



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Beschluss vom 5. Dezember 2011

betreffend den Gemeinsamen Tarif 4e (GT 4e 2012 - 2013)

Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Mit Eingabe vom 29. Juni 2011 haben die fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs (SSA), SUIISA, Suissimage sowie Swissperform unter der Federführung der SUIISA der Schiedskommission einen *Gemeinsamen Tarif 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) in der Fassung vom 24. Juni 2011 zur Genehmigung unterbreitet. Gemäss Antrag der Verwertungsgesellschaften soll dieser Tarif am 1. Januar 2012 in Kraft treten mit einer Gültigkeitsdauer bis Ende 2013.

2. Der Tarif sieht eine Vergütung auf Speichermedien in Mobiltelefonen vor, die zum privaten Überspielen urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen verwendet werden (so genannte 'Musikhandys'). Gemäss Angaben der Verwertungsgesellschaften wurde der vorgelegte *GT 4e* mit den folgenden Verhandlungspartnern verhandelt: dem Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer DUN, dem Verband der Schweizer Unternehmen Economiesuisse, dem Schweizerischen Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik SWICO (heute: Der Wirtschaftsverband für die digitale Schweiz), dem Schweizerischen Verband der Streaming Anbieter (Swisstream) und der Stiftung für Konsumentenschutz (SKS), welche die Konsumentenorganisationen *associazione consumatrici della svizzera italiana (acsi)*, *Fédération Romande des Consommateurs (FRC)* sowie das Konsumentenforum (Kf) vertritt (vgl. vorne S. 2).
- 2.1. Zu den Verhandlungen geben die Verwertungsgesellschaften an, dass insgesamt fünf Verhandlungssitzungen durchgeführt wurden, an denen nebst dem *GT 4e* auch der *GT 4d* behandelt worden sei, da in beiden Tarifen die Verhandlungspartner identisch seien. Dabei sei nicht nur über einen *GT 4e* mit Gültigkeitsbeginn ab 2012 verhandelt worden, sondern auch über die Möglichkeit, das noch hängige Genehmigungsverfahren betreffend den Vorgängertarif *GT 4e* (2010–2011) mit einer Einigungslösung zu beenden. Es wird auch darauf hingewiesen, dass bei Verhandlungsbeginn die Beschwerde gegen den Beschluss der Schiedskommission vom 18. März 2010 betreffend den *GT 4e* (2010-2011) noch vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig war. Der Vorschlag der Verwertungsgesellschaften, den Vorgängertarif zu verlängern, sei jedoch von den Nutzerverbänden abgelehnt worden. In der Folge seien drei alternative Tarifvarianten ('alte Definition', 'alle mp3', 'ab 2 GB') diskutiert worden.
- Die Verwertungsgesellschaften führen aus, dass der DUN bei Verhandlungsbeginn von ihnen verlangt habe, Einnahmen der schweizerischen und ausländischen Verwertungsgesellschaften von Online-Verkäufen in der Schweiz zu melden. Die SUIISA habe diese Anfrage mit E-Mail vom 24. März 2011 mit Angaben über die eigenen Einkünfte beantwortet und darauf hingewiesen, dass sie nicht in der Lage sei, Auskünfte über die entsprechenden Einnahmen ausländischer Verwertungsgesellschaften zu liefern.

