schreiben vom 9. Juni 2020 bereits mitgeteilt, die in der Vorladung zur Hauptverhandlung als Beisitzerin aufgeführte Handelsrichterin Sandra Hanhart durch Dr. Seraina Denoth ersetzt (act. 54).

## **Erwägungen**

### 1. Formelles

#### 1.1. Prozessvoraussetzungen

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

##### 1.1.1. Zuständigkeit

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

Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich für die Hauptklage ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO, da die Beklagte ihren Sitz im Kanton Zürich hat.

Die sachliche Zuständigkeit folgt aus Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG, da sich die Streitigkeit auf die Nutzung des B.\_\_\_\_\_-Repertoires durch die Klägerin bezieht und damit im Zusammenhang mit geistigem Eigentum steht.

#### 1.1.2. Zulässigkeit der Widerklage

Die Widerklage steht mit der Hauptklage in einem engen sachlichen Zusammenhang: die widerklageweise geltend gemachten Forderungen gründen unter anderem in der Nutzung des B.\_\_\_\_\_-Repertoires und stehen damit ebenfalls in einem Zusammenhang mit dem geistigen Eigentum.

Die örtliche Zuständigkeit lässt sich für die Widerklage folglich mit Art. 14 Abs. 1 ZPO begründen, die sachliche Zuständigkeit - analog der Klage - mit Art. 5 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG-ZH. Ein vorgängiges Schlichtungsverfahren entfällt gemäss Art. 198 lit. f bzw. g ZPO.

Für die Widerklage findet - wie für die Klage - das ordentliche Verfahren Anwendung, womit auch die in Art. 224 Abs. 1 ZPO statuierte Voraussetzung der gleichen Verfahrensart erfüllt ist.

#### 1.1.3. Streitwert

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

Der verbleibende Anteil der Klägerin 1 am vorläufig festgesetzten Streitwert der Hauptklage wäre somit CHF 50'000.–. Dieser vorläufig festgesetzte Streitwert ist zu überprüfen.

Bei Feststellungsklagen bestimmt sich der Streitwert nach herrschender Lehre nach dem Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses, dessen Bestand oder Nichtbestand durch das Urteil festgestellt werden soll (statt vieler M. STEINWIGGER, in: Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, ZPO 91 N 16; DAVID, SIWR 1/2, N 111 ).

Die Klägerin 1 will mit ihrer Klage feststellen lassen, dass ihr ein Nutzungsrecht am B.\_\_\_\_-Repertoire zusteht. Es ist davon auszugehen, dass der Fortbestand der Klägerin 1 als Radiosender von diesem Nutzungsrecht abhängt. So macht die Klägerin 1 selber geltend, ein Sendeverbot würde für sie bedeuten, dass sie ihren in den Konzession des UVEK definierten Leistungsauftrag nicht mehr erfüllen könnte.

Da es nicht möglich ist, den Wert des Nutzungsrechts genau zu berechnen, ist dieser zu schätzen. Dabei erscheint ein Streitwert von CHF 50'000.– angesichts des erheblichen wirtschaftlichen Interesses der Klägerin 1 als zu tief; der Streitwert ist vielmehr auf CHF 200'000.– zu schätzen.

Der **Streitwert der Widerklage** reduziert sich mit dem Ausscheiden der Klägerin 2 auf CHF 1'840'928.25.

## 1.2. Klageänderung

Mit ihrer ursprünglichen Klage beantragte die Klägerin 1, es sei festzustellen, dass die Klägerinnen 1 und 2 berechtigt seien, auch über den 1. April 2018 hinaus das B.\_\_\_\_-Repertoire zu nutzen. In der Replikschrift hat die Klägerin 1 ihr Rechtsbegehren insoweit geändert, als sie nunmehr beantragt:

" Es sei festzustellen, dass die Klägerin berechtigt ist, auch über den 1. April 2018 Musikwerke des B.\_\_\_\_-Repertoires zu senden nach Art. 10 Abs. 2 lit. d URG, zu vervielfältigen nach Art. 24b URG sowie zugänglich zu machen nach Art. 22c URG."

Die Beklagte ist der Auffassung, dass es sich dabei um einen teilweisen Klagerückzug handle (act. 36 S. 3 RZ 2).

Die Klägerin 1 bestreitet dies und macht geltend, sie habe das Feststellungsbegehren lediglich konkretisiert (act. 40 S. 3 RZ 4).

Das ursprüngliche Feststellungsbegehren der Klägerin 1 war allgemein formuliert, ohne dass präzisiert wurde, welche Nutzungsformen diese anstrebte. Aus dem Gesamtkontext und der Begründung war jedoch klar, dass die Klägerin 1 sich mit ihrer Klage gegen das Sendeverbot der Beklagten wendete und die Nutzungen des B.\_\_\_\_\_ Repertoires im bisherigen Rahmen fortführen wollte, um den Radiosender weiterhin betreiben zu können. Auch die Beklagte geht davon aus, dass aus der Klageschrift als Ganzes hervorgehe, dass die Feststellungsklage de facto eine Reaktion auf das Musikverbot darstelle (act. 14 S. 60 RZ 158). Die Beklagte hat selber in ihrem Schreiben vom 7. März 2018 an die Klägerin 1 das Betreffnis wie folgt formuliert: "Verbot der Nutzung des B.\_\_\_\_\_ -Repertoires ab 1. April 2018".

Anhaltspunkte dafür, dass sie auch andere Nutzungen anstreben wollte, fehlen gänzlich. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Klägerin 1 ihr Feststellungsbegehren mit der Replik konkretisierte und damit den Anforderungen an die Substantiierung des Rechtsbegehrens nachkam. Es handelt sich daher weder um einen teilweisen Klagerückzug noch um eine eigentliche materielle Klageänderung.

### 1.3. Feststellungsinteresse

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

Auch im Bereich des Urheberrechts setzt die Feststellungsklage somit ein **Feststellungsinteresse** voraus.

Das Feststellungsinteresse kann tatsächlicher oder rechtlicher Art, muss jedoch erheblich sein. Ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellungsklage besteht grundsätzlich, wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und die Fortdauer der Ungewissheit der klagenden Partei nicht zumutbar ist (BGer vom 25. August 2003, 4C.138/2003, E. 2). Das Interesse fehlt, wenn eine Leistungs-, Gestaltungs- oder Unterlassungsklage zur Verfügung steht (BGE 123 III 49 E. 1a S. 51; 120 II 20 E. 3a S. 22 je mit Hinweisen).

Die Beklagte hat in der Klageantwort beantragt, auf die Klage sei insoweit nicht einzutreten, als das Feststellungsbegehren Nutzungen betreffe, die über das Senden (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Art. 22 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) und das Vervielfältigen zu Sendezwecken (Art. 24b Abs. 1 und Art. 22c Abs. 2 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) hinausgehen würden. Mit der Anpassung bzw. Präzisierung des Rechtsbegehrens in der Replik ist dieses Begehren hinfällig geworden.

Im Übrigen ist unbestritten, dass ein Feststellungsinteresse der Klägerin 1 in Bezug auf die vom G.\_\_\_\_\_ erfassten Nutzungsformen besteht (act. 14 S. 60 RZ 158).

In der Tat besteht für die Klägerin 1 insoweit eine Ungewissheit, als die Beklagte ihr mit Schreiben vom 7. März 2018 verboten hat, ab dem 1. April 2018 Musikwerke des B.\_\_\_\_\_ -Repertoires in dem vom G.\_\_\_\_\_ erfassten Umfang zu nutzen, also dem Senden (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), dem Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Art. 22 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) und dem Vervielfältigen zu Sendezwecken (Art. 24b Abs. 1 und Art. 22c Abs. 2 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG).

Bezüglich dieser vom G.\_\_\_\_\_ erfassten Nutzungsformen besteht daher für die Klägerin 1 eine Ungewissheit und damit auch ein Feststellungsinteresse. Auf die Feststellungsklage gemäss Rechtsbegehren der Replikschrift ist daher einzutreten.

## 2. Materielles

### 2.1. Streitpunkte

In vorliegender Streitigkeit geht es um folgende Themen:

Einerseits geht es in der Hauptklage primär um das behauptete Recht der Klägerin 1, das B.\_\_\_\_-Repertoire nach dem 1. April 2018 zu nutzen bzw. um die Frage der Rechtmässigkeit des von der Beklagten gegenüber der Klägerin 1 verhängten Sendeverbots. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob die Klägerin 1 ihre Pflichten gemäss G.\_\_\_\_ verletzt hat und ob die Beklagte ihre Monopolstellung missbraucht hat.

Andererseits stellt sich im Rahmen der Widerklage die Frage, ob die Nutzungsgebühren der Klägerin 1 für die Jahre 2014 bis 2016 in den Schlussrechnungen der Beklagten gemäss G.\_\_\_\_ korrekt berechnet wurden, insbesondere ob die Voraussetzungen für eine Schätzung der gebührenrelevanten Einnahmen sowie für eine Verdoppelung der Vergütungen gegeben waren. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Schlussrechnungen der Beklagten als anerkannt zu gelten haben.

## 3. Hauptklage

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

### 3.1. Urheberrechtliche Feststellungsklage

#### 3.1.1. Aktiv- und Passivlegitimation

Die urheberrechtliche Feststellungsklage gemäss Art. 61 URG bezweckt die Feststellung eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses.

Aktivlegitimiert sind zunächst die Inhaberinnen und Inhaber der in Frage stehenden Urheberrechte, sowie deren Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger. Dazu gehören auch diejenigen Personen, welche lediglich einzelne Nutzungsrechte erworben haben, sowie Lizenznehmer und Lizenznehmerinnen. Schliesslich können auch Nutzerinnen und Nutzer aktivlegitimiert sein, um gerichtlich feststellen zu lassen, dass für eine bestimmte Nutzung keine Rechte erworben werden müssen (BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 4. Aufl., Bern 2020, URG 61 N 2 und 10).

Die Behauptungs- und die Beweislast für ein solches Rechtsverhältnis obliegt der Klägerin 1.

Die Aktivlegitimation der Klägerin 1 ist unbestritten.

Passivlegitimiert ist jede natürliche oder juristische Person, welche zur Ungewissheit über den Bestand des Rechts oder des Rechtsverhältnisses beiträgt (BARRELET/W. EGLOFF, a.a.O, URG 61 N 5).

Die Beklagte ist passivlegitimiert, da sie der Klägerin 1 mit Schreiben vom 7. März 2018 verboten hat, ab dem 1. April 2018 Musikwerke des B.\_\_\_\_-Repertoires in dem vom G.\_\_\_\_ erfassten Umfang zu nutzen (act. 3/12).

### 3.1.2. Nutzungsrecht der Klägerin 1 am B.\_\_\_\_-Repertoire?

Urheberrechte und verwandte Schutzrechte sind ausschliessliche Rechte. Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird (Art. 10 Abs. 1 URG). Ohne Einwilligung der Urheberinnen und Urheber darf dieses Recht von niemandem beansprucht werden. Die erforderliche Nutzungserlaubnis für konkrete Nutzungen wird mittels Lizenz erteilt.

