



Abteilung II  
B-3896/2011

## Urteil vom 14. Mai 2012

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),  
Richter Bernard Maitre, Richterin Vera Marantelli,  
Gerichtsschreiber Beat Lenel.

Parteien

1. **Pro Litteris**, Universitätsstrasse 100, 8033 Zürich,  
2. **SSA Société Suisse des Auteurs**,  
Rue centrale 12-14, 1002 Lausanne,  
3. **SUISA Urheberrechtsverwertungsgesellschaft**, Bellari-  
astrasse 82, Postfach 782, 8038 Zürich,  
4. **Suissimage Schweizerische Gesellschaft für Urheber-  
rechte an audiovisuellen Werken**,  
Neuengasse 23, 3001 Bern,  
5. **Swissperform**, Kasernenstrasse 23, Postfach 1868,  
8021 Zürich,  
alle vertreten durch PD Dr. Ernst Brem, Rechtsanwalt,  
Im Langacher 21, Postfach 10, 8805 Richterswil,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE**,  
Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung vom 7. Juni 2011 betreffend GT 3a - Einzug von  
Vergütungen für die Radio und Fernsehbenutzung in Hotel-  
und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwoh-  
nungen (Aufsichtsbeschwerde).

**Sachverhalt:****A.**

Am 8. März 2011 erkundigte sich ein Ferienwohnungsbesitzer bei der Vorinstanz telefonisch nach der Rechtmässigkeit einer Position für Urheber- und verwandte Schutzrechte auf seiner Billag-Rechnung. Er machte geltend, dass es sich bei der Fernsehnutzung in Ferienwohnungen um vergütungsfreien, urheberrechtlichen Privatgebrauch handle, weshalb die Rechnung gekürzt werden müsse.

**B.**

Mit E-Mail vom folgenden Tag erläuterte der Ferienwohnungsbesitzer, dass der geltende GT3a nicht auf Ferienwohnungen anwendbar sei, die Ferienwohnungsbesitzer nie zu Tarifverhandlungen eingeladen worden seien, der angewendete Tarif nicht angemessen sei und die deshalb erforderliche Prüfung durch den Preisüberwacher nicht stattgefunden habe. Das Bundesgericht habe überdies mit Entscheid 2C\_320/2009 vom 3. Februar 2010 E. 5 festgehalten, "dass die Verhältnisse bei Hotels und Ferienwohnungsgeigentümern keineswegs identisch" seien.

**C.**

Am 23. März 2011 reichte die GastroSuisse bei der Vorinstanz eine Aufsichtsbeschwerde gegen die Beschwerdeführerinnen ein und stellte den Antrag, diese seien anzuweisen, die Vergütungen aufgrund des Gemeinsamen Tarifs 3a (GT3a) nach der bisherigen, bis Januar 2011 angewandten Praxis einzuziehen. Der GT3a beziehe sich nur auf Hintergrundmusik und "Music on hold" von Telefonanlagen. Der Einzug von Vergütungen für Hotelzimmer gestützt auf GT3a sei darum unzulässig, denn die beiden Gebührentarife GT3a Radio und Tonträger sowie GT3a TV seien von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) nicht genehmigt worden. Es gelte immer noch der bisherige GT3a, der Hotelzimmer nicht berücksichtige. Das Vorgehen der Beschwerdeführerinnen stelle eine Verletzung der Pflicht zur Verwertung nach festen Regeln dar. Ein vertrauenswürdiges Verhalten sei Teil dieser Pflicht zur Verwertung nach festen Regeln, was hiermit verletzt sei. Das im gültigen GT3a definierte Repertoire decke die Nutzung in Hotelzimmern nicht ab und die von den Beschwerdeführerinnen angebehrte Erweiterung sei von der ESchK nicht genehmigt worden. Als Rechtsgrundlage komme nicht Art. 22 Abs. 1 URG, sondern Art. 22 Abs. 2 URG zur Anwendung, der bei kleinräumigen Verhältnissen die gebührenfreie Weitersendung erlaube.

**D.**

Mit E-Mail vom 25. März 2011 nahm die Beschwerdeführerin 3 Stellung und argumentierte, dass die entgeltliche Überlassung von Ferienwohnungen nicht privat erfolge, weshalb diese wie Hotelzimmer zu behandeln seien. Die Ferienwohnungen seien beim GT3a nur darum nicht thematisiert worden, weil sie nur einen kleinen Teil der Nutzungen darstellten.

