

Abteilung Recht & Internationales

Einschreiben

an die Empfänger gemäss Adressliste

Bern, 7. Juni 2011

Direktwahl +41 31 377 72 23
Ihr Zeichen

Unser Zeichen 661.21/Mey
Ihre Nachricht vom

GT 3a - Einzug von Vergütungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen; Verfügung

Sehr geehrte Damen und Herren

1. Am 8. März 2011 hat ein Ferienwohnungsbesitzer telefonisch die Aufsichtsbehörde kontaktiert und sich über die Rechtmässigkeit eines Billag-Inkassos gestützt auf den Gemeinsamen Tarif 3a erkundigt. Der Ferienwohnungsbesitzer macht geltend, es handle sich hierbei um einen Anwendungsfall des vergütungsfreien urheberrechtlichen Privatgebrauchs (Art. 20 Abs. 1 URG).
2. Am 23. März 2011 reichte die GastroSuisse eine Aufsichtsbeschwerde ein gegen die fünf am Gemeinsamen Tarif 3a (GT 3a) beteiligten Verwertungsgesellschaften Suisa, Swissperform, Suissimage, ProLitteris und SSA mit dem Begehren, es seien diese Verwertungsgesellschaften anzuweisen, Vergütungen gestützt auf den GT 3a weiterhin gemäss der langjährigen, bis Januar 2011 angewandten Praxis einzuziehen.
3. Die GastroSuisse macht geltend, der in Kraft stehende GT 3a beziehe sich auf die allgemeine Hintergrundunterhaltung in öffentlichen Räumen und auf ‚Music on hold‘ bei Telefonanlagen. Bis Januar 2011 hätten die Verwertungsgesellschaften respektiert, dass in der Schweiz umstritten und gerichtlich nicht geklärt sei, ob auch der Allgemeinheit nicht zugängliche Hotelzimmer zur allgemeinen Hintergrundunterhaltung zu zählen seien, oder ob es sich hierbei um einen entschädigungsfreien Privatgebrauch handle. Aus diesem Grund sei hierfür auf einen Vergütungseinzug verzichtet worden. Der nun erfolgende Einzug von Vergütungen gestützt auf den GT 3a auch für Hotelzimmer sei aus fünf Gründen unzulässig.

Erstens fehle es an einer genügenden Grundlage. Die Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) habe sich zwar bei der Prüfung der Tarife ‚GT 3a Radio und Tonträger‘ und ‚GT 3a TV‘ mit dem Einbezug von Hotelzimmern einverstanden gezeigt, diese Tarife seien aber nicht genehmigt worden, so dass nach wie vor der bisherige GT 3a gelte, der Hotelzimmer nicht berücksichtige.

Zweitens führe dieses Vorgehen zu einer Verletzung der Pflicht zur Verwertung nach festen Regeln. Diese Pflicht sei verletzt, wenn die Verwertungsgesellschaften mitten in der Tarif-

dauer einseitig eine Praxisänderung vornehmen würden, die für gewisse Nutzer eine Zusatzabgabe zur Folge habe.

Drittens sei ein vertrauenswürdiges Verhalten Teil der Pflicht zur ordnungsgemässen Geschäftsführung, insbesondere der Pflicht zur Verwertung nach festen Regeln. Mit ihrem Verhalten hätten die Verwertungsgesellschaften diese Pflicht verletzt, indem sie während der Laufzeit einseitig die Art der Erhebung geändert und indem sie den Eindruck erweckt hätten, die Änderung sei mit Zustimmung der Tarifpartner erfolgt.

Viertens stehe das in GT 3a definierte Repertoire dem Vorgehen der Verwertungsgesellschaften entgegen. Hintergrundunterhaltung habe eine begleitende, ergänzende nebensächliche Funktion. Das sei bei einer Nutzung in Hotelzimmern nicht der Fall, weswegen diese Nutzung im Tarif konkret aufgeführt sein müsse.