Vorliegend stellt sich die Klägerin 1 auf den Standpunkt, ein Recht zur Nutzung des B.\_\_\_\_-Repertoires zu haben. Es bleibt unklar, worauf sie dieses Recht stützen will. Es ist unbestritten, dass die Beklagte der Klägerin 1 den Lizenzvertrag auf den 31. Juli 2017 gekündigt hat (act. 15/75). Die Klägerin 1 behauptet

nicht in rechtsgenügender Weise, mit den Urhebern bzw. der Beklagten einen neuen Lizenzvertrag abgeschlossen zu haben oder die Kündigung angefochten zu haben. Sie verweist lediglich darauf, dass die Beklagte trotz dieser Ausgangslage der Klägerin 1 weiterhin Akontorechnungen gestellt habe, welche die Klägerin 1 auch fristgerecht bezahlt habe.

Das Urheberrecht kennt keine Formvorschriften für urheberrechtliche Lizenzen. Es besteht mithin Formfreiheit, weshalb Lizenzverträge auch durch konkludentes Verhalten gültig abgeschlossen werden können. Vorliegend kann jedoch aus der Tatsache, dass die Beklagte der Klägerin 1 auch nach der Kündigung des Lizenzvertrages weiterhin Akontorechnungen gestellt hat, und die Klägerin 1 noch immer Akontozahlungen an die Beklagte leistete, nicht ohne Weiteres auf eine Bewilligung der B.\_\_\_\_\_ für die Nutzung des Repertoires geschlossen werden, zumal der Klägerin 1 mit der Kündigung klar kommuniziert wurde, dass sie das B.\_\_\_\_\_ - Repertoire nicht weiter nutzen dürfe. Vergütungen gemäss G.\_\_\_\_\_ sind auch bei Verwendung von Musik ohne Bewilligung der B.\_\_\_\_\_ geschuldet (Ziff. 19 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 bzw. Ziff. 20 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019). Unter diesen Umständen durfte die Klägerin 1 nach Treu und Glauben nicht auf einen konkludenten Lizenzvertrag schliessen.

### 3.1.3. Nutzungsrecht für Sender?

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

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

#### 3.1.4. Zwischenfazit

Die Klägerin 1 unterlässt es, im Einzelnen ein Recht bzw. Rechtsverhältnis nachzuweisen, dass sie zur Nutzung des B.\_\_\_\_\_ -Repertoires nach dem 1. April 2018 berechtigt. Insbesondere legt sie nicht dar, woraus sie dieses Recht ableitet.

Die Klägerin 1 will vielmehr den Spiess umdrehen und behauptet, dass eine rechtliche Grundlage für die von der Beklagten ausgesprochenen Sendeverbote fehle. Die Berechtigung der Beklagten beschränke sich auf die Einziehung der Vergütungen für die Nutzung von Urheberrechten.

Die Frage der Gültigkeit des Sendeverbotes ist vorliegend nicht Gegenstand des Feststellungsbegehrens, sondern nur deren Nutzungsrecht am B.\_\_\_\_\_ -Repertoire. Es wird jedoch nachfolgend im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Klägerin 1 des Missbrauchs der Monopolstellung durch die Beklagte zu prüfen sein, ob das Verbot unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs Bestand hat, zumal die Verwertungsgesellschaften kein Recht haben, einem Nutzer grundlos die Nutzung zu verweigern (BGE 133 III 568, E. 5.6 mit Verweis auf die Botschaft 2006, a.a.O., S. 3432).

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

#### 3.2.1. Vorwurf des Missbrauchs der Monopolstellung durch die Beklagte

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

Sinngemäss wirft die Klägerin 1 der Beklagten damit einen Missbrauch der „Monopolstellung“ vor, weshalb zu prüfen ist, ob die Kündigung des Lizenzvertrages rechtsmissbräuchlich ist und gegen das Willkürverbot verstösst. Die Klägerin 1 hat zwar die Kündigung des Lizenzvertrages nicht angefochten und behauptet auch nicht, diese sei ungültig. Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB hat jedoch jede Instanz von Amtes wegen zu beachten, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen worden sind und feststehen. Einer besonderen Einrede bedarf es nicht (BGE 121 III 60 E. 3d S. 63; BGE 132 III 503 E. 3.3 S. 508/509).

#### 3.2.2. Monopolstellung der Beklagten

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

Die B.\_\_\_\_\_ ist eine Genossenschaft gemäss Art. 828 ff. OR, die vor allem aus Komponisten, Textdichtern und Verlegern von Musikwerken besteht. Sie wahrt deren Rechte an öffentlichen Aufführungen oder Sendungen nichttheatralischer Werke und bietet den Veranstaltern die Möglichkeit, ihre finanziellen Verpflichtungen gegenüber den Urhebern mit möglichst wenig Umtrieben zu erfüllen. Sie besitzt seit 1941 die dafür in Art. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Verwertung von Urheberrechten (VerwG) vorgesehene Bewilligung, die inzwischen alle fünf Jahre erneuert worden ist.

Die Bewilligung umfasst insbesondere die Verwertung des Rechts, Werke durch Radio, Fernsehen oder ähnliche Einrichtungen zu senden (Art. 10 Abs. 2 lit. d URG) sowie das Geltendmachen der ausschliesslichen Rechte nach den Art. 22c und 24b URG. Gemäss Art. 22c und 24b URG können diese Rechte nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.

Die Beklagte hat - wiederum gemäss ihrem Jahresbericht 2016 - mit über 36'000 Auftraggebern und Mitgliedern Wahrnehmungsverträge abgeschlossen (S. 10 des Jahresberichts 2016 der Beklagten; act. 15/15). Im Rahmen derer wurden ihr Urheberrechte zur treuhänderischen Wahrnehmung übertragen (vgl. auch Ziff. 3.1 der Statuten 2014 der Beklagten; 3/3).

Zudem hat die Beklagte mit rund 100 ausländischen Schwestergesellschaften Gegenseitigkeitsverträge abgeschlossen, in denen sie sich zur Wahrung der Urheberrechte der Mitglieder ihrer Schwestergesellschaften für das Gebiet der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein verpflichtet hat (vgl. Seite 12 des Jahresberichts 2016 der Beklagten; Beilage 15/15). Auch das Bundesgericht geht davon aus, dass die Beklagte „das gesamte Weltrepertoire nichttheatralischer Musik vertritt“ (BGE 107 II 57, E. 1; s. auch R. M. Hilty, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 374).

Im Rahmen der sog. „Gemeinsamen Tarife“ (Art. 47 URG) kann die Beklagte auch die Rechte aus dem Repertoire von D.\_\_\_\_\_ bzw. daraus resultierender Ansprüche im eigenen Namen einklagen. Diese bezweckt als Verwertungsgesellschaft die Verteidigung und Wahrnehmung der verwandten Schutzrechte der

ausübenden Künstler, der Produzenten von Ton- und Tonbildaufzeichnungen und der Sendeunternehmen (act. 15/16). In Ziff. 2.1 des Kooperationsvertrags zwischen der Beklagten und D.\_\_\_\_\_ vom 10. Juni 2014 ist eine Rechtsübertragung bzw. Anspruchsabtretung statuiert (act.15/18).

Die B.\_\_\_\_\_ übt die ihr übertragenen oder abgetretenen Rechte - im Sinne einer Treuhandschaft - im eigenen Namen aus; sie zieht insbesondere die ihren Mitgliedern geschuldeten Entschädigungen selber ein.

Der Beklagten wurden somit sämtliche Verwertungsrechte und nicht nur das Recht auf Einziehung der Vergütung, wie die Klägerinnen behaupten, übertragen bzw. abgetreten. Die Beklagte ist mithin berechtigt, die Urheberrechte an nicht-theatralischen Werken der Musik und für die D.\_\_\_\_\_ die verwandten Schutzrechte der Interpreten und der Ton- und Tonbildträgerproduzenten wahrzunehmen. Insoweit verfügt die Beklagte „bezüglich musikalischer Werke“ in der Schweiz über eine „Monopolstellung“.

Der Gefahr des Missbrauchs dieser „Monopolstellung“ begegnet der Gesetzgeber mit verschiedenen Massnahmen:

- Insbesondere müssen die Vergütungen in Tarifen geregelt sein, die zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Verbänden der betroffenen Nutzer verhandelt und von der ESchK genehmigt wurden (Art. 46 URG).
- Sodann müssen die Verwertungsgesellschaften die verschiedenen Nutzer grundsätzlich gleich behandeln (Art. 45 Abs. 2 URG).

Gestützt auf diese Grundsätze leitet das Bundesgericht in BGE 133 III 568, E. 5.6 ab, dass die Verwertungsgesellschaften kein Recht haben, einem Nutzer

*„[. .. ] die Erlaubnis zu verweigern, sofern der Nutzer bereit ist, die Bedingungen des Tarifs einzuhalten und die von der Verwertungsgesellschaft gestellte Rechnung zu bezahlen.“*

Die Verweigerung bzw. die Kündigung einer Lizenz durch die Beklagte ist somit nur zulässig, um die tariflich festgesetzten Bedingungen gegenüber den Nutzern

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

### 3.2.3. Missbrauch durch grundlose Verweigerung der Sendeerlaubnis?

Ein Missbrauch der Monopolstellung wäre insbesondere dann gegeben, wenn die Beklagte der Klägerin 1 die Sendeerlaubnis grundlos verweigert hätte. Hingegen ist es statthaft, dass eine Verwertungsgesellschaft denjenigen Nutzern die Sendeerlaubnis verweigert, welche die tariflichen Bedingungen nicht akzeptieren und insbesondere die Vergütungen gemäss G.\_\_\_\_\_ nicht bezahlen.

Vorliegend stellt sich deshalb die Frage, ob die Klägerin 1 gegen die tariflichen Bedingungen der Nutzung des Musik-Repertoires verstossen hat und sich insbesondere zu Unrecht weigert, ihren Auskunftspflichten nachzukommen und die für die Nutzung von Urheberrechten geschuldeten Vergütungen zu bezahlen.

### 3.3. Verletzung der tariflichen Auskunftspflicht durch die Klägerin 1?

#### 3.3.1. Parteistandpunkte

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Klägerin 1 ihren gesetzlichen und tariflichen Auskunftspflichten in den hier relevanten Rechnungsjahren 2014 bis 2016 nicht vollständig nachgekommen sei. Die Klägerin 1 sei ihren Auskunftspflichten alleine schon deshalb nicht nachgekommen, weil sie gegenüber der Beklagten die Werbe- und Sponsoring Einnahmen, die sie über die A1.\_\_\_\_\_ AG erwirtschaftet habe, nie offengelegt habe, obwohl die Beklagte ausdrücklich und wiederholt danach verlangt habe. Dadurch habe die Klägerin 1 ihre tariflichen Mitwirkungspflichten verletzt.

Die Klägerin 1 bestreitet diese Vorwürfe vollumfänglich. A.\_\_\_\_\_ habe den grössten Teil der in Art. 51 Abs. 1 URG auferlegten Auskunftspflicht vollständig und pünktlich jeden Monat erfüllt, indem die ausgestrahlten Musikwerke bzw. Ton- und Tonbildträger der B.\_\_\_\_\_ elektronisch mitgeteilt worden seien, damit die Verteilung an die Berechtigten erfolgen könne. Zusätzlich sei einmal im Jahr die geschützte Musik, welche für Werbeproduktionen oder Jingles verwendet wurden,

geliefert worden. In den Jahresrechnungen der Klägerin bis 2015 und ab 2016 sei nie nur ein Franken an die A1.\_\_\_\_\_ AG übertragen worden. Wie der B.\_\_\_\_\_ mehrfach kommuniziert worden sei, habe es gar keine Betriebsrechnungen der A1.\_\_\_\_\_ AG für die Jahre 2010 - 2014 gegeben. Es gebe unter den Firmen A.\_\_\_\_\_, A2.\_\_\_\_\_ und A1.\_\_\_\_\_ AG auch keine „Konzernstrukturen“. Deshalb sei die von der Beklagten vertretene Auffassung, die Klägerin sei ihrer Auskunftspflicht nicht nachgekommen, weil sie gegenüber der Beklagten die Werbe- und Sponsoringeinnahmen, die sie über die A1.\_\_\_\_\_ AG erwirtschaftet hatte, nie offengelegt habe, falsch.