**E.**

Die Vorinstanz eröffnete mit Schreiben vom 4. April 2011 ein Aufsichtsbeschwerdeverfahren gegen die Beschwerdeführerinnen und forderte diese zur Stellungnahme auf. Mit separatem Schreiben vom 12. April 2011 wurde auch die ESchK um Stellungnahme gebeten.

**F.**

Die ESchK äusserte sich in ihrem Schreiben vom 29. April 2011 dahingehend, dass sie ausserhalb eines Genehmigungsverfahrens keine Stellung dazu nehmen könne, ob der bestehende GT3a eine rechtsgenügende Grundlage für die Erhebung von Vergütungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern, Ferienhäusern und -wohnungen darstelle.

**G.**

Am 3. Mai 2011 reichten die Beschwerdeführerinnen ihre Stellungnahme ein und beantragten die Abweisung der Beschwerde. Die GastroSuisse habe kein schutzwürdiges Interesse, weil sie ihren Standpunkt bereits im Tarifgenehmigungsverfahren hätte einbringen können. Auf die Aufsichtsbeschwerde sei deshalb nicht einzutreten. Die Verweigerung der Genehmigung für die beiden Tarife GT3a Radio und Tonträger und GT3a TV sei nicht an der Vergütungspflicht für Hotelzimmer und Ferienwohnungen gescheitert. Die Verwertungsgesellschaften seien vor der Wahl gestanden, zu lizenzieren oder zu verbieten, wobei sie der Lizenzierung den Vorzug gegeben hätten.

**H.**

Mit Verfügung vom 7. Juni 2011 wies die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen an, bis zum Vorliegen einer rechtsgenügenden Tarifgrundlage auf den Einzug von Vergütungen für Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen zu verzichten.

**I.**

Am 8. Juli 2011 erhoben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragten, die Verfügung sei aufzuheben, auf die Anzeigen sei nicht einzutreten, der GastroSuisse sei keine Parteistellung zu gewähren oder eventualiter ein separates Verfahren in Bezug auf GastroSuisse einzuleiten. Sie begründen ihre Beschwerde damit, dass die Verfügung der Vorinstanz Bundesrecht verletze, der Sachverhalt unrichtig und unvollständig festgestellt worden und die Verfügung unangemessen sei. Die Vorinstanz habe ihre Kompetenzen überschritten und in die Zuständigkeit der ESchK eingegriffen. Die ESchK habe es abgelehnt, sich mit der Abgrenzung von urheberrechtspflichtigen Sendungen von urheberrechtsfreiem Privatempfang auseinanderzusetzen, weshalb es im Ermessen der Beschwerdeführerinnen stehe, diese Abgrenzungen vorzunehmen, um eine Zersplitterung in viele kleine Einzeltarife zu verhindern, und der Entscheid im Einzelfall den Zivilgerichten überlassen werde. Die Frage der urheberrechtlichen Belastung des Empfangs in Hotelzimmern sei Gegenstand der Verhandlungen zum jetzt gültigen GT3a gewesen. Auch wenn man sich nicht geeinigt hätte, habe man den Entscheid im Einzelfall den Zivilgerichten überlassen wollen. Der GT3a umfasse dem Wortlaut nach auch den Empfang in Hotelzimmern und Ferienwohnungen, da "Aufenthaltsräume" ausdrücklich erwähnt seien. Die Zusatzvergütung für Hotels mit über 1000m<sup>2</sup> Fläche sei aus Kostengründen nicht geltend gemacht worden. Das Prinzip der Verwertung nach festen Regeln sei nicht verletzt worden, da man den betroffenen Hotelbetrieben die Praxisänderung vorgängig mitgeteilt habe und der Einzug von Vergütungen für gewerblich vermieteten Ferienwohnungen einer langjährigen Praxis entsprechen. Der Einzug von Vergütungen für Hotelzimmer und Ferienwohnungen sei vom geltenden Tarif abgedeckt. Eventualiter rüge man eine Überschreitung der ihr zustehenden aufsichtsrechtlichen Befugnisse durch die Vorinstanz.

