



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ESchK
Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et
de droits voisins CAF
Commissione arbitrale federale per la gestione dei diritti d'autore e
dei diritti affini CAF
Cumissiun federala da cumpromiss per la gestiun da dretgs d'autur
e da dretgs cunfinants CFDC

**Beschluss vom 2. März 2015
betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz (GT 3a Zusatz)**

Entschädigung für den Sendeempfang und Aufführungen von Ton- und Tonbildträgern in Gästezimmern

**Teilweise aufgehoben durch das Urteil des Bundesgerichts vom 13. Dezember 2017
2C_685/2016, 2C_806/2016**

Versand: 19. Mai 2015

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Am 11. Mai 2012 unterbreiteten die fünf Verwertungsgesellschaften Suisa, Swissperform, Suissimage, SSA und ProLitteris der Eidgenössischen Schiedskommission (ESchK) einen Zusatztarif zum GT 3a betreffend Gästezimmer zur Genehmigung mit einer vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2013 mit einer Verlängerungsmöglichkeit bis Ende des Jahres 2016. Die eingereichte strittige Tarifvorlage stellte auf die Anzahl Geräte ab, und die Berechnung der Vergütung erfolgte ertragsbasiert. Dies im Gegensatz zum Basistarif GT 3a, der flächenbasiert ist, und bei welchem die Berechnung der Vergütung auf den Aufwand abstellt.
2. Anlässlich der Verhandlung vom 26. Oktober 2012 hielt die Schiedskommission einen Zusatztarif zum GT 3a, der auf anderen Regeln und Berechnungsgrundlagen beruht als der Basistarif und dadurch für einzelne Nutzer zu wesentlich höheren Vergütungen führen würde, für nicht genehmigungsfähig. Gestützt auf Art. 15 Abs. 1 der Urheberrechtsverordnung schlug sie vor, den Zusatztarif so zu ändern, dass lediglich festgehalten wird, dass es für die Nutzung in Gästezimmern eine Erlaubnis im Sinne von Ziff. 3.1 GT 3a braucht und dass eine Entschädigung für diese Art der Nutzung gestützt auf die Berechnungsgrundlagen des bestehenden GT 3a festzusetzen ist (Beschluss der ESchK vom 30. November 2012, E. II /9, S. 45 f). Dabei gab sie den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden nochmals Gelegenheit zur mündlichen Anhörung. Während sich die Verwertungsgesellschaften bereit erklärten, ihre Tarifvorlage entsprechend zu ändern, verzichteten die Nutzerverbände auf eine Stellungnahme zum Änderungsvorschlag der Schiedskommission.
3. Die Verwertungsgesellschaften reichten der Schiedskommission am 1. November 2012 die entsprechend angepasste Version eines Zusatztarifs zum GT 3a ein. In der Folge stellte die Schiedskommission allerdings fest, dass die in der ursprünglich eingereichten Version für den Bereich der Gefängnisse und der Gästezimmer vorgesehenen Regelung, der die massgeblichen Nutzerorganisationen KKJPD und STV zugestimmt hatten, möglicherweise vorteilhafter für sie seien. Mit Schreiben vom 12. November 2012 bestätigten die Verwertungsgesellschaften daher formell ihre Bereitschaft, auf Wunsch dieser beiden Nutzerverbände die entsprechenden Regelungen der ursprünglich eingereichten Version allenfalls auf vertraglicher Basis festzuhalten und zur Anwendung zu bringen.

4. Mit Beschluss vom 30. November 2012 genehmigte die Schiedskommission die angepasste Version des Zusatztarifs zum GT 3a auf dem Zirkularweg.
5. Gegen diesen Beschluss haben Gastrosuisse und Hotelleriesuisse am 17. Dezember 2012 bzw. 21. Januar 2013 beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) Beschwerde geführt.
6. Mit Zwischenverfügung vom 24. Januar 2013 hat das BVGer der Beschwerde für die Dauer des Beschwerdeverfahrens die aufschiebende Wirkung erteilt. Dabei hat das BVGer festgehalten, die für die Tariffberechnung massgeblichen Parameter (Betriebsflächen) liessen sich auch noch zu einem späteren Zeitpunkt rückblickend feststellen. Entgegen der Ansicht der Verwertungsgesellschaften verleihe die blosse Ordnungsvorschrift von Art 9 Abs. 2 der Urheberrechtsverordnung keinen Anspruch darauf, dass ein Tarifantrag innerhalb von sieben Monaten nach seiner Einreichung in Kraft stehe (E. 3.4 der Zwischenverfügung vom 24. Januar 2013).
7. Mit Urteil vom 14. März 2014 hiess das BVGer die Beschwerde teilweise gut, hob den Beschluss der Schiedskommission vom 30. November 2012 auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Zur Begründung führte das BVGer aus, es liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und der Pflicht zur Gleichbehandlung der Parteien vor, weil der im Sinne der Schiedskommission zu Gunsten der Nutzer abgeänderte Tarif den Nutzerverbänden nicht nochmals zur Stellungnahme unterbreitet worden sei. Die Gehörsverletzung sei nicht heilbar, da die Kognition des BVGer als Beschwerdeinstanz aufgrund der Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften und, weil die Vorinstanz ein spezialisiertes Fachgericht sei, eingeschränkt sei. Zudem hielt das BVGer fest, die Schiedskommission habe zu Recht entschieden, dass die fraglichen Nutzungen von Sendungen und Aufführungen in Gästezimmern vergütungspflichtig seien und mit der Aufstellung des Zusatztarifs eine Verwertungs- und Nutzungslücke geschlossen werde, ohne gegen die Pflicht zur Aufstellung Gemeinsamer Tarife zu verstossen. Dieses Urteil des BVGer wurde nicht angefochten.
8. Mit Präsidialverfügung der Schiedskommission vom 22. Mai 2014 wurden die Verwertungsgesellschaften eingeladen, den Zusatztarif zum GT 3a mit den beteiligten Nutzerverbänden zu verhandeln und der Schiedskommission bis zum 31. August 2014 einen Tarifentwurf zur Genehmigung vorzulegen.

9. Mit Schreiben vom 30. Juli 2014 reichten die fünf Verwertungsgesellschaften bei der Schiedskommission den Antrag ein, den Zusatztarif zum Gemeinsamen Tarif 3a (GT 3a Zusatz) betreffend die Entschädigung für den Sendeempfang und Aufführungen von Ton- und Tonbildträgern in Gästezimmern von Hotels, Spitälern, Gefängnissen und in vermieteten Ferienunterkünften in der Fassung vom 30. Juli 2014 zu genehmigen. Zur Begründung führten sie an, der erneut zur Genehmigung eingereichte Zusatztarif zum GT 3a in der angepassten Version vom 30. Juli 2014 entspreche im Wesentlichen dem durch die Schiedskommission am 30. November 2012 bereits einmal genehmigten Tarif und basiere auf den Vorgaben der Schiedskommission an einen genehmigungsfähigen Zusatztarif zum GT 3a.

An der Verhandlung vom 14. Juli 2014 sei von Nutzerseite erneut die gesetzliche Grundlage für eine Vergütung für die fraglichen Nutzungen in Hotelzimmern und damit für den Zusatztarif in grundsätzlicher Hinsicht in Zweifel gezogen worden. Eine Annäherung der Standpunkte in dieser Grundsatzfrage habe sich nicht ergeben. Den beiden Nutzerverbänden KKJPD und STV sei Gelegenheit gegeben worden, die Sonderregelungen des am 11. Mai 2012 eingereichten Zusatztarifs zum GT 3a hinsichtlich der Vergütungen für die Bereiche Gefängnisse (Ziff. 4.4) bzw. Ferienunterkünfte (Ziff. 4.5) in den nunmehr einzureichenden Zusatztarif zum GT 3a zu übernehmen oder aber es auch für ihre Bereiche beim generellen Verweis auf die Berechnung nach GT 3a bewenden zu lassen. Während die KKJPD sich dafür ausgesprochen habe, für ihren Bereichen die Sonderregelung für die Vergütungsberechnung wieder in den Zusatztarif aufzunehmen, habe der STV angestrebt, dass Ferienwohnungen von der Vergütungspflicht ausgenommen würden, behielt sich jedoch eine definitive Stellungnahme bis zum 30. Juli 2014 vor.

Mit Blick auf das Anliegen des STV, Ferienwohnungen vom Tarif auszunehmen, machten die Verwertungsgesellschaften geltend, nachdem das BVGer entschieden habe, dass für die fraglichen Nutzungen in Gästezimmern eine Vergütung geschuldet sei, sei nicht ersichtlich, weshalb für vermietete Ferienunterkünfte etwas anderes gelten sollte. Mit den von den Vermietern bezahlten Konzessionsgebühren für Radio und Fernsehen hätten die vorliegenden Vergütungen für Urheber- und verwandte Schutzrechte nichts zu tun.

In Ziff. 5 sei das Inkrafttreten des Zusatztarifs per 1. Januar 2013 unverändert beibehalten worden. Der Verband Hotelleriesuisse habe in seiner Stellungnahme vom 21. Januar 2013 zur aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beim BVGer selbst geltend gemacht, eine Abrechnung könne später problemlos nachgeholt werden und der Hotelmarkt sei nicht so

stark in Bewegung, als dass die Verwertungsgesellschaften Gefahr liefen, dass Hotels dazumal nicht mehr existieren würden. Die Verwertungsgesellschaften hätten die Nutzerverbände mit Schreiben vom 16. Dezember 2013 zuhanden ihrer Mitglieder explizit daran erinnert, dass sie weiterhin damit rechnen müssten, dass ihnen die tariflich vorgesehenen Vergütungen für Nutzungen seit dem 1. Januar 2013 rückwirkend noch in Rechnung gestellt würden. Auch hätten die Verwertungsgesellschaften den Zusatztarif am 11. Mai 2012 und damit sieben Monate vor dem vorgesehenen Inkrafttreten bei der Schiedskommission eingereicht. Obschon es sich beim Sendeempfang um ein der obligatorischen Kollektivverwertung unterliegendes Ausschliesslichkeitsrecht handle, hätten die Verwertungsgesellschaften wie in solchen Fällen üblich, während der am 29. August 2011 aufgenommenen Verhandlungen zu einem Zusatztarif bewusst darauf verzichtet, von ihrem Verbotrecht Gebrauch zu machen. Ein weiteres Zuwarten für die Geltendmachung von Vergütungen sei den von ihnen vertretenen Berechtigten jedoch nicht zumutbar.

