



Abteilung II  
B-6540/2012

## Urteil vom 14. März 2014

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),  
Richter Pietro Angeli-Busi, Richterin Maria Amgwerd,  
Gerichtsschreiber Beat Lenel.

Parteien

1. **GastroSuisse**,  
Blumenfeldstrasse 20, 8046 Zürich,  
2. **hotelleriesuisse**,  
Monbijoustrasse 130, Postfach 2657, 3001 Bern,  
vertreten durch Rechtsanwältin Nicole Emmenegger,  
Advokatur Bolla & Partner, Postfach 515, 3000 Bern 8,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

1. **SUISA Urheberrechtsverwertungsgesellschaft**,  
Bellariastrasse 82, Postfach 782, 8038 Zürich,  
2. **Swissperform**,  
Kasernenstrasse 23, Postfach 1868, 8021 Zürich,  
3. **Suissimage Schweizerische Genossenschaft  
für Urheberrechte an audiovisuellen Werken**,  
Neuengasse 23, 3001 Bern,  
4. **ProLitteris, Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft  
für Literatur und bildende Kunst**,  
Universitätsstrasse 100, Postfach, 8032 Zürich,  
5. **SSA Société Suisse des Auteurs**,  
Rue centrale 12-14, 1002 Lausanne,  
Nr. 1-5 vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Ernst Brem,  
Rentsch Partner AG, Fraumünsterstrasse 9,  
Postfach 2441, 8022 Zürich,  
Beschwerdegegnerinnen,

**Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von  
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten,**  
Bundesrain 20, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Verfügung vom 30. November 2012 betreffend Genehmigung des Zusatztarifs zum Gemeinsamen Tarif 3a - Entschädigung für den Sendeempfang und Aufführungen von Ton- und Tonbildträgern ohne Veranstaltungscharakter in Gästezimmern (GT 3a Zusatz).

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

Am 11. Mai 2012 stellten die Beschwerdegegnerinnen 1-5 nach ergebnislos verlaufenen Verhandlungen mit den Beschwerdeführerinnen bei der Vorinstanz den Antrag um Genehmigung eines Zusatztarifs zum Gemeinsamen Tarif 3a (GT 3a) für den Sendeempfang und Aufführungen von Ton- und Tonbildträgern ohne Veranstaltungscharakter in Gästezimmern (GT 3a Zusatz) für die Zeit vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2013 mit einer Verlängerungsmöglichkeit bis 2016.

Für diese Nutzungen waren unter dem geltenden Tarif GT 3a 2008-2016 von den Beschwerdegegnerinnen 1-5 bereits Gebühren eingezogen worden, wogegen die Beschwerdeführerin 1 beim Institut für Geistiges Eigentum eine Aufsichtsbeschwerde erhoben hatte. Dieses untersagte den Gebühreneinzug, was vom Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid B-3896/2011 vom 14. Mai 2012 und vom Bundesgericht mit Urteil Nr. 2C\_580/2012 vom 13. November 2012 bestätigt wurde.

**B.**

Der Verband H+ Die Spitäler der Schweiz akzeptierte mit Schreiben vom 29. Juni 2012 den Tarifvorschlag.

Die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 beantragten mit Stellungnahmen vom 14. und 15. August 2012, nicht auf das Tarifbegehren einzutreten, eventualiter es zu sistieren oder abzuweisen.

Der Schweizer Tourismus Verband STV FST hatte sich mit Schreiben vom 13. August 2012 den Begehren der Beschwerdeführerinnen 1 und 2 bereits angeschlossen und beantragte, das Verfahren bis zum Abschluss der Aufsichtsbeschwerde zu sistieren.

Die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren erklärte mit Schreiben vom 15. August 2012, dass sie dem Tarifvorschlag zustimme.

**C.**

Mit Empfehlung vom 25. September 2012 sprach sich der Preisüberwacher gegen eine Genehmigung aus, weil die fraglichen Nutzungen in den erneuerten GT 3a ab 2014 integriert werden könnten und eine aufwandbasierte Kalkulation anzuwenden sei, wenn in den Verhandlungen keine Einigung erfolge.

**D.**

Am 26. Oktober 2012 fand eine mündliche Verhandlung statt. Anlässlich dieser teilte die Vorinstanz den Parteien mit, dass sie den Zusatztarif zwar nicht genehmige, mit einem geänderten Wortlaut aber für genehmigungsfähig halte.

**E.**

Die Beschwerdegegnerinnen reichten am 1. November 2012 eine neue, geänderte Tarifvorlage ein. Diese hat mit der früheren Vorlage nur die Definition von "Gästezimmern" (Ziff. 1.1) und das Inkrafttreten per 1. Januar 2013 (Ziff. 5 Abs. 1, vorher Ziff. 7 Abs. 1) gemeinsam, während alle anderen Bestimmungen neu formuliert wurden. So bestimmen sich die Vergütungen neu nach der Gesamtfläche des Betriebs, inklusive sämtlicher Gästezimmer (Ziff. 3.2). Die Beschwerdeführerinnen wurden über diese Eingabe nicht informiert.

**F.**

Mit Schreiben vom 30. November 2012 genehmigte die Vorinstanz die geänderte Version des GT 3a Zusatz vorab im Dispositiv und unter sinngemässer Ankündigung einer nachzuliefernden Entscheidbegründung.

**G.**

Am 17. Dezember 2012 erhob die Beschwerdeführerin 1 dagegen Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit den Anträgen, dass die Genehmigung aufzuheben und der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei. Die übrigen Verfahrensbeteiligten seien erst nach Eröffnung des begründeten Beschlusses in Kenntnis zu setzen. Sie führte aus, es sei unklar, ob eine Zwischenverfügung oder ein abschliessender Entscheid vorliege, und sie bezweifle, dass dieser rechtsgültig sei. Ihr sei das rechtliche Gehör zum geänderten Wortlaut nicht gewährt und die Parteien seien ungleich behandelt worden. Die Vergütungsberechnung aufgrund der Gesamtfläche des Betriebs sowie die kurzfristige Inkraftsetzung per 1. Januar 2013 seien unangemessen. Die Genehmigung eines Zusatztarifs vor Ablauf des geltenden GT 3a anstelle einer Integration der strittigen Nutzung in den nächsten Tarif verletze die Pflicht zur Aufstellung gemeinsamer Tarife. Beim Radio- und Fernsehgebrauch in Gästezimmern handle es sich um eine vergütungsfreie, private Nutzung.

**H.**

Mit Verfügung vom 19. Dezember 2012 gewährte das Bundesverwal-

tungsgericht superprovisorisch die aufschiebende Wirkung der Beschwerde.

#### I.

Die Beschwerdegegnerinnen 1-5 stellten am 14. Januar 2013 ein Wiedererwägungsgesuch an die Vorinstanz und beantragten, Ziff. 3.2 des strittigen Zusatztarifs auf Gästezimmer, in welchen den Gästen Geräte zum Wahrnehmbarmachen von Werken und Leistungen zur Verfügung gestellt werden, einzuschränken. Dieses wurde mit Verfügung vom 25. Februar 2013 abgewiesen, weil der strittige Absatz in Verbindung mit dem GT 3a ausreichend klar ausgelegt werden könne.

#### J.

Mit Stellungnahme vom 18. Januar 2013 konterte die Vorinstanz, das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen. Die Beschwerdeführerin 1 habe sich anlässlich der mündlichen Verhandlung und innert der Frist zur Tarifverbesserung nicht geäußert. Da die Voraussetzungen für eine Genehmigung bereits anlässlich der mündlichen Verhandlung genannt worden seien, wäre ein weiterer Schriftenwechsel nur noch eine Formalität gewesen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei deshalb nicht verletzt worden. Mit dem kurzfristigen Tarifbeginn werde ein für alle Parteien ungünstiger tarifloser Zustand vermieden.

Die Beschwerdeführerin 2 schloss sich mit Schreiben vom 21. Januar 2013 der Beschwerde an. Sie beantragte, den Streitwert auf Fr. 376'110 anzusetzen. Die aufschiebende Wirkung sei zu gewähren, weil die vorsorgliche Tariferhebung aufgrund von Unsicherheiten über die Zulässigkeit, Rechtsgrundlage oder Höhe des Tarifs nicht zumutbar sei und ein allfälliges Inkasso nachgeholt werden könne. Es bestehe keine Unsicherheit, bei welchem Lizenzgeber eine Genehmigung eingeholt werden müsse. Eine vorzeitiger Vollzug des strittigen Tarifs führe zu Parallelverfahren vor Zivilgerichten. Es sei keine eindeutige Hauptsachenprognose möglich.

Gleichentags führte die Beschwerdeführerin 1 aus, sie beziffere den Streitwert auf Fr. 189'000. Die Beschwerdegegnerinnen 1-5 hätten die Unangemessenheit der Vergütungsberechnung mit ihrem Antrag zur Neuformulierung des Tariftextes implizit anerkannt.

Die Beschwerdegegnerinnen 1-5 beantragten mit Stellungnahme vom gleichen Datum, das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen

und eventualiter den Tarif nur für Flächen, auf welchen geschützte Inhalte wahrnehmbar gemacht werden, zu vollziehen. Der Streitwert betrage Fr. 500'000. Der strittige Entscheid sei rechtswirksam gewesen. In der Interessenabwägung sei in erster Linie auf die Interessen der betroffenen Nutzer und Rechteinhaber abzustellen. Die Grosszahl der Schweizer Hotels sei von der Regelung nicht betroffen und allfällig zu viel bezahlte Beiträge würden zurückerstattet. Ohne Inkrafttreten des Tarifs stelle die fragliche Nutzung jedoch eine Urheberrechtsverletzung dar. Die aufschiebende Wirkung berge für die Berechtigten die Gefahr eines Rechtsverlustes. Mit dem Eventualantrag werde verdeutlicht, dass keine Kellerräume oder Gästezimmer ohne Geräte zur Wahrnehmbarmachung geschützter Inhalte in die Berechnung einbezogen würden.

#### **K.**

Mit Zwischenverfügung vom 24. Januar 2013 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Beschwerde offensichtlich begründet sei, weshalb sich eine Interessenabwägung erübrige. Eine Inkraftsetzung des strittigen Tarifs schaffe einen erheblichen Verwaltungsaufwand und die Berechnungsgrundlagen liessen sich auch rückwirkend ermitteln. Der Beschwerde sei deshalb die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Der Streitwert wurde auf Fr. 400'000.– festgelegt.