**J.**

Mit ihrer Vernehmlassung vom 15. September 2011 beantragte die Vorinstanz, dass die Beschwerde abzuweisen sei. Es liege weder eine Kompetenzüberschreitung noch eine Verletzung bundesrätlicher Zuständigkeitsvorschriften vor, denn letztlich rüge man die Grundsätze der Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften. Nachdem die ESchK eine Auslegung des GT3a abgelehnt habe, habe die Vorinstanz dessen Geltungsbereich selbst auszulegen. Es fehle an einer tariflichen Grundlage für den Einzug der strittigen Urheberrechtsvergütungen; eventualiter seien die Vergütungen tarifkonform einzuziehen, was vorliegend nicht erfolgt

sei. Eine implizite Zustimmung der ESchK zum Einbezug von Ferienwohnungen und -häusern fehle. Die Urheberrechtsgebühren für den Empfang in Hotel- und Spitalzimmern, Ferienwohnungen und -häusern seien nicht Gegenstand der Tarifverhandlungen für den am 4. Dezember 2007 genehmigten GT3a gewesen. Da man sich bezüglich dieser Nutzungen nicht einigen konnte, bestehe kein Tarif dafür. Die Beschwerdeführerinnen hätten das Gebot der Verwertung nach festen Regeln verletzt, indem sie unter den bestehenden GT3a zusätzliche, nicht davon erfasste Nutzungen subsumierten. Die Herstellung des rechtmässigen Zustands könne nur in der Unterlassung des Einzugs von Vergütungen bestehen. Es sei den Beschwerdeführerinnen nicht verwehrt, entsprechende Nutzungen bis zum Vorliegen eines genehmigten Tarifs zu untersagen.

#### **K.**

Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung haben die Parteien stillschweigend verzichtet.

#### **L.**

Auf die weiteren Vorbringen ist, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen einzugehen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1.** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), einschliesslich Verfügungen der Anstalten und Betriebe des Bundes wie der Vorinstanz (Art. 31, 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32], Art. 74 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes [URG, SR 231.1]). Art. 32 VGG zählt diejenigen Fälle auf, die von der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ausgenommen sind.

**1.2.** Staatliche Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG müssen sich an ein von der verfügenden Behörde verschiedenes Rechtssubjekt richten. Dies ist in erster Linie ein ausserhalb der Verwaltung stehendes Privatrechtssubjekt, kann aber ausnahmsweise auch einmal eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein. Ihre Rechtswirkungen entfalten Verfügungen somit grundsätzlich im staatlichen Aussenbereich, dort also, wo

die staatliche Verwaltung mit autonomen Rechtssubjekten in rechtsverbindlichen Kontakt tritt. Dementsprechend ist die Aussenrechtswirkung das Kernelement des Verfügungsbegriffs (MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 5 Rz. 39). Die angefochtene Aufsichtsverfügung ist an die der Bundesaufsicht unterstellten (Art. 40 Abs. 1 URG) und durch eine Bewilligung der Vorinstanz zur Verwertung von Urheber- und verwandten Schutzrechten besonders ermächtigten (Art. 41 URG) Verwertungsgesellschaften gerichtet. Diese nehmen zwar staatliche Aufgaben wahr, sind aber privatrechtlich organisiert. Somit entfaltet die Verfügung Aussenwirkungen.

**1.3.** Das URG als *lex specialis* zum VwVG bestimmt, dass Aufsichtsverfügungen der Vorinstanz mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können (Art. 74 Abs. 1 URG; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, in: Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008, Art. 74 Rz. 1a f.). Das Schreiben der Vorinstanz vom 7. Juni 2011 stellt eine solche Aufsichtsverfügung dar. Die Beschwerdeführerinnen sind Adressaten der angefochtenen Aufsichtsverfügung, durch diese besonders berührt und haben an ihrer Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG; BGE 135 II 177 f. GT 3c). Die Eingabefrist und die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (Art. 47 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

**1.4.** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden grundsätzlich mit voller Kognition. Es prüft die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellung sowie die Angemessenheit angefochtener Verfügungen (Art. 49 VwVG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.1 *Tarif AS Radio*, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 3 GT 3c). Es auferlegt sich aber Zurückhaltung, wo die Vorinstanz als unabhängiges Fachgericht über komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts oder Interessensabwägungen zwischen Berechtigten und Nutzergruppen urteilt und zudem eine gewisse Tarifautonomie der gesuchstellenden Verwertungsgesellschaften berücksichtigt werden muss (BGE 133 II 278 E. 8.2 GT 4d; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 3 GT 3c, Urteil des Bundesverwal-

tungsgerichts B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.2 und 3.1 *Tarif AS Radio*).