10. Der Schweizer Tourismusverband (STV) reichte am 20. August 2014 eine Stellungnahme zum Gesuch der fünf Verwertungsgesellschaften ein. Er beantragte darin die Streichung des GT 3a Zusatz, Art. 1.1 Gästezimmer, bullet point Nr. 4, um Ferienwohnungen vom Tarif auszuklammern. Zur Begründung führte der STV an, Ferienwohnungen unterschieden sich massgeblich von Hotels und anderen grossen Beherbergungsinstitutionen. Im Falle eines Ferienhauses handle es sich um eine kleine Empfängerzahl (meist 2 bis 6 Personen) und müsse die Weitersendung daher vergütungsfrei erlaubt bleiben. Der Tarif sei aber auch unangemessen.
11. Hotelleriesuisse liess sich am 2. Oktober 2014 vernehmen und stellte die folgenden Anträge:
 - «1. Es sei der von den Verwertungsgesellschaften mit Eingabe vom 30. Juli 2014 zur Genehmigung unterbreitete Entwurf des Zusatztarifs zum Gemeinsamen Tarif 3a (GT 3a Zusatz) nicht zu genehmigen.
 2. Eventualiter: Es sei der von den Verwertungsgesellschaften zur Genehmigung beantragte Zusatztarif zum Gemeinsamen Tarif 3a (GT 3a Zusatz) mit folgenden Änderungen zu genehmigen:
 - Ziffer 3.2: Es sei die Entschädigung nach Ermessen der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten herabzusetzen.
 - Ziffer 5: Dieser Tarif tritt drei Monate nach Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses in Kraft.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Verwertungsgesellschaften unter Solidarhaftung.»

Zudem beantragte Hotelleriesuisse den Beizug der Akten aus dem Beschwerdeverfahren in Sachen GT 3a Zusatz vor dem BVGer unter Berücksichtigung der darin vorgebrachten Argumente.

Zur Begründung führte Hotelleriesuisse im Wesentlichen aus, es fehle an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage für einen GT 3a Zusatz und ein solcher Tarif sei mit der gesetzlichen Pflicht zur Aufstellung gemeinsamer Tarife nicht vereinbar. Hotelleriesuisse kritisierte auch die vorgesehene Höhe der Vergütung. Ferner brachte Hotelleriesuisse vor, dass es bei einer Genehmigung des GT 3a Zusatz im Hinblick auf den GT 1 (Entschädigung für die Verbreitung geschützter Werke und Leistungen in Kabelnetzen) zu einer Doppelvergütung kommen würde. Die in Ziff. 5 vorgesehene nachträgliche Inkraftsetzung des Zusatztarifs per 1. Januar 2013 hielt Hotelleriesuisse aus verschiedenen Gründen für rechtlich unzulässig.

12. In einer Stellungnahme vom 3. Oktober 2014 stellte Gastrosuisse den Antrag, der eingegabene GT 3a Zusatz in der Version vom 30. Juli 2014 sei nicht zu genehmigen. Zur Begründung machte auch Gastrosuisse geltend, dass es an der gesetzlichen Grundlage für einen GT 3a Zusatz fehle. Das BVGer habe in seiner Rückweisungsentscheid B-6540/2012 vom 14. März 2014, E. 8.10 festgehalten, dass eine Gebührenerhebung wenig gerechtfertigt erscheine. Gastrosuisse verwies auf ein Gutachten von Prof. Dr. Roland von Büren vom 19. März 2013, mit welchem sich die Schiedskommission noch nicht befasst habe. Aber selbst wenn von einer grundsätzlichen Vergütungspflicht auszugehen wäre, sei der Tarif immer noch unangemessen. Wie bereits Hotelleriesuisse schloss auch Gastrosuisse das im Zusatztarif vorgesehene rückwirkende Inkrafttreten per Anfang 2013 aus rechtlichen Gründen aus.
13. Mit Schreiben vom 5. November 2014 verwies die Preisüberwachung (PUE) auf ihre frühere Empfehlung vom 25. September 2012. Die PUE war darin davon ausgegangen, dass aus der Vermietung von Gästezimmern die Erträge nur sehr indirekt auf urheberrechtsrelevante Nutzungen zurückzuführen seien. Dies gelte insbesondere mit Bezug auf Spitäler. Es gebe aber auch Hotels mit hohem Standard ohne TV- oder Radiogerät. Die Annahme eines ertragswirksamen Zusammenhangs zwischen den Einnahmen und der Urheberrechtsnutzung hatte sie daher als fraglich erachtet. Kritisiert hatte die PUE auch, dass als Basis für die Berechnung die Preise für Hotelzimmer in Genf genommen worden

seien. Damit werde auf eine «gesamtdurchschnittliche Ertragsberechnung» abgestellt, was der Heterogenität der Hotels kaum gerecht werde und auf einer problematischen Verallgemeinerung beruhe. Zudem sei eine Plausibilisierung für Spitäler erst gar nicht versucht worden. Am problematischsten hatte sie indessen erachtet, dass der mit der «gesamtdurchschnittlichen Ertragsberechnung» ermittelte Vergütungswert nicht der beantragten Vergütungshöhe entspreche. So wäre es gemäss PUE naheliegender gewesen, den ermittelten Betrag durch 6,4 zu dividieren. Damit könnte nach ihrer Auffassung berücksichtigt werden, dass 18,6 Prozent der Geschäftsreisenden und 14,1 Prozent der Urlaubsreisenden einen Farbfernseher mit Kanalübersicht als entscheidenden Aspekt bei der Wahl eines Hotelzimmers erachteten. Mit der Änderung dieser Parameter ergebe sich gemäss PUE eine Vergütung von 56 bzw. 52 Rappen pro Zimmer und Monat. Die PUE hatte eine Berechnung gestützt auf die Kosten bevorzugt, da hier klar definierte Kosten der urheberrechtsrelevanten Nutzung vorhanden seien. Sie hatte aber auch geltend gemacht, dass die Preisentwicklung bei den Gerätepreisen bei einer Neuberechnung berücksichtigt werden müsse.

14. Mit Verfügung vom 5. November 2014 hiess die Schiedskommission ein Wiedererwägungsgesuch von Gastrosuisse gut und hob den Sitzungstermin vom 4. Dezember 2014 auf. Gastrosuisse begründete das Gesuch mit der Ferienabwesenheit ihres Verhandlungsführers. Dem Wiedererwägungsgesuch war ein Antrag auf Verschiebung des Sitzungsdatums seitens Gastrosuisse vorausgegangen, der mit Präsidentialverfügung 15. Oktober 2014 abgelehnt worden war.
15. Schliesslich wurde der Zusatztarif von der Schiedskommission anlässlich ihrer Sitzung vom 2. März 2015 geprüft, wobei die Verwertungsgesellschaften und die Nutzerverbände nochmals Gelegenheit zu mündlicher Stellungnahme erhielten. Die Parteien wurden allerdings dazu angehalten, die Frage der gesetzlichen Grundlage des Zusatztarifs und der Einhaltung der Pflicht zur Aufstellung gemeinsamer Tarife auszuklammern, da diese für die Schiedskommission durch das BVGer bereits in verbindlicher Weise entschieden worden seien. Die Verwertungsgesellschaften, Gastrosuisse und Hotelleriesuisse gaben ihre diesbezüglichen Ausführungen aber dennoch schriftlich zu den Akten. Sowohl die Verwertungsgesellschaften als auch die anwesenden Nutzerorganisationen Gastrosuisse, Hotelleriesuisse und STV bestätigten ihre bereits gestellten Anträge.
16. Auf weitere von allen Verfahrensbeteiligten vorgebrachte Argumente wird (soweit erforderlich) im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

17. Der zur Genehmigung vorgelegte *GT 3a Zusatz Fernsehen* (Entschädigung für den Sendempfang und Aufführungen von Ton- und Tonbildträgern ohne Veranstaltungscharakter in Gästezimmern) hat in der am 30. Juli 2014 vorgelegten Fassung in deutscher und französischer Sprache den folgenden Wortlaut:

ProLitteris

Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur und bildende Kunst,
Genossenschaft

SSA

Schweizerische Autorengesellschaft, Genossenschaft

SUISA

Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik

SUISSIMAGE

Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken

SWISSPERFORM

Schweizerische Gesellschaft für die verwandten Schutzrechte

**Zusatztarif zum Gemeinsamer Tarif 3a
(GT 3a Zusatz)****Entschädigung für den Sendeempfang und
Aufführungen von Ton- und Tonbildträgern in
Gästezimmern**

Genehmigt von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten am und durch das
Amt für Volkswirtschaft im Fürstentum Liechtenstein am

Veröffentlicht im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. vom

Geschäftsführende Verwertungsgesellschaft

SUISA

Bellariastrasse 82, 8038 Zürich, Telefon + 41 44 485 66 66, Fax +41 44 482 43 33
Av. du Grammont 11bis, 1007 Lausanne, Téléphone + 41 21 614 32 32, Fax +41 21 614 32 42
Via Soldino 9, 6900 Lugano, Telefono +41 91 950 08 28, Fax +41 91 950 08 29

<http://www.suisa.ch> E-Mail: suisa@suisa.ch

1. Begriffe

1.1 Gästezimmer

Als „Gästezimmer“ im Sinne dieses Zusatztarifes gelten:

- Gästezimmer in Hotels, Gasthäusern, Herbergen, Bungalows, Bed-and-Breakfast-Betrieben, Hotelschiffen etc., in welchen eine Radio- und/oder Fernsehempfangsmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird oder Ton- und/oder Tonbildträgern auf- bzw. vorgeführt werden;
- Patientenzimmer in öffentlichen und privaten Spitälern, Kurhäusern, Kliniken etc., in welchen eine Radio- und/oder Fernsehempfangsmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird oder Ton- und/oder Tonbildträgern auf- bzw. vorgeführt werden;
- Zellen in Gefängnissen, insbesondere in Vollzugs- oder Verwahreinstitutionen, in Untersuchungsgefängnissen und Ausschaffungsgefängnissen, in welchen eine Radio- und/oder Fernsehempfangsmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird oder Ton- und/oder Tonbildträgern auf- bzw. vorgeführt werden sowie
- Ferienwohnungen, Ferienappartements oder Ferienhäuser, welche entgeltlich mit Erwerbsabsicht vermietet werden und in denen eine Radio- und/oder Fernsehempfangsmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird oder Ton- und/oder Tonbildträgern auf- bzw. vorgeführt werden.

1.2 Nutzer

Nutzer im Sinne dieses Zusatztarifs sind die Hotel- und Herbergebetreiber, die Spital- und Klinikbetreiber, die Kantone hinsichtlich der von ihnen geführten Gefängnisse, die Vermieter bzw. Agenturen von Ferienwohnungen, Ferienappartements sowie Ferienhäusern, welche den von ihnen beherbergten Personen in den Gästezimmern Geräte für den Sendeempfang und/oder für das Wahrnehmbarmachen von Ton- und/oder Tonbildträgern zur Verfügung stellen.

2. Repertoires, Verwertungsgesellschaften und Rechte

¹ Dieser Zusatztarif bezieht sich auf die im Gemeinsamen Tarif 3a, Buchstaben A und B geregelten Repertoires, Verwertungsgesellschaften und Rechte.