#### **L.**

Die Vorinstanz stellte den Parteien und dem Bundesverwaltungsgericht am 7. März 2013 die ausstehende Begründung der angefochtenen Verfügung zu. Darin führte sie aus, die Verhandlungen seien mit der notwendigen Einlässlichkeit geführt worden und müssten nicht zu einem Konsens führen. Der Empfang von Radio- und Fernsehsendungen in Gästezimmern sei kein Eigengebrauch und entschädigungspflichtig. Der Maximalsatz von 13% könne in einem neuen Tarif jedoch nicht von Beginn an ausgeschöpft werden und sei in Anbetracht der akzessorischen Bedeutung der Nutzung zu hoch. Der abgeänderte Tarif, der auf Schwellenwerte sowie die Gesamtfläche des Betriebs abstellt, trage diesen Einwänden jedoch Rechnung, weshalb er genehmigt werde.

#### **M.**

Mit Schreiben vom 5. April 2013 ergänzte die Beschwerdeführerin 1 ihre Beschwerde und hielt an ihren Rechtsbegehren fest. Sie habe sich zur Fassung vom 1. November 2012 des strittigen Tarifs nicht äussern können. Dessen Wortlaut sei ihr erst mit dem angefochtenen Entscheid mitgeteilt worden. Die darin enthaltene Vergütungsberechnung gehe weiter

als die Bestimmungen des GT 3a vorsähen. Im Entscheid fehlten rechtliche Erläuterungen darüber, ob die Nutzung in Gästezimmern vergütungspflichtig sei. Gemäss einem Gutachten von Prof. Dr. von Büren habe das Bundesgericht den Empfang in Gästezimmern stets als privat bezeichnet. Der von der Vorinstanz als Rechtsgrundlage zitierte Entscheid des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) stütze sich auf eine EU-Richtlinie, die für die Schweiz keine Gültigkeit habe. Die Vergütungspflicht bedinge eine Gesetzesänderung. Neu würden auch Gebühren erhoben für Auf- und Vorführungen mit Ton- und Tonbildträgern in Gästezimmern, welche einen anderen Tarif betreffen.

#### **N.**

Am 22. April 2013 ergänzte auch die Beschwerdeführerin 2 ihre Beschwerde. Sie führte aus, eine Übergangslösung mittels Zusatztarif widerspreche dem Zweck des Gemeinsamen Tarifs. Der Sendeempfang in Gästezimmern stelle eine private Nutzung, nicht aber eine Wahrnehmbarmachung oder Weitersendung dar. Die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH sei für die Schweiz nicht verbindlich. Die Übernachtungskosten stellten keinen Ertrag aus urheberrechtlicher Nutzung dar. Neuen Tarifen sei überdies eine angemessene Umsetzungsfrist einzuräumen.

Die Vorinstanz machte mit Vernehmlassung vom 23. Mai 2013 geltend, das Abstellen auf die Gesamtfläche des Betriebs sei weder unangemessen noch unklar. Der Tarif entspreche den Grundsätzen Gemeinsamer Tarife und verhindere einen tariflosen Zustand. Der Empfang in Gästezimmern stelle eine Weitersendung dar, wobei es darauf ankomme, ob der Gast ein eigenes oder ein fremdes Gerät benutze. Die Nutzungsart der Auf- und Vorführungen mit Ton- und Tonbildträgern in Gästezimmern erfolge durch die Zurverfügungstellung entsprechender Geräte; Wahrnehmbarmachung erfasse alles, was nicht Eigengebrauch sei.

#### **O.**

Die Beschwerdegegnerinnen 1-5 hielten mit Schreiben vom gleichen Datum an ihren Rechtsbegehren fest und beantragten eventualiter die rückwirkende Inkraftsetzung des strittigen Tarifs. Sie führten aus, die Änderungen des Tariftexts seien allen Verfahrensbeteiligten bekannt gewesen. Die Rüge der rechtsungleichen Behandlung sei unbegründet. Die Verteilung der gesendeten Signale gehöre zum Empfangsbereich, wobei bereits die Möglichkeit des Empfangs für die Vergütungspflicht ausreiche. Der Betrieb einer Signalverteilungsanlage bilde einen unverzichtbaren Teil

des Dienstleistungsangebotes des Hoteliers. Deren Nutzung werde nicht bereits über den GT 1 abgegolten. Die Erwähnung von Auf- und Vorführungen mit Ton- und Tonbildträgern in Gästezimmern mache den Tarif nicht unklar. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, dass der GT 3a und der GT 3a Zusatz nicht zusammengelegt wurden, sei widersprüchlich. Der GT 3a Zusatz könne mittels des GT 3a korrekt ausgelegt werden. Eine spätere Inkraftsetzung des Tarifs würde zu einer ungerechtfertigten Gratisnutzung führen.

**P.**

Mit Schreiben vom 15. Juni 2013 argumentierte die Beschwerdeführerin 1, das beschwerdegegnerische Rechtsbegehren Nr. 2 sei mit einem Wiedererwägungsbegehren identisch und komme einer impliziten Anerkennung der Nichtangemessenheit des Tarifs gleich.

Die Beschwerdeführerin 2 machte mit Schreiben vom 17. Juni 2013 geltend, dass sie einen klareren Wortlaut des Tarifs begrüssen würde.

**Q.**

Die Beschwerdegegnerinnen 1-5 konterten mit Schreiben vom 19. August 2013, ein Eventualantrag sei keine Anerkennung der gegnerischen Standpunkte und der strittige Tarif ausreichend klar formuliert.

**R.**

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

**S.**

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 Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021), einschliesslich Verfügungen eidgenössischer Kommissionen (Art. 33 Bst. f des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32], Art. 74 Abs. 1 des

Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 1 *GT* 3c; ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [URG], Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Aufl. Bern 2012, Art. 74, Rz. 3). Der angefochtene Beschluss vom 30. November 2012 in der Form des Urteilsdispositivs, ergänzt durch die Begründung vom 7. März 2013, bildet eine Verfügung nach Art. 5 VwVG. Ein Ausnahmefall gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

**1.2** Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung. Sie sind darum zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 48, Rz. 3 und 11). Eingabefrist (gegen die erste Verfügung im Dispositiv) und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 48 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

**2.1** Die Verwertungsgesellschaften stellen für die von ihnen geforderten Vergütungen Tarife auf, verhandeln diese mit den massgebenden Nutzerverbänden und legen sie der Vorinstanz zur Genehmigung vor (Art. 46 URG). Dabei sind ähnliche Nutzungsweisen derselben Nutzerkreise im Zuständigkeitsbereich mehrerer Verwertungsgesellschaften in einem einzigen, gemeinsamen Tarif zu regeln, solange keine sachlichen Gründe für eine Spaltung sprechen (Art. 47 Abs. 1 URG; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 5.2 *GTZ*; B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 6.1 *GT* 3c). Die Vorinstanz genehmigt den ihr unterbreiteten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Genehmigt sie ihn nicht, trifft sie jedoch keine Pflicht, den Parteien darzulegen, unter welchen Voraussetzungen die Genehmigung gerade noch erteilt werden könnte (BREM/SALVADÉ/WILD, in Müller/Oertli, Art. 59 Rz. 3). Der Entscheid über die Angemessenheit des Tarifs ist für Zivilgerichte verbind-

lich (Art. 59 Abs. 3 URG; BGE 125 III 144 E. 4a *Kopiervergütungen*; Urteil des Bundesgerichts 2C\_580/2012 vom 13. November 2012, E. 2.2 *GT 3a*). Die genehmigten Tarife sind von den Verwertungsgesellschaften zu veröffentlichen (Art. 46 Abs. 3 URG).

**2.2** Das Tarifgenehmigungsverfahren von Art. 46 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 59 Abs. 1 URG beginnt mit dem Antrag einer oder mehrerer Verwertungsgesellschaften auf Genehmigung eines Tarifs bei der Vorinstanz. Der Antrag hat über den Verlauf der Verhandlungen Aufschluss zu geben und muss mindestens sieben Monate vor dem vorgesehenen Inkrafttreten gestellt werden, damit der Vorinstanz genügend Zeit für die Einholung der Stellungnahme des Preisübersichters und das Genehmigungsverfahren bleibt (CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER in Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, SIWR II/1, Basel 2006 [zit. SIWR II/1], S. 489 f.). Vor der Angemessenheitsprüfung hat die Vorinstanz als Vorfrage zu prüfen, ob die mit der Tarifvergütung abgegoltene Nutzung dem Urheber vorbehalten ist und ob sie der Bundesaufsicht und damit der Tarifpflicht untersteht (Art. 40 URG, BVGE 2011/2 E. 4.1). Die Umfänge von Tarifpflicht und Angemessenheit sind zunächst durch Auslegung zu ermitteln. Ausgehend von Wortlaut, Sinn, Zweck und den diesen zugrunde liegenden Wertungen stehen hierfür auch im Urheberrecht alle klassischen Auslegungselemente zur Verfügung, wobei sich die Rechtsprechung in ständiger Praxis von einem Methodenpluralismus ohne hierarchische Prioritätsordnung leiten lässt. (BGE 133 III 273 S. 277 E. 3.2, BGE 131 III 33 S. 35 E. 2, BGE 131 II 13 S. 31 E. 7.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1769/2010 E. 3.2 *Tarif A Fernsehen*). Untersteht der Tarif der Bundesaufsicht bzw. Tarifpflicht nicht, verneint die Vorinstanz ihre Zuständigkeit und tritt auf die Vorlage nicht ein. Die Vorinstanz prüft überdies, ob die Tarifverhandlungen der Verwertungsgesellschaften mit den massgebenden Nutzerverbänden korrekt, insbesondere mit der gebotenen Einlässlichkeit, geführt worden sind. Wenn dies nicht der Fall ist, kann die Präsidentin oder der Präsident der Vorinstanz den Genehmigungsantrag unter Ansetzung einer Verbesserungsfrist zurückweisen (Art. 9 Abs. 3 der Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [URV, SR 231.11]; BVGE 2011/2 E. 4.1 *GT 3c*; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, in: *Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, Bern 2008, Art. 46 Rz. 6; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 490). Die Angemessenheit beurteilt sich nach den in Art. 60 URG genannten Kriterien. Hält die Vorinstanz einen Tarif oder einzelne Bestimmungen für nicht genehmigungsfähig und ändert die zuständige Verwertungsgesellschaft ih-

ren Antrag nicht entsprechend, kann die Vorinstanz diese Änderungen selbst vornehmen (Art. 15 der Urheberrechtsverordnung [URV, SR 231.11]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar 2013 E. 5.2 *GTZ*). Die Vornahme von Änderungen setzt voraus, dass vorgängig den Parteien das rechtliche Gehör gewährt worden ist. Zur Vermeidung einer tariflosen Zeit kann die Vorinstanz auch einen ablaufenden Tarif verlängern (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 59, Rz. 5 ff.; BREM/SALVADÉ/WILD, in Müller/Oertli, Art. 46 Rz. 16, Art. 59 Rz. 1). Einige Autoren sind der Meinung, dass nach Eingabe des Tarifs Änderungen nur noch zugunsten der Nutzer vorgenommen werden dürften (BREM/SALVADÉ/WILD, in Müller/Oertli, Art. 46 Rz. 16).