Fünftens sei die von den Verwertungsgesellschaften beantragte Ausdehnung des Repertoires auf Art. 22 URG nicht genehmigt worden. Zudem würde im vorliegenden Fall nicht Art. 22 Abs. 1 URG zur Anwendung kommen, sondern Art. 22 Abs. 2. Bei Art. 22 Abs. 2 URG handle es sich aber um eine Schranke des Urheberrechts, die Verbots- wie auch Entschädigungsansprüche ausschliesse.

4. Mit E-Mail vom 9. März 2011 stellte die Aufsichtsbehörde der Suisa als Vertreterin der Verwertungsgesellschaften beim GT 3a Fragen zum Vergütungseinzug bei Ferienwohnungen und mit Schreiben vom 4. April 2011 wurde den Verwertungsgesellschaften Frist zur Stellungnahme zur Aufsichtsbeschwerde der GastroSuisse bis am 4. Mai 2011 eingeräumt.
5. Nach Rücksprache mit der Swisssperform und der Suissimage nahm die Suisa mit E-Mail vom 25. März 2011 zum Vergütungseinzug bei Ferienwohnungen Stellung. Unter Verweis auf CHRISTOPH GASSER, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, 1997, 64 hielt sie fest, dass eine entgeltliche Überlassung einer Ferienwohnung nie privat sei. Aus Gleichbehandlungsgründen seien Ferienwohnungen, die vermietet werden, wie Hotels zu behandeln. Die Ferienwohnungen seien in den Tarifverhandlungen nicht thematisiert worden, weil nur ein sehr kleiner Teil der Nutzer im GT 3a Vermieter von Ferienwohnungen seien. Auch sei kein Verband der Ferienwohnungsvermieter in den Verhandlungen zum GT 3a beigezogen worden.
6. Die Antwort der Verwertungsgesellschaften auf die Aufsichtsbeschwerde der GastroSuisse ging innert Frist am 3. Mai 2011 ein. Die Verwertungsgesellschaften beantragen eine Abweisung der Beschwerde aus den nachfolgenden Gründen. Die GastroSuisse habe kein schutzwürdiges Interesse, weil sie ihren Standpunkt bereits im Tarifgenehmigungsverfahren habe einbringen können. Die Verweigerung der Genehmigung der Tarife ‚GT 3a Radio und Tonträger‘ und ‚GT 3a TV‘ durch die ESchK sei nicht an der Vergütungspflicht für Hotelzimmer und Ferienwohnungen gescheitert. Vielmehr habe die ESchK in ihrem Entscheid ausdrücklich festgehalten, dass es sich hierbei nicht um einen vergütungsfreien Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG handle. Die Verwertungsgesellschaften hätten deshalb vor der Wahl gestanden, entweder eine Lizenzierung gestützt auf den geltenden Tarif vorzunehmen, oder die betreffenden Nutzungen zu verbieten. Die Verwertungsgesellschaften hätten einer Lizenzierung den Vorzug gegeben.
7. Die ESchK erachtet es gemäss Schreiben vom 29. April 2011 als unmöglich, ausserhalb eines neuerlichen Genehmigungsverfahrens Stellung dazu zu nehmen, ob der von ihr in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen geprüfte und mit Beschluss vom 4. Dezember 2007 genehmigte GT 3a eine rechtsgenügeliche Grundlage für den Einzug von Vergütungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel- und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen darstellt.

Das Institut als Aufsichtsbehörde (Art. 52 URG) hat die Aufsichtsbeschwerde geprüft und kommt zu folgendem Schluss:

8. In beiden Fällen wird sinngemäss dasselbe verlangt, nämlich die Verwertungsgesellschaften seien anzuweisen, den geltenden, über seine eigentliche Laufzeit bis zum 31. Dezember 2013 verlängerten GT 3a nicht neu auch auf Hotelzimmer, beziehungsweise Ferienwohnungen anzuwenden. Zudem überschneiden sich die Begründungen der beiden Aufsichtsbeschwerden. Aus Gründen der Verfahrensökonomie erscheint es deshalb sinnvoll, die beiden Verfahren gemeinsam zu behandeln.
9. Die Aufsichtsbeschwerde im Bereich der kollektiven Verwertung ist keine Aufsichtsbeschwerde nach Art. 71 VwVG, weil es sich bei den Verwertungsgesellschaften um Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung handelt (IGE vom 5.7.2002 SRG/Swissperform; BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 3.A. 2008, Art. 53 N 3). Art. 71 VwVG findet jedoch analoge Anwendung, da sie demselben Zweck dient. Die Aufsichtsbeschwerde nach Art. 71 VwVG ist kein Rechtsmittel, sondern ein Rechtsbehelf (STEFAN VOGEL, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (Hrsg.), VwVG, 2008, Art. 71 N 5). Sie hat den Zweck, den Kenntnisstand der Aufsichtsbehörde zu erweitern und ihr so zu helfen, ihre Aufsichtstätigkeit auszuüben. Die Aufsichtsbehörde wird, der Untersuchungsmaxime wegen, in der Folge selbstständig tätig (STEFAN VOGEL, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (Hrsg.), VwVG, 2008, Art. 71 N 4). Die GastroSuisse ist somit nicht verpflichtet, ein schutzwürdiges Interesse darzutun. Es steht der Aufsichtsbehörde frei, selbst gestützt auf eine mangelhafte Eingabe, tätig zu werden. Das Institut wird regelmässig tätig, wenn eine Eingabe nicht offensichtlich haltlos ist.

Der Aufsichtsbehörde ist ein Tätigwerden jedoch verwehrt, wenn dem Beschwerdeführer ein Rechtsmittel zur Verfügung steht. Die Verwertungsgesellschaften sind der Auffassung, dass vorliegend auf eine Anhandnahme bezüglich der Aufsichtsbeschwerde der GastroSuisse zu verzichten sei, weil die GastroSuisse als Tarifpartei ihren Standpunkt bereits im Tarifgenehmigungsverfahren habe einbringen können. Der in Kraft stehende Tarif GT 3a wurde von der ESchK mit Beschluss vom 4. Dezember 2007 genehmigt. Vorliegend geht es aber nicht um eine Nutzung, die im Rahmen des damaligen Tarifverfahrens verhandelt wurde, sondern um die Erhebung einer Vergütung für die Nutzung von Sendungen in Hotel- und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen. Es ist unbestritten, dass diese Nutzung nicht Gegenstand des Tarifverfahrens war, das seinerzeit zur Genehmigung dieses Tarifs geführt hat. Die GastroSuisse konnte deshalb ihren Standpunkt zur Erhebung einer Vergütung für die Nutzung von Sendungen in Hotel- und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen im fraglichen Tarifgenehmigungsverfahren nicht einbringen und eine Anfechtung des Genehmigungsbeschlusses wäre im Zeitpunkt der von den Verwertungsgesellschaften vorgenommenen Praxisänderung auch nicht mehr möglich gewesen. Zu prüfen ist somit weder der Tarif an sich noch Aspekte des Tarifverfahrens, sondern die Frage, ob der von den Verwertungsgesellschaften vorgenommene Praxiswechsel mit den Grundsätzen der Geschäftsführung (Art. 45 URG) vereinbar ist.

10. Die Aufsichtsbehörde hat indessen nicht zu prüfen, ob eine Nutzung im Tarif konkret aufzuführen ist und ob eine genügende gesetzliche Grundlage für die Verwertung besteht. Die Frage der formalen Ausgestaltung wie auch die Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage sind von der ESchK zu prüfen (Art. 59 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 URV, bzw. BGer vom 8. November 2002, sic! 2003, 323 E. 1.2 „Tonbildträger“).
11. Zu den Grundsätzen der Geschäftsführung gehört die Verwertung nach festen Regeln (Art. 45 Abs. 2 URG). Die Pflicht der Verwertung nach festen Regeln gilt auch gegenüber Dritten und wird in dieser Hinsicht durch die Tarifpflicht (Art. 46 URG) konkretisiert (HGer AG vom 5. Juni 2007, sic! 2008, 26 E. 3.4 „Weitersenderecht I“). Verwertungsgesellschaften können die Geltendmachung der in Art. 40 URG aufgezählten ausschliesslichen Rechte und Vergütungsansprüche deshalb nur gestützt auf einen durch die ESchK genehmigten und veröffentlichten Tarif vornehmen (BARRELET/EGLOFF, Art. 46 N 10). Die Verwertungsgesellschaften sind in ihrer Freiheit beschränkt, was die Ausübung und Durchsetzung von Rechten an-

geht, die in ihre Verwertungshoheit fallen (HGer AG vom 5. Juni 2007, sic! 2008, 26 E. 3.4 „Weitersenderecht I“).