## 2.

**2.1.** Die Verwertungsgesellschaften unterstehen einerseits der Geschäftsführungsaufsicht durch die Vorinstanz und andererseits der Tarifkontrolle durch die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ([ESchK], Art. 52 Abs. 1 und 53 Abs. 1 URG; vgl. GOVONI/STEBLER, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Basel 2006, S. 479; RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 389). Die Vorinstanz beaufsichtigt die Geschäftsführung der konzessionierten Verwertungsgesellschaften sowie deren Einhaltung der gesetzlichen Pflichten. Bei der Aufsicht über die Geschäftsführung hat sie in Anwendung der in Art. 45 URG enthaltenen Prinzipien insbesondere zu prüfen, ob die Verwertungsgesellschaften ihre Geschäfte nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung führen, ob sie bei der Verwertung nach festen Regeln vorgehen und das Gebot der Gleichbehandlung befolgen. Stellt die Vorinstanz bei der Ausübung ihrer Kontrollfunktionen oder im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde eine Pflichtverletzung fest, hat sie vorab der Verwertungsgesellschaft eine Frist anzusetzen, damit diese ihr pflichtwidriges Verhalten korrigieren kann. Bleibt diese Erfüllungsfrist ungenutzt, so muss sie weitere Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustands ergreifen. Nach entsprechender Androhung kann die Vorinstanz die Bewilligung der Verwertungsgesellschaft einschränken oder entziehen oder rechtskräftige Verfügungen auf Kosten der Verwertungsgesellschaft veröffentlichen (Art. 54 URG; vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 481 ff.; HILTY, a.a.O., Rz. 389; BARRELET/EGLOFF, Art. 53 Rz. 2).

**2.2.** Die Aufsicht über die Geschäftsführung durch die Vorinstanz ist von der Tarifaufsicht durch die ESchK abzugrenzen. Die ESchK ist gemäss Art. 55 Abs. 1 URG für die Genehmigung von Tarifen zuständig und kann sich deshalb nur mit der Einhaltung von Pflichten befassen, die sich im Rahmen eines Tarifgenehmigungsverfahrens kontrollieren und sanktionieren lassen. Wenn eine Verwertungsgesellschaft Entschädigungen einzieht, ohne über einen von der ESchK genehmigten Tarif zu verfügen, fällt eine solche Pflichtverletzung nicht in die Genehmigungszuständigkeit der ESchK, sondern unter die Geschäftsführungsaufsicht der Vorinstanz. Die in Art. 46 Abs. 1 und 3 URG geregelte Ausübung der Tarifpflichten wird

somit auch von der Geschäftsführungsaufsicht erfasst (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 501 f.; HILTY, a.a.O., Rz. 390 f.).

**2.3.** Mit der Regelung von Art. 59 Abs. 3 URG, welche die genehmigten Tarife für die Gerichte als verbindlich erklärt, sollte Rechtssicherheit geschaffen werden. Insbesondere wird bewirkt, dass die Verfahren effizienter abgewickelt werden können, da hier im Gegensatz zu Deutschland, wo sich jeder Tarif im gerichtlichen Verfahren in Frage stellen lässt, Klarheit herrscht (HILTY, a.a.O., Rz. 390; BGE 135 II 172 S. 180 E. 2.3.4). Die Gerichte haben jedoch weiterhin darüber zu wachen, dass aus den Tarifen im Einzelfall keine gesetzwidrigen Vergütungsansprüche abgeleitet werden (BGE 125 III 141 S. 145 E. 4a; vgl. BGE 133 III 473 S. 477 E. 2.1; BGE 135 II 172 S. 179 E. 2.3.3). Umgekehrt ist die Frage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine umfassende oder teilweise Kollektivverwertung von Urheber- oder verwandten Schutzrechten im Rahmen eines Tarifs gegeben sind, bzw. die zwischen den Verwertungsgesellschaften und den massgebenden Nutzerverbänden vorgesehene Lösung angemessen im Sinne von Art. 59 und Art. 60 URG ist, im Verwaltungsverfahren zu prüfen (BGE 135 II 172 S. 180 E. 2.3.3). Die Aufteilung der Auslegungskompetenzen ist demzufolge so vorzunehmen, dass die ESchK als Genehmigungsinstanz die Gesetzeskonformität und die Angemessenheit des Tarifs prüft, während den Gerichten die Übereinstimmung der Realhandlungen mit dem Gesetz und dem Tarif obliegt.