**2.3** Die Vorinstanz hat den Tarifvorschlag dem Preisüberwacher zur Stellungnahme und Empfehlung zu unterbreiten. Folgt sie dieser Empfehlung nicht, hat sie dies im Entscheid zu begründen (Art. 15 Abs. 2<sup>bis</sup> Preisüberwachungsgesetz [PüG, SR 942.20]; Urteil des Bundesgerichts Nr. 2A.142/1994 vom 24. März 1995 *Leerkassettenvergütung*; GOVONI/STEBLER in SIWR II/1, S. 503 ff.).

### 3.

**3.1** Das Bundesverwaltungsgericht prüft mit voller Kognition die vor ihm erhobenen Rügen der Verletzung von Bundesrecht, der unrichtigen oder unvollständigen Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts und/oder der Unangemessenheit (Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 49 VwVG), insbesondere die Frage, ob Nutzungshandlungen der Bundesaufsicht unterstellt sind. Es auferlegt sich jedoch Zurückhaltung, wo die Vorinstanz als unabhängiges Fachgericht komplexe Fragen des Urheberverwertungsrechts beurteilt oder die Tarifautonomie der antragstellenden Verwertungsgesellschaften gewahrt hat (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 3 *GT 3c*; B-253/2012 vom 8. März 2012 E. 4.1 *Mandatierung einer Prüfstelle*; vgl. YVO HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheiden von Vorinstanzen, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter [Hrsg.], Akteure der Gerichtsbarkeit, ein Handbuch zur Justizverfassung, Zürich 2007, S. 159 ff.).

**3.2** Bei der Abklärung der urheberrechtlichen Gebührenpflicht haben die rechtsanwendenden Behörden gemäss Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV sowie Art. 1 Abs. 2 URG auch das Völkerrecht zu beachten (BGE 133 II 450 E. 6.1; YVO HANGARTNER, St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 190 Rz. 19). Völkerrecht

und Landesrecht gelten als Teile eines einheitlichen Rechtssystems, weshalb Staatsverträge mit der völkerrechtlichen Verbindlichkeit automatisch auch landesrechtliche Gültigkeit erlangen (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008, Rz. 1913), wobei sich Private nur auf die direkt anwendbaren (self-executing) Bestimmungen des Staatsvertragsrechts berufen können (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 2.168). Ein völkerrechtlicher Vertrag ist direkt anwendbar, wenn er hinreichend bestimmte und klare Regelungen enthält, auf deren Grundlage im Einzelfall ein Entscheid getroffen werden kann, nicht aber, wenn er den Vertragsstaaten lediglich vorschreibt, wie eine Materie zu regeln ist und damit nicht die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern den Gesetzgeber anspricht (BGE 130 I 113 E. 3.3, BGE 126 I 240 E. 2b, BGE 125 I 182 E. 3a, BGE 125 III 277 E. 2d/aa, BGE 120 Ia 1 E. 5b; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 1894). Im Konfliktfall ist es möglich, dass einem Bundesgesetz wegen Verstosses gegen Völkerrecht die Anwendung versagt wird (HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 2091).

**3.3** Die schweizerischen Gerichte trifft hingegen keine Pflicht, sich bei der Auslegung der heimischen Gesetze der Rechtsprechung des EuG und des EuGH anzuschliessen. Wenn sachliche Gründe eine abweichende Spruchpraxis rechtfertigen, bleibt diese Möglichkeit unbenommen (CARL BAUDENBACHER/MARKUS KAEMPF, Aktuelle Entwicklungen in der Gemeinschaftsrechtsprechung zum Immaterialgüterrecht und ihre Relevanz für die Schweiz, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, S. 235 f.). Grundsätzlich sind somit die Entscheide des EuGH nicht präjudiziell.

**3.4** Die Schweiz hat sich in Art. 9 Abs. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (RBÜ, SR 0.231.15) und Art. 13 WTO-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum vom 15. April 1994 (TRIPS-Abkommen, SR 0.632.20) insbesondere verpflichtet, die normale Auswertung eines Werks nicht zu beeinträchtigen und berechnete Interessen der Urheber nicht unzumutbar zu verletzen (sogenannter "Dreistufentest"). Dem Urheber kommt das ausschliessliche Recht zu, jede öffentliche Wiedergabe des durch Rundfunk gesendeten Werkes mit oder ohne Draht zu erlauben, wenn diese Wiedergabe von einem anderen als dem ursprünglichen Sendeunternehmen oder durch Lautsprecher oder andere Vorrichtungen zur Übertragung von Zeichen, Tönen oder Bildern erfolgt

(Art. 11<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 2 und 3 RBÜ, Art. 8 WIPO-Urheberrechtsvertrag [WCT, SR 0.231.151]). Dieses Recht kommt auch den ausübenden Künstlern (Leistungsschutzberechtigten) zu (Art. 6 WIPO-Vertrag vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger [WPPT, SR 0.231.171.1]). Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Voraussetzungen für die Ausübung der obenstehenden Rechte festzulegen, doch beschränkt sich die Wirkung dieser Voraussetzungen ausschliesslich auf das Hoheitsgebiet des Landes, das sie festgelegt hat. Sie dürfen in keinem Fall das Urheberpersönlichkeitsrecht oder den Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung beeinträchtigen, die mangels gütlicher Einigung durch die zuständige Behörde festgesetzt wird (Art. 11<sup>bis</sup> Abs. 2 RBÜ). Das URG wurde darauf ausgelegt, sowohl in materiellrechtlicher als grundsätzlich auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht den Anforderungen des TRIPS-Abkommens zu genügen (GATT-Botschaft 2, BBl 1994, 956 Ziff. 1.1.2.1).

#### **4.**

**4.1** Vorab sind die formellen Rügen der Beschwerdeführerinnen am Verfahren der Vorinstanz zu prüfen. Sie machen geltend, sie hätten den Wortlaut des genehmigten Tarifs nicht gekannt und sich nicht dazu äussern können. Damit seien die Parteien ungleich behandelt und das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen sei verletzt worden.

**4.2** Gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung und auf rechtliches Gehör. Diese Bestimmungen regeln die rechtsstaatlichen Ansprüche an das Verfahren sowie den Schutz der Betroffenen im Verfahren und schützen die Parteien vor einer Herabwürdigung zum blossen Verfahrensobjekt. Ausgangspunkt bildet die Garantie eines gerechten Verfahrens, welche eine Reihe von parallelen Teilgehalten umfasst (GEROLD STEINMANN in Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 29 Rz. 6, 20; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 822). Die verfassungsmässigen Verfahrensrechte entsprechen den etwas allgemeiner gehaltenen Bestimmungen von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) Demzufolge hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über

eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird (MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 846; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.79). In erstinstanzlichen Zivil- und Strafverfahren besteht überdies, im Gegensatz zum Verfahren vor einer Rechtsmittelinstanz, ein Anspruch auf eine mündliche und öffentliche Verhandlung (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA TURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 564). Die Definition der Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen sowie strafrechtlichen Anklagen erfolgt allerdings unabhängig vom innerstaatlichen Recht, weshalb auch viele öffentlich-rechtliche Streitigkeiten davon erfasst werden (JENS MEYER-LADEWIG, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 6 Rz. 4; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, S. 484).

**4.3** Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien, auch als Grundsatz der Waffengleichheit bezeichnet, stellt sicher, dass sich alle Parteien mit gleichen Rechten am Verfahren beteiligen und einbringen können, insbesondere im gleichen Umfang über den Gang des Verfahrens unterrichtet werden und gleichen Zugang zu den Akten haben (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA TURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 306; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Basel 2013, Rz. 208 ff.).

#### **4.4**

**4.4.1** Als Teilaspekt der Garantie des fairen Verfahrens stellt der Anspruch auf rechtliches Gehör ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar und steht den Parteien eines Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens, und damit auch den Parteien im Genehmigungsverfahren vor der Vorinstanz, unabhängig von ihrer Berechtigung in der Sache zu. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde oder zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Inhalt, Umfang und Form des Gehörsanspruchs sind im Einzelfall anhand der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten zu konkretisieren. Die Minimalgarantien im hier interessierenden Bereich umfassen die Ansprüche auf vorgängige Orientierung, Äusserung, Anhörung sowie auf Akteneinsicht und auf eine Entscheidbegründung (Art. 29 Abs.

2 BV; Art. 29 ff. VwVG; RHINOW/KOLLER/KISS/TURNHEER/BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rz. 309 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 214; KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 497 f., 506). Den Parteien steht nach diesem Grundsatz das Recht zu, von allen eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht. Dieses Recht auf Stellungnahme besteht unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zugestellt worden ist (BGE 138 I 485 f. E. 2.1 f.). Der Gehörsanspruch verpflichtet die Vorinstanz darüber hinaus, die Vorbringen der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen. Je einschneidender der Verfahrensausgang sich auf die Beteiligten auswirkt, desto intensiver ist dem Gehörsanspruch Rechnung zu tragen (KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 498 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.84; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 852).

**4.4.2** Eine Einschränkung des Gehörsanspruchs kann lediglich unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV und aufgrund von zulässigen öffentlichen Interessen oder zum Schutz von Grundrechten Dritter erfolgen. Diese Einschränkungen müssen verhältnismässig sein (KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 501 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.81a; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 859 f.).