12. Die ESchK hat in den Erwägungen zu ihren Entscheiden vom 26. März 2010 „GT 3a Radio und Tonträger“ und „GT 3a TV“ festgehalten, dass es sich bei den Nutzungen in Sitzungs-, Hotel- und Spitalzimmern nicht um einen vergütungsfreien Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG handle, sondern um ein Wahrnehmbarmachen von Sendungen gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. f, Art. 33 Abs. 2 Bst. e, Art. 35 Abs. 1 oder Art. 37 Bst. d URG. Den entsprechenden Erwägungen ist auch zu entnehmen, dass diese ausschliesslichen Rechte gemäss Art. 22 Abs. 1 URG über die konzessionierten Verwertungsgesellschaften wahrzunehmen sind (Entscheidung vom 26. März 2010 „GT 3a Radio und Tonträger“, E. 4 und vom 26. März 2010 „GT 3a TV“, E. 5). Die fraglichen Tarife wurden jedoch von der ESchK nicht genehmigt. Damit fehlt den Verwertungsgesellschaften eine rechtskräftige Tarifgrundlage, die auch im Hinblick auf die Erhebung einer Vergütung für die Nutzung von Sendungen in Hotel- und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen verhandelt und von der ESchK auf ihre Angemessenheit überprüft wurde.

Bei dieser Ausgangslage haben die Verwertungsgesellschaften keine Wahlmöglichkeit, diese Vergütung entweder gestützt auf den in Kraft stehenden GT 3a wahrzunehmen oder bis zum Vorliegen eines genehmigten Spezialtarifs von ihrem Verbotsgeschäft Gebrauch zu machen. Indem sich die Verwertungsgesellschaften dazu entschieden haben, diese Vergütung gestützt auf den in Kraft stehenden GT 3a wahrzunehmen, haben sie die Pflicht zur Verwertung nach festen Regeln (Art. 45 Abs. 2 URG) verletzt.

Wird einem neuen Tarif die Genehmigung durch die ESchK verweigert und der alte Tarif verlängert, können die Verwertungsgesellschaften zusätzliche Nutzungen, die sie mit dem neuen Tarif erfassen wollten, nicht einfach unter den bestehenden Tarif subsumieren. Die fragliche Nutzung ist in dem in Kraft stehenden GT 3a nicht ausdrücklich enthalten und auch wenn bei der Anwendung von Tarifen ein gewisser Interpretationsspielraum besteht, geht eine solche Subsumtion über den gewährten Spielraum hinaus. Die fragliche Nutzungsart war nicht Gegenstand der Verhandlungen mit den massgeblichen Nutzerverbänden, die zum in Kraft stehenden GT 3a führten. Im Falle der Wahrnehmbarmachung in Ferienhäusern und Ferienwohnungen erfolgte nicht einmal eine Verhandlung mit den massgeblichen Nutzerverbänden. Die fragliche Nutzungsart hat damit auch nicht Gegenstand der Tarifgenehmigung durch die ESchK sein können und sie wurden bis anhin auch nicht abgegolten. Auch dem Verlängerungsbeschluss der ESchK ist nicht zu entnehmen, dass der bisherige Tarif neu auf die fraglichen Nutzungen Anwendung finden soll.

Die Verwertungsgesellschaften haben mit ihrem Vorgehen das Tarifverfahren unterlaufen. Die fraglichen Nutzungen werden vom geltenden GT 3a nicht erfasst, weil weder über die fragliche Nutzungsart verhandelt wurde noch der Tarif hinsichtlich der diesbezüglichen Rechtswahrnehmung von der ESchK auf seine Angemessenheit überprüft wurde. Damit fehlt es an einer für die vorgesehenen Verwertungshandlungen rechtsgenügenden Tarifgrundlage.