**2.4.** Die Verwertungsgesellschaften müssen ihre Geschäfte nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung führen und dabei nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung vorgehen (Art. 46 Abs. 1 und 2 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 456). Sie müssen für die von ihnen geforderten Vergütungen Tarife aufstellen (Art. 47 Abs. 1 URG), dafür mit den massgeblichen Nutzerverbänden verhandeln und sie der ESchK zur Genehmigung vorlegen (Art. 46 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 459; HILTY, a.a.O., Rz. 382). Erst rechtskräftig genehmigte Tarife sind für die Gerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG). Insbesondere ginge es nicht an, auf dem Umweg über einen genehmigten Tarif eine Vergütungspflicht für Tätigkeiten einzuführen, die nach dem Gesetz vergütungsfrei sind. Denn auch die Anwendung genehmigter Tarife hat sich im Rahmen des Gesetzes zu halten. Blosses Tarifrecht kann zwingendes Gesetzesrecht nicht einfach verdrängen (BGE 125 III 141 S. 144 f. E. 4 Bst. a; vgl. BGE 127 III 26 S. 28 E. 4). Noch deutlicher hat das Bundesgericht in einem späteren Urteil entschieden. Wenn ein Tarif schon nicht *praeter legem* (d.h. ausserhalb des Gesetzes)

angewendet werden könne, dann könne man erst recht nicht Ansprüche erzwingen, die gar nicht im Tarif (welcher mit dem URG vereinbar sein muss) vorgesehen sind (BGE 127 III 26 S. 29 E. 4).

### **3.**

**3.1.** Die Beschwerdeführerinnen machen die Unzuständigkeit der Vorinstanz und eine Verletzung von Art. 52, 53 und 55 URG geltend. Sie führen dazu aus, dass die rechtliche und tatsächliche Beurteilung in dieser Sache der ESchK obliege. Insbesondere die Frage, welche Nutzungen von einem genehmigten Tarif erfasst seien, könne nur von der ESchK entschieden werden. Die Vorinstanz habe die ihr zustehenden Kompetenzen im Bereich der Aufsicht über die Geschäftsführung überschritten, weil sie ihre Verfügung auf Tarifauslegungen stütze, die in die Kompetenz der ESchK fielen (Beschwerdeschrift, Ziff. 12.3, 13).

**3.2.** Die ESchK ist für die Genehmigung der Tarife der Verwertungsgesellschaften, nicht aber für die Aufsicht über deren Inkasso (Vollzug) zuständig (Art. 55 Abs. 1 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 501). Die unter früherem Recht bestehende Zuständigkeit für die Erstellung von Gutachten besteht nicht mehr (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 55 Rz. 3). Die Frage, welche Nutzungen von einem genehmigten Tarif erfasst sind, kann und darf somit von der ESchK nicht ausserhalb eines neuen Genehmigungsverfahrens entschieden werden.

**3.3.** Die Vorinstanz hat die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften zu prüfen. Art. 53 URG manifestiert den Willen des Gesetzgebers, eine umfassende Aufsicht über die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften im der Bundesaufsicht unterstellten Bereich zu errichten, während Art. 45 URG die Grundsätze der Geschäftsführung konkretisiert. Die Aufsichtsfunktion der Vorinstanz beschränkt sich somit nicht nur auf die eigentliche Geschäftsführung, sondern umfasst auch die sich aus Art. 44 ff. URG ergebenden Pflichten (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 53 Rz. 2), einschliesslich der Abklärung, ob bei der Verwertung nach festen Regeln vorgegangen wird (Art. 45 Abs. 2 URG).

**3.4.** Bei der Ausarbeitung des Entwurfs für das URG wollte der Bundesrat die Aufsicht straffen und schlug vor, sämtliche Aufsichtsfunktionen über die Verwertungsgesellschaften, auch die Genehmigung von Tarifen, der Vorinstanz zuzuweisen. Damit sollte eine Verbesserung der staatlichen Kontrolle über die Verwertungsgesellschaften und eine Stärkung der Po-

sition der Aufsichtsbehörden erreicht werden (Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19. Juni 1989 [hienach: Botschaft URG], BBl 1989 III 477 ff., Ziff. 214.51). Diese Konzentration der Aufsichtsfunktionen wurde in der Beratung im Ständerat wieder teilweise rückgängig gemacht, indem die Tarifaufsicht bei der ESchK belassen wurde (Amtl. Bull. SR 1991 II 292). Aus den Beratungen und der Botschaft geht jedoch hervor, dass eine verbesserte Kontrolle der Verwertungsgesellschaften durch die Vorinstanz angestrebt wurde (Botschaft URG, Ziff. 214.52). Die im Bereich der Bundesaufsicht umfassenden Kompetenzen der Vorinstanz sind Ausfluss dieser Bestrebungen. Die Vorinstanz war damit legitimiert zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen die Verwertung nach festen Regeln betrieben, beziehungsweise ob die geltenden Tarife eingehalten würden.