**4.4.3** Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 204 f. E. 2.2; BGE 132 V 390 E. 5.1; BGE 127 V 437, E. 3d/aa; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 4.3.1 *GT S*, A-1291/2011 vom 3. Oktober 2011, E. 3.2 und A-2401/2011 vom 6. Januar 2012, E. 3.3; STEINMANN, a.a.O., Art. 29 Rz. 32; PATRICK SUTTER in Auer/Müller/Schindler, Art. 29, Rz. 18; WALDMANN/BICKEL in Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.],

VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 29, Rz. 108). Die Mehrheit der Lehre lehnt eine Heilung hingegen bei schweren Verletzungen der Ansprüche auf rechtliches Gehör ab (MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 855; STEINMANN, a.a.O., Art. 29 Rz. 32).

## **5.**

**5.1** Im vorliegenden Fall lud die Vorinstanz die Beschwerdegegnerinnen anlässlich der Verhandlung vom 26. Oktober 2012 ein, einen neuen Tarif einzugeben. Die Beschwerdegegnerinnen reichten daraufhin einen völlig neuen Tarifvorschlag ein, der nur in zwei nebensächlichen Punkten mit der vorherigen Tarifvorlage übereinstimmte, während bezüglich Bemessungsgrundlage, Berechnungsart und Entschädigungen keine Gemeinsamkeiten bestanden. Die Vorinstanz nahm diesen Tarifvorschlag entgegen ohne die Beschwerdeführerinnen oder den Preisüberwacher darüber zu informieren oder zu einer Stellungnahme aufzufordern und genehmigte ihn unverzüglich, wobei der Tarif bereits in Kraft treten sollte, bevor die Parteien die Entscheidungsgründe kannten.

**5.2** Zwar bringen die Beschwerdegegnerinnen und die Vorinstanz vor, die inhaltlichen Voraussetzungen für eine Genehmigung der neu einzugebenden Tarifvorlage seien schon während der Verhandlungen genannt worden und ein zusätzlicher Schriftenwechsel wäre nur noch eine reine Formalität gewesen. Dies entband die Vorinstanz jedoch nicht davon, den Beschwerdeführerinnen den fraglichen Tarifvorschlag vorzulegen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Indem die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen über die Tarifeingabe nicht informierte und ihnen weder implizit noch explizit Gelegenheit zur Stellungnahme gab, hat sie ihnen eine aktive Rolle im Verfahren vorenthalten und sich nicht mit allfälligen Argumenten, die gegen eine Genehmigung des strittigen Zusatztarifs vorgebracht werden können, auseinandergesetzt. Die Information und die Verteilung der Mitwirkungsrechte der beteiligten Parteien erfolgte asymmetrisch, was eine Ungleichbehandlung der Parteien darstellt (siehe E. 4.3).

**5.3** Weil die Beschwerdeführerinnen keine Kenntnis über die erneute Eingabe der Beschwerdegegnerinnen hatten, blieb ihnen auch die Einsicht in diesen entscheidungsrelevanten Tarifvorschlag verwehrt. Nachdem dieser die Grundlage für den darauf erfolgten Genehmigungsentscheid war, bestand dafür sogar ein besonders aktueller und entscheidungswesentlicher Gehörs-

anspruch. Da die Beschwerdeführerinnen in der Folge nicht aufgefordert wurden, zum neu eingegebenen Tarifvorschlag Stellung zu nehmen, kann ihnen auch nicht vorgehalten werden, dass sie sich nicht spontan geäußert hätten. Durch die ausgebliebene Information über die erneute Eingabe eines Tarifvorschlags wurde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen somit in mehrfacher Hinsicht verletzt (siehe E. 4.4.1).

**5.4** Diese Verfahrensmängel sind schwerwiegender Natur, da sie die Beschwerdeführerinnen vom letzten Teil des Verfahrens praktisch ausgeschlossen haben. Für eine Einschränkung des Gehörsanspruchs aufgrund der von der Vorinstanz geltend gemachten Interessen der Verfahrensbeschleunigung sind derart gravierende Gehörsverletzungen weder verhältnismässig noch erforderlich und können auch nicht mit dem Schutz von Grundrechten Dritter begründet werden. Es ist auch keine Heilung möglich, weil sie die Beschwerdeführerinnen einer Rechtsmittelinstanz berauben würde, nachdem ihre allfälligen Vorbringen gegen den Tarifvorschlag von der Vorinstanz weder gehört noch beurteilt wurden. Aufgrund dieser formellen Mängel ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Beschwerde diesbezüglich gutzuheissen.

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen überdies eine Verletzung der Verhandlungspflicht, denn die Verhandlungen seien nicht einlässlich geführt worden. Vorinstanz und Beschwerdegegnerinnen erwidern, dass lediglich verhandelt werden müsse; es sei jedoch kein Konsens gefordert. Es seien sieben Verhandlungsrunden ohne Erfolg geführt worden. Art. 46 Abs. 2 URG verlange keine Einigung der Parteien.

**6.2** In der Tat erscheint fraglich, ob der Verhandlungspflicht von Art. 46 Abs. 2 URG damit genügt wird, dass in jeder Verhandlungsrunde die gleichen Positionen wiederholt werden ohne dass massgeblich auf die Vorbringen der Gegenseite eingegangen wird. Diese Frage braucht vorliegend allerdings nicht entschieden zu werden, da die Vorinstanz den verhandelten Tarifvorschlag vom 14. Februar 2012 ohnehin nicht genehmigt hat. Vielmehr unterbreiteten die Beschwerdegegnerinnen der Vorinstanz während des Verfahrens eine neue Tarifvorlage, die auf einem anderen Berechnungsmodell, der Fläche, aufbaut. Selbst wenn frühere Standpunkte der Beschwerdeführerinnen darin eingeflossen sein sollten, hatten sie selbst an der Ausarbeitung der Vorlage keinerlei Anteil. Den Beschwerdeführerinnen ist deshalb beizupflichten, dass in Bezug auf diese

Tarifvorlage die Verhandlungspflicht von Art. 46 Abs. 2 URG nicht eingehalten worden ist, was die Vorinstanz von Amtes wegen hätte prüfen und sie umso mehr zur Einräumung einer Gelegenheit zur Stellungnahme durch die Beschwerdeführerinnen hätte veranlassen sollen.

**6.3** Anzufügen ist, dass die Vorinstanz es auch unterlassen hat, bezüglich der geänderten Tarifvorlage eine Stellungnahme des Preisüberwachers einzuholen. Die in den Akten enthaltene Stellungnahme bezog sich nämlich auf den vorherigen Tarifvorschlag, der nicht weiter verfolgt wurde.

**6.4** Auch aus diesen Gründen ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Beschwerde diesbezüglich gutzuheissen.

## **7.**

**7.1** Damit wäre im Regelfall auf eine materielle Beurteilung der Beschwerde einstweilen zu verzichten. Die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz erweist sich jedoch vorliegend als inadäquat, soweit die Vorinstanz die allgemeinen und materiellen Vorfragen der Tarifpflicht der fraglichen Nutzungen sowie der Tarifeinheit, zu welchen den Beschwerdeführerinnen bereits früher das rechtliche Gehör gewährt worden war, zugunsten der Beschwerdegegnerinnen entschieden hat. Diese Fragen dürften nach dem Neuentscheid der Vorinstanz unverändert zu einem erneuten Beschwerdeverfahren führen.

**7.2** Der Tarif beruht auf einer Gebührenpflicht für den Sendeempfang in Gästezimmern, welche die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich bestreiten. Die Frage, ob der Sendeempfang in Gästezimmern gebührenpflichtig sei, stellt eine Vorfrage zur Angemessenheit des Tarifs im engeren Sinne dar. Alle Verfahrensbeteiligten haben sich bereits ausführlich zu dieser Vorfrage geäußert, womit ihnen das rechtliche Gehör ausreichend gewährt wurde. Nachdem auf den Tarifverfahren jeweils ein besonderer Zeitdruck lastet, weil die Tarifverträge üblicherweise nur kurze Laufzeiten aufweisen, dient es der Verfahrensökonomie, diese materielle Vorfrage bereits jetzt zu beantworten und die Vorinstanz anzuhalten, das Verfahren in diesem Sinne neu zu entscheiden.

**7.3** Aus den gleichen Gründen ist auch die Frage der Tarifeinheit zu beantworten. Die Beschwerdeführerinnen legen dar, dass die fraglichen Nutzungen im GT 3a selbst geregelt werden müssten, weil der Erlass eines Zusatztarifs gegen die Pflicht zur Aufstellung gemeinsamer Tarife

verstosse oder sogar rechtsmissbräuchlich sei. Die Beschwerdegegnerinnen halten dagegen, der GT3a Zusatz entspreche den Anforderungen an einen eigenständigen Tarif und stelle eine Übergangslösung für einen verwaisten Nutzungsbereich dar. Überdies passe er in den GT3a, weil ohnehin keine Unterscheidung mehr zwischen Vorder- und Hintergrundunterhaltung gemacht werde. Damit sei der Pflicht zur Aufstellung gemeinsamer Tarife (Art. 47 Abs. 1 URG) genüge getan. Auch hier haben sich die Verfahrensbeteiligten bereits ausführlich dazu äussern können, so dass auch diese Frage vorfrageweise entschieden werden kann.

**7.4** Aus prozessökonomischen Gründen ist die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet. Bestehen die Sachurteilsvoraussetzungen und erweist sich die Beschwerde als ganz oder teilweise begründet, entscheidet das Gericht in der Regel in der Sache selbst. Dies gilt selbst dann, wenn bloss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangt wird (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.191). Ausnahmsweise kann es aber die Streitsache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

## **8.**

**8.1** Gemäss Art. 10 Abs. 1 URG hat der der Urheber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Dazu gehört das Recht, gesendete Werke mit Hilfe von technischen Einrichtungen, deren Träger nicht das ursprüngliche Sendeunternehmen ist, insbesondere auch über Leitungen, weiterzusenden (Art. 10 Abs. 2 Bst. e URG) oder zugänglich gemachte, gesendete und weitergesendete Werke wahrnehmbar zu machen (Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG).

**8.2** Die strittigen Nutzungshandlungen umfassen die Zurverfügungstellung von Radio- oder Fernsehempfangsmöglichkeiten sowie die Auf- oder Vorführung von Ton- oder Tonbildträgern in den Gästezimmern von Hotels, Gasthäusern, Herbergen, Bungalows, Bed-and-Breakfast-Betrieben und Hotelschiffen; in Patientenzimmer von Spitälern, Kurhäusern und Kliniken; in Gefängniszellen von Vollzugs- und Verwahrunsinstitutionen, Untersuchungsgefängnissen und Ausschaffungsgefängnissen sowie in Ferienwohnungen, Ferienappartements oder Ferienhäusern, die entgeltlich mit Erwerbsabsicht vermietet werden (Ziff. 1.1 Tarifvorschlag GT3a Zusatz).