Die Klägerin 1 habe der Beklagten stets die Spartenerfolgsrechnungen zugestellt. Die Beklagte habe deren Aussagekraft zu Unrecht in Frage gestellt. Die Beklagte habe es unterlassen, die Spartenerfolgsrechnungen inhaltlich einer genaueren Prüfung zu unterziehen.

Die Klägerin 1 bestreitet sodann, der Beklagten bezüglich des Jahres 2015 überhaupt keine Auskünfte erteilt zu haben.

### 3.3.2. Auskunftspflichten gemäss G.\_\_\_\_\_

Das Urheberrechtsgesetz sowie der G.\_\_\_\_\_ auferlegen den Sendern Auskunftspflichten. Diese reichen grundsätzlich soweit, wie es zur Anwendung des Tarifs bzw. zur Berechnung der Vergütung notwendig ist.

Gemäss Art. 51 Abs. 1 URG müssen die Tarifnutzer

„den Verwertungsgesellschaften alle Auskünfte erteilen, welche diese für die Gestaltung und die Anwendung der Tarife sowie die Verteilung des Erlöses benötigen“.

Diese umfassende gesetzliche Auskunftspflicht wird im G.\_\_\_\_\_ 2011 – 2014 (bzw. Ziff. 25 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019) für die Sender wie folgt spezifiziert:

### **" E. Abrechnung**

22 Die Sender teilen der B.\_\_\_\_\_ normalerweise jährlich mit

- so früh wie möglich, jedoch spätestens bis Ende Mai: alle Angaben, die zur Berechnung der Vergütung für das Vorjahr erforderlich sind

- in den ersten zwei Betriebsjahren, danach auf Verlangen, bis Ende Januar: die budgetierten Einnahmen und den voraussichtlichen Musikanteil für das laufende Jahr sowie den voraussichtlichen Anteil von geschützten im Handel erhältlichen Ton- und Tonbild-Trägern.

23 Die B.\_\_\_\_\_ kann zur Prüfung der Angaben Belege verlangen, insbesondere Bilanz und Betriebsrechnung und eine Bestätigung der Kontrollstelle des Senders sowie der Produktions- und Akquisitionsgesellschaften, soweit es sich bei diesen Firmen um die Angaben betreffend die Finanzierung der Sendetätigkeit gemäss Ziffer 8.2 des Tarifs handelt.

Die B.\_\_\_\_\_ kann auch während der Arbeitszeit und nach Voranmeldung Einsicht in die Bücher des Senders nehmen. Die Prüfung der für die Abrechnung relevanten Angaben von Produktions- und Akquisitionsgesellschaften kann durch einen neutralen Fachmann vorgenommen werden."

Die Beklagte kann somit zur Überprüfung dieser Angaben von den Sendern Belege verlangen, insbesondere die Bilanz und die Betriebsrechnung des Senders und der (gegebenenfalls) bei der Werbeakquisition involvierten Dritten, jeweils mitsamt entsprechender Bestätigungen der Revisionsstelle (Ziff. 23 Abs. 1 G.\_\_\_\_\_ 2011- 2014; entspricht Ziff. 25 Abs. 1 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019). Der Tarif gewährt der Beklagten darüber hinaus ein Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher des Senders und – über einen neutralen Fachmann – auch in die Bücher der involvierten Akquisitionsgesellschaft, soweit es sich bei diesen Unternehmen um die Angaben betreffend die Finanzierung der Sendetätigkeit gemäss Ziffer 8.2 des Tarifs handelt (Ziff. 23 Abs. 2 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014/Ziff. 25 Abs. 2 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019).

Das Auskunftsrecht der Beklagten bezieht sich also nicht bloss auf die von den Werbeakquisitionsunternehmen an den Sender ausbezahlten bzw. weitergeleiteten Beträge (Ziff. 23 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014/Ziff. 25 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019), wie die Beklagte behauptet.

### 3.3.3. Aufforderungen der Beklagten zur Auskunftserteilung

#### 3.3.3.1. Rechnungsjahr 2014

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

Aus den von der Beklagten als Beweismittel eingereichten Urkunden ergibt sich in der Tat, dass die Beklagte die Klägerin 1 im Zusammenhang mit dem Geschäftsjahr 2014 wiederholt aufgefordert (act. 15/39) und gemahnt hat (act. 15/41; act. act. 15/44, act. 15/46, act. 15/47, act. 15/51), ihre detaillierten Betriebsrechnungen einzureichen und dieser mitgeteilt hat, dass die sogenannten "Spartenerfolgsrechnungen" nicht genügten.

So teilte die Beklagte der Klägerin 1 mit E-Mail vom 9. Juli 2015 mit, dass man „nicht aufgrund der von Ihnen eingereichten Zahlen für das Jahr 2014 abrechnen“ könne (act. 15/44). Man habe schon in der E-Mail vom 31. Oktober 2014 (act. 15/38) dargelegt, dass man diese „falsche Form der Abrechnung nicht weiter akzeptieren“ könne. In derselben E-Mail habe man auch "detailliert dargelegt, wie die tarifgerechte Abrechnung" aussehen müsse.

Mit Schreiben vom 14. Januar 2016 legte die Beklagte ihre Position im Zusammenhang mit dem Abrechnungsmodus unter dem G.\_\_\_\_\_ erneut dar (act. 15/46). Die Beklagte forderte die Klägerin 1 auf, bis zum 19. Februar 2016 die tarifrelevanten Einnahmen für die Jahre 2010 bis 2014 vollständig mittels der von der Beklagte dafür geschaffenen Fragebogen zu deklarieren. Zudem sollten die detaillierten Betriebsrechnungen übermittelt werden (act. 15/46). Nachdem die Klägerin 1 dieser Aufforderung innert der angesetzten Frist nicht nachgekommen war, versandte die Beklagte am 29. Februar 2016 eine Mahnung und gewährte der Klägerin 1 eine Nachfrist bis zum 22. März 2016 zur Einreichung der geforderten Angaben und Belege (act. 15/47) mit der Androhung, im Unterlassungsfall die Vergütungen basierend auf geschätzten Angaben zu berechnen und diese zu verdoppeln (act. 15/47).

Gemäss unbestrittener der Darstellung der Beklagten fand am 19. April 2016 eine Besprechung der Parteien statt, anlässlich derer die Klägerin 1 die eingeforderten Unterlagen ebenfalls nicht eingereicht habe, obwohl sie dies gemäss Darstellung der Beklagten in Aussicht gestellt habe. Darauf wird in der E-Mail vom 29. April 2016 (act. 15/49) Bezug genommen; die Beklagte erinnerte die Klägerin 1 an ihre anlässlich der Besprechung vom 19. April 2016 gemachte - aber noch nicht erfüllte - Zusage, der Beklagten umgehend die revidierten Jahresrechnungen 2012 der

Klägerin 1 und der A1.\_\_\_\_\_ AG zuzustellen. Die Beklagte setzte der Klägerin 1 dafür eine Frist bis zum 6. Mai 2016 an (act. 15/49). Nach weiterer Mahnung antwortete E.\_\_\_\_\_ namens der Klägerinnen am 11. Mai 2016 (act. 15/50) und argumentierte dabei insbesondere, man habe der Beklagten vorgeschlagen, die Jahresrechnungen so einzureichen, dass darin die Verluste von den Bruttoeinnahmen abgezogen würden, worauf die Beklagte aber bislang nicht eingegangen sei. Die Klägerin 1 sei zwar offen für weitere Gespräche, solche würden aber nur Sinn machen, „wenn klar ist, ob die A.\_\_\_\_\_ -Medien aus der Verlustzone kommen“. Die Beklagte antwortete der Klägerin mit Schreiben vom 24. Mai 2016 (act. 15/51) und erklärte, dass es „klarerweise tarifwidrig“ wäre, wenn der Klägerin 1 gestattet würde, die Verluste von den Einnahmen abzuziehen. Dies würde zu einer Besserstellung der Klägerin 1 gegenüber allen anderen Sendern führen. Das Bruttoprinzip gelte nämlich für alle. Nachdem die Klägerin 1 zweimal Zusagen, Unterlagen offenzulegen, nicht eingehalten habe, sei die Beklagte nicht länger bereit zuzuwarten. Die Beklagte setzte der Klägerin 1 deshalb eine „allerletzte Frist“ im Sinne der Ziff. 41 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014/ Ziff. 40 G.\_\_\_\_\_ 2005-2010 an, um die von der Beklagten zur Einnahmendeklaration zur Verfügung gestellten Fragebogen für die Jahre 2010 bis 2014 vollständig und korrekt auszufüllen und diese - unter Beilage der Jahresrechnungen und detaillierter Kontoauszüge, aus denen die Einnahmen und Akquisitionskosten nachvollziehbar hervorgehen, bis zum 17. Juni 2016 an die Beklagte zu übermitteln. Für den Unterlassungsfall kündigte die Beklagte an, die erforderlichen Angaben zu schätzen, die Vergütungen gestützt auf diese Schätzungen zu berechnen und verdoppelt in Rechnung zu stellen (act. 15/51). Die Klägerin 1 habe auch diese von der Beklagten in ihren Schreiben vom 24. Mai 2016 angesetzte „allerletzte Frist“ zur vollständigen und korrekten Auskunftserteilung für die Jahre 2010 bis 2014 ungenutzt verstreichen lassen.

Die Klägerin 1 behauptet nicht in rechtsgenügender Weise, sie habe die von der Beklagten verlangten Unterlagen eingereicht bzw. offengelegt. Sie macht aber geltend, dass die der Beklagten zugestellte Spartenerfolgsrechnung 2014 genüge. Die Beklagte habe deren Aussagekraft zu Unrecht in Frage gestellt. Die Beklagte habe es unterlassen, die Spartenerfolgsrechnungen inhaltlich einer genaueren Prüfung zu unterziehen; sie habe diese pauschal abgelehnt. Es habe gar

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

### 3.3.3.2. Erfüllung Auskunftspflicht durch Spartenerfolgsrechnungen?

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

ERFOLGSRECHNUNG 2014			
	2014	2013	2012
Abschluss vor Konsolidierung mit Gruppengesellschaften	CHF	CHF	CHF
<b>ERTRAG</b>			
Erlöse aus Lieferungen und Leistungen	1'970'274	1'922'079	2'021'457
Beiträge Gebührensplitting	0	0	0
<b>TOTAL ERTRAG</b>	<b>1'970'274</b>	<b>1'922'079</b>	<b>2'021'457</b>
<b>AUFWAND</b>			
Programmaufwand	557'738	498'938	506'210
Personalaufwand	1'360'845	1'372'740	1'458'701
Übriger Betriebs- und Verw./aufwand	46'982	45'834	51'656
Steuern	4'709	4'567	4'890
<b>TOTAL AUFWAND</b>	<b>1'970'274</b>	<b>1'922'079</b>	<b>2'021'457</b>
<b>JAHRESVERLUST/-GEWINN</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>

Dass die Beklagte sich vorliegend nicht mit dieser Spartenerfolgsrechnung (act. 15/44) begnügt und weitere Unterlagen bzw. Einsichtnahme in die Bücher verlangte, kann nicht beanstandet werden, sondern war durchaus gerechtfertigt. Dies umso mehr, als die Zahlen in den Spartenerfolgsrechnungen erheblich von den BAKOM-Jahresrechnungen abwichen und es nicht möglich war, die unterschiedlichen Zahlen der "Spartenerfolgsrechnungen" der Klägerin 1 (act.15/44) und der BAKOM-Jahresrechnungen (act. act. 15/55) zu erklären und in einen nachvollziehbaren Zusammenhang zu bringen.

