

würde, für nicht genehmigungsfähig. Gestützt auf Art. 15 Abs. 1 der Urheberrechtsverordnung schlug sie vor, den Zusatztarif so zu ändern, dass lediglich festgehalten wird, dass es für die Nutzung in Gästezimmern eine Erlaubnis im Sinne von Ziff. 3.1 GT 3a braucht und dass eine Entschädigung für diese Art der Nutzung gestützt auf die Berechnungsgrundlagen des bestehenden GT 3a festzusetzen ist (Beschluss der ESchK vom 30. November 2012, E. II /9, S. 45 f). Dabei gab sie den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden nochmals Gelegenheit zur mündlichen Anhörung. Während sich die Verwertungsgesellschaften bereit erklärten, ihre Tarifvorlage entsprechend zu ändern, verzichteten die Nutzerverbände auf eine Stellungnahme zum Änderungsvorschlag der Schiedskommission.

3. Die Verwertungsgesellschaften reichten der Schiedskommission am 1. November 2012 die entsprechend angepasste Version eines Zusatztarifs zum GT 3a ein. In der Folge stellte die Schiedskommission allerdings fest, dass die in der ursprünglich eingereichten Version für den Bereich der Gefängnisse und der Gästezimmer vorgesehenen Regelung, der die massgeblichen Nutzerorganisationen KKJPD und STV zugestimmt hatten, möglicherweise vorteilhafter für sie seien. Mit Schreiben vom 12. November 2012 bestätigten die Verwertungsgesellschaften daher formell ihre Bereitschaft, auf Wunsch dieser beiden Nutzerverbände die entsprechenden Regelungen der ursprünglich eingereichten Version allenfalls auf vertraglicher Basis festzuhalten und zur Anwendung zu bringen.

3/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC _____

4. Mit Beschluss vom 30. November 2012 genehmigte die Schiedskommission die angepasste Version des Zusatztarifs zum GT 3a auf dem Zirkularweg.

5. Gegen diesen Beschluss haben Gastrosuisse und Hotelleriesuisse am 17. Dezember 2012 bzw. 21. Januar 2013 beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) Beschwerde geführt.

6. Mit Zwischenverfügung vom 24. Januar 2013 hat das BVGer der Beschwerde für die Dauer des Beschwerdeverfahrens die aufschiebende Wirkung erteilt. Dabei hat das BVGer festgehalten, die für die Tarifberechnung massgeblichen Parameter (Betriebsflächen) liessen sich auch noch zu einem späteren Zeitpunkt rückblickend feststellen. Entgegen der Ansicht der Verwertungsgesellschaften verleihe die blosse Ordnungsvorschrift von Art 9 Abs. 2 der Urheberrechtsverordnung keinen Anspruch darauf, dass ein Tarifantrag innerhalb von sieben Monaten nach seiner Einreichung in Kraft stehe (E. 3.4 der Zwischenverfügung vom 24. Januar 2013).

Ausschaffungsgefängnissen, in welchen eine Radio- und/oder Fernsehempfangsmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird oder Ton- und/oder Tonbildträgern auf- bzw. vorgeführt werden sowie ■ Ferienwohnungen, Ferienappartements oder Ferienhäuser, welche entgeltlich mit Erwerbsabsicht vermietet werden und in denen eine Radio- und/oder Fernsehempfangsmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird oder Ton- und/oder Tonbildträgern auf- bzw. vorgeführt werden.

1.2 Nutzer

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

2. Repertoires, Verwertungsgesellschaften und Rechte

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

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

3. Erlaubnis und Entschädigung 3.1 Erlaubnis

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

3.2 Entschädigung

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

3.3 Entschädigung für Gefängnisse

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

CHF 24.975 CHF 8.325 CHF 33.30

11/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a
Zusatz CFDC _____

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

3.4 Entschädigung für Ferienunterkünfte

1 Die Vergütung für Nutzungen nach diesem Tarif in Ferienwohnungen, Ferienappartements oder Ferienhäuser beträgt unabhängig von der Fläche der Räumlichkeiten und der Anzahl Geräte, je nach Dauer der effektiven Vermietung pro vermieteter Einheit: Vermietdauer pro Jahr (Audio und Audiovision) Urheberrechte Verwandte Schutzrechte Zusammen 10 – 12 Monate/Jahr CHF 299.70 CHF 99.90 CHF 399.60 7 – 9 Monate/Jahr CHF 224.775 CHF 74.925 CHF 299.70 4 – 6 Monate/Jahr CHF 149.85 CHF 49.95 CHF 199.80 bis 3 Monate/Jahr CHF 74.925 CHF 24.975 CHF 99.90