² Dieser Zusatztarif ist nicht anwendbar auf Nutzungen, die in anderen Tarifen der Verwertungsgesellschaften geregelt sind, wie etwa jene im Gemeinsamen Tarif HV oder jene in den in Ziff. 3.2 des Gemeinsamen Tarifs 3a erwähnten Tarifen.

3. Erlaubnis und Entschädigung

3.1 Erlaubnis

Nutzer, die Radio- oder TV-Programme und die darin enthaltenen Werke, Darbietungen und Leistungen in Gästezimmern zeitgleich und unverändert wahrnehmbar machen oder die Auf- bzw. Vorführung von Ton- und Tonbildträger ermöglichen, bedürfen einer Erlaubnis der Verwertungsgesellschaften, welche mit der fristgerechten Bezahlung der Rechnung von SUISA für die gesamte von der Rechnungsstellung erfasste Zeitperiode als erteilt gilt.

3.2 Entschädigung

Die Vergütungen für die Erteilung der in Ziff. 3.1 dieses Zusatztarifes erwähnten Erlaubnis bestimmen sich – vorbehältlich Ziff. 3.3 und 3.4 nachfolgend - gemäss dem Gemeinsamen Tarif 3a, Buchstaben C, D und E. Die Berechnung der für die Vergütung massgebenden Fläche erfolgt nach Ziff. 8 des Gemeinsamen Tarifes 3a, wobei die Fläche der Gästezimmer, in welchen den Gästen Geräte zum wahrnehmbar machen von Werken und Leistungen zur Verfügung gestellt werden, zur massgeblichen Fläche für die Tarifberechnung hinzugezählt werden.

3.3 Entschädigung für Gefängnisse

¹ Die Vergütung für Nutzungen nach diesem Tarif beträgt für Gemeinschaftsräume und Zellen in Gefängnissen pro Monat und Standort unabhängig von der Anzahl vorhandener Geräte:

Audio und Audiovision	Urheberrechte	Verwandte Schutzrechte	Zusammen
	CHF 24.975	CHF 8.325	CHF 33.30

Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den *Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz*

² Bei mehreren Gefängnissen eines Kantons oder einer Gemeinde, ist die Entschädigung pro Standort eines Gefängnisses geschuldet.

3.4 Entschädigung für Ferienunterkünfte

¹ Die Vergütung für Nutzungen nach diesem Tarif in Ferienwohnungen, Ferienappartements oder Ferienhäuser beträgt unabhängig von der Fläche der Räumlichkeiten und der Anzahl Geräte, je nach Dauer der effektiven Vermietung pro vermieteter Einheit:

Vermietdauer pro Jahr (Audio und Audiovision)	Urheberrechte	Verwandte Schutzrechte	Zusammen
10 – 12 Monate/Jahr	CHF 299.70	CHF 99.90	CHF 399.60
7 – 9 Monate/Jahr	CHF 224.775	CHF 74.925	CHF 299.70
4 – 6 Monate/Jahr	CHF 149.85	CHF 49.95	CHF 199.80
bis 3 Monate/Jahr	CHF 74.925	CHF 24.975	CHF 99.90

² Zur Berechnung der Vergütung werden die Wochen, in denen das Objekt effektiv vermietet wird, zusammengezählt. Der Vermieter meldet der SUISA für welche Dauer pro Jahr das Objekt üblicherweise effektiv vermietet wird bzw. für wie viele Monate er die Rechte erwerben will. Diese Meldung bleibt bis zur Mitteilung einer Änderung für alle weiteren Rechnungen gültig, wobei es dem Vermieter obliegt, solche Änderungen von sich aus der SUISA zu melden. Diese passt künftige Rechnungen entsprechend an.

³ Agenturen, die in eigenem Namen und nicht für Dritte an einem bestimmten Standort (z.B. Reka-Feriedorf, Block mit Ferienwohnungen) mehrere Objekte vermieten, werden wie Hotelbetriebe nach Ziff. 3.2 abgerechnet. Diese Möglichkeit einer Abrechnung nach Ziff. 3.2 besteht nicht, wenn sich die vermieteten Objekte verstreut in einem Dorf befinden.

4. Abrechnung, Zahlungen und Verzeichnisse

Im Übrigen sind die Bestimmungen des Gemeinsamen Tarifs 3a, Buchstaben F, G und H auch auf die Nutzer gemäss diesem Zusatztarif anwendbar.

5. Gültigkeitsdauer

¹ Dieser Tarif gilt vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2013.

² Wenn die Gültigkeitsdauer des im Jahr 2013 geltenden Gemeinsamen Tarifs 3a verlängert wird, verlängert sich auch der vorliegende Zusatztarif um dieselbe Dauer.

ProLitteris

Société suisse de droits d'auteur pour l'art littéraire et plastique, coopérative

SSA

Société suisse des auteurs, Société coopérative

SUISA

Coopérative des auteurs et éditeurs de musique

SUISSIMAGE

Coopérative suisse pour les droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles

SWISSPERFORM

Société suisse pour les droits voisins

Tarif complémentaire au tarif commun 3a (TC 3a complémentaire)

Redevance pour la réception d'émissions et l'exécution de phonogrammes et vidéogrammes dans des chambres

Approuvé par la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins le et par l'Office de l'économie nationale de la Principauté de Liechtenstein le

Publié dans la Feuille officielle suisse du commerce N° du

Société de gestion représentante

SUISA

Av. du Grammont 11bis, 1007 Lausanne, téléphone + 41 21 614 32 32, fax +41 21 614 32 42
Bellariastrasse 82, 8038 Zürich, Telefon + 41 44 485 66 66, Fax +41 44 482 43 33
Via Soldino 9, 6900 Lugano, Telefono +41 91 950 08 28, Fax +41 91 950 08 29

<http://www.suisa.ch> E-mail: suisa@suisa.ch

1. Définitions

1.1 Chambres

Sont des « chambres » au sens du présent tarif complémentaire :

- les chambres dans les hôtels, auberges, gîtes, bungalows, hébergements « Bed and Breakfast », bateaux-hôtels, etc. où une possibilité de réception radio et/ou télévision est mise à disposition ou où sont exécutés ou projetés des phonogrammes et/ou des vidéogrammes ;
- les chambres des patients dans les hôpitaux publics et privés, établissements de cure, cliniques, etc. où une possibilité de réception radio et/ou télévision est mise à disposition ou où sont exécutés ou projetés des phonogrammes et/ou des vidéogrammes ;
- les cellules des prisons, en particulier dans les établissements d'exécution des peines ou de détention, les établissements d'emprisonnement préventif et les centres de mesures de contrainte, où une possibilité de réception radio et/ou télévision est mise à disposition ou où sont exécutés ou projetés des phonogrammes et/ou des vidéogrammes ;
- les logements de vacances (appartements ou maisons) qui sont loués moyennant rémunération dans un but lucratif et où une possibilité de réception radio et/ou télévision est mise à disposition ou où sont exécutés ou projetés des phonogrammes et/ou des vidéogrammes.

1.2 Utilisateurs

Sont des « utilisateurs » au sens du présent tarif complémentaire les exploitants d'hôtels et d'auberges, d'hôpitaux et de cliniques, les cantons eu égard aux prisons qu'ils dirigent, les loueurs et agences de location de logements de vacances (appartements ou maisons) qui mettent dans les chambres à la disposition des personnes qu'ils hébergent des appareils pour recevoir des émissions ou pour faire voir ou entendre des phonogrammes et/ou vidéogrammes.

2. Répertoires, sociétés de gestion et droits

¹ Le présent tarif complémentaire concerne les répertoires, sociétés de gestion et droits visés par le tarif commun 3a, lettres A et B.

² Ce tarif complémentaire n'est pas applicable aux utilisations régies par d'autres tarifs des sociétés de gestion, comme par exemple celles régies par le tarif commun HV ou les tarifs mentionnés au chiffre 3.2 du tarif commun 3a.

3. Autorisation et redevance

3.1 Autorisation

Les utilisateurs qui font voir ou entendre des programmes de radio ou de télévision de même que les œuvres, exécutions et prestations qu'ils contiennent dans des chambres, simultanément et sans modification, ou qui permettent l'exécution ou la projection de phonogrammes et vidéogrammes, doivent détenir une autorisation des sociétés de gestion, celle-ci étant considérée comme octroyée si la facture de SUISA a été réglée dans les délais pour l'ensemble de la période facturée.

3.2 Redevance

La redevance due pour l'autorisation prévue au chiffre 3.1 ci-dessus se détermine – sous réserve des chiffres 3.3 et 3.4 ci-après – selon le tarif commun 3a, lettres C, D et E. Le calcul de la surface déterminante est effectué selon le chiffre 8 du tarif commun 3a, étant précisé que la surface des chambres dans lesquelles des appareils sont mis à la disposition des personnes hébergées pour voir ou entendre des œuvres et prestations est prise en compte pour calculer la surface déterminante selon le tarif.

3.3 Redevance pour les prisons

¹ La redevance pour les utilisations conformément au présent tarif s'élève, pour les locaux communs et les cellules des prisons, par mois et par site, indépendamment du nombre d'appareils disponibles, à :

Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den *Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz*

Audio et audiovisuel	Droits d'auteur	Droits voisins	Total
	CHF 24.975	CHF 8.325	CHF 33.30

² Si un canton ou une commune a plusieurs prisons, la redevance est due par site.

3.4 Redevance pour les logements de vacances

¹ La redevance pour les utilisations conformément au présent tarif s'élève, pour les logements de vacances (appartements ou maisons), indépendamment de la surface des locaux et du nombre d'appareils, par unité louée et suivant la durée de location effective, à :

Durée de location par année (audio et audiovisuel)	Droits d'auteur	Droits voisins	Total
10 à 12 mois/an	CHF 299.70	CHF 99.90	CHF 399.60
7 à 9 mois/an	CHF 224.775	CHF 74.925	CHF 299.70
4 à 6 mois/an	CHF 149.85	CHF 49.95	CHF 199.80
jusqu'à 3 mois/an	CHF 74.925	CHF 24.975	CHF 99.90

² Pour le calcul de la redevance, on additionne les semaines durant lesquelles l'objet est effectivement loué. Le loueur déclare à SUISA la durée annuelle pour laquelle l'objet est d'habitude effectivement loué, autrement dit pour combien de mois il souhaite acquérir les droits. Cette déclaration est valable jusqu'à nouvel avis pour toutes nouvelles factures, le loueur étant tenu de communiquer spontanément tout changement à SUISA. Celle-ci adapte alors les factures ultérieures en conséquence.

³ Le décompte vis-à-vis des agences qui louent plusieurs objets sur un site déterminé en leur nom propre et non pour des tiers (p. ex. village de vacances Reka, bloc d'appartements de vacances) s'effectue comme pour les établissements hôteliers selon le chiffre 3.2. Il n'est pas possible de procéder à un décompte selon le chiffre 3.2 si les objets loués sont disséminés dans un village.