So hat die Klägerin 1 gegenüber dem BAKOM Einnahmenbeträge in einer ganz anderen Dimension gemeldet. In ihren Jahresberichten, die auf der Website des BAKOM öffentlich einsehbar sind (act. 15/55), weist die Klägerin 1 gegenüber dem BAKOM für das Jahr 2014 Einnahmen aus Werbung in der Höhe von CHF 4'907'398.–, aus Sponsoring CHF 719'939.– sowie übrige Erträge von CHF 429'178.– aus. Nach Abzug einer Erlösminderung von CHF 35'005.– ergibt sich ein Betriebsertrag von CHF 6'021'501.– (act. 15/55 S. 4). In der „Spartenerfolgsrechnung 2014“ werden jedoch nur CHF 1'970'274.– ausgewiesen. Diese krassen Unterschiede lassen sich nicht erklären, zumal auch für die Bemessung der Gebühren nach G.\_\_\_\_\_ die Bruttoeinnahmen der Klägerin 1 relevant sind.

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

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

### 3.3.3.3. Verzögerung bei Erstellung der Jahresabschlüsse?

Die Klägerin 1 macht in der Widerklageduplik sodann geltend, die A.\_\_\_\_\_ Medien Gruppe habe sich in der Zeit ab 2015 in einer Umorganisationsphase befunden (act. 40 S. 10). Es habe damals gar keine Betriebsrechnungen der A1.\_\_\_\_\_ AG für die Jahre 2010 - 2014 gegeben. Die Aufwände und Erträge für die A.\_\_\_\_\_ AG seien erst ab dem 1. Januar 2016 und erst noch rückwirkend ab dem Entscheid der Verwaltungsräte vom 17. Mai 2017 in die A1.\_\_\_\_\_ AG gebucht worden. Diese Entscheide der Verwaltungsräte seien zur Rettung der beiden konzessionierten Unternehmen geschehen, welche jedes Jahr Verluste in Millionenhöhe produziert hätten (act. 21 S. 11). Zudem habe der langjährige Finanzchef I.\_\_\_\_\_ die Gruppe verlassen. Dies habe zu Verzögerungen bei der Erstellung der Jahresabschlüsse 2015 und 2016 geführt.

Gemäss der Darstellung der Klägerin 1 in der Widerklageduplik werden allerdings nur im Zusammenhang mit der Erstellung der Jahresabschlüsse 2015 und 2016 Verzögerungen erwähnt und nicht mit dem Jahresabschluss 2014 (act. 40 S. 10).

Die Klägerin 1 unterlässt es sodann auch, näher zu substantiieren, wann sie gegenüber wem Probleme mit der Erstellung von Jahresabschlüssen kommuniziert habe. Sie hat für diese Behauptung auch keine Beweismittel angerufen, weshalb diese als unbewiesen zu gelten hat. Die vorliegenden Akten zeigen ein anderes Bild: In der Korrespondenz der Parteien fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin 1 gegenüber der Beklagten argumentierte, dass sie wegen Verzögerungen die von der Beklagten verlangten Jahresabschlüsse nicht hat einreichen können. Die Klägerin 1 argumentierte vielmehr mit Verlusten und finanziellen Schwierigkeiten und verlangte, dass diese bei den Jahresrechnungen zu berücksichtigen und Verluste von den Bruttoeinnahmen in Abzug zu bringen seien. So erklärte E.\_\_\_\_\_ in seinem E-Mail vom 11. Mai 2016 (act. 15/50), man habe der Beklagten vorgeschlagen, die Jahresrechnungen so einzureichen, dass darin die Verlus-

te von den Bruttoeinnahmen abgezogen würden, worauf die Beklagte aber bislang nicht eingegangen sei. Die Klägerinnen seien zwar offen für weitere Gespräche, solche würden aber nur Sinn machen, "wenn klar ist, ob die A.\_\_\_\_-Medien aus der Verlustzone kommen". Dass die Jahresabschlüsse aus organisatorischen Gründen nicht eingereicht werden könnten, wird hingegen nirgends festgehalten.

Die Beklagte weist in ihrem Antwortschreiben vom 24. Mai 2016 klar darauf hin, dass für alle Sender, welche die Werbeakquisition ausgelagert haben, das Bruttoprinzip gelte und mithin auch die bei den Vermarktungsfirmen anfallenden Einnahmen einzubeziehen seien (act. 15/51). Der Vorschlag der Klägerin, die Verluste von den Einnahmen abzuziehen, sei klarerweise tarifwidrig und könne nicht akzeptiert werden. Dies würde zu einer Besserstellung der Klägerin 1 gegenüber anderen Sendern führen. Nachdem die Klägerin 1 zweimal Zusagen, Unterlagen offenzulegen, nicht eingehalten habe, sei die Beklagte nicht länger bereit zuzuwarten. Die Beklagte setzte der Klägerin 1 deshalb eine „allerletzte Frist“ im Sinne der Ziff. 41 G.\_\_\_\_ 2011-2014, um die von der Beklagten zur Einnahmendeklaration zur Verfügung gestellten Fragebogen für die Jahre 2010 bis 2014 vollständig und korrekt auszufüllen und diese - unter Beilage der Jahresrechnungen und detaillierter Kontoauszüge, aus denen die Einnahmen und Akquisitionskosten nachvollziehbar hervorgehen, - bis zum 17. Juni 2016 an die Beklagte zu übermitteln (act. 15/51).

Die Klägerin 1 behauptet nicht, sie habe auf diese „allerletzte Frist“ reagiert und beispielsweise darauf hingewiesen, dass die verlangten Unterlagen bei ihr aufgrund von Umstrukturierungen noch nicht vorhanden seien. Die klägerische Behauptung, es habe damals noch gar keine Betriebsrechnungen der A1.\_\_\_\_ AG für die Jahre 2010 - 2014 gegeben, vermag das Verhalten der Klägerin 1 nicht zu rechtfertigen. Ob es für die Jahre 2010-2014 „Betriebsrechnungen“ der A1.\_\_\_\_ AG gab oder nicht, ist vorliegend auch nicht von entscheidender Bedeutung. Selbst wenn es diese nicht gab, war die Klägerin 1 verpflichtet, der Beklagten im dafür vorgesehenen Fragebogen über sämtliche gebührenrelevanten Einkünfte detailliert Auskunft zu erteilen. Im Fragebogen gibt es auch eine Rubrik für fremdaquirierte Einnahmen. Falls damals keine Einnahmen bei der A1.\_\_\_\_ AG

eingingen, hätte dies im Fragebogen ausdrücklich deklariert und bei den fremdaquirierten Einnahmen eine Null eingesetzt werden müssen.

Dieser Verpflichtung ist die Klägerin 1 nicht nachgekommen. Sie ist der Aufforderung der Beklagten (act. 15/46), die tarifrelevanten Einnahmen für die Jahre 2010 bis 2014 vollständig mittels des von der Beklagten dafür geschaffenen Fragebogens zu deklarieren und diese Zahlen durch die detaillierten Betriebsrechnungen der Klägerin 1 (analog der BAKOM-Jahresrechnung 2012) zu belegen, nicht gefolgt. Die Klägerin 1 hat der Beklagten für das Jahr 2014 weder den Fragebogen noch ihre eigene detaillierte Jahresrechnung eingereicht.

#### 3.3.3.4. Zwischenfazit

Für die Beklagte bestanden gute Gründe, von der Klägerin 1 detaillierte Auskünfte über ihre Einkünfte mittels des dafür vorgesehenen Fragebogens sowie zusätzliche Unterlagen zu verlangen, um zu überprüfen, ob in der Spartenerfolgsrechnung sämtliche Einnahmen, die gebührenrelevant sind, ausgewiesen werden, und ob insbesondere sämtliche Werbe- und Sponsoring Einnahmen, auch diejenigen, welche allenfalls bei der A1. \_\_\_\_\_ AG eingingen, darin enthalten sind.

Die Klägerin 1 hat ihre tariflichen Mitwirkungspflichten insoweit verletzt, als sie weder eine Deklaration der Einnahmen mittels dafür vorgesehenen Fragebogens vorgenommen hat noch der Beklagten die verlangten Jahresrechnungen offengelegt hat, obwohl die Beklagte ausdrücklich und wiederholt danach verlangt hatte, noch die Einsichtnahme in die Bücher des Senders und der A1. \_\_\_\_\_ AG gewährte.

#### 3.3.3.5. Rechnungsjahr 2015

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

Die Klägerin 1 bestreitet, für das Jahr 2015 keine Auskünfte erteilt zu haben (act. 40 S. 10). Sie unterlässt es indessen, in rechtlich genügender Weise darzutun,

wann sie in welcher Form gegenüber wem welche einzelnen Auskünfte über ihre gebührenrelevanten Einnahmen erteilt hat.

Mit Schreiben vom 27. April 2016 ersuchte die Beklagte die Klägerin 1 um Zusendung der zur Erstellung der Schlussrechnung 2015 erforderlichen Unterlagen bis Ende Mai 2016 (act. 15/61). Nach ungenutzter Frist mahnte die Beklagte sie mit Schreiben vom 2. September 2016 und setzte ihr eine 20-tägige Nachfrist. Gleichzeitig machte sie auf die tariflich für den Fall anhaltender Nichterfüllung vorgesehene Möglichkeit einer Schätzung und Verdoppelung aufmerksam (act. 15/63).

Mit Schreiben vom 28. November 2016 (act. 15/65) wies die Beklagte die Klägerin 1 darauf hin, dass die zur Erstellung der G.\_\_\_\_-Schlussrechnungen für das Jahr 2015 erforderlichen Auskünfte nach wie vor nicht erteilt seien und forderte sie letztmals auf, bis spätestens am 12. Dezember 2016 vollständige und korrekte Angaben für das Jahr 2015 einzureichen. Auch diese Frist blieb unbenutzt.

Für das Jahr 2015 fehlten mithin sowohl eine Meldung der gebührenrelevanten Einnahmen als auch Belege für die Einkünfte. Die Klägerin 1 hat daher auch bezüglich dem Rechnungsjahr 2015 ihre tariflichen Pflichten verletzt.

#### 3.3.3.6. Rechnungsjahr 2016

Für das Jahr 2016 hat die Klägerin 1 nach mehreren Aufforderungen (act. 15/71 und 15/73) den Fragebogen, den die Beklagte den Sendern zur Deklaration der für die Schlussabrechnungen relevanten Angaben zur Verfügung stellt, teilweise ausgefüllt retourniert (act. 3/10).