**8.3** Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, die Nutzung von Sendeeinheiten in Gästezimmern sei vergütungsfrei, was auch das von ihnen ins Recht gelegte Parteigutachten von Büren bestätige. Es handle sich weder um eine Wahrnehmbarmachung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG, noch um eine Weitersendung Art. 10 Abs. 2 Bst. e URG, und die für die Entscheidungen des EuGH massgebliche EU-Richtlinie 2001/29/EG gelte nicht für die Schweiz. Die Beschwerdegegnerinnen halten dagegen, dass es sich nicht um einen Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 URG handle. Massgeblich seien die Entscheide des Europäischen Gerichtshofs C-136/09 und C-306/05, die den Empfang in Hotel- und Spitalzimmern grundsätzlich der Gebührenpflicht unterstellten.

**8.4** Die Beschwerdegegnerinnen machen als Rechtsgrundlage für den Gebühreneinzug in Gästezimmern unter anderem das Weitersenderecht von Art. 10 Abs. 2 Bst. e in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 URG geltend. Das Weitersenderecht gilt auch dann, wenn die weitergesendeten Werke nicht an öffentlich zugänglichen Orten, sondern im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die eng unter sich verbunden sind, konsumiert werden (Art. 19 Abs. 1 URG). Wenn es sich vorliegend um eine Weitersendung handelte, wäre demzufolge irrelevant, ob die gesendeten Inhalte im privaten oder öffentlichen Bereich konsumiert und damit allenfalls öffentlich wahrnehmbar gemacht werden.

**8.5** Ein Teil der Lehre will aus BGE 119 II 62 E. 3b ableiten, dass eine Hausverteileranlage für Radio- und Fernsehsignale eine Weitersendung bewirke (PFORTMÜLLER in Müller/Oertli, Art. 10 Rz. 13, BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 Rz. 37). In diesem Entscheid wurde dies so formuliert: "... *la retransmission dans les chambres des clients d'émissions de radio et de télévision diffusées au moyen du réseau câblé privé de l'hôtel constitue un acte de réception non soumis au droit exclusif de l'auteur...*". Dabei fällt auf, dass nach geltendem Recht eine Weitersendung grundsätzlich exklusive Urheberrechte bewirkt. Das zitierte Urteil entstand allerdings noch unter dem Bundesgesetz vom 7. Dezember 1922 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst (aURG). In Art. 12 Abs. 1 Ziff. 6 dieses Gesetzes wurden das Recht zur öffentlichen Mitteilung der Sendung mit oder ohne Draht durch ein anderes als das ursprüngliche Sendeunternehmen von einer Erlaubnis des Urhebers abhängig gemacht. Das altrechtliche Weitersenderecht deckte sich somit nicht mit demjenigen von Art. 10 Abs. 2 Bst. e URG, das keine öffentliche Mitteilung voraussetzt. Deshalb kann aus diesem Entscheid nicht abgelei-

tet werden, dass die Signalverteilung zu Gästezimmern als Weitersendung im Sinne des aktuell geltenden URG zu qualifizieren sei.

**8.5.1** Das Weitersenderecht wird von Art. 22 Abs. 2 URG eingeschränkt. Demzufolge ist die Weitersendung von Werken über technische Einrichtungen, die von vorneherein auf eine kleine Empfängerzahl beschränkt sind, wie Anlagen eines Mehrfamilienhauses oder einer geschlossenen Überbauung, erlaubt. Damit besteht eine Schranke des Urheberrechts, die Verbots- und Vergütungsansprüche, in Verbindung mit Art. 38 URG auch für Leistungsschutzrechte, ausschaltet, was den Empfängern erleichtern soll, sich an kollektiven Empfangsanlagen zu beteiligen (REINHARD OERTLI in Müller/Oertli, Art. 22 Rz. 20 f.).

**8.5.2** Auf die Interpellation AUBRY vom 28. Januar 1982 zur Frage der unterstellten und nicht unterstellten Hausverteileranlagen antwortete Bundesrat FRIEDRICH, dass der Begriff der Öffentlichkeit ein taugliches Kriterium bilde, um den urheberrechtlich freien Privatempfang etwa durch Gemeinschaftsantennen eines Mehrfamilienhauses oder einer geschlossenen Überbauung von der öffentlichen Mitteilung abzugrenzen (AB 1983 S. 1829 f.).

**8.5.3** Während das Bundesgericht sowie ein Teil der Lehre den Radio- und Fernsehempfang in Gästezimmern nicht als öffentliche Mitteilung einstufen (vgl. BGE 119 II 62 E. 3b; IVAN CHERPILLOD in SIWR II/1, S. 292 f.; HERBERT PFORTMÜLLER in Müller/Oertli, Art. 10 Rz. 13), stellen sich andere Autoren dezidiert gegen diese Meinung. Sie argumentieren, ein Hotel mit über vierhundert Zimmern sei kein Mehrfamilienhaus. Es sei zweifelhaft, ob der Gesetzgeber, der sich auf die Rechtsprechung in den Entscheiden BGE 107 II 71 und BGE 110 II 67 bezog, wirklich auch Hotels mit einbeziehen wollte, weil es ihm nur um die Beseitigung der hässlichen Antennenwälder auf den Hausdächern gegangen sei. Es gehe nicht darum, ob der Ort der Wiedergabe privat oder öffentlich sei, sondern darum, ob die Weitersendung an einen individuell bestimmbar und persönlich verbundenen oder einen grösseren Personenkreis erfolgt. Wie der EuGH in seinem Urteil C-306/05 vom 7. Dezember 2006 festgehalten habe, würden sowohl Art. 11<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 2 und 3 RBÜ als auch Art. 8 WCT die urheberrechtliche Freistellung der Weiterleitung von Sendungen in Hotelzimmer ausschliessen, was aufgrund von Art. 1 Abs. 2 URG auch für die schweizerische Rechtslage massgeblich sein müsse (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 22 Rz. 9; vgl. MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, Rz. 119, 129; MANFRED REHBIN-

DER/ADRIANO VIGANÒ, URG, Kommentar Urheberrecht, Zürich 2008, Art. 10 Rz. 21). Art. 22 Abs. 2 URG sei eine zulässige "petite réserve", nicht jedoch der Empfang in Gästezimmern (FRANZ E. MAHR, Fernsehen im Hotelzimmer, Anmerkungen zu EuGH vom 7.12.2006 [Dritte Kammer] in der Rechtssache C-306/05, AJP 2008 S. 179).

**8.5.4** Das von Bundesrat FRIEDRICH verwendete Kriterium der Öffentlichkeit zur Abgrenzung von Hausverteileranlagen zu Weitersendeanlagen deckt sich nicht mit dem in E. 8.7 nachstehend diskutierten Begriff der Öffentlichkeit von Wahrnehmbarmachungen. Die Öffentlichkeit von Signalverteileranlagen (auf den Stand der Technik von 1982 bezogen) setzt nicht beim Konsumenten oder Werkmittler an, sondern wird vom Standpunkt der Signalverteileranlage aus betrachtet und ergibt sich aus dem Gegensatz von aus technischen Gründen auf eine Liegenschaft beschränkten Signalverteileranlagen zu Anlagen für mehrere Liegenschaften und einen nicht zum Vornherein definierten Kreis von Empfängern, welche ein- und austreten können (siehe E. 8.7.2).

**8.6** Nachdem sich das Bundesgericht und ein Teil der Lehre bezüglich der Weitersendung in Gästezimmer für die Anwendbarkeit von Art. 22 Abs. 2 URG und somit gegen eine gebührenpflichtige Weitersendung aussprechen, ist abzuklären, ob der Radio- und Fernsehempfang in Gästezimmern einer gebührenpflichtigen öffentlichen Wahrnehmbarmachung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. f URG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 1 URG entspricht. In der Botschaft zum URG vom 29. August 1984 wurde vom Bundesrat festgehalten, dass ein Wahrnehmbarmachen vorliege, wenn der Werkgenuss Nebenzweck bleibe (BBI 1984 III 225). So wie man Sendungen über einen Bildschirm, beispielsweise in einem Restaurant, wahrnehmbar machen kann, kann man auch zugänglich gemachte Werke für einen nicht durch den Eigengebrauch abgedeckten Personenkreis wahrnehmbar machen. In diesem Sinne stellt das Wahrnehmbarmachen von Werken nicht nur in Bezug auf das Senden und Weitersenden sondern auch bezüglich des Zugänglichmachens durch On-Demand-Dienste eine den Urheberinnen und Urhebern vorbehaltene Zweitverwertung dar (BBI 2006, 3421). Damit wird das Wahrnehmbarmachen als simultane Übertragung einer Darbietung an einen anderen Ort als denjenigen, wo sie stattfindet, verstanden (ROLF AUF DER MAUR in Müller/Oertli, Art. 33 Rz. 10). Das Recht der Wahrnehmbarmachung von Sendungen wird erst dort genutzt, wo zwischen Empfangsgerät und Publikum keine zusätzlichen Installationen mehr stehen, abgesehen von Verstärkern und Lautsprechern (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 Rz. 37). Dabei erfasst das

Recht der Wahrnehmbarmachung alles, was nicht Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Bst. a und b ist (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 Rz. 38; vgl. DESSEMONTET in SIWR II/1, S. 203). Auch die internationalen Verträge stellen nicht auf die Weitersendung oder die Wahrnehmbarmachung, sondern auf die Öffentlichkeit der Wiedergabe ab (Art. 11<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 2 und 3 RBÜ, Art. 8 WCT). Mit anderen Worten umfasst die Wahrnehmbarmachung die verschiedenen Arten des öffentlichen Empfangs, weshalb sie vom erlaubten Eigengebrauch im persönlichen Bereich abzugrenzen ist.

**8.7** Der Begriff der Öffentlichkeit ist im Urheberrecht nur bezüglich der Veröffentlichung des Werks, nicht aber bezüglich der öffentlichen Wahrnehmung definiert. Demzufolge ist ein Werk veröffentlicht, wenn der Urheber oder die Urheberin es selber erstmals ausserhalb eines privaten Kreises im Sinne von Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe a einer grösseren Anzahl Personen zugänglich gemacht oder einer solchen Veröffentlichung zugestimmt hat (Art. 9 Abs. 3 URG). Die Definition "eine grössere Anzahl Personen" ist vage, weshalb deren Bedeutung durch Auslegung zu ermitteln ist.