4. Décompte, paiement et relevés

Au surplus, les dispositions du tarif commun 3a, lettres F, G et H, sont applicables aux utilisateurs au sens du présent tarif complémentaire.

5. Durée de validité

¹ Le présent tarif est valable du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2013.

² Si la durée de validité du tarif commun 3a valable en 2013 est prolongée, le présent tarif complémentaire est automatiquement prolongé d'une durée correspondante.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Die fünf Verwertungsgesellschaften reichten den Antrag, den Zusatztarif zum Gemeinsamen Tarif 3a (GT 3a Zusatz) betreffend die Entschädigung für den Sendeempfang und Aufführungen von Ton- und Tonbildträgern in Gästezimmern von Hotels, Spitälern, Gefängnissen und in vermieteten Ferienunterkünften in der Fassung vom 30. Juli 2014 zu genehmigen, am 30. Juli 2014 und damit innerhalb der von der Schiedskommission gesetzten Frist ein.
2. Das BVGer hat in seiner Rückweisungsentscheid festgestellt, die Verwertungsgesellschaften hätten mit den Nutzerverbänden über die zweite Fassung des Tarifs nicht verhandelt, wie dies Art. 46 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 der Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 26. April 1993 (Urheberrechtsverordnung, URV, SR 231.11) vorschreibt (Urteil des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014, E. 6.2). Die Parteien wurden nach dem Rückweisungsentscheid des BVGer durch die Schiedskommission mit Präsidialverfügung vom 22. Mai 2014 zur Durchführung von Tarifverhandlungen aufgefordert. Die Nutzerverbände haben zwar keine Verletzung der den Verwertungsgesellschaften obliegenden Verhandlungspflicht geltend gemacht. Gleichwohl ist im Rahmen der Eintretensfrage zu prüfen, ob die Verhandlungen gemäss den Vorgaben in Lehre und Rechtsprechung mit der gebotenen Einlässlichkeit geführt worden sind. Das BVGer hat dazu namentlich ausgeführt, der Verhandlungspflicht von Art. 46 Abs. 2 URG werde nicht Genüge getan, wenn immer wieder dieselben Positionen vertreten würden (Urteil des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014, E. 6.2; vgl. auch DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 46 N 6). Es bezog sich dabei auf die Verhandlungen, die dem Antrag der Verwertungsgesellschaften vom 11. Mai 2012 auf Genehmigung eines Zusatztarifs zum GT 3a vorausgegangen sind und die wegen den festgefahrenen Positionen zu keiner Verständigung über die anzuwendende Berechnungsgrundlage und die Höhe der Vergütung geführt haben.

Die Verwertungsgesellschaften haben ihre Position in der Folge jedoch aufgegeben und ihre Tarifvorlage gemäss den Anweisungen der Schiedskommission so geändert, dass eine Genehmigung möglich wurde. Diese substantiellen Änderungen haben den Spielraum für ein weiteres Entgegenkommen gegenüber den Nutzern eingeengt. Gleichwohl ist dem

Protokoll der Tarifverhandlung vom 14. Juli 2014 zu entnehmen, dass jede einzelne Tarifbestimmung besprochen und erläutert wurde und die Verwertungsgesellschaften dabei weitere Korrekturen zu Gunsten der Nutzerseite vorgenommen haben. Dies zeigt auf, dass die Verhandlungen mit der erforderlichen Einlässlichkeit geführt worden sind. Auf die Tarifvorlage ist daher einzutreten.

3. Aufgrund von Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) ist der Rückweisungsentscheid des BVGer vom 14. März 2014 für die Schiedskommission bindend. Schliesst das Dispositiv eines Rückweisungsentscheids wie vorliegend die Formel «im Sinne der Erwägungen» ein, ergibt sich auch eine Bindung an die Urteilerwägungen (MADELEINE CAMPRUBI in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 61 N 8). In den Urteilerwägungen hat das BVGer aus prozessökonomischen Gründen entschieden, dass für einen GT 3a Zusatz eine gesetzliche Grundlage vorhanden sei und auch die Pflicht zur Aufstellung gemeinsamer Tarife gemäss Art. 47 Abs. 1 URG durch den Zusatztarif nicht verletzt werde (Urteil des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014, E. 8.11 bzw. E. 9.3). Die Schiedskommission hat diese beiden Rechtsfragen daher im vorliegenden Beschluss nicht mehr zu beurteilen.
4. Gemäss Art. 59 Abs. 1 URG genehmigt die Schiedskommission einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist, wobei sich die Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet: Demnach ist bei der Festlegung der Entschädigung der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand (Abs. 1 Bst. a), die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Abs. 1 Bst. b) sowie das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträgern oder Sendungen (Abs. 1 Bst. c) zu berücksichtigen. Die Entschädigung ist ferner so festzulegen, dass sie in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder des Nutzungsaufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte beträgt, wobei die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung Anspruch auf ein angemessenes Entgelt haben (Abs. 2).
5. Der Tarif vom 30. Juli 2014 lehnt sich – wie von der Schiedskommission verlangt (vgl. Beschluss der ESchK vom 30. November 2012 betreffend GT 3a Zusatz, E. II. 9.) – eng an den bestehenden GT 3a an. Der Begriff der «Gästezimmer» (vgl. Ziff. 1.1 GT 3a Zusatz

in der Version vom 30. Juli 2014) entspricht demjenigen im mit Eingabe vom 1. November 2012 vorgelegten Zusatztarif. Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung verweist der Zusatztarif auf die Bst. C, D und E des GT 3a, wobei für Gefängnisse und Ferienunterkünfte eine Sonderregelung gilt (Ziff. 3.2 ff. des GT 3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014). Grundsätzlich ist die Fläche massgebend, auf welcher Werke und Leistungen mithilfe der den Gästen zur Verfügung gestellten Geräte wahrnehmbar gemacht werden. Die Flächen der Gästezimmer, in welchen den Gästen Geräte zur Wahrnehmbarmachung von Werken und Leistungen zur Verfügung gestellt werden, werden zur massgeblichen Fläche für die Tarifberechnung gemäss dem Haupttarif hinzugezählt (vgl. Ziff. 3.2 GT 3a Zusatz und Ziff. 8 GT 3a). Der Zusatztarif wirkt sich für diejenigen Nutzer, die bereits jetzt dem GT 3a unterliegen, in Ergänzung dieses Tarifs erst aus, wenn durch den Einbezug der Gästezimmer die Schwellenwerte von 1'000 m² (vgl. Ziff. 9.2 GT 3a) bzw. von 3'000 m² (vgl. Ziff. 9.3 GT 3a) überschritten werden.

6. Hotelleriesuisse kritisierte die Höhe der Vergütung. Diese orientiere sich fälschlicher Weise an den Ansätzen des GT 3a, obwohl dies immerhin sinnvoller sei, als auf die Anzahl der Geräte abzustellen. Denn beim Fernsehen in Hotelzimmern handle es sich nicht um Hintergrundunterhaltung. Es liege eine weniger intensive Nutzungsform vor, als wenn Musik beispielsweise in einem Ladenlokal die ganze Zeit als Hintergrundmusik abgespielt werde. In Hotelzimmern werde lediglich abends ein bis zwei Stunden ferngesehen. Auch bestehe das Publikum hier in der Regel aus einer Person, während beispielsweise in Kaufhäusern die gesamte Kundschaft mit Musik berieselt werde. Hotelleriesuisse macht geltend, das Kriterium des sachenrechtlichen Eigentums an Fernsehgeräten könne angesichts der Konvergenz in der Telekommunikation urheberrechtlich nicht mehr das entscheidende Kriterium sein, was sich auch auf die Prüfung der Angemessenheit des Tarifs auswirke. Die Vergütung müsse jedenfalls tiefer liegen als im GT 3a.
7. Auch Gastrosuisse ist der Auffassung, dass der Tarif unangemessen sei, selbst wenn entgegen ihrer Auffassung von einer grundsätzlichen Vergütungspflicht auszugehen wäre. Ein Zusatztarif dürfe nicht einfach den Ansätzen des GT 3a folgen. Die durch den Zusatztarif erfasste Handlung liege am äussersten Rand des Urheberrechts, woraus sich bereits ergebe, dass die Höhe des Zusatztarifs unter derjenigen des GT 3a liegen müsse, wo eine normale, unmittelbare Nutzung (direkte öffentliche Wahrnehmbarmachung) erfolge. Ferner könne ein und dieselbe sachverhaltsrelevante Leistung nicht gleichzeitig durch das Verwertungsrecht des URG und die Konzessionsgebühr in Art. 68 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40) erfasst sein.

8. Der STV machte die Unangemessenheit des Zusatztarifs spezifisch für Ferienwohnungen geltend: Die Vermieter von Ferienwohnungen bezahlten bereits Konzessionsgebühren womit die Senderechte mitfinanziert würden sowie die Kabelnetzanbieter, die bereits Gebühren für Weitersenderechte bezahlten. Mit Blick auf die Mehrzahl der vermieteten Ferienwohnungen sei es nicht zumutbar, nun noch zusätzliche Fr. 399.60 pro Jahr für Urheberrechte zu bezahlen. Das Inkasso für Ferienwohnungen abzuwickeln, sei bereits mit grossem Aufwand verbunden. Kosten und Nutzen sollten gegeneinander abgewogen werden. Schliesslich basierten die vorgesehenen Urheberrechtsgebühren von Fr. 399.60 pro Jahr auf dem Betrag der Basisvergütung des gemeinsamen Tarifs 3a, Ziff. 9.1. Dieser Betrag sei gültig auf Flächen bis 1000 m² und/oder auf bis zu 200 Amtslinien. Dies entspreche einem durchschnittlichen Hotel mit ca. 50 Zimmern. Diese Basisvergütung könne nach Ansicht des STV unmöglich auf einzelne Ferienwohnungen, Ferienappartements oder Ferienhäuser angewendet werden, da die massgebliche Zimmerzahl (Nutzung in ein bis zwei Zimmern) um ein Vielfaches geringer sei.
9. Der GT 3a Zusatz führt in der Fassung vom 30. Juli 2014 nicht zu höheren Vergütungen als die Anwendung des Gemeinsamen Tarifs 3a auf Gästezimmer jeglicher Art, wie dies von der Schiedskommission im Beschluss vom 30. November 2012 als Voraussetzung einer Beurteilung des Tarifs als angemessen genannt wurde. Dies gilt namentlich auch mit Bezug auf die Gefängnisse (Ziff. 3.3 des Tarifs) und Ferienunterkünfte (Ziff. 3.4 des Tarifs).
10. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Vergütungsansätze ist namentlich der Intensität der Nutzung im Rahmen des GT 3a Zusatz im Vergleich zur Nutzung unter dem GT 3a Rechnung zu tragen. Grundsätzlich wäre eine Anwendung der Vergütungssätze des GT 3a auf die im GT 3a Zusatz geregelten Nutzungen als unangemessen anzusehen, wenn ihre Intensität unter derjenigen der Basisnutzung liegen würde. Nutzer sind im Rahmen des GT 3a Zusatz gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6540/2012 vom 14. März 2012, E. 8.9.6 jedoch nicht die Gäste in den Gästezimmern, sondern die Hoteliers etc. Wie Hotelleriesuisse selbst geltend machte, geht es beim GT 3a Zusatz nicht um blosser Hintergrundunterhaltung, sondern um gezielt gewählte Unterhaltung, was für eine höhere Nutzungsintensität sprechen würde. Andererseits wird aber in einem einzelnen Hotelzimmer erfahrungsgemäss nicht dauernd ferngesehen und die Anzahl der Gäste wird sich im Gegensatz zum Publikum beispielsweise eines Kaufhauses jeweils auf ein bis zwei Personen beschränken. Mit der von der Schiedskommission im Rahmen der Angemessenheitsprüfung verlangten Übereinstimmung der Berechnungsgrundlage für die Basis-