Die Beklagte hat die Klägerin 1 unmittelbar nach Erhalt dieser Fragebogen mit Schreiben vom 2. November 2014 darauf hingewiesen, dass damit den tariflichen Anforderungen nicht Genüge getan sei, weil die im Fragebogen gemachten Angaben einerseits unvollständig, andererseits - was die Werbeeinnahmen betreffe - offensichtlich falsch seien; es fehlten die gesamten Werbeeinnahmen (Schreiben der Beklagten vom 2. November 2017, act. 3/14). Sie forderte die Klägerin 1

letztmalig auf, ihre revidierte Bilanz und Betriebsrechnung sowie diejenige der A1.\_\_\_\_\_ AG bis spätestens 24. November 2017 einzureichen (act. 3/14).

Die Klägerin 1 hat im Fragebogen (act. 3/10) fremdaquirierte Werbeeinnahmen von brutto CHF 2'552'000 ausgewiesen, Sponsoringeinnahmen inklusive (act. 3/10), deklariert. Sie hat die im Fragebogen gemachten Angaben jedoch trotz entsprechender Aufforderung der Beklagten nicht anhand von Bilanz und Betriebsrechnung belegt. Im vorliegenden Prozess verweist sie lediglich darauf, dass die deklarierten Zahlen dem der BAKOM für das Jahr 2016 gemeldeten Betriebsertrag entsprechen würden (act. 32 S. 17).

Anders als in den Vorjahren hat die Beklagte jedoch nicht auf den BAKOM-Jahresbericht 2016 abgestellt. Sie begründet dies damit, dass der Betrag im BAKOM-Jahresbericht 2016 deutlich unter jenem liege, den die Klägerin 1 in den Vorjahren im BAKOM-Jahresbericht ausgewiesen habe (act. 15/55, Seite 4; 15/83 S. 4):

	2014		2015	
Werbeeinnahmen	CHF	4'907'389.–	CHF	5'110'339.–
Sponsoringeinnahmen	CHF	719'939.–	CHF	548'217.–
übrige Erträge	CHF	429'178.–	CHF	686'762.–

Da sich weder der Programm-Mix noch der Programm-Umfang im Jahr 2016 im Vergleich zu den Vorjahren verändert habe, liege die Vermutung nahe, dass die von der Klägerin 1 für das Jahr 2016 gegenüber dem BAKOM ausgewiesenen Ertragszahlen nicht die tatsächlichen Verhältnisse widerspiegeln und daher keine verlässliche Grundlage für die gebotene Schätzung darstellten. Vom zeitlichen Ablauf her sei es möglich, dass die von der Klägerin 1 vollzogene Änderung ihrer „Deklarationspraxis“ gegenüber dem BAKOM damit zusammenhänge, dass die Beklagte im Zusammenhang mit den Mitte 2016 erstellten Schlussrechnungen 2010-2014 auf die öffentlich verfügbaren BAKOM-Jahresberichte abgestellt habe. Mangels anderer verlässlicher Informationen habe die Beklagte bei ihrer Schät-

zung auch für das Jahr 2016 auf die im BAKOM-Jahresbericht 2015 deklarierten Ertragszahlen abgestellt.

Der Einnahmenrückgang in den BAKOM-Jahresberichten bleibt in der Tat unerklärlich. Es fehlen Anhaltspunkte für Umstände, welche einen solchen Einnahmenrückgang erklären könnten. Auch die Klägerin 1 unterlässt es, dafür eine Erklärung zu liefern. Sie verweist aber auf Folgendes (act. 32 S. 17):

"Die B.\_\_\_\_\_ überlegt offensichtlich keinen Moment, dass es auch genau umgekehrt gewesen sein könnte, dass nämlich die BAKOM-Zahlen durch den Leiter Finanzen seit 2009 deutlich zu hoch eingesetzt worden sind. Passend zum bisherigen Verhalten macht dann die Beklagte noch die Unterstellung, dass die «Änderung der Deklarationspraxis mit den B.\_\_\_\_\_ -Schlussrechnungen zusammenhängen könnte». Abgesehen davon, dass die Beklagte schon jahrelang weiss, dass die Klägerin nicht Einnahmen «versteckt» oder «verschwinden lässt», sondern nachdem die hohen Ausgaben für die versprochene Einhaltung des Service Public regional zum Gesamtdefizit der Klägerin und der A2.\_\_\_\_\_ von CHF 20 Mio. geführt haben, ist es wohl klar, dass das BAKOM sicher nicht die tieferen Zahlen akzeptiert und veröffentlicht hätte, wenn die Aufsichtsbehörde über die privaten Radio- und Fernsehveranstalter Hinweise auf falsche Deklarationen gehabt hätte."

Für diese Behauptung hat die Klägerin allerdings keine Beweismittel genannt. Letztlich ist es auch nicht entscheidend, ob die Angaben im BAKOM-Jahresbericht 2016 zutreffend waren oder nicht. Angesichts der erheblichen Unterschiede zwischen den in den BAKOM-Jahresberichten deklarierten Einkünften ist es durchaus nachvollziehbar, wenn die Beklagte von der Klägerin 1 weitere Auskünfte und insbesondere eine revidierte Bilanz und Betriebsrechnung der Klägerin 1 und der A1.\_\_\_\_\_ AG verlangte (act. 3/14). Die Klägerin 1 war gemäss Art. 51 Abs. 1 URG sowie Ziff. 25 f. G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 verpflichtet, die von der Beklagten geforderten Unterlagen zu liefern. Wenn sie dieser Aufforderung nicht nachkam, durfte die Beklagte androhungsgemäss die relevanten Einnahmen 2016 schätzen.

#### 3.3.4. Zwischenfazit

Es ergibt sich somit, dass die Klägerin 1 ihre tariflichen Mitwirkungspflichten bezüglich der hier relevanten Rechnungsjahre 2014 bis 2016 insoweit verletzt hat, als sie der Beklagten weder die verlangten Jahresrechnungen offengelegt hat, obwohl die Beklagte ausdrücklich und wiederholt danach verlangt hatte, noch die Einsichtnahme in die Bücher des Senders und der A1.\_\_\_\_\_ AG gewährte. Die Klägerin 1 hat sich somit zu Unrecht geweigert, ihren tariflichen Auskunftspflichten nachzukommen. Damit hat sie gegen die tariflichen Bedingungen der Nutzung des Musik-Repertoires verstossen.

Vorliegend ist daher davon auszugehen, dass die Kündigung der Lizenz durch die Beklagte dazu diente, die tariflich festgesetzten Bedingungen gegenüber der Klägerin 1 durchzusetzen. Unter diesen Umständen ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung statthaft, dass eine Verwertungsgesellschaft einem Nutzer die Sendeerlaubnis verweigert.

Eine rechtsmissbräuchliche Kündigung oder ein Missbrauch der Monopolstellung der Beklagten ist daher nicht erstellt.

#### 3.4. Weitere Einwendungen der Klägerin 1

##### 3.4.1. Verbot erst nach rechtskräftigem Urteil über Gebühren?

Die Klägerin macht sodann geltend, die Beklagte hätte vor dem Aussprechen des Verbots ihrerseits eine Forderungsklage einreichen müssen. Bis zu deren rechtskräftiger Beurteilung sei sie nicht befugt gewesen, ein solches Verbot zu erlassen.

Eine Rechtsvorschrift, wonach die Beklagte einem Nutzer erst nach rechtskräftiger Entscheidung über die geschuldeten Gebühren die Nutzung des Musik-Repertoires verbieten darf, besteht nicht. Unter den vorliegenden Umständen kann auch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten darin erblickt werden, dass sie ein Verbot ohne rechtskräftiges Urteil über die Gebühren ausgesprochen hat. Trotz wiederholter Aufforderungen und Mahnungen hat es die Klägerin 1 unterlassen, die für die Berechnung der Gebühren notwendigen Auskünfte

zu erteilen. Diese wollte die Auskunftserteilung von unzulässigen Bedingungen abhängig machen, nämlich davon, dass ihre Verluste von den Einnahmen in Abzug gebracht werden dürfen (Mail vom 11.05.2016, act. 15/50). Eine solche Bedingung ist nicht statthaft und entspricht nicht dem G.\_\_\_\_\_.

Ein Sendeverbot erscheint vorliegend auch nicht als unverhältnismässig. Wie erwähnt hat die Klägerin 1 die tariflichen Vorgaben während mehrerer Jahre verletzt und die Aufforderungen und Mahnungen der Beklagten weitgehend ignoriert.

Auch dieser Einwand der Klägerin 1 ist somit unbegründet.

#### 3.4.2. Defizitärer Betrieb der Klägerin 1

Die Klägerin 1 moniert sodann, die Beklagte habe unberücksichtigt gelassen, dass sie, die Klägerin 1, "rote Zahlen" schreibe. Weder das URG noch der anwendbare G.\_\_\_\_\_ sehen jedoch vor, dass für defizitäre Sender andere Massstäbe bei der Vergütungsberechnung Anwendung finden. Nur wenn die jährlichen Einnahmen den Betrag von CHF 700'000.00 nicht übersteigen, können gemäss Ziff. 13.3 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014/2015-2019 "finanzschwache" (Radio-)Sender allenfalls von einem 10-Prozentrabatt profitieren. Diese Bestimmung kommt vorliegend jedoch nicht zur Anwendung, da die Klägerin 1 Einnahmen von deutlich mehr als CHF 700'000.– erwirtschaftet.

Auch das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 45 Abs. 2 URG würde es verbieten, gegenüber der Klägerin 1 bei defizitärem Betrieb auf die tarifgemässe Vergütungsberechnung und Auskunftserteilung zu verzichten. Die Beklagte muss den Tarif gegenüber sämtlichen Nutzern durchsetzen (DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Basel 2012, S 144).

#### 3.4.3. Verstoss gegen Gleichbehandlungsgebot nach Art. 45 Abs. 2 URG?

Die Klägerin 1 wirft in ihren Rechtsschriften die Frage auf, ob einzelne Sender bevorteilt behandelt werden.

Ein möglicher Unterschied sei die Behandlung von Gegengeschäften, welche bei den Konzerngesellschaften der Verleger gemäss dem Merkblatt zur Mehrwert-

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

Die Klägerin 1 unterlässt es konkret darzulegen, inwiefern das Merkblatt ESTV vom 14. August 2006 betreffend Behandlung von Verrechnungsgeschäften in der Medienbranche (act. 22/10) einen Einfluss auf die vorliegende Streitsache hat. Die Klägerin 1 behauptet insbesondere nicht, dass sie Einnahmen aus solch rabattierten Verrechnungsgeschäften gemacht habe. Die Beklagte hat sodann durch Urkunden nachgewiesen (act. 38/96 und act. 38/97), dass sie vom Merkblatt der ESTV abweicht und für Medienpartnerschaften Rabatte von maximal 50 Prozent akzeptiert, und zwar unabhängig davon, ob die Medienpartnerschaft mit einer Konzerngesellschaft oder einer Dritten eingegangen werde. Es fehlen daher Anhaltspunkte für eine Besserstellung von Konzerngesellschaften durch die Beklagte. Im Übrigen hat die Klägerin 1 weder substantiiert dargelegt noch belegt, dass sie konkret von der Beklagten gegenüber Konzerngesellschaften benachteiligt wurde.

Dies gilt auch in Bezug auf die Behauptung der Klägerin 1, die Beklagte habe "mit anderen Sendern günstigere Abmachungen betreffend die Vergütung" getroffen und damit das in Art. 45 Abs. 2 URG statuierte Gleichbehandlungsgebot verletzt. Dies wird von der Beklagten bestritten.