**8.7.1** Nutzungen, die nicht im persönlichen Bereich oder unter Personen, die eng miteinander verbunden sind, durch Lehrpersonen im Unterricht oder durch internen Gebrauch in Betrieben erfolgen, sind kein erlaubter Eigengebrauch und somit öffentlich (Art. 19 Abs. 1 URG; vgl. RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 190). REHBINDER bezeichnet eine Wiedergabe als öffentlich, wenn dadurch das Werk einem neuen Verbraucherkreis dargeboten wird (REHBINDER, a.a.O., Rz. 119).

**8.7.2** Das Bundesgericht hat in mehreren Leitentscheiden versucht, den Begriff der Öffentlichkeit im urheberrechtlichen Sinne näher zu umschreiben. Dabei erachtete es den Begriff der Öffentlichkeit vorerst als quantitatives Kriterium, als es den urheberrechtlich freien Privatempfang etwa durch die Gemeinschaftsantenne eines Mehrfamilienhauses oder einer geschlossenen Überbauung von der "öffentlichen Mitteilung" (in casu Weitersendung an 60'000 Abonnenten) abgrenzte (BGE 107 II 71 E. 5). Dies dürfe aber nicht nach der Zahl der Anschlüsse beurteilt werden. Vielmehr komme es auf die räumliche Ausdehnung des Netzes an (BGE 110 II 67 E. 6a). Später präzisierte es, der Empfang von Radio- und Fernsehsendungen über Gemeinschaftsantennenanlagen diene dem Privatgebrauch, wenn die Antenne dem Grundstück, auf der sie angebracht ist, oder mehreren angrenzenden Parzellen dient und nicht über öffentlichen

oder fremden Grund führt. Diese Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Empfang sei in Art. 22 Abs. 2 URG eingeflossen. Dabei seien allerdings wieder die Anzahl Anschlüsse relevant (BGE 119 II 61 f. E. 3a). Schliesslich setzte es Räume, die in der Regel der Öffentlichkeit oder doch einem grösseren, unbestimmten Personenkreis zugänglich sind, dem privaten Charakter von Hotel- oder Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen entgegen (BGE 2C\_580/2012 vom 13. November 2012 E. 2.6).

**8.7.3** Die Botschaft zum URG definiert den privaten Charakter von Wahrnehmungen, indem Art. 21 Abs. 3 VE URG (heute Art. 22 Abs. 2 URG) so auszulegen sei, dass die Zahl der Empfänger von vornherein beschränkt sein müsse, wenn die Anlage im vergütungsfreien Raum bleiben wolle. Andernfalls werde der Betreiber von Anfang an vergütungspflichtig, auch wenn zunächst nur einige wenige Empfänger bedient würden (BBI 1989 III 544).

**8.7.4** Der EuGH definiert die Öffentlichkeit als unbestimmte Zahl möglicher Fernsehzuschauer. Dabei sei ein umfassender Ansatz geboten, bei dem zum einen nicht nur die Gäste zu berücksichtigen sind, die in den Hotelzimmern wohnen, sondern auch diejenigen, die sich in anderen Räumen des Hotels aufhalten und denen ein dort aufgestellter Fernsehapparat zur Verfügung steht. Zum anderen sei der Umstand zu berücksichtigen, dass Hotelgäste gewöhnlich rasch aufeinanderfolgen. Im Allgemeinen gehe es um recht viele Personen, so dass diese angesichts Hauptziels der Richtlinie 2001/29 als Öffentlichkeit anzusehen seien. In Anbetracht der kumulativen Wirkungen, die sich daraus ergeben, dass die Werke diesen potenziellen Fernsehzuschauern zugänglich gemacht werden, könne dies eine erhebliche Bedeutung erlangen. Kaum von Belang sei folglich, dass die Bewohner der Zimmer die alleinigen Adressaten und als Einzelne für das Hotel nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung sind. (Urteil des EuGH C-306/05 vom 7. Dezember 2006 E. 37-39). Damit hat der EuGH den aus dem Bereich des Internetabrufs urheberrechtlich geschützter Inhalte stammende Begriff der sukzessiven Öffentlichkeit (vgl. MICHAEL MARK REICH, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, München 2006, S. 234) auf den Sendeempfang in Gästezimmern übertragen.

Die vom EuGH zitierte Textstelle der Urheberrechts-Harmonisierungsrichtlinie der EU besagt, dass die Mitgliedstaaten einen gerechten Ausgleich für die Rechtsinhaber auch in den Fällen vorsehen können, in denen sie die fakultativen Bestimmungen über die Ausnahmen oder Be-

schränkungen, die einen derartigen Ausgleich nicht vorschreiben, anwenden (Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 E. 36). Diese Rechtsprechung hat der EuGH bestätigt, als er ausführte, dass ein Hotelier durch das bloße Aufstellen von Fernsehgeräten in den Hotelzimmern und ihre Verbindung mit der Zentralantenne des Hotels eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe vornehme (Urteil des EuGH C-136/09 vom 18. März 2010 E. 43).

Der Begriff der sukzessiven Öffentlichkeit, der zur Entscheidung der obenstehenden Fälle angewendet wurde, ist nicht deckungsgleich mit der Definition der sukzessiven Öffentlichkeit im deutschen Recht. Während hier davon ausgegangen wird, dass in zeitlich versetzter Abfolge unterschiedliche Werke wahrgenommen werden (denn Sendungen sind nicht nach Belieben abrufbar), wird die sukzessive Öffentlichkeit im deutschen Recht so definiert, dass mehrere Personen das gleiche Werke zu unterschiedlichen Zeiten wahrnehmen. Massgeblich sei die Zugänglichmachung, die den zeitlich versetzten Zugriff möglich mache, nicht der Zugriff selbst, so dass es der sukzessiven Öffentlichkeit gar nicht bedürfe (THOMAS DREIER/GERNOT SCHULZE, UrhG, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, München 2004, §15 Rz. 42).

**8.7.5** In der RBÜ wird die öffentliche Wiedergabe von Radio- und Fernsehsendungen in Art. 11<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 2 RBÜ geregelt, allerdings nur für die Urheber, nicht für die Leistungsschutzberechtigten. Dieser Artikel entspricht Art. 12 Abs. 1 Ziff. 6 aURG, wobei die RBÜ auch unmittelbar anwendbar ist (BGE 107 II 91 f. E. 5; Art. 12 Abs. 1 Ziff. 6 aURG entspricht Art. 10 Abs. 3 Bst. f URG). Bei der öffentlichen Wiedergabe wird davon ausgegangen, dass sie ein neues, vom Urheber bei Erteilung der Sendegenehmigung noch nicht in Rechnung gestelltes Publikum anspricht. Auch wenn der Rundfunk an sich eine unbegrenzte Zahl von Teilnehmern erreichen kann, kalkuliert der Urheber bei Erteilung der Sendegenehmigung nur die unmittelbaren Benutzer ein, nämlich die Inhaber von Empfangsgeräten, die die Sendungen allein oder im Familienkreis empfangen. Geschieht dieser Empfang aber unter Beteiligung eines erweiterten Publikums oder sogar in Gewinnabsicht, wird ein neues Publikum angesprochen, so dass dies nicht mehr als schlichter Empfang der Sendung betrachtet werden kann (CLAUDE MASOUYÉ, Kommentar zur Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst [Pariser Fassung vom 24. Juli 1971], München/Köln, 1981, Rz. 11bis,12).

**8.7.6** Gemäss dem WCT ist eine Wiedergabe öffentlich, wenn die Inhalte Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind (Art. 8 WCT; vgl. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/29/EG). Die Öffentlichkeit entsteht dabei durch ein zeitlich versetztes, von verschiedenen, untereinander nicht verbundenen Personen zu verschiedenen Zeitpunkten erfolgtes Zugreifen aus der Öffentlichkeit. Abgestellt wird nicht auf den einzelnen Abruf als solchen, sondern auf das für alle zur gleichen Zeit erfolgte Zurverfügungstellen des Werkes. Erfasst wird nur dasjenige für individuelle Abfragen (FRANK A. KOCH, Praxishandbuch zur Dienstnutzung, 2. Aufl., München 2005, S. 336). Art. 8 WCT füllt damit die Lücke, die beim Schutz für kabelgebundene Übertragung von Werken der Literatur und Kunst sowie bei Fotografien in der RBÜ besteht. Er schafft eine einheitliche Regelung für alle Werke, hat allerdings keinen Einfluss auf bereits durch die RBÜ abgedeckten Rechte, insbesondere wird die von Art. 11bis Abs. 1 Nr. 3 RBÜ geschützte Wiedergabe von Rundfunksendungen nicht umfasst (EVA LANGER, Der Schutz nachgelassener Werke, eine richtlinienkonforme und rechtsvergleichende Auslegung, Göttingen 2012, S. 107). Damit kann Art. 8 WCT nicht auf den Radio- und Fernsehempfang angewendet werden.

Wie obenstehende Ausführungen zeigen, ist der Begriff der Öffentlichkeit wenig scharf definiert und bezieht sich schwerpunktmässig auf das Abrufen von Online-Inhalten. Auch das Konstrukt einer sukzessiven Öffentlichkeit vermag ausserhalb des Internet-Bereichs nicht zu überzeugen. Eine quantitative Abgrenzung einer sukzessiven Öffentlichkeit vom erlaubten Eigengebrauch wäre wohl kaum möglich, sondern schüfe neue, unnötige Rechtsfragen, beispielsweise bezüglich Miethäusern mit häufigem Mieterwechsel. Damit erscheint der Begriff der Öffentlichkeit nicht geeignet, um zuverlässig gebührenpflichtige von gebührenfreien Werknutzungen zu unterscheiden

**8.8** Das Gegenstück zur Öffentlichkeit ist der erlaubte Eigengebrauch (Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG). Dieser betrifft die Werkverwendung durch natürliche Personen im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde.