2 Zur Berechnung der Vergütung werden die Wochen, in denen das Objekt effektiv vermietet wird, zusammengezählt. Der Vermieter meldet der SUIISA für welche Dauer pro Jahr das Objekt üblicherweise effektiv vermietet wird bzw. für wie viele Monate er die Rechte erwerben will. Diese Meldung bleibt bis zur Mitteilung einer Änderung für alle weiteren Rechnungen gültig, wobei es dem Vermieter obliegt, solche Änderungen von sich aus der SUIISA zu melden. Diese passt künftige Rechnungen entsprechend an. 3 Agenturen, die in eigenem Namen und nicht für Dritte an einem bestimmten Standort (z.B. Reka-Feriedorf, Block mit Ferienwohnungen) mehrere Objekte vermieten, werden wie Hotelbetriebe nach Ziff. 3.2 abgerechnet. Diese Möglichkeit einer Abrechnung nach Ziff. 3.2 besteht nicht, wenn sich die vermieteten Objekte verstreut in einem Dorf befinden.

4. Abrechnung, Zahlungen und Verzeichnisse

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

5. Gültigkeitsdauer

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

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

Version vom 30.7.2014

12/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a
Zusatz CFDC _____

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

23/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC _____

21. Auch Gastrosuisse wandte sich gegen eine ihrer Meinung nach drohende rund zweijährige Rückwirkung des Tarifs. Die Rechtsnatur der Tarifverhandlungen sei umstritten, mit Bezug auf die Rückwirkung müsse aber den Regeln des öffentlichen Rechts zur sogenannten echten Rückwirkung gefolgt werden, oder diese müssten zumindest als Auslegungshilfe herangezogen werden. Die Voraussetzungen, die eine echte Rückwirkung ausnahmsweise erlaubten, lägen nicht vor. Der Fall sei mit der Konstellation im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren B-1769/2010 oder dem Verfahren betreffend den Tarif GT 3c nicht vergleichbar. Des Weiteren habe die ehemalige RKGE in einem Entscheid vom 25. März 1999 eine Rückwirkung, die über einige Wochen hinausgehe, für ein Verteilreglement ausgeschlossen. Die rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs komme daher umso weniger in Betracht. Auch ein Vergleich mit dem Beschluss der ESchK vom 17. November 2011 GT 4e rechtfertige eine rückwirkende Inkraftsetzung im vorliegenden Fall nicht, weil in jenem Verfahren die Rechtsgrundlage für einen Tarif nicht grundsätzlich bestritten worden sei. Die Bejahung der Rückwirkung würde dazu führen, dass die Verwertungsgesellschaften inskünftig im Voraus rückwirkende Forderungen anbringen könnten, ohne dass die grundsätzliche Frage nach einer Vergütungspflicht verbindlich und abschliessend geklärt sei. So habe Gastrosuisse das Schreiben der Verwertungsgesellschaften vom 16. Dezember 2013 zuhanden der Mitglieder von Gastrosuisse bewusst nicht an die eigenen Verbandsmitglieder verbreitet, weil der Verband davon überzeugt gewesen sei, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für den Tarif fehle und die Verbandsmitglieder nicht unnötig in Aufruhr versetzt werden sollten.

22. Das BGer hat in BGE 133 II 263 E. 11.3 die Frage nach einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen offen gelassen, wenn auch eine solche im konkreten Verfahren nicht beschlossen. Bei der Entscheidung sind sowohl die Sach- als auch die Rechts- und Interessenlage des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGE 133 II 263 E. 11.2). In diesem Urteil hat das BGer die Prüfkriterien der sogenannten echten Rückwirkung von Erlassen des allgemeinen Verwaltungsrechts (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, N 331) nicht explizit angewandt. Vielmehr scheint es sich um eine Prüfung sui generis zu handeln, bei der im Rahmen der Rechts-, Interessen-, und Sachlage namentlich zwei Kriterien massgeblich sind: Einerseits ist es das Kriterium der Vorhersehbarkeit der Vergütungspflicht, andererseits dasjenige der Zumutbarkeit für die (nach Durchlaufen des Instanzenzugs) vergütungspflichtigen Rechtssubjekte, die erforderlichen Rückstellungen zu tätigen. Die Prüfkriterien, wonach Rückwirkungen keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirken und keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte darstellen.