Da die Klägerin 1 ihre Behauptung in keiner Weise substantiiert und auch nicht belegt, erweist sich auch dieser Einwand als unbegründet.

Ferner macht die Klägerin 1 geltend, die von der Beklagten vorgenommenen Schätzungen würden dem Gleichbehandlungs- und Angemessenheitsgebot zuwiderlaufen.

Wie dargelegt wurde, ist die Klägerin 1 ihren vertraglichen, tariflichen und gesetzlichen Auskunftspflichten gegenüber der Beklagten nicht nachgekommen. Dies

hat zur Folge, dass Schätzungen nötig wurden. Die Klägerin 1 kann keine Gleichbehandlung mit Sendern verlangen, die ihren Verpflichtungen nachgekommen sind.

Die Klägerin 1 verweist schliesslich auch auf die systematische Benachteiligung gegenüber marktbeherrschenden Multimedia-Anbietern hin (act. 21 S. 13), welche durch eine Studie der J.\_\_\_\_\_ AG "Wettbewerbsvoraussetzungen ..." (act. 22/11) bestätigt werde. Die Studie zeige im Beispiel "K.\_\_\_\_\_ [Markt]" auf, wieso Veranstalter wie A.\_\_\_\_\_ und A2.\_\_\_\_\_ systematisch kommerziell benachteiligt seien und - wegen der Verpflichtung den Leistungsauftrag zu erfüllen - gar nicht ohne Verluste arbeiten könnten.

Dass Sender wie die Klägerin 1 mit wirtschaftlich schwierigen Rahmenbedingungen zu kämpfen haben, dürfte wohl zutreffen, ist aber nicht von der Beklagten verschuldet. Dies entbindet die Klägerin 1 nicht von ihrer Auskunftspflicht und der Bezahlung der G.\_\_\_\_\_ Vergütung. Die Beklagte hat sich an den G.\_\_\_\_\_ Tarif zu halten und ist nicht frei, im Einzelfall aufgrund schwieriger Rahmenbedingungen davon abzuweichen.

Abschliessend ist festzuhalten, dass eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch die Beklagte nicht nachgewiesen ist.

### 3.5. Zusammenfassung Hauptklage

Die Klägerin 1 unterlässt es, im Einzelnen ein Recht bzw. Rechtsverhältnis nachzuweisen, das sie zur Nutzung des B.\_\_\_\_\_ -Repertoires nach dem 1. April 2018 berechtigt. Insbesondere legt sie nicht dar, woraus sie dieses Recht ableitet.

Der Klägerin 1 ist es daher nicht gelungen, für die Zeit ab April 2018 ein Recht zur Nutzung des B.\_\_\_\_\_ -Repertoires nachzuweisen. Dabei geht es insbesondere um das Senden (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG), das Zugänglichmachen gesendeter musikalischer Werke (Art. 22 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. c URG) und das Vervielfältigen zu Sendezwecken (Art. 24b Abs. 1 und Art. 22c Abs. 2 URG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. a URG).

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

Dies führt zur Abweisung der urheberrechtlichen Feststellungsklage.

#### 4. Widerklage

##### 4.1. Parteidarstellungen

Die Beklagte fordert widerklageweise, dass die Klägerin 1 die offenen Schlussrechnungen samt Verzugszinsen bezahlt. Die Klägerin 1 schulde der Beklagten für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in den Jahren 2014 bis 2016 die folgenden widerklageweise geltend gemachten Rechnungsbeträge und Verzugszinsen:

	Rechnungsdatum	Zins (5% p.a.) ab	Betrag in CHF
<b>Klägerin 1</b>			
- Schlussrechnung 2014	4. Juli 2016	5. August 2016	362'453.80
- Schlussrechnung 2015	21. Dezember 2017	22. Januar 2018	778'066.15
- Schlussrechnung 2016	21. Dezember 2017	22. Januar 2018	700'408.30

Die in Rechnung gestellten Vergütungen basierten - wie tariflich vorgesehen - auf geschätzten Angaben und seien betragsmässig verdoppelt worden, nachdem die Klägerin 1 ihren gesetzlichen und tariflichen Auskunftspflichten in den Rechnungsjahren 2014 bis 2016 nicht vollständig nachgekommen sei. Deshalb fehlten

der Beklagten Informationen, die zur Berechnung der Vergütungshöhe erforderlich gewesen wären.

Auch nach Zustellung der Schlussrechnungen habe es die Klägerin 1 unterlassen, innert 30 Tagen seit der Zustellung vollständige und korrekte Angaben nachzuliefern. Aufgrund der im G.\_\_\_\_\_ enthaltenen Genehmigungsfiktion hätten die hier relevanten Schlussrechnungen für die Jahre 2014 bis 2016 als von der Klägerin 1 anerkannt zu gelten.

Die Klägerin 1 bestreitet, die fraglichen Schlussrechnungen genehmigt zu haben. Mit Schreiben vom 29. Juli 2016 habe E.\_\_\_\_\_ klar festgehalten, dass die von der Beklagten gemachten Schätzungen falsch seien und anderslautende Schlussabrechnungen 2010 - 2014, bzw. solche, die nicht auf den von den Klägerin 1 eingereichten Angaben basierten, nicht akzeptiert würden. Eine weitere Reaktion sei somit nicht mehr nötig gewesen. Eine Genehmigung der Schlussrechnungen 2010 - 2014 sei nicht erfolgt. Ebenso sei die Behauptung falsch, dass die Klägerin 1 auf den Versand der Schlussrechnungen 2015 bis 2016 überhaupt nicht reagiert habe. Die beiden Rechnungen datierten zwar vom 21. Dezember 2017. Die Klägerin 1 habe aber die Haltung der Beklagten bereits vorher gekannt und mit ihrem Schreiben vom 20. Dezember 2017 ihre Gegenhaltung klar kommuniziert. Eine weitere Reaktion sei somit nicht mehr notwendig gewesen. Eine Genehmigung der Schlussrechnungen 2015 und 2016 sei nicht erfolgt.

#### 4.2. Würdigung

Gemäss Art. 59 Abs. 3 URG sind rechtskräftig genehmigte Tarife für die Gerichte verbindlich. Diese Vorschrift dient der Rechtssicherheit: Sie soll verhindern, dass ein von der Schiedskommission – und gegebenenfalls auf Beschwerde hin vom BVGer bzw. vom BGer – gutgeheissener Tarif in einem Forderungsprozess gegen einen zahlungsunwilligen Werknutzer erneut in Frage gestellt werden kann. Den Zivilgerichten ist es daher verwehrt, einen rechtskräftig genehmigten Tarif erneut auf seine Angemessenheit hin zu prüfen; sie sind an das Ergebnis des Genehmigungsverfahrens gebunden (BGer 4A\_382/2019 vom 11. Dezember 2019 E. 3.3.2.; BGE 140 II 483 ff. E. 5.2, "Tarif A Radio").

In den Tarifen der Verwertungsgesellschaften wird regelmässig nicht nur das Entgelt für die Nutzung der der Verwertungsgesetzgebung unterstehenden Rechte festgelegt, sondern insbesondere auch die Auskunftspflichten der Nutzer bzw. die Modalitäten der Rechnungsstellung (BGer 4A\_382/2019 vom 11. Dezember 2019 E.3.2.2.; ;E. BREM / V. SALVADÉ / G. WILD, in: B.K. Müller / R. Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz (URG), 2. Aufl., Bern 2012, URG 46 N 2; V. SALVADÉ, in: J. de Werra/ P. Gilliéron [éd.], Commentaire romand, Propriété intellectuelle, Bâle 2013, LDA 46 N 3).

#### 4.2.1. Schätzung der gebührenrelevanten Einnahmen

Ziff. 41 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 bzw. Ziff. 43 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 sehen vor, dass die Beklagte die "Angaben" welche für die Bemessung der Vergütung relevant sind, schätzen kann, wenn die "Verzeichnisse und Meldungen auch nach einer schriftlichen Mahnung nicht innert einer Nachfrist eingereicht" werden.

Wie erwähnt ist vorliegend davon auszugehen, dass die Klägerin 1 ihre Auskunftspflichten gemäss dem G.\_\_\_\_\_ namentlich bezüglich der hier relevanten Rechnungsjahre 2014 bis 2016 verletzt hat. Die Beklagte hat die Klägerin 1 immer wieder auf die Möglichkeit der schätzungsweisen Ermittlung der tarifrelevanten Einnahmen hingewiesen. Die Beklagte konnte daher die fehlenden Angaben schätzen und die Vergütung auf Basis dieser Schätzung in Rechnung stellen (Ziff. 41 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014/Ziff. 40 G.\_\_\_\_\_ 2005-2010).

Für ihre Schätzungen hat die Beklagte für die Jahre 2014 und 2015 auf den öffentlich zugänglichen BAKOM-Jahresbericht 2014 bzw. 2015 abgestellt, was durchaus nachvollziehbar ist, nachdem diese Informationen von der Klägerin 1 selbst stammen. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte bei der Einschätzung das ihr zustehende Ermessen überschritten hat.

Für das Jahr 2016 hat die Beklagte auf den BAKOM-Jahresbericht 2015 abgestellt. Wie erwähnt sind die im BAKOM-Jahresbericht 2015 ausgewiesenen Einkünfte erheblich tiefer als die Einkünfte, die in den BAKOM-Jahresbericht der Vorjahre ausgewiesen wurden. Dieser Einnahmenrückgang bleibt unerklärlich. Auch

die Klägerin 1 unterlässt es, dafür eine Erklärung zu liefern und zu belegen. Sie weist einzig darauf hin, "dass es auch genau umgekehrt gewesen sein könnte, dass nämlich die BAKOM-Zahlen durch den Leiter Finanzen seit 2009 deutlich zu hoch eingesetzt worden sind (act. 32 S. 17). Für diese Behauptung hat die Klägerin allerdings keine Beweismittel genannt.

Da die Klägerin 1 der Aufforderung der Beklagten, die von dieser geforderten Unterlagen zu liefern, nicht nachkam, durfte die Beklagte androhungsgemäss die relevanten Einnahmen 2016 gestützt auf Ziff. 41 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 bzw. Ziff. 43 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 schätzen. Dass die Beklagte dabei auf den BAKOM-Jahresbericht 2015 abgestellt hat, ist nicht zu beanstanden.

#### 4.2.2. Verdoppelung

In ihren Schlussrechnungen hat die Beklagte sodann einen sog. Verletzungszuschlag im Sinne von Ziff. 19 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 bzw. Ziff. 20 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 erhoben. Zur Begründung der Verdoppelung macht die Beklagte geltend, es sei davon auszugehen, dass die Klägerin 1 ihre Auskunftspflichten bezüglich der Rechnungsjahre 2014 bis 2016 verletzt habe und den wiederholten Aufforderungen und Mahnungen der Beklagten nicht nachgekommen sei. Da die Klägerin 1 von der Beklagten wiederholt über ihre Auskunftspflichten aufgeklärt worden sei, sei auch anzunehmen, dass die Verletzung der Auskunftspflichten absichtlich oder zumindest grobfahrlässig erfolgt sei. Auch das wiederholte Androhen der Verdoppelung habe die Klägerin 1 nicht dazu bewegen können, ihren Auskunftspflichten nachzukommen.