**8.8.1** Die eng verbundenen Personen müssen sich kennen, dürfen sich nicht nur zufällig versammelt haben und deren Anzahl muss eng begrenzt sein (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 19 Rz. 8; GASSER in Müller/Oertli, Art. 19 Rz. 6 f.; CHRISTOPH GASSER, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997 [zit. Eigengebrauch], S. 50). Es muss eine Schicksalsgemein-

schaft vorliegen, die bei Personen, die gemeinsam unter einem Dach wohnen, wie Internatsschülern, Heimbewohnern oder Pensionären in einer Familienpension noch gegeben ist, nicht aber in einem Hotel, wo sich die Gäste nur oberflächlich kennen und nach kurzer Zeit wechseln (GASSER, Eigengebrauch, S. 55; CHERPILLOD in SIWR II/1, S. 272; etwas einschränkender HILTY, a.a.O., Rz. 222). Der persönliche Bereich der Werkverwendung, das heisst die Geheim- und Privatsphäre, bestimmt sich nicht nur nach geografischen Gesichtspunkten und beschränkt sich nicht auf die eigenen vier Wände. Dabei lassen sich drei Fallgruppen bilden: (1) der natürliche Familienkreis; (2) dauerhafte Freunde und (3) die Quasi-Familie oder familienähnliche Gemeinschaft (GASSER, Eigengebrauch, S. 51, 56 f.).

**8.8.2** Grundsätzlich bedeutet die Werkverwendung im persönlichen Bereich den Gebrauch durch diejenige Person, welche das Werk verwendet, was auch den Gebrauch mit Gewinnzweck einschliesst. Der erlaubte Eigengebrauch betrifft jede Werkverwendung, also Vervielfältigung, Aufführung, Vorführung, Übermittlung per E-Mail an befreundete Personen und so weiter und setzt weder das Eigentum noch den Besitz an einem Werkexemplar voraus (CHERPILLOD in SIWR II/1, S. 269; HILTY, a.a.O., Rz. 222). Somit ist gleichgültig, ob die private Werkwiedergabe einem unterhaltenden, behelrenden oder wirtschaftlichen Zweck dient (REHBINDER, a.a.O., Rz. 119). Das Bundesgericht stellte in einem neueren Urteil Räume, die in der Regel der Öffentlichkeit oder doch einem grösseren, unbestimmten Personenkreis zugänglich sind, dem privaten Charakter von Hotel- und Spitalzimmern sowie Ferienwohnungen entgegen (Urteil des Bundesgerichts 2C\_580/2012 vom 13. November 2012 E. 2.6 GT3a). Unter Vorbehalt einer wirtschaftlichen Betrachtung oder der Annahme einer sukzessiven Öffentlichkeit gelten Gästezimmer somit als Privaträume, was für den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen einen erlaubten Eigengebrauch nahelegt.

**8.8.3** Bei einer wirtschaftlichen Betrachtung kann aber die Ausweitung der kostenlosen Lizenz auf Nutzungen mit kommerzieller Wirkung unzulässig erscheinen (REHBINDER/VIGANÒ, a.a.O., Art. 22 Rz. 6 in fine; vgl. GASSER in Müller/Oertli, Art. 19 Rz. 8 ff.), denn die Öffentlichkeit werde vom Umfang des Kreises der möglichen Empfänger, aber auch von der wirtschaftlichen Bedeutung der Wiedergabe bestimmt (MAHR, a.a.O., S. 176). Diese Argumentation stützt sich hauptsächlich auf den Wortlaut von Art. 22 aURG, der für den privaten Gebrauch voraussetzte, dass damit kein Gewinnzweck verfolgt werde (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 19 Rz. 8; PAUL

BRÜGGER in Festschrift 100 Jahre URG, Bern 1983, S. 325 f.). Unter der Ägide dieses Gesetzeswortlauts hat das Bundesgericht damals entschieden, dass der private Gebrauch nicht als Gegensatz zu einem öffentlichen Gebrauch zu verstehen, sondern der gewerblichen oder beruflichen Verwendung gegenüberzustellen sei, wobei juristischen Personen, freien Berufen und dem Gemeinwesen gewisse Verwendungen, die lediglich die Arbeit erleichterten, erlaubt seien (BGE 108 II 481 E. 3). In Bezug auf den heutigen Gesetzeswortlaut wird von einem Teil der Lehre kritisiert, das Ausmass der dem Rechtsschutz entzogenen Handlungen sei zu Unrecht nur durch das Merkmal des privaten Kreises begrenzt. Diese bedürfe daher der konventionskonformen Auslegung im Licht des Drei-Stufen-Tests. Der "persönliche Bereich" sei mit der schützenswerten Privatsphäre in Bezug zu setzen. Er sei nicht an einen bestimmten Ort gebunden, sondern an den sozialen Handlungskontext. Umgekehrt sei er nicht beliebig auf Handlungen erstreckbar, welche zwar persönlich, aber im öffentlichen Kontext vorgenommen werden. Zu Recht knüpfe die wohl herrschende Lehre den Privatgebrauch an weitere, ungeschriebene aber aus dem privaten Charakter und dem Normzweck abzuleitende Tatbestandsmerkmale. So dürften mit der Nutzung keine Einnahmen angestrebt werden (REHBINDER/VIGANÒ, a.a.O., Art. 19 Rz. 14 ff.; GASSER, in Müller/Oertli, Art. 19 Rz. 8; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 19 Rz. 8) und die normale Werkverwertung dürfe nicht beeinträchtigt werden. Vielmehr entstünden beim Urheber Verwertungsansprüche, wenn im Privatbereich eine Werknutzung im Sinne einer unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen Verwertungshandlung erfolge (BRÜGGER, a.a.O., S. 329 f.).

**8.8.4** In der Botschaft zum URG vom 29. August 1984 wird vom Bundesrat festgehalten, dass es im Urheberrecht keinen inhärenten Grundsatz gebe, wonach die private Werknutzung frei und unentgeltlich sein müsse. Es bestehe aber der international anerkannte Grundsatz, dass der Urheber an jeder Verwendung seines Werks wirtschaftlich zu beteiligen sei (BBI 1984 III 191). Später wurden diese Grundsätze allerdings relativiert, indem ausgeführt wurde, dass das in Art. 22 aURG enthaltene Verbot eines Gewinnzwecks fallengelassen worden sei (Botschaft zum URG vom 19. Juni 1989, BBI 1989 III 537). Zwar lockert die geltende Version von Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG das Gewinnzweckverbot, indem der Privatgebrauch auch gewisse indirekt berufliche oder gewerbliche Zwecke zulässt und anstelle des verfolgten Zwecks das Gegensatzpaar "privat – öffentlich" stellt. Dies wird allerdings durch die unveränderte Auslegungspraxis relativiert. Aus der Tatsache, dass sich die Botschaft zum URG mit Ausnahme der Vervielfältigungen zur Einsparung des Kaufpreises nachdrück-

lich auf die bundesgerichtliche Praxis bezog, ist wohl darauf zu schließen, dass ansonsten die (altrechtliche) bundesgerichtliche Praxis auch ins geltende Recht übernommen wurde (GASSER, Eigengebrauch, S. 49 f., S. 64; Botschaft zum URG BBl 1989 III 477, S. 539 ff.). Das Bundesgericht hat dies in der Entscheidung 2A.142/1994 vom 24. März 1995 S. 27 GT 4 zwar nicht ausdrücklich, jedoch implizit bestätigt, indem es ausführte, "da die Nutzung für den Eigengebrauch erfolgt, sind mit ihr naturgemäss keine eigentlichen Einnahmen verbunden" (Entscheidung des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995 S. 27 GT 4).

## **8.9**

**8.9.1** Fraglich ist, ob die wirtschaftliche Betrachtung mittels des Kriteriums der Gewinnzwecks dort greift, wo in der Regel keine Gewinnstrebigkeit vorliegt. Die Vorinstanz sieht solche Nutzungen als vergleichbar mit denjenigen des GT 3b an. Mit dem GT 3b werden die Entschädigungen für Urheber- und Leistungsschutzrechte an Aufführungen mit Ton- und Tonbildträgern sowie am Empfang von Sendungen zur allgemeinen Hintergrundunterhaltung für Bahnunternehmungen, Fluggesellschaften, Reiseunternehmen, Betreiber von Reklame-Lautsprecher-Wagen, Schausteller und Schifffahrtsunternehmen geregelt. Dabei haben die fraglichen Nutzungen eine begleitende, ergänzende oder nebensächliche Funktion. Die vom GT 3b erfassten Werkverwendungen haben aber in der Regel einen Gewinnzweck gemeinsam, weshalb der Werkvermittler, nämlich der Betreiber der entsprechenden Anlage zur Wahrnehmbarmachung (zum Beispiel des On-Board Entertainment Systems) vom erlaubten Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG nicht mehr gedeckt ist. Allerdings sind einige Autoren der Meinung, dass das Kriterium des Gewinnzwecks weit ausgelegt werden müsse, so dass auch nichtkommerzielle oder für andere unentgeltlich erbrachte Nutzungen, etwa solche im kirchlichen, politischen, sozialen oder kulturellen Zusammenhang, unter das Verbotrecht fallen (HILTY, a.a.O., Rz. 151; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 10 Rz. 1; GASSER, Eigengebrauch, S. 39; vgl. im deutschen Recht DREIER/SCHULZE, a.a.O., Art. 15 Rz. 44).

**8.9.2** Ein Gewinnzweck des Werkverwenders ist demzufolge auch nach geltendem Recht nicht mit dem erlaubten Eigengebrauch von Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG vereinbar.

**8.9.3** Im vorliegenden Fall ist somit entscheidend, wem die Rolle des Werkverwenders zukommt. Beim Betreiber des Gästezimmers liegt in der

Regel ein Gewinnzweck vor, nicht aber beim Gast, der sich mit dem Radio- und Fernsehempfang lediglich unterhalten will. Deshalb ist abzuklären, ob der Gast oder der Betreiber des Gästezimmers Werkverwender ist.

**8.9.4** Den Nutzungshandlungen von Art. 10 Abs. 2 Bst. a-f ist gemeinsam, dass sie nicht beim eigentlich Werkgenuss ansetzen, sondern Handlungen beschreiben, die im Sinne einer Werkvermittlung notwendig sind, um den Werkgenuss zu ermöglichen (HILTY, a.a.O., Rz. 150; GASSER, Eigengebrauch, S. 38). Die Berechtigung des Urhebers muss demzufolge schon eine Stufe vor dem Werkgenuss einsetzen, nämlich bei der Werkvermittlung. Damit wird dem Urheber ein Anspruch gegen den Werkvermittler gesichert, welcher vom Urheber leichter zu erfassen ist als der Letztverbraucher. Der Werkvermittler legt das an den Urheber bezahlte Entgelt auf den Endverbraucher um, welcher somit nur mittelbar für den Werkgenuss bezahlt (REHBINDER, a.a.O., Rz. 61). Dabei wird die Werkvermittlung begrifflich überwiegend als Unterfall der Werkverwendung angesehen. Der Werkvermittler macht durch gewerbsmässige Werkverwendung der Öffentlichkeit Werke zugänglich und vermittelt zwischen dem Werkschöpfer und dem Konsumenten, damit dieser das Werk geniessen kann. Deshalb werden vor allem die Werkmittler ins Recht gefasst, von dem der Urheber sein Entgelt verlangen kann. Ob dieser seinerseits die Kosten tatsächlich auf den Werkgeniesser überwälzen kann, bleibt dem Markt überlassen (GASSER, Eigengebrauch, S. 39 ff.; HILTY, a.a.O., Rz. 150).