25/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC

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

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

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

26/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC

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

24. Das BVGer hat im Urteil B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 Tarif A Fernsehen Swissperform den betreffenden Tarif rückwirkend über die Dauer von zwei Jahren auf den 1. Januar 2010 ohne ausführliche Begründung in Kraft treten lassen. In den Zwischenverfügungen B-2210/2012 vom 24. Mai 2012, E. 9.2, GT 4e [2010–2011] und B-2099/2011 vom 13. Februar 2012, E. 2.2, GT 3c [2011–2014] erteilte das BVGer die aufschiebende Wirkung mit der Begründung, eine Abrechnung über die geschuldeten Vergütungen für die Zeitspanne

27/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC

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

25. Die Schiedskommission hat in ihrem Beschluss vom 17. November 2011 betreffend den GT 4e [2010–2011], N 155 f. erstmals die rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs genehmigt (Beschluss der Schiedskommission vom 17. November 2011 betreffend GT 4e [2010–2011], N 152). Das Vorbringen seitens Hotelleriesuisse, dass die Schiedskommission mit einer Genehmigung des GT 3a Zusatz einschliesslich dessen Inkraftsetzung per 1. Januar 2013 eine unzulässige Praxisänderung vornehme, ist unzutreffend. Allerdings hatte die Schiedskommission vor ihrem Beschluss vom 17. November 2011 die Praxis verfolgt, für vergangene, aufgrund eines tariflosen Zustands nicht vergütete Nutzungen einen Ausgleich in einem nachfolgenden Tarif vorzusehen. Der Grund für entsprechende Zuschläge lag darin, dass die Hersteller und Importeure die Vergütungen bei einer rückwirkenden Inkraftsetzung der sogenannten Leerträgertarife nicht mehr auf die eigentlichen Nutzer hätten überwälzen können (Beschluss der ESchK vom 17. November 2011 betreffend GT 4e [2010–2011], N 149). Aber auch diese Art der Kompensation für vergütungsfreie Nutzungsperioden wird mitunter als unzulänglich bezeichnet (vgl. SALVADÉ, a.a.O., Art. 46 URG N 17).

26. Das Schrifttum steht einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen bejahend gegenüber (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 46 N 11; GOVONI/STEBLER, a.a.O., N 1371, 1490; VIN-CENT SALVADÉ, in: de Werra/Gilliéron [Hrsg.], Commentaire Romand, Propriété intellectuelle, 2013, Art. 46 URG N 17). Dabei spielt es gemäss BREM/SALVADÉ/WILD eine Rolle, ob die Entschädigungen im Zeitpunkt der Nutzung für die Verpflichteten in ihrer Höhe schon vorhersehbar waren, und ob die Nutzer bzw. ihre Organisationen das Verfahren ungebührlich verzögert haben (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 46 N 8, mit Hinweis auf das Urteil des BGer 2A.142/1994; 2A.173/1994; 2A.174/1994 vom 24. März 1995, E. 15 GT 4). Nach MEIER wäre die grundsätzliche Ablehnung einer rückwirkenden Inkraftsetzung von Tarifen auch unvereinbar mit den konventionsrechtlichen Verpflichtungen, die die Schweiz eingegangen ist, sofern keine anderen Möglichkeiten bestehen, um eine entschädigungslose Nutzungsperiode auszugleichen (MEIER, a.a.O., N 275). Seinen Ausführungen ist auch zu entnehmen, dass sich die Frage der rückwirkenden Inkraftsetzung bei der Inanspruchnahmen von absoluten Rechten eigentlich gar nicht stellen sollte. In diesem Fall sind die Nut-

28/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC

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

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

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

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

29/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC

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

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

29. Die Notwendigkeit, dass die betroffenen Nutzer für die Jahre 2013 und 2014 entsprechende Rückstellungen hätten vornehmen müssen, kann nicht als unzumutbar bezeichnet werden, selbst wenn die jeweiligen Nutzverbände die Frage nach der gesetzlichen Grundlage legitimer Weise zum Gegenstand von Beschwerden an das BVGer gemacht haben.