In Literatur und Rechtsprechung wird die Verdoppelung der Vergütung unter dem Begriff Verletzerzuschlag erörtert (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., URG 60 N 30; BGer 2A\_539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6a betr. Tarif S, in: sic! 1998, 38; R.M. JENNY, Zum Verletzerzuschlag im schweizerischen Urheberrecht, in: sic! 2004, 653; R.M. JENNY, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen. Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 2005, 94 f.).

Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit einer Verdoppelung der Lizenzgebühr im Jahr 1996 zunächst ausdrücklich offen gelassen (BGE 122 III 463 ff.). Unter anderem wurde erörtert, dass ein pauschaler Verletzerzuschlag "allgemeinen Prinzipien der Schadens- und Ersatzbemessung" widerspreche und dazu führe, dass "ein pönales Element im Sinn von "punitive damages" in das geltende Recht eingeführt" würde (BGE 122 III 467). Nur ein Jahr später hat das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid allerdings eine im G. \_\_\_\_\_ vorgesehene doppelte Lizenzgebühr als zulässig anerkannt (BGer 2A\_539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6a betr. Tarif S, in: sic! 1998, 38). Als Begründung wurde ausgeführt: "Diese sind nicht zu beanstanden, entsteht den Verwertungsgesellschaften dadurch doch ein erhöhter Verwaltungsaufwand. Dessen Abgeltung kann im Rahmen eines Tarifs, der gerade die Bedingungen umschreibt, unter denen Urheberrechte oder Leistungsschutzrechte genutzt werden dürfen, ohne Verletzung von Bundesrecht geregelt werden. Die genehmigte Lösung entspricht einer Abmachung, wie sie auch in vertraglichen Beziehungen sachgerecht getroffen werden können" (BGer 2A\_539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6a betr. Tarif S, in: sic! 1998, 38). Die Verdoppelung wurde mithin vom Bundesgericht im Sinne einer privatrechtlichen Konventionalstrafe geschützt (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., URG 60 N 30; BGer 2A\_539/1996 vom 20. Juni 1997 E. 6a betr. Tarif S, in: sic! 1998, 38; R.M. JENNY, Zum Verletzerzuschlag im schweizerischen Urheberrecht, sic! 2004, 653; R.M. Jenny, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen. Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 2005, 94 f.). Auch das Obergericht Zürich hat im Jahr 2008 einen Verletzerzuschlag geschützt (OGer ZH vom 1. Februar 2008, sic! 2008, 628 ff.). Mit dem Verletzerzuschlag solle eine Privilegierung der widerrechtlich Handelnden vermieden werden, weshalb viele Tarife von Verwertungsgesellschaften eine Verdoppelung der Vergütung vorsehen, wenn die erforderliche Bewilligung nicht eingeholt wurde (sic! 2008, S. 628 ff).

Der Verletzerzuschlag wird in Literatur und Rechtsprechung somit einerseits als Sanktion für die Verletzung des Urheberrechts gesehen, andererseits aber auch als Abgeltung für einen erhöhten Verwaltungsaufwand.

Die Beklagte begründet somit die Verdoppelung der Vergütung mit einer absichtlichen oder zumindest grobfahrlässigen Verletzung der Auskunftspflichten. Es stellt sich die Frage, ob eine Verletzung der Auskunftspflichten als Voraussetzung für eine Verdoppelung der G.\_\_\_\_\_ Vergütungen genügt.

Ziff. 20 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 lautet wie folgt:

**e) Zuschlag im Falle von Rechtsverletzungen**

20 Alle in diesem Tarif genannten Vergütungen werden verdoppelt, wenn

- Musik ohne Bewilligung der B.\_\_\_\_\_ verwendet wird.
- wenn ein Sender absichtlich oder grobfahrlässig keine, unrichtige oder lückenhafte Angaben oder Abrechnungen liefert; die Verdoppelung wird auf die falschen, lückenhaften oder fehlenden Angaben angewendet.

21 Die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadenersatzes bleibt vorbehalten.

Ziff. 19 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 hat den gleichen Wortlaut wie Ziff. 20 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019.

An erster Stelle wird das Verwenden von Musik ohne Bewilligung der B.\_\_\_\_\_ als Rechtsverletzung erwähnt. In einem solchen Fall liegt eine Verletzung des Urheberrechtes bzw. der verwandten Schutzrechte vor. Gemäss BARRELET/EGLOFF soll mit dem Verletzerzuschlag eine Privilegierung der widerrechtlich Handelnden vermieden werden, weshalb viele Tarife von Verwertungsgesellschaften eine Verdoppelung der Vergütung vorsehen würden, wenn die erforderliche Bewilligung nicht eingeholt wurde (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., URG 60 N 30). Wenn der Verletzer in einem solchen Fall einzig befürchten müsste, dass er bei Entdeckung die Nutzungsgebühr nachzahlen müsste, so wären unrechtmässige Nutzer denjenigen gleichgestellt, die ein Werk rechtmässig nutzen, und dies auch nur unter der Voraussetzung, dass die betroffenen Rechtsinhaber von der Rechtsverletzung Kenntnis erhalten (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., URG 60 N 30). Um diese Privilegierung der widerrechtlich Handelnden zu vermeiden, sähen viele Tarife die Verdoppelung der Vergütung für jede Nutzung vor, für welche die erforderliche Bewilligung nicht eingeholt wurde (BARRELET/EGLOFF, a.a.O. URG 60 N 30).

Nebst der Verwendung von Musik ohne Bewilligung der B.\_\_\_\_\_ wird in Ziff. 20 bzw. 19 auch der Fall erwähnt:

- wenn ein Sender absichtlich oder grobfahrlässig keine, unrichtige oder lückenhafte Angaben oder Abrechnungen liefert.

Vorliegend stellt sich die Frage, ob auch die vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung administrativer Pflichten, insbesondere der Auskunftspflicht, genügt oder ob Ziff. 19 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 bzw. Ziff. 20 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 nur bei Verletzungen des Urheberrechts zur Anwendung kommt, wenn beispielsweise fehlende oder unrichtige Angaben mit dem Ziel erfolgen, keine oder zu tiefe Vergütungen zu leisten.

Die Auslegung des Tarifs muss sich an den gesetzlichen Vorgaben orientieren. Darüber hinaus hat die Interpretation der einzelnen Bestimmungen danach zu erfolgen, wie der Adressat sie auf Grund ihres Wortlauts, ihrer Ratio und ihrer Systematik verstehen darf und muss.

Die Folgen der Verletzung der Auskunftspflichten werden in Ziff. Ziff. 40 - 41 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 bzw. Ziff. 42 - 44 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 unter dem Titel "Zuschlag im Falle von Rechtsverletzungen" geregelt. Primäre Konsequenz der Verletzung der Auskunftspflicht ist die Schätzung fehlender Angaben (Ziff. 41 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 Ziff. 43 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019). Überdies wird in der gleichen Ziffer vorgesehen:

- " Die B.\_\_\_\_\_ und/oder die D.\_\_\_\_\_ kann überdies eine zusätzliche Vergütung verlangen von CHF 100.00 pro Monat. Diese wird im Wiederholungsfall verdoppelt. Vorbehalten bleiben die in Ziffer 20 (bzw. 19) genannten Massnahmen."

Es stellt sich die Frage, weshalb in zwei verschiedenen Bestimmungen Zuschläge für Vertragsverletzungen vorgesehen wurden. Ziff. 41 bzw. 43 beziehen sich nur auf die Verletzung von Auskunftspflichten. Der Zuschlag dürfte wohl dazu dienen, den administrativen Mehraufwand abzugelten.

Ziff. 19 bzw. 20 stehen unter dem Titel "**Zuschlag im Falle von Rechtsverletzungen**". Dies spricht dafür, dass Rechtsverletzungen mit dieser Bestimmung sankti-

oniert werden sollen und es sich um einen sog. "Verletzerzuschlag" handelt. So sieht der erste Absatz eine Verdoppelung der Vergütung ausdrücklich für jede Nutzung vor, welche Musik ohne Bewilligung der B.\_\_\_\_\_ verwendet und damit das Urheberrecht verletzt. Auch soweit ein Sender keine, unrichtige oder lückenhafte Angaben oder Abrechnungen liefert, kann dies mit der Absicht geschehen, für die nicht gemeldete Musik keine Vergütung zu leisten bzw. aufgrund zu tiefer gemeldeter Einkünfte eine geringere Vergütung zu bezahlen. Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass ein Verletzerzuschlag dazu dienen soll, eine Privilegierung der widerrechtlich Handelnden zu vermeiden (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O. URG 62 N 19). Die Systematik des G.\_\_\_\_\_ spricht somit dafür, dass für Rechtsverletzungen ein Zuschlag gemäss Ziff. 19 bzw. 20 erfolgen kann; Demgegenüber werden einfache Verletzungen der Auskunftspflicht gemäss Ziff. 41 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 Ziff. 43 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 geregelt und haben eine Schätzung und allenfalls einen Zuschlag gemäss dieser Bestimmung zur Folge.

Letztlich kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob auch eine Verletzung der Auskunftspflicht - ohne gleichzeitige Verletzung des Urheberrechts - unter Ziff. 19 bzw. 20 fallen kann. Dass die Angaben über ihre Einkünfte unrichtig oder lückenhaft sind, hat die Beklagte nicht in genügender Weise dargetan. Sie hat zwar dargelegt, dass aufgrund der BAKOM Jahresberichte Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der Klägerin 1 bestehen. Dies genügt zwar vorliegend für eine Schätzung der Einkünfte der Klägerin 1, nicht aber für den Nachweis der Unrichtigkeit der gemeldeten Zahlen. Dafür, dass die Zahlen des BAKOMs richtig und die gemeldeten Zahlen falsch sind, hat die Beklagte keine Beweismittel (wie z.B. ein Buchhaltungsgutachten) genannt.

Auch für das Jahr 2015 hat die Klägerin 1 die verwendeten Musikwerke gemeldet, es aber unterlassen, ihre Einkünfte zu melden. Sie bestreitet dies zwar, ohne jedoch zu substantiieren, wann in welcher Form gegenüber wem sie die gebührenrelevanten Einkünfte gemeldet hat. In den anderen Jahren hat sie zwar nicht alle von der Beklagten geforderten Unterlagen eingereicht, aber stets Einkünfte gemeldet. Insoweit erscheint es fraglich, dass die unterbliebene Meldung der Einkünfte 2015 absichtlich oder grobfahrlässig erfolgt ist. Die Klägerin 1 macht gel-

tend, die A.\_\_\_\_\_ Medien Gruppe habe sich in der Zeit ab 2015 in einer Umorganisationsphase befunden. Das Unternehmen habe jedes Jahr Verluste in Millionenhöhe produziert und es seien Umstrukturierungen erfolgt (act. 21 S. 11). Die Klägerin 1 habe deshalb der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt keine Buchhaltungsunterlagen vorlegen können (act. 40 S. 10). Zudem habe der langjährige Finanzchef I.\_\_\_\_\_ die Gruppe verlassen. Dies habe zu Verzögerungen bei der Erstellung der Jahresabschlüsse 2015 und 2016 geführt (act. 40 S. 10).