und die Zusatznutzung wurden die Vergütungsansätze gegenüber der ursprünglichen Tarifvorlage jedoch bereits nach unten korrigiert. Zudem stellt der GT 3a Zusatz nicht mehr auf die Anzahl Geräte, sondern auf die Fläche ab und enthält ein pauschaliertes Stufensystem bei dem bis zu einer Fläche von 1000 m² keine konkreten Unterschiede im Umfang des Publikums berücksichtigt werden. Eine entsprechende Kategorisierung der vielfältigen durch einen Tarif zu regelnden Sachverhalte erscheint gerechtfertigt. Anstelle einer ertragsbezogenen Berechnung, die in manchen Fällen zu einer sprunghaften Erhöhung der Vergütungen führen würde, hält die Schiedskommission das von den Nutzern grundsätzlich akzeptierte Berechnungssystem des GT 3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 und die sich daraus ergebenden Vergütungen nach wie vor für angemessen.

11. Der Umstand, dass die vom Zusatztarif erfasste Nutzung von Radio- und Fernsehprogrammen durch die technologische Entwicklung überholt wird, ist bei der Beurteilung der Angemessenheit der Vergütungsansätze nicht zu berücksichtigen. Die festzustellende Konvergenz im Bereich der Telekommunikation wird voraussichtlich zu neuen Nutzungsformen führen. Sie ist aber für die Beurteilung der tariflichen Erfassung bestehender Nutzungsformen unerheblich und zurzeit werden Rundfunksendungen nach wie vor am komfortabelsten über TV- und Radiogeräte wahrgenommen.
12. Unzutreffend ist das Argument, der Konsum von Rundfunksendungen könne nicht gleichzeitig durch das Verwertungsrecht des URG und die Konzessionsgebühr in Art. 68 RTVG erfasst werden. Privatrechtliche Vergütungen an die Berechtigten an Urheberrechten und verwandten Schutzrechten mögen zwar zusätzlich zu Bucho schlagen, sind aber davon abgesehen von den Empfangsgebühren grundsätzlich unabhängig. Ebenfalls unabhängig erfolgt die Bezahlung von Vergütungen durch die Kabelnetzbetreiber gestützt auf den GT 1 (Entschädigung für Verbreitung geschützter Werke und Leistungen in Kabelnetzen).
13. Schliesslich machte der STV geltend, es sei unangemessen, dass Ferienunterkünfte (mit jeweils 1 bis 2 Zimmern) gemäss dem Zusatztarif in dieselbe Vergütungskategorie fielen wie Hotels mit Flächen von bis zu 1000 m². Dem ist entgegenzuhalten, dass eine normartige Regelung von Sachverhalten in einem (Pauschal-)Tarif die Bildung von Kategorien unumgänglich macht, innerhalb deren die Extreme der jeweils gleichgestellten Sachverhalte nicht immer ganz ausgewogen erscheinen mögen. Zweitens trifft dieser auf den ersten Blick unbillig anmutende Gegenüberstellung aufgrund der in Ziff. 3.4 des GT 3a Zusatz ausgehandelten Sonderregelung für Ferienunterkünfte, lediglich auf Fälle zu, in welchen

die betreffenden Ferienunterkünfte zehn bis zwölf Monate pro Jahr vermietet werden. Inhaber von Ferienunterkünften, die die Vermietung in geringerem kommerziellen Umfang betreiben, können die pro Jahr geschuldete Vergütung von Fr. 399.60 stufenweise erheblich reduzieren: Bei einer jährlichen Vermietungsdauer bis zu drei Monaten kann diese Vergütung bis auf Fr. 99.90 reduziert werden. Bei einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise erscheint auch die im GT 3a Zusatz vorgesehene Sonderregelung für Ferienwohnungen demnach nicht als unangemessen.

14. Gastrosuisse hat auf ein Gutachten von Prof. Roland von Büren vom 19. März 2013 verwiesen, das die Schiedskommission beim vorliegenden Beschluss berücksichtigen sollte. In diesem Verweis ist ein formaler Beweisantrag zu sehen. Behörden können von beantragten Beweismitteln allerdings unter anderem dann absehen, wenn sie unerheblich sind (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, N 537). Das Gutachten diene offensichtlich der Beantwortung der Frage nach der grundsätzlichen Vergütungspflicht für die Nutzung von Fernseh- und Radiogeräten in Hotelzimmern und betrifft damit die gesetzliche Grundlage für den vorliegenden GT 3a Zusatz. Über diese ist durch das Urteil B-6540/2012 des BVGer bereits in für die Schiedskommission verbindlicher Weise entschieden worden (vgl. oben E. II/3), weshalb das Beweismittel unerheblich ist. Der Beweisantrag wird demnach abgelehnt.
15. Die PUE verwies mit Schreiben vom 5. November 2014 auf ihre frühere Empfehlung vom 25. September 2012. Die Schiedskommission hat sich in ihrem Beschluss vom 30. November 2012 mit den Empfehlungen der PUE auseinandergesetzt und diese bei der Formulierung der Anforderungen an die neue Fassung des GT 3a Zusatz berücksichtigt. Da die vorliegend zu genehmigende neueste Fassung diesen Anforderungen entspricht, kann vorliegend auf die damaligen Erwägungen verwiesen werden.
16. Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist der GT 3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 daher als angemessen im Sinne von Art. 60 URG zu beurteilen. Dies gilt vorbehaltlich der Frage des Zeitpunkts der Inkraftsetzung des Tarifs. Die Frage der (rückwirkenden) Inkraftsetzung des Tarifs gehört systematisch zur Prüfung der Angemessenheit (ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Müller/Oertli [Hrsg.], *Urheberrechtsgesetz, URG*, 2. Aufl. 2012, Art. 46 N 8) und ist daher trotz der von den Verwertungsgesellschaften anlässlich der Verhandlung vom 2. März 2015 diesbezüglich vorgebrachten Zweifel noch verfahrensgegenständlich.

17. Wie bereits die Version des GT 3a Zusatz vom 1. November 2012 sieht auch die Fassung vom 30. Juli 2014 nach dem Rechtsmittelverfahren beim BVGer B-6540/2012 ein Inkrafttreten ab dem 1. Januar 2013 vor (vgl. Ziff. 5. Abs. 1 GT 3a Zusatz vom 30. Juli 2014).
18. Die Verwertungsgesellschaften machten geltend, das BVGer habe die rückwirkende Inkraftsetzung von Tarifen im Urteil B-1769/2010 vom 3. Januar 2012, E. 1.2 *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* als grundsätzlich zulässig bezeichnet. In einem andern Fall habe das BVGer entschieden, eine rückwirkende Tarifgenehmigung sei «als solche zulässig» (Zwischenverfügung im Verfahren B-2099/2011 vom 13. Februar 2012, E. 2.2 *GT 3c [2011–2014]*). Die Schiedskommission vertrete die Auffassung, dass die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in der Zeitspanne zwischen der vorgesehenen Inkraftsetzung eines Tarifs und dessen späterer Genehmigung nicht entschädigungslos sein könne und eine entschädigungslose Nutzung nur in Ausnahmefällen und während einer kurzen Übergangsphase zulässig wäre (Beschluss der ESchK vom 17. November 2011 betreffend GT 4e [2010–2011], E. II/22). So habe auch der Gesetzgeber mit der Übergangsbestimmung von Art. 83 Abs. 2 URG verhindern wollen, dass zwischen dem Inkrafttreten des Gesetzes und der Tarifgenehmigung eine Lücke entstehe, während der die Berechtigten leer ausgingen. Zwar habe die Schiedskommission bis anhin meist einen Tarifzuschlag als Ausgleich für die Vergangenheit gewährt, im soeben erwähnten Verfahren aber eine rückwirkende Inkraftsetzung des betreffenden Tarifs genehmigt, da diese nicht zu stossenden Rechtsungleichheiten oder Wettbewerbsverzerrungen führe und die Rückweisung durch das BVGer aus einem rein formellen Grund erfolgt sei, sodass die Nutzer weiterhin mit der Einführung des umstrittenen Tarifs hätten rechnen müssen (Beschluss der ESchK vom 17. November 2011, E. 22, betreffend GT 4e [2010–2011]). Dabei habe die Schiedskommission für die Beurteilung der zeitlichen Verhältnismässigkeit insbesondere das Kriterium der Vorhersehbarkeit als entscheidend angesehen. Der Verband Hotelleriesuisse habe in seiner Stellungnahme vom 21. Januar 2013 zur aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren vor dem BVGer selbst geltend gemacht, eine Abrechnung könne später problemlos nachgeholt werden und der Hotelmarkt sei nicht so stark in Bewegung, dass die Verwertungsgesellschaften Gefahr liefen, dass Hotels dannzumal nicht mehr existieren würden. Auch liessen sich die berechnungsrelevanten Flächen gemäss Hotelleriesuisse später noch problemlos ermitteln, so dass die Berechtigten bei Gewährung der aufschiebenden Wirkung keine Rechtsverluste zu befürchten hätten. Entsprechend hätten die Verwertungsgesellschaften die Nutzerverbände mit Schreiben vom 16. Dezember 2013 zuhanden ihrer Mitglieder explizit daran erinnert, sie müssten weiterhin damit rechnen, dass ihnen