30/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC

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

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

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

31. Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern eine rückwirkende Inkraftsetzung des GT 3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 zu Wettbewerbsverzerrungen oder stossenden Rechtsungleichheiten führen sollte. Auch ein Eingriff in wohlerworbene Rechte droht dadurch nicht. Eine rückwirkende Inkraftsetzung per 1. Januar 2013 unter Würdigung der 31/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC

gesamten Rechts-, Sach- und Interessenlage ist damit nicht als unverhältnismässig zu qualifizieren. Dabei ist auch darauf hinzuweisen, dass das BVGer bereits schon einmal eine rückwirkende Inkraftsetzung im selben Umfang von rund zwei Jahren gewährt (Urteil des BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012, E. 1.2 Tarif A Fernsehen [Swissperform]).

32. Im Ergebnis ist auch Ziff. 5 des GT 3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 zu genehmigen, was eine rückwirkende Inkraftsetzung des GT 3a Zusatz per 1. Januar 2013 bewirkt.

33. Hotelleriesuisse beantragte in Ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2014 den Beizug der Akten aus dem Beschwerdeverfahren vor dem BVGer B-6540/2012 GT 3a Zusatz unter Berücksichtigung aller darin von ihr vorgebrachten Argumente. Es drängt sich auf, diesen Antrag nach dem Rückweisungsentscheid des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014 analog zur verfahrensrechtlichen Handhabung von Verweisen auf Schriftstücke und Eingaben an Vorinstanzen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu handhaben. Solche Verweise sind nur zulässig, wenn sich die konkreten Vorbringen daraus klar erkennen lassen oder sich auf eindeutig bezeichnete Teile der betreffenden Eingabe(n) beziehen (vgl. Urteil des BVGer B-5840/2010 vom 22. Mai 2012, E. 2). Vorliegend ist weder das eine noch das andere der Fall, weshalb der globale Verweis von Hotelleriesuisse nicht zu berücksichtigt werden kann. Ein Beizug der Akten aus dem betreffenden Beschwerdeverfahren erscheint mitunter deshalb ausgeschlossen, weil das BVGer die als Beweismittel dienenden Beilagen nach der rechtskräftigen Erledigung der Verfahren an die Verfahrensbeteiligten zurückzusenden pflegt. Es ist davon auszugehen, dass dies im Nachgang zum Urteil des BVGer B-6540/2012 vom 14. März 2014 bis zum 2. Oktober 2014 geschehen ist. Dabei kann die Frage offen gelassen werden, ob die Schiedskommission überhaupt über die rechtliche Möglichkeit verfügen würde, entsprechende Verfahrensakten beim BVGer als Beschwerdeinstanz zu edieren. Der entsprechende Antrag auf Beizug und Berücksichtigung von Hotelleriesuisse ist aus diesen Gründen abzulehnen.

34. Im Ergebnis ist der Antrag der fünf Verwertungsgesellschaften vom 30. Juli 2014 auf Genehmigung des GT 3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 zu genehmigen und sämtliche Gegenanträge von Gastrosuisse, Hotelleriesuisse und STV abzuweisen.

35. Da der GT3a Zusatz in der Fassung vom 30. Juli 2014 in Ziff. 5 vorsieht, dass der Zusatztarif ab dem 1. Januar 2013 gilt, träte mit dem heutigen Genehmigungsbeschluss der Schiedskommission vom 2. März 2015 der Tarif sogleich in Kraft. Dabei sähe sich die 32/33 ESchK CAF Beschluss vom 2. März 2014 betreffend den Gemeinsamen Tarif 3a Zusatz CFDC

solidarisch.

4. Schriftliche Mitteilung an: – die Mitglieder der Spruchkammer – Suissimage, Bern (Einschreiben) – ProLitteris, Zürich (Einschreiben) – SSA, Lausanne (Einschreiben) – SUIISA, Zürich (Einschreiben) – Swissperform, Zürich (Einschreiben) – Gastrosuisse Zürich (Einschreiben) – hotelleriesuisse, vertreten durch Frau RA Nicole Emmenegger, Advokatur Markwalder Emmenegger, Bern (Einschreiben) – H+ Die Spitäler der Schweiz, Bern (Einschreiben) – Konferenz der kant. Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD), Bern (Einschreiben) – Schweizer Tourismus-Verband (STV), Bern (Einschreiben) – die Preisüberwachung (zur Kenntnis)

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

Carlo Govoni Philipp Dannacher

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

¹ Art. 74 Abs. 1 URG in Verbindung mit Art. 33 Bst. f und Art. 37 VGG sowie Art. 50 Abs. 1 VwVG. ² Art. 52 Abs. 1 VwVG.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.