#### **4.**

**4.1.** Die Vorinstanz wies in Ziff. 1 des Dispositivs der Verfügung vom 7. Juni 2011 die am GT3a beteiligten Beschwerdeführerinnen ohne Fristansetzung an, bis zum Vorliegen einer rechtsgenüghen Tarifgrundlage auf den Einzug von Vergütungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienhäusern und Ferienwohnungen zu verzichten. Die Beschwerdeführerinnen machen für den Fall der Zuständigkeit der Vorinstanz geltend, diese habe mit ihrer Verfügung Art. 54 Abs. 1 URG verletzt, weil ihnen vorgängig zu dieser Anordnung keine Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustands angesetzt worden sei. In ihrer Vernehmlassung führte die Vorinstanz aus, dass im vorliegenden Fall der rechtmässige Zustand nur durch Unterlassung des Vergütungseinzugs bis zum Vorliegen einer rechtsgenüghen tariflichen Grundlage erreicht werden könne.

#### **4.2.** Art. 54 Abs. 1 URG lautet:

Kommt eine Verwertungsgesellschaft ihren Pflichten nicht nach, so setzt die Aufsichtsbehörde eine angemessene Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes; wird die Frist nicht eingehalten, so ergreift sie die notwendigen Massnahmen.

Die Pflicht zur Ansetzung einer Erledigungsfrist beschränkt sich nach dieser Bestimmung - im Rahmen der allgemeinen Überwachung der Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften durch die Vorinstanz gemäss Art. 53 Abs. 1 URG - auf Sachverhalte, in welchen eine Verwertungsgesellschaft ihr gebotene Handlungen unterlässt, nämlich einen

rechtmässigen Zustand pflichtwidrig nicht herstellt (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 54 Rz. 2, wo das Beispiel der Reduktion überhöhten Verwaltungsaufwands erwähnt wird). Die Reduktion überhöhter Verwaltungsaufwände (Handlungen) einer Verwertungsgesellschaft ist weniger zeitkritisch als die Einstellung rechtswidriger Handlungen (Unterlassungen) gegenüber Privaten. Vorliegend ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen kein Fall einer verzögerten Handlung gegeben. Die Beschwerdeführerinnen haben vielmehr Verwertungshandlungen vorgenommen, für welche keine Rechtsgrundlage besteht. Art. 54 Abs. 1 URG ist somit nicht anwendbar.

**4.3.** Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Anordnung der Vorinstanz an die Beschwerdeführerinnen, den Einzug der strittigen Gebühren sofort einzustellen, nicht unter die Abmahnungs- und Fristansetzungspflicht von Art. 54 Abs. 1 URG fällt.

## **5.**

**5.1.** Der geltende Tarif GT3a umschreibt sein Repertoire in Ziff. 2.1 wie folgt:

Der Tarif bezieht sich auf die Verwendung von Ton- und Tonbild-Trägern, auf den Empfang von Sendungen zur Hintergrund-Unterhaltung in Verkaufsgeschäften, Restaurants, Aufenthaltsräumen, Arbeitsräumen etc. sowie für «music-on-hold». Hintergrund-Unterhaltung bedeutet, dass die Verwendung der Repertoires begleitende, ergänzende, nebensächliche Funktion hat. Vom Tarif ausgeschlossen sind alle Veranstaltungen, zu denen man sich begibt, um Werke, Darbietungen oder Leistungen zu geniessen, oder zu deren Durchführung die Verwendung von Werken, Darbietungen oder Leistungen erforderlich oder wesentlich ist.

Hotel- und Spitalzimmer sowie Ferienhäuser und Ferienwohnungen sind in dieser Geltungsbereichsdefinition, die allerdings eine nicht abschliessende Aufzählung ("etc.") enthält, nicht erwähnt. In Ziff. 3.1 wird festgehalten, dass nicht ausdrücklich erwähnte Verwendungen nicht durch diesen Tarif geregelt würden. Damit ist die Anwendung des Tarifs auf andere als die in Ziff. 2.1 ausdrücklich erwähnten Verwendungen ausgeschlossen.