die tariflich vorgesehenen Vergütungen für Nutzungen seit dem 1. Januar 2013 rückwirkend noch in Rechnung gestellt würden. Die Verwertungsgesellschaften hätten den Zusatztarif am 11. Mai 2012 und damit sieben Monate vor dem vorgesehenen Inkrafttreten bei der Schiedskommission eingereicht. Die Rückweisung des Tarifs an die Schiedskommission durch das BVGer sei aus rein formellen Gründen zur nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs erfolgt, während die Vergütungspflicht als solche und die Zulässigkeit, diese in einem Zusatztarif zu regeln, explizit bejaht worden seien. Bereits im Jahre 2006 habe der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Bezug auf den EU-Raum entschieden, dass der Sendeempfang in Hotelzimmern vergütungspflichtig sei, und in den Jahren 2008 und 2010 habe die Schiedskommission dies auch für die Schweiz bestätigt. Seither wüssten die Nutzerverbände, dass sie mit einer Vergütung für Gästezimmer rechnen müssten. Zwar hätten sie teilweise weiterhin die gesetzliche Grundlage in der Schweiz für einen entsprechenden Tarif in Zweifel gezogen, seien aber bisher auch nicht bereit gewesen, diese Rechtsfrage im Rahmen eines Musterprozesses durch ein Zivilgericht klären zu lassen. Obschon es sich beim Sendeempfang um ein der obligatorischen Kollektivverwertung unterliegendes Ausschliesslichkeitsrecht (Art. 10 Abs. 2 Bst. f in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 URG) handle, hätten die Verwertungsgesellschaften, wie in solchen Fällen üblich, während den am 29. August 2011 aufgenommenen Verhandlungen zu einem Zusatztarif darauf verzichtet, von ihrem Verbotsrecht Gebrauch zu machen. Ein weiteres Zuwarten für die Geltendmachung von Vergütungen sei den von ihnen vertretenen Berechtigten nicht zumutbar. So habe die Schiedskommission denn auch in ihrem Beschluss vom 14. November 2002, E. II/2 d) GT 4c festgehalten, es sei «zu vermeiden, dass die Berechtigten erst eine Entschädigung erhalten, wenn alle Fakten restlos geklärt sind». Aus diesen Gründen sei das vorgesehene rückwirkende Inkrafttreten des vorliegenden Tarifs aus Sicht der Verwertungsgesellschaften sowohl gerechtfertigt als auch notwendig. Nach Meinung der Verwertungsgesellschaften kann zwar offen gelassen werden, ob es sich beim Rückweisungsurteil des BVGer um einen Zwischenentscheid oder einen Teilentscheid gehandelt habe, und ob die Nutzer die Frage der gesetzlichen Grundlage für Tarif 3a Zusatz heute vom BGer überhaupt nochmals überprüfen lassen könnten. Zu beachten sei aber, dass die Nutzer das Verfahren um Jahre hätten verkürzen können, indem sie das Urteil des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014 mittels einer Beschwerde hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage und der Tarifeinheit vom BGer sogleich hätte überprüfen lassen. Es wäre stossend, wenn die Rechteinhaber deswegen nun einen Verlust ihrer konventionsrechtlich garantierten Ausschliesslichkeitsrechte hinnehmen müssten.

19. Hotelleriesuisse ist mit der rückwirkenden Inkraftsetzung nicht einverstanden (s. den Eventualantrag Ziff. 2 vom 2. Oktober 2014 oben in E. I./11). Bis zum Beschluss GT 4e habe die Schiedskommission konstant die Praxis befolgt, für vergangene, aufgrund eines tariflosen Zustands nicht vergütete Verwertungen von urheberrechtlich geschützten Werken in einem nachfolgenden Tarif einen entsprechenden Zuschlag vorzusehen. Für eine rückwirkende Inkraftsetzung müsse Art. 83 Abs. 2 URG geprüft werden, der allerdings nur eine Rückwirkung mit Blick auf die Art. 13, 20 und 35 URG vorsehe. Vorliegend sei die gesetzliche Grundlage des Tarifs aber nicht in den Art. 13, 20 oder 35 URG zu finden. Als gesetzliche Grundlage käme einzig Art. 35 URG für die Nutzung von Ton- und Tonbildträgern und damit für die ausübenden Künstler in Frage. Sollte die Schiedskommission wider Erwarten zu einem anderen Schluss gelangen, so wären in jedem Fall die verwaltungsrechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer echten Rückwirkung anzuwenden. Eine Gutheissung des Antrags der Verwertungsgesellschaften würde zu einer Rückwirkung von beinahe zweieinhalb Jahren führen. Die Rechtsprechung erachte jedoch höchstens eine Tarifrückwirkung von einigen Tagen als zulässig, wohingegen eine über ein Jahr hinausreichende Rückwirkung unangemessen erscheine. Gegen das entscheidende Kriterium für eine rückwirkende Inkraftsetzung, nämlich die Vorhersehbarkeit für die Betroffenen, spreche vorliegend die Tatsache, dass es sich um einen völlig neuen Tarif handle. Insbesondere habe sogar über das Bestehen einer gesetzlichen Grundlage Uneinigkeit geherrscht, weshalb eine rückwirkende Inkraftsetzung vorliegend mangels Vorhersehbarkeit ausgeschlossen sei. Es sei den Tarifschuldern nicht zumutbar gewesen, die erforderlichen Rückstellungen zu tätigen. Das Bedürfnis der Verwertungsgesellschaften nach einer rückwirkenden Inkraftsetzung gründe in der ihrer Meinung nach zu langen Verfahrensdauer. Diese lange Verfahrensdauer hätten sich die Verwertungsgesellschaften jedoch grösstenteils selbst zuzuschreiben. Zudem hätten sie – wie das BVGer festgestellt habe – die Verhandlungspflicht verletzt. Auch wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Schiedskommission nicht den Verwertungsgesellschaften anzulasten sei, könnten die Nutzerverbände keinesfalls für den tariflosen Zustand verantwortlich gemacht werden. Die Vorhaltungen seitens der Verwertungsgesellschaften, die Nutzerseite hätte eine Beschwerde gegen den Rückweisungsentscheid des BVGer vom 14. März 2014 an das BGer als mutwillige Verfahrensverzögerung unterlassen, stimmten nicht.
20. Der STV schloss sich den Argumenten von Hotelleriesuisse hinsichtlich der rückwirkenden Inkraftsetzung an.

21. Auch Gastrosuisse wandte sich gegen eine ihrer Meinung nach drohende rund zweijährige Rückwirkung des Tarifs. Die Rechtsnatur der Tarifverhandlungen sei umstritten, mit Bezug auf die Rückwirkung müsse aber den Regeln des öffentlichen Rechts zur sogenannten echten Rückwirkung gefolgt werden, oder diese müssten zumindest als Auslegungshilfe herangezogen werden. Die Voraussetzungen, die eine echte Rückwirkung ausnahmsweise erlaubten, lägen nicht vor. Der Fall sei mit der Konstellation im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren B-1769/2010 oder dem Verfahren betreffend den Tarif GT 3c nicht vergleichbar. Des Weiteren habe die ehemalige RKGE in einem Entscheid vom 25. März 1999 eine Rückwirkung, die über einige Wochen hinausgehe, für ein Verteilreglement ausgeschlossen. Die rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs komme daher umso weniger in Betracht. Auch ein Vergleich mit dem Beschluss der ESchK vom 17. November 2011 *GT 4e* rechtfertige eine rückwirkende Inkraftsetzung im vorliegenden Fall nicht, weil in jenem Verfahren die Rechtsgrundlage für einen Tarif nicht grundsätzlich bestritten worden sei. Die Bejahung der Rückwirkung würde dazu führen, dass die Verwertungsgesellschaften inskünftig im Voraus rückwirkende Forderungen anbringen könnten, ohne dass die grundsätzliche Frage nach einer Vergütungspflicht verbindlich und abschliessend geklärt sei. So habe Gastrosuisse das Schreiben der Verwertungsgesellschaften vom 16. Dezember 2013 zuhanden der Mitglieder von Gastrosuisse bewusst nicht an die eigenen Verbandsmitglieder verbreitet, weil der Verband davon überzeugt gewesen sei, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für den Tarif fehle und die Verbandsmitglieder nicht unnötig in Aufruhr versetzt werden sollten.
22. Das BGer hat in BGE 133 II 263 E. 11.3 die Frage nach einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen offen gelassen, wenn auch eine solche im konkreten Verfahren nicht beschlossen. Bei der Entscheidung sind sowohl die Sach- als auch die Rechts- und Interessenlage des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGE 133 II 263 E. 11.2). In diesem Urteil hat das BGer die Prüfkriterien der sogenannten echten Rückwirkung von Erlassen des allgemeinen Verwaltungsrechts (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N 331) nicht explizit angewandt. Vielmehr scheint es sich um eine Prüfung *sui generis* zu handeln, bei der im Rahmen der Rechts-, Interessen-, und Sachlage namentlich zwei Kriterien massgeblich sind: Einerseits ist es das Kriterium der Vorhersehbarkeit der Vergütungspflicht, andererseits dasjenige der Zumutbarkeit für die (nach Durchlaufen des Instanzenzugs) vergütungspflichtigen Rechtssubjekte, die erforderlichen Rückstellungen zu tätigen. Die Prüfkriterien, wonach Rückwirkungen keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirken und keinen Eingriff in wohlverworbene Rechte darstel-

len dürfen, sind auch im verwertungsrechtlichen Verfahren zu beachten, da sie Grundsätzen entspringen, die im gesamten Verwaltungsrecht gelten (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 331). Das Kriterium der Vorhersehbarkeit ist ein Aspekt des Erfordernisses, Rückwirkungen zeitlich mässig zu halten, wobei auch hier die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls massgebend sind (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 331). Schliesslich ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) als eines der Grundprinzipien des Verwaltungsrechts (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 331) auch im Rahmen der rückwirkenden Inkraftsetzung von urheberrechtlichen Tarifen durch die Schiedskommission zu beachten.

Auch wenn ein Beschluss der Schiedskommission an die Beschwerdeinstanz(-en) weitergezogen wird und einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt wird (Art. 74 Abs. 2 URG) müssen Nutzer ab dem Zeitpunkt des Entscheids der Schiedskommission grundsätzlich mit der Möglichkeit der Einführung des betreffenden Tarifs rechnen und für den «verfahrensrechtlich verpassten Bezug» hat in irgendeiner Form ein Ausgleich zu Gunsten der Berechtigten stattzufinden (BGE 133 II 263 E. 11.4 f.). Auch in einem jüngsten Entscheid hat das BGer festgehalten, dass das Fehlen eines gültigen Tarifs natürlich nicht dazu führen dürfe, dass gesetzliche vorgesehene Entschädigungen nicht bezahlt würden (Urteil des BGer 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 6.4).

Vor dem geltenden URG wurde sowohl die rückwirkende Inkraftsetzung als auch die rückwirkende Anwendung von Tarifen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hingegen noch ausgeschlossen (CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, N 1490, mit weiteren Hinweisen; DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, N 269, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung in Fn. 85). Das ist darauf zurückzuführen, dass das alte Recht nur Nutzungen kannte, die wie im vorliegenden Fall ein ausschliessliches Recht betreffen. Damit war klar, dass Nutzungen nicht ohne Erlaubnis vorgenommen werden konnten, solange kein Tarif bestand. Ein solches Vorgehen hätte zu einer Urheberrechtsverletzung geführt und würde einen von einem Zivilgericht zu beurteilenden Schadenersatzanspruch auslösen (Urteil des BGer vom 7. März 1986, E. 10 b), veröffentlicht in: EIDGENÖSSISCHE SCHIEDSKOMMISSION FÜR DIE VERWERTUNG VON URHEBERRECHTEN (Hrsg.), Entscheide und Gutachten, 1981–1990, S. 183 ff., S. 194). Daran hat sich mit der Totalrevision des URG von 1993 nichts geändert.