13. Zudem werden die Verwertungsgesellschaften in Bezug auf Ferienhäuser und Ferienwohnungen bei der Wahrnehmung des Inkassos durch die Billag AG Sorge zu tragen haben, dass trotz der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte in Art. 68 Abs. 2 RTVG (Haushalt) und in Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG der urheberrechtliche Privatgebrauch frei bleibt. Die Suisa scheint von einer Kongruenz des Kreises der Vergütungspflichtigen auszugehen, weil die Vermietung auch an nächste Familienmitglieder nicht unter den Privatgebrauch falle. Sie lässt indessen ausser Acht, dass nach dem Anknüpfungspunkt in Art. 68 Abs. 2 RTVG eine Empfangsgebührenpflicht bestehen könnte, beim unentgeltlichen Überlassen einer Ferienwohnung an Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde, die

aber nicht im gleichen Haushalt leben. Diese Fallkonstellation fällt beim Urheberrecht indes-
sen unter den vergütungsfreien Privatgebrauch. Selbst wenn sich die Rechtsauffassung der
Suisa, dass die Vermietung auch an nächste Familienmitglieder nicht unter den Privatge-
brauch falle, als korrekt erweisen sollte, bestehen somit Fallkonstellationen bei denen sich
eine Empfangsgebühr gestützt auf das RTVG rechtfertigen liesse, nicht aber eine Urheber-
rechtsvergütung.

14. Bei diesem Ausgang der Untersuchung sind die Gebühren von CHF 2'970.-- von den betei-
ligten Verwertungsgesellschaften Suisa, Swissperform, Suissimage, ProLitteris und SSA zu
übernehmen.

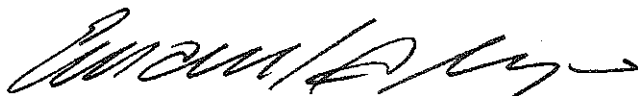
Demnach wird gestützt auf Art. 53 URG, Art. 54 URG und Art. 13 IGEG, Art. 1 und Art. 2 Abs. 1
und 3 IGE-GebO i.V.m. dem Anhang zur IGE-GebO, Kapitel Va

verfügt:

1. Die am GT 3a beteiligten Verwertungsgesellschaften Suisa, Swissperform, Suissimage,
ProLitteris und SSA werden angewiesen, bis zum Vorliegen einer rechtsgenügenden Tarif-
grundlage auf den Einzug von Vergütungen für die Radio- und Fernsehnutzung in Hotel-
und Spitalzimmern sowie in Ferienhäusern und Ferienwohnungen zu verzichten.
2. Den beteiligten Verwertungsgesellschaften Suisa, Swissperform, Suissimage, ProLitteris
und SSA werden je Gebühren in der Höhe von CHF 594.-- auferlegt.

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann gemäss Art. 74 URG innert 30 Tagen
nach ihrer Eröffnung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht geführt werden. Die Be-
schwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Un-
terschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung der an-
gefochtenen Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, so-
weit der Beschwerdeführer sie in Händen hat (Art. 52 VwVG).

Mit freundlichen Grüssen



Emanuel Meyer

Leiter Rechtsdienst Urheberrecht und verwandte Schutzrechte

Beilagen

- *Einzahlungsschein*
- *Verwaltungsaufwand*

ProLitteris Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft
für Literatur und bildende Kunst, Genossenschaft
Herrn Dr. Ernst Hefti, Direktor, RA
Universitätstrasse 100
8006 Zürich

SOCIETE SUISSE DES AUTEURS, SOCIETE COOPERATIVE (SSA)
M. Jean Cavalli, Directeur
Rue Centrale 12/14
Case postale 7463
1002 Lausanne

SUISA
Herrn Andreas Wegelin, Generaldirektor
Bellariastrasse 82
Postfach 782
8038 Zürich

Suissimage
Herrn Dieter Meier, Geschäftsführer
Neuengasse 23
3000 Bern

SWISSPERFORM
Herrn Poto Wegener, Direktor
Kasernenstrasse 23
Postfach 1868
8021 Zürich