**5.2.** Die Vorinstanz geht davon aus, dass die nicht abschliessende Aufzählung in Ziff. 2.1 GT3a sich auf öffentlich zugängliche Räume bezieht, während Hotel- und Spitalzimmer sowie Ferienhäuser und Ferienwohnungen nur von den Berechtigten betreten werden dürfen. Die Beschwer-

deführerinnen wählten einen ganz anderen Anknüpfungspunkt und kommen durch Auslegung des Begriffs "Hintergrund-Unterhaltung" zum Schluss, dass er jeden Empfang von Bild- und Toninhalten umfasse, die nicht den Hauptzweck des Aufenthalts von Personen darstelle, also auch auf den Radio- und Fernsehempfang in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen anwendbar sei (Beschwerdeschrift, Ziff. 27). Nach diesem Verständnis wäre jeder Bild- und Tonempfang, der kein Public Viewing darstellt, der Hintergrund-Unterhaltung zuzuordnen, da weder Hotel- noch Spitalzimmer oder Ferienwohnungen hauptsächlich dem Bild- und Tonempfang dienen.

**5.3.** Der Begriff der "Hintergrund-Unterhaltung" ist kein gängiges Wort in der deutschen Sprache und wurde wohl gewählt, um den Begriff der Hintergrundmusik um die Bildkomponente zu erweitern. Ein allgemeiner Sprachgebrauch besteht nur für den Begriff der Hintergrundmusik. Dieser bedeutet als akustischer Hintergrund gedachte, untermalende oder einstimmende Musik, besonders in Filmen oder in Räumlichkeiten wie Kaufhäusern, Restaurants usw. (Duden, deutsches Universalwörterbuch, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich, 2006, Stichwort "Hintergrundmusik"). In Hotel- oder Spitalzimmern oder Ferienwohnungen ist von einem Gebrauch im Vordergrund auszugehen. Das bedeutet, dass ein Radio- oder Fernsehgerät deshalb eingeschaltet wird, weil man in diesem Raum Sendungen hören oder schauen möchte. Dies steht im Gegensatz zur Hintergrundunterhaltung, die beispielsweise im Ladengeschäft oder in der Hotelloobby eine freundliche Stimmung schaffen soll, während der Aufenthalt im Raum einem anderen Zweck dient und die Aufmerksamkeit auf andere Gegenstände gerichtet ist. Der Radio- und Fernsehempfang in Hotel- oder Spitalzimmern oder Ferienwohnungen kann demzufolge nicht unter den Begriff der Hintergrund-Unterhaltung subsumiert werden.

**5.4.** Da die Tarife genügend exakt sein müssen, um die Nutzungen genau zu bezeichnen und der Tarifpflicht von Art. 46 Abs. 1 URG zu genügen haben (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 46 Rz. 5, 9a), kann nicht davon ausgegangen werden, dass Nutzungsbeschreibungen extensiv auszulegen wären. Die Aufzählung in Ziff. 2.1 des GT3a, die auf "Hintergrund-Unterhaltung in Verkaufsgeschäften, Restaurants, Aufenthaltsräumen, Arbeitsräumen etc." Bezug nimmt, ist folgerichtig als einschränkendes Kriterium zu verstehen. Sie bezieht sich auf Räume, die einem global und nicht eindeutig definierten Personenkreis zugänglich sind, während sich bei Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen die Berechtigten in der Regel selbst im Nachhinein genau eruieren lassen. Für eine enge

Auslegung des Begriffs "Hintergrund-Unterhaltung" spricht auch, dass für die von den Beschwerdeführerinnen beanspruchten Nutzungen keine Verhandlungen mit den massgeblichen Nutzerverbänden erfolgt sind (Art. 46 Abs. 2 URG; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 46 Rz. 6 ff.).

**5.5.** Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass Ziff. 2.1 des geltenden GT3a eine Unterstellung von Hintergrund-Unterhaltung und Music-on-hold in öffentlich zugänglichen Räumen, jedoch nicht von Sendeempfang in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienhäusern und Ferienwohnungen ergibt.

## **6.**

**6.1.** Am oben erwähnten Zwischenergebnis ändert nichts, dass die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass der Empfang in Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen bereits Gegenstand der Verhandlungen zum geltenden GT3a gewesen und die Abgrenzung zwischen gebührenpflichtiger und urheberrechtsfreier Privatnutzung den Zivilgerichten zu überlassen sei. Es gibt keinen informellen Beschluss, gemäss dem sich Nutzerverbände und Verwertungsgesellschaften auf die Unterstellung von Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen unter den geltenden Tarif GT3a geeinigt hätten, was auch gar nicht zulässig gewesen wäre. Die angesprochene Kompetenz der Zivilgerichte, zwischen gebührenpflichtiger und urheberrechtsfreier Privatnutzung zu unterscheiden, bezieht sich nicht auf den geltenden GT3a, sondern auf einen "zukünftigen Tarif".