23. Mit der Totalrevision des URG von 1992 hat sich die Rechtslage insofern geändert, als die Übergangsbestimmung in Art. 83 Abs. 2 des URG vorsieht, dass die sich aus den sogenannten gesetzlichen Lizenzen ergebenden Vergütungen ab dem Inkrafttreten des Gesetzes geschuldet sind, aber erst nach der Genehmigung des entsprechenden Tarifs geltend gemacht werden können. Mit der betreffenden Bestimmung wollte der Gesetzgeber verhindern, dass zwischen dem Inkrafttreten des Gesetzes und dem Inkrafttreten entsprechender Tarife vergütungsfreie Perioden entstehen, beispielsweise aufgrund der Anfechtung von Genehmigungsbeschlüssen der Schiedskommission (GOVONI/STEBLER, a.a.O., N 1490, mit weiteren Hinweisen). Das BGer hat denn auch in einem (unveröffentlichten) Urteil 2A.142/1994; 2A.173/1994; 2A.174/1994 vom 24. März 1995, E. 15, S. 62 *GT 4* festgehalten, die Möglichkeit der Rückwirkung von Tarifen entspreche dem Wortlaut und dem sich aus der Entstehungsgeschichte ergebenden Sinn und Zweck von Art. 83 Abs. 2 URG. Gemäss BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 46 N 8 muss Art. 83 Abs. 2 URG auch für die Bereiche ausserhalb der Art. 13, 20 und 35 URG gelten. Aus dieser Regelung sowie aus der vorerwähnten Rechtsprechung des BGer kann jedenfalls abgeleitet werden, dass das Tarifgenehmigungsverfahren weder bei der Geltendmachung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen noch bei der Wahrnehmung ausschliesslicher Rechte zu vergütungsfreien Nutzungsperioden führen darf. Andernfalls würde das Verwertungsrecht in das materielle Urheberrecht eingreifen, das seinerseits dem Schutz der Eigentumsgarantie von Art. 26 Abs. 1 BV untersteht (vgl. RETO M. HILTY, *Urheberrecht*, 2011, N 74). Soweit die rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs dazu dient, eine entschädigungslose Nutzungsperiode zu erfassen, ist sie somit auch ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 83 Abs. 2 URG zulässig. Das ergibt sich nicht zuletzt aus den Gesetzesmaterialien (vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz, URG], zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen [Topographiengesetz, ToG] sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiete des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte [BBl 1989 III 477, Ziff. 214.3 S. 558]).
24. Das BVGer hat im Urteil B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 *Tarif A Fernsehen Swissperform* den betreffenden Tarif rückwirkend über die Dauer von zwei Jahren auf den 1. Januar 2010 ohne ausführliche Begründung in Kraft treten lassen. In den Zwischenverfügungen B-2210/2012 vom 24. Mai 2012, E. 9.2, *GT 4e [2010–2011]* und B-2099/2011 vom 13. Februar 2012, E. 2.2, *GT 3c [2011–2014]* erteilte das BVGer die aufschiebende Wirkung mit der Begründung, eine Abrechnung über die geschuldeten Vergütungen für die Zeitspanne

der aufschiebenden Wirkung könne selbst nach Ablauf der vorgesehenen Tarifdauer noch erfolgen, bzw. schloss eine rückwirkende Inkraftsetzung zumindest nicht aus. Dasselbe gilt auch für das Verfahren B-6540/2012 vor dem BVGer.

25. Die Schiedskommission hat in ihrem Beschluss vom 17. November 2011 betreffend den GT 4e [2010–2011], N 155 f. erstmals die rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs genehmigt (Beschluss der Schiedskommission vom 17. November 2011 betreffend GT 4e [2010–2011], N 152). Das Vorbringen seitens Hotelleriesuisse, dass die Schiedskommission mit einer Genehmigung des GT 3a Zusatz einschliesslich dessen Inkraftsetzung per 1. Januar 2013 eine unzulässige Praxisänderung vornehme, ist unzutreffend. Allerdings hatte die Schiedskommission vor ihrem Beschluss vom 17. November 2011 die Praxis verfolgt, für vergangene, aufgrund eines tariflosen Zustands nicht vergütete Nutzungen einen Ausgleich in einem nachfolgenden Tarif vorzusehen. Der Grund für entsprechende Zuschläge lag darin, dass die Hersteller und Importeure die Vergütungen bei einer rückwirkenden Inkraftsetzung der sogenannten Leerträgertarife nicht mehr auf die eigentlichen Nutzer hätten überwälzen können (Beschluss der ESchK vom 17. November 2011 betreffend GT 4e [2010–2011], N 149). Aber auch diese Art der Kompensation für vergütungsfreie Nutzungsperioden wird mitunter als unzulänglich bezeichnet (vgl. SALVADÉ, a.a.O., Art. 46 URG N 17).
26. Das Schrifttum steht einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen bejahend gegenüber (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 46 N 11; GOVONI/STEBLER, a.a.O., N 1371, 1490; VINCENT SALVADÉ, in: de Werra/Gilliéron [Hrsg.], *Commentaire Romand, Propriété intellectuelle*, 2013, Art. 46 URG N 17). Dabei spielt es gemäss BREM/SALVADÉ/WILD eine Rolle, ob die Entschädigungen im Zeitpunkt der Nutzung für die Verpflichteten in ihrer Höhe schon vorhersehbar waren, und ob die Nutzer bzw. ihre Organisationen das Verfahren ungebührlich verzögert haben (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 46 N 8, mit Hinweis auf das Urteil des BGer 2A.142/1994; 2A.173/1994; 2A.174/1994 vom 24. März 1995, E. 15 GT 4). Nach MEIER wäre die grundsätzliche Ablehnung einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen auch unvereinbar mit den konventionsrechtlichen Verpflichtungen, die die Schweiz eingegangen ist, sofern keine anderen Möglichkeiten bestehen, um eine entschädigungslose Nutzungsperiode auszugleichen (MEIER, a.a.O., N 275). Seinen Ausführungen ist auch zu entnehmen, dass sich die Frage der rückwirkenden Inkraftsetzung bei der Inanspruchnahmen von absoluten Rechten eigentlich gar nicht stellen sollte. In diesem Fall sind die Nut-

zer nämlich darauf angewiesen, von den Verwertungsgesellschaften eine Lizenz zu erhalten, die ihnen im Sinne einer Übergangsregelung für die tariflose Periode erteilt werden könnte (MEIER, a.a.O., N 268).

27. Zwischen der bereits erstinstanzlichen Genehmigung von rückwirkenden Tarifen durch die Schiedskommission und der «rückwirkenden» Tarifanwendung nach dem Abschluss eines Rechtsmittelverfahrens ist zu differenzieren. Während erstere Konstellation eine gewisse dogmatische Nähe zum Rückwirkungsverbot aufweist, ergibt sich letztere aus dem Instanzenzug. Daher ist auch die von der Nutzerseite herangezogene Rechtsprechung der ehemaligen RKGE zur erstinstanzlichen rückwirkenden Genehmigung von Verteilreglementen durch das IGE vorliegend nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragbar (vgl. Entscheid der RKGE UR 01/98 vom 25. März 1999, veröffentlicht in sic! 1999, 405 ff., [teilweise unveröffentlichte] E. 5, *Wörterbücher*). Dabei kann die Frage offen gelassen werden, ob und wie weit die Rechtsprechung der rückwirkenden Genehmigung von Verteilreglementen der Verwertungsgesellschaften auf die Frage der rückwirkenden Inkraftsetzung der Tarife übertragen werden kann, wie dies von Nutzerseite behauptet wurde. Der vorliegend zu beurteilende Fall dreht sich um die rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs nach dem Abschluss des Rechtsmittelverfahrens, wobei der Tariftext in der Fassung vom 30. Juli 2014 dem von der Schiedskommission mit Beschluss vom 30. November 2012 genehmigten GT 3a Zusatz weitestgehend entspricht.

Zu beachten ist ebenfalls, dass es vorliegend um die Geltungsdauer eines Zusatztarifs geht. Zu diesen Zusatztarifen hat das BVGer im Urteil B-6540/2012 vom 14. März 2014, E. 9.1 festgehalten, dass sie provisorischer Natur sind, und dazu dienen, lückenhafte Gemeinsame Tarife für deren restliche Geltungsdauer zu ergänzen. Die Gemeinsamen Tarife verfügen regelmässig über eine Geltungsdauer von wenigen Jahren. Bei einem Weiterzug von Beschlüssen der Schiedskommission dauert das Genehmigungsverfahren für Tarife bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung jedenfalls seit der Integration des BVGer in den Instanzenzug ab dem Jahr 2007 oft zwei bis drei Jahre oder länger. Wollte man die rückwirkende Inkraftsetzung von (Zusatz-)Tarifen nach einem (erfolglosen) Durchlaufen des Instanzenzugs ausschliessen, würde die Einrichtung der Zusatztarife obsolet, da deren rechtskräftige Genehmigung zeitlich regelmässig in etwa mit dem Auslaufen des durch einen Zusatztarif zu ergänzenden Gemeinsamen Tarifs zusammenfallen dürfte.

Das Tarifgenehmigungsverfahren einschliesslich des Beschwerdeverfahrens ist nicht als Instrument gedacht, um selbst im Fall des Unterliegens vor Gericht eine Gratisnutzung zu

erwirken. Davon abgesehen, dass eine Ausgestaltung der kollektiven Verwertung, die die rückwirkende Inkraftsetzung von Tarifen nach einem erfolglosen Beschwerdeverfahren ausschliesst, in einem krassen Widerspruch zur individuellen Verwertung durch die Berechtigten mit den Instrumenten des Privatrechts stünde, erschiene dies auch unter prozessökonomischen Gesichtspunkten widersinnig. Zumindest bei Tarifen, die einen neuen Nutzungsbereich erschliessen, wäre die Ausschöpfung aller Rechtsmittel im Tarifgenehmigungsverfahren die Regel. Andererseits müssen die Schiedskommission und gegebenenfalls die Beschwerdeinstanzen den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (vgl. dazu BGE 133 II 263, in welchem Verfahren das BGer angesichts des bestehenden Zeitdrucks unter Verzicht auf eine Rückweisung an die Schiedskommission über die Rückwirkungsfrage gleich selbst entschieden hat). Dazu gehört etwa die Prüfung der Fragen, ob andere Formen des Ausgleichs sachgerechter sind, ob mit einem Zuschlag in einem Folgetarif anstelle der rückwirkenden Inkraftsetzung allenfalls unbeteiligte Nutzer belastet werden, etc.