Entgegen der Behauptung der Klägerin 1 ist zwar nicht nachgewiesen, dass dies der Beklagten auch so kommuniziert worden war. Daraus ergibt sich indessen nicht ohne weiteres, dass die klägerische Behauptung, dass sie in den Jahren 2015 und 2016 aufgrund von Umstrukturierungen und personeller Probleme Probleme mit der Erstellung der Jahresabschlüsse gehabt habe, falsch ist. Der Klägerin 1 musste auch klar sein, dass ihr aus der Nichtmeldung von Einkünften des Jahres 2015 keine Vorteile entstehen konnten und die Beklagte sie trotz fehlender Meldung - wie angedroht - einschätzen wird.

Es fehlt daher ein Nachweis dafür, dass die Klägerin 1 für das Jahr 2015 absichtlich oder grobfahrlässig keine, unrichtige oder lückenhafte Angaben oder Abrechnungen geliefert hat.

Die Voraussetzungen für eine Verdoppelung der Vergütung bzw. von Teilen davon sind daher nicht gegeben.

#### 4.2.3. Genehmigungsfiktion?

Liefert ein Nutzer die für die Rechnungsstellung erforderlichen Angaben nicht innert Frist, so erfolgt die Berechnung der geschuldeten Entschädigung aufgrund einer Schätzung.

Der G.\_\_\_\_\_ sieht in Ziff. 41 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 bzw. Ziff. 43 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 vor, dass aufgrund *"geschätzter Angaben erstellte Rechnungen [...] allenfalls noch korrigiert werden können, wenn er [der Sender] innert 30 Tagen seit Zustellung der Rechnung vollständige und korrekte Angaben nachliefert"*, ansonsten gälten die Rechnungen als anerkannt.

Eine Verwertungsgesellschaft darf auf eine einmal eröffnete Einschätzung abstellen, soweit ihr die effektiven Einnahmen nicht gemeldet werden (BGer 4A\_418/2007 vom 13. Dezember 2007, E. 8.3). Eine Korrektur der geschätzten Korrektur würde mithin eine Nachlieferung *vollständiger und korrekter Angaben* innert einer 30-tägigen Frist *seit Zustellung der Rechnung* voraussetzen. Eine solche Nachlieferung wird von der Klägerin 1 nicht behauptet. Unterbleibt eine solche, so bleibt es aufgrund Ziff. 41 G.\_\_\_\_\_ 2011-2014 bzw. Ziff. 43 G.\_\_\_\_\_ 2015-2019 bei einer Rechnungsstellung aufgrund geschätzter Einnahmen. Diese Genehmigungsfiktion bezieht sich allerdings nur auf die geschätzten Annahmen. Bleibt eine Nachmeldung aus, so bleibt es bei der Schätzung. Hingegen kann bei Stillschweigen nach Treu und Glauben nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der Sender bei Stillschweigen mit einer Verdoppelung der Vergütung einverstanden ist.

Die Klägerin 1 behauptet nicht, sie habe innert einer 30 tätigen Frist seit Zustellung der Rechnungen der Beklagten die korrekten und vollständigen Angaben nachgeliefert. Es genügt nicht, wenn die Klägerin 1, vertreten durch E.\_\_\_\_\_, der Beklagten bezüglich der Schlussrechnung 2014 (datierend vom 4. Juli 2016) mit Schreiben vom 29. Juli 2016 mitteilte, dass die von der Beklagten gemachten Schätzungen falsch seien und anderslautende Schlussabrechnungen 2010 - 2014, bzw. solche, die nicht auf den von den Klägerin 1 eingereichten Angaben basierten, nicht akzeptiert würden. Das gleiche gilt für das Schreiben der Klägerin 1 vom 20. Dezember 2017, mit welchem diese festhielt, sie sei mit der Höhe der geschätzten Einnahmen nicht einverstanden. Eine Bestreitung der Klägerin 1 der Rechnungen ohne korrekte Nachlieferung der relevanten Unterlagen hilft dieser nicht weiter. Spätestens innert einer 30 tätigen Frist *seit Zustellung der Rechnung hätte die Klägerin 1* die korrekten und vollständigen Angaben nachliefern müssen. Die "Genehmigungsfiktion" beruht nicht auf dem Stillschweigen der Beklagten, sondern auf der fehlenden Nichtlieferung der verlangten Unterlagen. Bei Säumnis können die geschätzten Angaben nicht mehr korrigiert werden.

#### 4.3. Berechnungen der G.\_\_\_\_-Vergütungen:

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

##### 4.3.1. G.\_\_\_\_-Schlussrechnung 2014 an die Klägerin 1 vom 4. Juli 2016

2014	Gesellschaft	netto CHF	MwSt CHF	brutto CHF
Urheberrecht	B.____	254'188.60	6'354.72	260'543.32
verwandte Schutzrechte	D.____	91'507.9	7'320.63	98'828.53
Subtotal		345'696.50	13'675.35	359'371.85
./. Akontozahlungen				-160'324.80
Restbetrag				199'047.05

Die Klägerin 1 hat für das Jahr 2014 unter dem G.\_\_\_\_ eine Vergütung von insgesamt CHF 359'371.85 (inkl. MWST) zu bezahlen, wovon nach Abzug der geleisteten Akontozahlungen von CHF 160'324.80 noch CHF 199'047.05 offen sind (act. 11/1).

##### 4.3.2. Die G.\_\_\_\_-Schlussrechnungen für die Jahre 2015

2015	Gesellschaft	netto CHF	MwSt CHF	brutto CHF
Urheberrecht	B.____	331'868.36	8'296.71	340'165.07

verwandte Schutzrechte	D._____	119'472.60	9'557.81	129'030.41
Subtotal		451'340.95	17854.52	469'195.48
./. Akontozahlungen				-160'324.8
Restbetrag				308'870.68

Die Klägerin 1 hat für das Jahr 2015 unter dem G.\_\_\_\_\_ eine Vergütung von insgesamt CHF 469'195.48 (inkl. MWST) zu bezahlen, wovon nach Abzug der geleisteten Akontozahlungen von CHF 160'324.80 noch CHF 308'870.68 offen sind (act. 11/3).

#### 4.3.3. Die G.\_\_\_\_\_ -Schlussrechnungen für die Jahre 2016

2016	Gesellschaft	netto CHF	MwSt CHF	brutto CHF
Urheberrecht	B._____	353'992.84	8'849.82	362'842.66
verwandte Schutzrechte	D._____	127'437.40	10'194.99	137'632.39
Subtotal		481'430.24	190'44.81	500'475.05
./. Akontozahlungen				-80'162.4
Restbetrag				420'312.65

Die Klägerin 1 hat für das Jahr 2016 unter dem G.\_\_\_\_\_ eine Vergütung von insgesamt CHF 500'475.05 (inkl. MWST) zu bezahlen, wovon nach Abzug der ge-

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

#### 4.3.4. Verzugszins auf G. \_\_\_\_\_-Schlussrechnungen 2014

Die Beklagte verlangt Verzugszinsen seit dem Ablauf der 30-tägigen, mit dem Rechnungsdatum beginnenden Zahlungsfrist, da es sich um Verfalltage im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR handle.

Befindet sich die Schuldnerin einer Geldforderung in Verzug, so hat sie Verzugszins zu 5 % pro Jahr zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). In Verzug kommt sie grundsätzlich erst durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR). Der Schuldner gerät ohne Mahnung in Verzug, wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde (Art. 102 Abs. 1 OR).

Für die Vereinbarung eines Verfalltages fehlen indessen genügende Anhaltspunkte. Die ab Rechnungsdatum laufende 30-tägige Frist ist eine normale Zahlungsfrist und kein Verfalltag.

Die Vergütung für das Jahr 2014 wurde erstmals am 13. Oktober 2016 (act. 15/59) gemahnt. Der Verzugszins beginnt daher mit der Zustellung dieser Mahnung zu laufen.

Die Vergütungen für die Jahre 2015 und 2016 wurden erstmals am 15. März 2018 (act. 15/85 bzw. 15/86) gemahnt. Der Verzugszins beginnt daher mit der Zustellung dieser Mahnung zu laufen.

#### 4.4. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin 1 der Beklagten folgende Beträge schuldet:

- für das Jahr 2014: CHF 199'047.05 zuzüglich 5% Verzugszins ab 14. Oktober 2016;
- für das Jahr 2015: CHF 308'870.68 zuzüglich 5% Verzugszins ab 16. März 2018 und

- für das Jahr 2016: CHF 420'312.65 zuzüglich 5% Verzugszins ab 16. März 2018

In teilweiser Guttheissung der Widerklage ist daher die Klägerin 1 zu verpflichten, der Beklagten folgende Beträge zu bezahlen:

CHF 199'047.05 zuzüglich 5% Verzugszins ab 14. Oktober 2016 und

CHF 729'183.33 zuzüglich 5% Verzugszins ab 16. März 2018.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 5.1. Kostenstreitwert

Bei einer bezifferten Klage bestimmt das Rechtsbegehren den Streitwert, wobei Zinsen und Verfahrenskosten nicht hinzugerechnet werden (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Streitwerte von Klage und Widerklage werden zur Bestimmung des Kostenstreitwerts zusammengerechnet, sofern sich diese nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO).

Vorliegend beträgt der Streitwert der Hauptklage CHF 200'000.– und der Streitwert der Widerklage CHF 1'840'928.25. Diese Werte sind zusammenzurechnen, da sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Der Kostenstreitwert beträgt somit CHF 2'040'928.25

### 5.2. Gerichtskosten

#### 5.2.1. Höhe

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

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

### 5.2.2. Verteilung

Die Verteilung der Gerichtskosten erfolgt nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Unter Berücksichtigung aller Umstände ist davon auszugehen, dass beide Parteien insgesamt ungefähr zu gleichen Teilen obsiegen bzw. unterliegen. Es rechtfertigt sich deshalb, die Gerichtsgebühren je zur Hälfte der Klägerin 1 und der Beklagten aufzuerlegen. Der Kostenanteil beider Parteien beträgt somit je CHF 27'430.

Die Gerichtskosten sind jeweils mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die der Gegenpartei auferlegten Kosten ist der Partei das Rückgriffrecht auf die Gegenpartei einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin 1 hat einen Kostenvorschuss von CHF 12'500.– (CHF 9'000.– - CHF 3'500.– + CHF 7'000.–), die Beklagte einen solchen von CHF 52'200.– (CHF 42'000.– - CHF 3'500.– + CHF 13'700.–) geleistet. Die Kosten sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu decken, unabhängig davon, wer sie geleistet hat. Der Beklagten ist im Umfang der Differenz zwischen den der Klägerin auferlegten Kosten und der von dieser geleisteten Kostenvorschüsse (CHF 14'930.–) das Rückgriffrecht auf die Klägerin 1 einzuräumen.

### 5.3. Parteientschädigungen

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

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. In teilweiser Guttheissung der Widerklage wird die Klägerin 1 verpflichtet, der Beklagten folgende Beträge zu bezahlen:

CHF 199'047.05 zuzüglich 5% Verzugszins ab 14. Oktober 2016 und

CHF 729'183.33 zuzüglich 5% Verzugszins ab 16. März 2018

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 54'860.–.
4. Die Kosten werden der Klägerin 1 und der Beklagten je zur Hälfte auferlegt und aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen gedeckt, unabhängig davon, wer sie geleistet hat.

Der Beklagten wird im Umfang von CHF 14'930.– das Rückgriffsrecht auf die Klägerin 1 eingeräumt.

5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 2'040'928.25 (Hauptklage CHF 200'000.– und Widerklage CHF 1'840'928.25).

Zürich, 18. Juni 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Leonard Suter