**6.2.** Die Beschwerdeführerinnen können auch kein Gewohnheitsrecht zur Gebührenerhebung aufgrund einer jahrelangen Praxis, nicht vom Tarif gedeckte Gebühren einzuziehen, ableiten (vgl. GIOVANNI BIAGGINI in Biaggini/Gächter/Kiener [Hsg.], Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, §9 Rz. 2).

**6.3.** Ebenso wenig greift das Argument, nach dem Wortlaut des GT3a handle es sich vorliegend um einen Auffangtarif. Diese Auslegung wäre nicht nur unvereinbar mit Ziff. 3.1 des Tarifs, sondern auch mit der Pflicht, Tarife exakt und mit genau bezeichneten Nutzungen abzufassen (Art. 46 Abs. 1 URG).

**6.4.** Auch eine Verletzung der Eigentumsgarantie oder eine übermässige Beschränkung des geistigen Eigentums kann nicht festgestellt werden, da

den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit offen steht, für die fraglichen Nutzungen einen neuen Tarif auszuhandeln.

**6.5.** Für den Vorwurf, dass die Vorinstanz mit dem von ihr erlassenen Einzugsverbot ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hätte, sind aus den Akten keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich. Die Beschwerde erscheint auch in diesem Punkt unbegründet.

## **7.**

**7.1.** Die Beschwerde ist damit vollumfänglich abzuweisen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz zu bestätigen.

**7.2.** Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die vorliegende Streitsache ist vermögensrechtlicher Natur (BGE 135 II 182 E. 3.2 "GT 3c"). Vor Bundesverwaltungsgericht ist ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Dafür ist vorliegend auf das Vermögensinteresse der Beschwerdeführerinnen abzustellen. Die Beschwerdeführerinnen beziffern den Streitwert auf CHF 180'000.00. Dieser Streitwert wird von der Vorinstanz bestritten und erscheint aufgrund der Rückwirkung des Entscheids zu niedrig. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass ein allfällig notwendiger neuer Tarif in rund 18 Monaten verabschiedet werden könne und legen für diese Zeitperiode das Interesse bei den Hotel- und Spitalzimmern auf CHF 135'000.00, dasjenige bei den Ferienwohnungen bei CHF 45'000.00 fest. Diese Beträge erscheinen im Vergleich zum jährlichen Gesamtumsatz von CHF 1.45 Mio. recht niedrig, sind aber mangels anderer Richtwerte zu übernehmen. Bei dieser Berechnungsweise fehlt allerdings der Wert der Rückzahlung bereits für vergangene Nutzungen einkassierter Gebühren. Mangels genügender Tarifgrundlage werden die Beschwerdeführerinnen die nach ihren Ausführungen bereits einkassierten Vergütungen, namentlich von Hotels und Eigentümern von Ferienhäusern und -wohnungen, zurückzugeben haben. Der Anspruch aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung verjährt absolut mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchsgrundes (Art. 67 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR, SR 220]). Daher sind die von den Beschwerdeführerinnen geltend

gemachten Gebühren von jährlich CHF 30'000.00 von Ferienhaus- und Ferienwohnungsbesitzern auf zehn Jahre hochzurechnen, was CHF 300'000.00 ergibt. Dazu kommen CHF 90'000.00 für das Rückzahlungsrisiko der im Jahre 2011 einkassierten Gebühren für Hotel- und Spitalzimmer und CHF 180'000.00, die für zukünftige Erlöse geltend gemacht werden. Insgesamt ergibt sich ein Streitwert von CHF 570'000.00. Angesichts der komplexen Fragestellungen sowie dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache sind die Verfahrenskosten gemäss Art. 4 VGKE auf CHF 11'400.00 festzulegen.

**7.3.** Es ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen und die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Juni 2011 wird bestätigt.

**2.**

Die Verfahrenskosten von CHF 11'400.00 werden den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 1'700.00 verrechnet. Die Beschwerdeführerinnen haben die Differenz von Fr. 9'700.00 innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils mittels separat zugestelltem Einzahlungsschein zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

David Aschmann

Beat Lenel

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 15. Mai 2012