28. Nach dem Beschluss der Schiedskommission vom 30. November 2012 betreffend den GT 3a Zusatztarif mussten die beteiligten Nutzverbände angesichts der oben (vgl. oben E. II/23) erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich mit der Genehmigung des Tarifs rechnen, auch wenn sie in dem im Anschluss daran initiierten Rechtsmittelverfahren die gesetzliche Grundlage für den vorliegenden Tarif in Zweifel gezogen haben. Gastrosuisse ist zwar der Auffassung, das Kriterium der Vorhersehbarkeit sei nur erfüllt, wenn es um Tarife geht, die als solche bereits vor einem strittigen Genehmigungsverfahren existierten. Eine solche Unterscheidung lässt sich aber weder aus der Rückwirkungsregelung von Art. 83 Abs. 2 URG noch aus der bisherigen Rechtsprechung herleiten, was auch für das Urteil des BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012, *Tarif A Fernsehen (Swissperform)* gilt. Die Bemessung der geschuldeten Vergütung gemäss der Tariffassung vom 30. Juli 2014 unterscheidet sich ferner nicht von der im Beschluss vom 30. November 2012 genehmigten Fassung eines GT 3a Zusatz, und die Höhe der im Falle des Unterliegens im Beschwerdeverfahren geschuldeten Vergütung war demnach durchaus kalkulierbar.
29. Die Notwendigkeit, dass die betroffenen Nutzer für die Jahre 2013 und 2014 entsprechende Rückstellungen hätten vornehmen müssen, kann nicht als unzumutbar bezeichnet werden, selbst wenn die jeweiligen Nutzverbände die Frage nach der gesetzlichen Grundlage legitimer Weise zum Gegenstand von Beschwerden an das BVGer gemacht haben.

Schwer nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang, weshalb Gastrosuisse gemäss eigenen Angaben die eigenen Verbandsmitglieder über das Schreiben der Verwertungsgesellschaften vom 16. Dezember 2013 (vgl. oben E. I/10) nicht zumindest in geeigneter Form informiert hat. Diese Unterlassung vermag jedenfalls die nicht erfolgte Vornahme von Rückstellungen durch die Nutzer nicht zu rechtfertigen.

30. Entgegen der Auffassung von Hotelleriesuisse ist die lange Verfahrensdauer nicht einseitig den Verwertungsgesellschaften vorzuschreiben.

Vielmehr hätte das prozessuale Verhalten von Nutzerseite nach dem Urteil des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014 effizienter gestaltet werden können. In diesem Urteil hat das BVGer wie oben bereits erwähnt auch die gesetzliche Grundlage für den vorliegend zu beurteilenden GT 3a Zusatz bejaht. Obwohl Hotelleriesuisse und Gastrosuisse das Bestehen der gesetzlichen Tarifgrundlage bis heute für inexistent halten, haben sie auf eine Anfechtung des Urteils vom 14. März 2014 verzichtet und sich nach der Präsidialverfügung der Schiedskommission vom 22. Mai 2014 vielmehr auf neue Tarifverhandlungen mit den Verwertungsgesellschaften eingelassen. Wäre das BGer auf Beschwerde der Nutzer gegen das Urteil B-6540/2012 vom 14. März 2014 anders als die Schiedskommission und das BVGer zum Schluss gekommen, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für einen GT 3a Zusatz fehle, wären weitere Tarifverhandlungen wie auch das erneute Genehmigungsverfahren vor der Schiedskommission hinfällig geworden. Dennoch ist es nicht angebracht, den Nutzerverbänden vorzuwerfen, dass sie ein Rechtsmittel nicht ergriffen haben, steht dies doch grundsätzlich einem jeden Rechtssubjekt frei. Offenbar hat zumindest Hotelleriesuisse mit einem rückwirkenden Inkrafttreten des Tarifs gerechnet. Jedenfalls hat dieser Verband im Vorfeld der Zwischenverfügung des BVGer B-6540/2012 vom 24. Januar 2013 betreffend die Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen den Beschluss der ESchK vom 30. November 2012 in einer Stellungnahme vom 21. Januar 2013 selbst vorgebracht, eine Abrechnung lasse sich zu einem späteren Zeitpunkt problemlos nachholen (E. H. des soeben genannten Zwischenentscheids des BVGer) während er heute eine rückwirkende Inkraftsetzung als unvorhersehbar, unzumutbar und unzulässig bezeichnet.

31. Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern eine rückwirkende Inkraftsetzung des GT 3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 zu Wettbewerbsverzerrungen oder stossenden Rechtsungleichheiten führen sollte. Auch ein Eingriff in wohlerworbene Rechte droht dadurch nicht. Eine rückwirkende Inkraftsetzung per 1. Januar 2013 unter Würdigung der

- gesamten Rechts-, Sach- und Interessenlage ist damit nicht als unverhältnismässig zu qualifizieren. Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass das BVGer bereits schon einmal eine rückwirkende Inkraftsetzung im selben Umfang von rund zwei Jahren gewährt (Urteil des BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012, E. 1.2 *Tarif A Fernsehen [Swissperform]*).
32. Im Ergebnis ist auch Ziff. 5 des GT 3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 zu genehmigen, was eine rückwirkende Inkraftsetzung des GT 3a Zusatz per 1. Januar 2013 bewirkt.
33. Hotelleriesuisse beantragte in Ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2014 den Beizug der Akten aus dem Beschwerdeverfahren vor dem BVGer B-6540/2012 *GT 3a Zusatz* unter Berücksichtigung aller darin von ihr vorgebrachten Argumente. Es drängt sich auf, diesen Antrag nach dem Rückweisungsentscheid des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014 analog zur verfahrensrechtlichen Handhabung von Verweisen auf Schriftstücke und Eingaben an Vorinstanzen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu handhaben. Solche Verweise sind nur zulässig, wenn sich die konkreten Vorbringen daraus klar erkennen lassen oder sich auf eindeutig bezeichnete Teile der betreffenden Eingabe(n) beziehen (vgl. Urteil des BVGer B-5840/2010 vom 22. Mai 2012, E. 2). Vorliegend ist weder das eine noch das andere der Fall, weshalb der globale Verweis von Hotelleriesuisse nicht zu berücksichtigt werden kann. Ein Beizug der Akten aus dem betreffenden Beschwerdeverfahren erscheint mitunter deshalb ausgeschlossen, weil das BVGer die als Beweismittel dienenden Beilagen nach der rechtskräftigen Erledigung der Verfahren an die Verfahrensbeteiligten zurückzusenden pflegt. Es ist davon auszugehen, dass dies im Nachgang zum Urteil des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014 bis zum 2. Oktober 2014 geschehen ist. Dabei kann die Frage offen gelassen werden, ob die Schiedskommission überhaupt über die rechtliche Möglichkeit verfügen würde, entsprechende Verfahrensakten beim BVGer als Beschwerdeinstanz zu edieren. Der entsprechende Antrag auf Beizug und Berücksichtigung von Hotelleriesuisse ist aus diesen Gründen abzulehnen.
34. Im Ergebnis ist der Antrag der fünf Verwertungsgesellschaften vom 30. Juli 2014 auf Genehmigung des GT 3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 zu genehmigen und sämtliche Gegenanträge von Gastrosuisse, Hotelleriesuisse und STV abzuweisen.
35. Da der GT3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 in Ziff. 5 vorsieht, dass der Zusatztarif ab dem 1. Januar 2013 gilt, träte mit dem heutigen Genehmigungsbeschluss der Schiedskommission vom 2. März 2015 der Tarif sogleich in Kraft. Dabei sähe sich die

Nutzerseite der unhaltbaren Situation ausgesetzt, dass sie den Beschluss mangels der begründeten Fassung nur schwer anfechten kann (vgl. die Zwischenverfügung des BVGer B-6540/2012 vom 24. Januar 2013, E. 3.2). Es stellt sich daher die Frage, was im Zeitraum zwischen der Beschlussfassung vom 2. März 2015, dem Vorliegen der begründeten Fassung dieses Beschlusses und dem Ablauf der Beschwerdefrist gilt. Vorbehältlich einer Anordnung im Gesetz ist es Sache der verfügenden Behörde, den Zeitpunkt für die Wirksamkeit einer Verfügung festzusetzen (vgl. Art. 39 Bst. b und c VwVG, Art. 55 Abs. 2 und VwVG). Vorliegend fehlt eine entsprechende Norm in den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen. Die Schiedskommission nimmt daher im Sinne einer Nebenbestimmung in ihren Beschluss auf, dass er erst mit dem Ablauf der Beschwerdefrist Rechtswirkungen entfaltet.

36. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV (in der Fassung vom 1. Juli 2008) und sind gemäss Art. 16b URV von den Verwertungsgesellschaften zu tragen. Sie betragen Fr. 1500.– (Gebühr) plus Fr. 8960.10 (Auslagen).

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der *Gemeinsame Tarif 3a Zusatz* wird in der Fassung vom 30. Juli 2014 genehmigt.
2. Dieser Beschluss entfaltet Rechtswirkung mit dem Ablauf der Beschwerdefrist.

3. Den am GT 3a Zusatz beteiligten Verwertungsgesellschaften Suissimage, ProLitteris, SSA, SUISA und Swissperform werden die Kosten des Genehmigungsverfahrens in der Höhe von Fr. 10'460.10 (Fr. 1500.– plus Fr. 8960.10) auferlegt. Sie haften dafür solidarisch.
4. Schriftliche Mitteilung an:
- die Mitglieder der Spruchkammer
 - Suissimage, Bern (Einschreiben)
 - ProLitteris, Zürich (Einschreiben)
 - SSA, Lausanne (Einschreiben)
 - SUISA, Zürich (Einschreiben)
 - Swissperform, Zürich (Einschreiben)
 - Gastrosuisse Zürich (Einschreiben)
 - hotelleriesuisse, vertreten durch Frau RA Nicole Emmenegger, Advokatur Markwalder Emmenegger, Bern (Einschreiben)
 - H+ Die Spitäler der Schweiz, Bern (Einschreiben)
 - Konferenz der kant. Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD), Bern (Einschreiben)
 - Schweizer Tourismus-Verband (STV), Bern (Einschreiben)
 - die Preisüberwachung (zur Kenntnis)

Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten
Der Vizepräsident: Der Kommissionssekretär:

Carlo Govoni

Philipp Dannacher

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht (Postfach, 9023 St. Gallen) Beschwerde geführt werden¹. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen².

¹ Art. 74 Abs. 1 URG in Verbindung mit Art. 33 Bst. f und Art. 37 VGG sowie Art. 50 Abs. 1 VwVG.

² Art. 52 Abs. 1 VwVG.