**8.9.5** In Deutschland werden die Werkvermittler in technische, kreative und ökonomisch-organisatorische Werkvermittler aufgeteilt. Letztere sind Verwerter von Kulturgütern, die Gelder aufwenden und ein wirtschaftliches Risiko in Kauf nehmen, um ein Werk zu veröffentlichen, zu verbreiten oder anderweitig der Allgemeinheit zugänglich zu machen. Auch wenn ein ideelles Kulturinteresse bei dieser Verwertergruppe vorhanden sein mag, ist ihre Tätigkeit doch vom Verdienststreben geprägt. Sie möchten durch die Kulturverwertung ihre Kosten amortisieren und darüber hinaus Gewinne erwirtschaften. Das Gewinnstreben der Werkvermittler steht somit in einem Spannungsverhältnis zum Interesse der Urheber an weitest möglicher finanzieller Beteiligung (GÖSTA SCHINDLER, Grenzen der dinglichen Aufspaltbarkeit urheberrechtlicher Nutzungsrechte, Münster 2009, S. 109 f.; vgl. DREIER/SCHULZE, a.a.O., Art. 15 Rz. 43, die auf die persönliche Beziehung zwischen dem Veranstalter und den Werkgeniessern abstellen).

**8.9.6** Werknutzer ist in Gästezimmern demzufolge nicht der Gast, sondern der Werkvermittler, mithin also beispielsweise der Hotelier. Nachdem dieser für gewöhnlich einen Gewinnzweck verfolgt, kann er für sich keinen erlaubten Eigengebrauch geltend machen.

**8.10** Am Rande sei vermerkt, dass die oben dargelegte Rechtslage aufgrund der Konvergenz der Technologien auch wieder obsolet werden könnte. Nicht von der Hand zu weisen ist die Kritik der Beschwerdeführerinnen, dass aus Sicht des berechtigten Urhebers kein Unterschied besteht, ob der Hotel-, Ferienwohnungs-, Spitalgast oder Gefängnisinsasse Radio- und Fernsehsendungen mit eigenen Geräten wie Tablet Computer, Laptop oder Smartphone oder mittels eines ihm vom Beherberger zur Verfügung gestellten Geräts empfängt (Gutachten VON BÜREN, Rz. 30).

Ausgehend von diesem Einwand fragt sich nämlich, wie viel Infrastruktur vom Werkvermittler zur Verfügung gestellt werden muss, damit für die mögliche Wahrnehmung von Radio- und Fernsehsendeinhalten Urheberrechts- und Leistungsschutzgebühren fällig werden. Es wäre wohl unverhältnismässig, wenn der Hotelier, der seinen Gästen ein WLAN-Netzwerk zur Verfügung stellt und somit prinzipiell auch den Empfang von Radio- und Fernsehsendungen mit dem eigenen Computer oder Smartphone ermöglicht, ebenfalls abgabepflichtig würde, obwohl dies nicht Hauptzweck eines WLAN-Netzwerkes ist und die Hotelgäste über andere Technologien wie beispielsweise LTE ([http://de.wikipedia.org/wiki/Long\\_Term\\_Evolution](http://de.wikipedia.org/wiki/Long_Term_Evolution), besucht am 29. Januar 2014) oder Digitalfernsehen (DVB-T) auch ohne sein Dazutun die gleichen Inhalte empfangen könnten.

Den Beschwerdeführerinnen ist somit grundsätzlich auch darin zuzustimmen, dass die Gebührenerhebung für die Wahrnehmbarmachung von Sendeinhalten, wenn damit nur eine bestimmte Zugangsart belastet und kein neues Publikum gewonnen wird, wenig gerechtfertigt erscheint. Es ist jedoch Sache der Politik, die Rechtslage allenfalls den geänderten technologischen Verhältnissen anzupassen.

**8.11** Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass die Vorinstanz zu Recht entschieden hat, dass die fraglichen Nutzungen von Sendungen und Aufführungen in Gästezimmern gebührenpflichtig sind. Umso begründeter ist der Verfahrensanspruch der vom Tarif belasteten Beschwerdeführerinnen und die aufgrund seiner Verletzung verfügte Rückweisung an die Vorinstanz (E. 5.4).

## 9.

**9.1** Weiter ist vorfrageweise abzuklären, ob ein geltender Tarif über einen Zusatztarif ergänzt werden darf. Eine aus Art. 47 Abs. 1 URG folgende Pflicht zur Aufstellung Gemeinsamer Tarife, wenn mehrere Verwertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich tätig sind, besteht a fortiori auch mit Bezug auf ähnliche Nutzungsweisen im Zuständigkeitsbereich derselben Verwertungsgesellschaften. Es ist Teil der Angemessenheitsprüfung eines Tarifs, die Notwendigkeit eines zusätzlichen Tarifs für in technisch vergleichbarer Weise bereits in mehreren genehmigten Tarifen enthaltene Nutzungsformen abzuklären, wobei selbst eine sachliche Unvereinbarkeit der Tarifsysteme noch kein hinreichender Grund für einen zusätzlichen Tarif wäre (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21.2.2011 E. 6.1 GT 3c; BREM/SALVADÉ/WILD in Müller/Oertli, Art. 47 Rz. 2 ff.; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 47 Rz. 4; GOVONI/STEBLER in SIWR II/1, S. 464; vgl. BBI 1989 III 558).

**9.2** Von der Pflicht zum Gemeinsamen Tarif kann es vorübergehende Ausnahmen geben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein bestehender und weiterhin gültiger Gemeinsamer Tarif bis zu dessen Ablauf vorübergehend einen Zusatztarif braucht (DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Basel 2012, a.a.O., Rz. 61), etwa wenn die Gültigkeit der Rechtsgrundlage unklar ist und ein Verwertungs- und Nutzungsunterbruch aufgrund einer tariflosen Periode droht (GOVONI/STEBLER in SIWR II/1, S. 465). Dies war beispielsweise beim GT S *Sender* (1. Januar 2005 bis 31. Dezember 2009, verlängert bis zum 31. Dezember 2010) der Fall, wo für die Nutzung der neu hinzugekommenen Leistungsschutzrechte noch der "Zusatztarif Swissperform zum Gemeinsamen Tarif S für die Vervielfältigung von Darbietungen und Aufnahmen von Werken nicht theatralischer Musik zu Sendezwecken" erlassen wurde. Aufgrund des vorübergehenden Charakters des Zusatztarifs ist dieser in den nächsten Haupttarif zu integrieren, damit der Verpflichtung zu einem Gemeinsamen Tarif nachgekommen wird (MEIER, a.a.O., Rz. 61).

**9.3** Mit dem vorliegenden Zusatztarif für den Radio- und Fernsehempfang in Gästezimmern sollte eine Verwertungs- und Nutzungslücke aufgrund einer tariflosen Periode abgedeckt werden. Dass unter diesen Voraussetzungen ein Zusatztarif abgeschlossen werden kann, ist grundsätzlich zulässig (E. 9.2). Unbehelflich ist der Einwand der Beschwerdegegnerinnen, dass der GT 3a Zusatz den Anforderungen an einen eigenständigen Tarif

genüge, weil ein neuer Tarif für ähnliche Nutzungsweisen im Zuständigkeitsbereich derselben Verwertungsgesellschaften gegen die Pflicht zu gemeinsamen Tarifen verstossen würde. Nachdem die Erstellung von Zusatztarifen aber grundsätzlich zulässig ist und die Vorinstanz bei der Prüfung der Voraussetzungen für einen Zusatztarif ein gewisses Ermessen hat, verletzt der strittige Zusatztarif die Pflicht zu Gemeinsamen Tarifen nicht.

## **10.**

**10.1** Der angefochtene Entscheid ist somit aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**10.2** 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). Der Streitwert wurde mit Zwischenentscheid vom 24. Januar 2013 auf Fr. 400'000.– festgelegt. Angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache sind die Verfahrenskosten somit gesamthaft auf Fr. 12'000.– festzulegen. Nachdem die Beschwerdeführerinnen teilweise obsiegen, sind die Kosten im Ausmass des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen. Wird im Hauptbegehren eine Rückweisung an die Vorinstanz und eventualiter ein weiteres Rechtsbegehren gestellt, so führt die Rückweisung trotz formell vollständigem Obsiegen unter Kostengesichtspunkten lediglich zu einem hälftigen Obsiegen, weil die Angelegenheit in der Hauptsache nach wie vor unentschieden ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 4.43). Damit sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdegegnerinnen und den Beschwerdeführerinnen je hälftig aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

**10.3** Über die vorinstanzlichen Verfahrenskosten und die auszurichtende Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren hat die Vorinstanz entsprechend dem Ausgang und unter Berücksichtigung des vorliegenden Entscheides neu zu befinden.

**10.4** Angesichts des Umstands, dass die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerinnen je zur Hälfte obsiegt haben, sind die Parteikosten für das Beschwerdeverfahren wettzuschlagen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, die Verfügung der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 30. November 2012 wird aufgehoben und die Sache zum Neuentscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 12'000.– werden im Umfang von einstweilen je Fr. 1'200.– und unter solidarischer Haftbarkeit für die hälftigen Verfahrenskosten den Beschwerdegegnerinnen 1 bis 5 sowie im Umfang von je Fr. 3'000.– den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Kostenvorschüsse werden im Umfang von je Fr. 3'000.– den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 zurückerstattet.

**3.**

Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen 1 und 2 (Gerichtsurkunde; Beilagen: Rückerstattungsformulare)
- die Beschwerdegegnerinnen 1 bis 5 (Gerichtsurkunde; Beilagen: Einzahlungsscheine)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

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: 17. März 2014