- 5 Über die von den Verwertungsgesellschaften in Auftrag gegebene Studie des Instituts GfS über das Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys von September 2010 (GfS-Studie 2010) sei an einer Verhandlungssitzung diskutiert worden. Auf Verlangen der Nutzerverbände habe das GfS-Institut schriftlich zusätzliche Informationen geliefert.
- 6 Die Verwertungsgesellschaften erwähnen, dass sie anlässlich der zweiten Verhandlungssitzung vom 6. April 2011 die Nutzerverbände um Marktdaten zur Berechnung der Vergütungshöhe ersuchten. Swisstream habe diese Zahlen erst an einem Freitagabend im Hinblick auf die am folgenden Montag stattfindende vierte Sitzung vom 6. Juni 2011 geliefert.
- 7 Obschon gestützt auf diese Zahlen an den letzten zwei Sitzungstagen intensiv verhandelt worden sei, habe letztlich keine Einigung zwischen den Verhandlungspartnern erzielt werden können. Trotz des Scheiterns dieser Gespräche sind die Verhandlungen nach Auffassung der Verwertungsgesellschaften mit der gebotenen Einlässlichkeit geführt worden.
- 8 2.2. Der *GT 4e* soll - so die Verwertungsgesellschaften - die gemäss Art. 20 Abs. 3 URG geschuldete Leerträgervergütung für das private Kopieren urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen auf Mobiltelefone mit eingebautem oder auswechselbarem Speichermedium regeln. Dazu geben sie an, dass im vorgelegten Tarif im Vergleich zum Tarifantrag vom 16. März 2010 betreffend den *GT 4e* (2010 – 2011) folgende Bestimmungen geändert wurden: Ziff. 1.1 (Gegenstand des Tarifs), Ziff. 1.3 (vom Tarif ausgeschlossene Träger), Ziff. 3 (Vertretung), Ziff. 4.1 und 4.2 (Vergütung), Ziff. 4.3 (Mehrwertsteuer) sowie die Ziff. 9 (Gültigkeitsdauer). Die Definition des Tarifgegenstandes (Ziff. 1.1) entspreche dem während den Verhandlungen diskutierten Tarifvorschlag 'alle mp3'. Die auf Verlangen der Nutzer eingefügte Ziff. 1.3 präzisiere, dass der Tarif auf Tablet-PCs wie iPads nicht zur Anwendung kommt.
- 9 2.3. Bezüglich dem Art. 20 Abs. 3 URG als gesetzliche Grundlage für die geltend gemachte Vergütung verweisen die Verwertungsgesellschaften sowohl auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 19. Juni 2007 betreffend mp3-Player (BGE 133 II 263) wie auch auf die im Ständerat im Rahmen der Revision des Urheberrechtsgesetzes geführte Debatte (AB SR 2006, S. 1204). Gemäss dem genannten Bundes-

gerichtsentscheid würden diejenigen Träger von der Leerträgervergütung erfasst, die 'wegen des ihnen zugedachten Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungs- oder Wiedergabeeigenschaften für die Aufzeichnung geschützter Werke bestimmt sind und wahrscheinlich dafür verwendet werden'. Die Multifunktionalität eines Trägers schliesse demnach die Vergütung für die Privatkopie nicht aus. Das Bundesgericht habe sich in seinem Entscheid - entgegen der Auffassung der Nutzerverbände - nicht gegen die Tarifpflicht multifunktionaler Träger ausgesprochen, deren hauptsächlichlicher Zweck nicht die Wiedergabe von Audio- und audiovisuellen Werken ist. Es stelle sich vielmehr die Frage, ob mit den multifunktionalen Geräten die Bedürfnisse der Konsumenten, die Musik und Filme kopieren wollen, befriedigt werden. Eine derartige Nutzung müsse wahrscheinlich sein, d.h. der Träger wird mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit tatsächlich für solche Vervielfältigungshandlungen genutzt. Dabei sei es nicht von Bedeutung, dass das Gerät auch zu anderen – möglicherweise hauptsächlichlichen - Zwecken genutzt werde. Die Multifunktionalität eines Gerätes könne zwar Einfluss auf die Vergütungshöhe nehmen, nicht aber auf die gesetzliche Grundlage. Gemäss der GfS-Studie 2010 hat das Mobiltelefon für 56,5 Prozent der Befragten den mp3-Player ersetzt. 28,5 Prozent der Schweizer Bevölkerung haben bereits Werke von Dritten auf das eigene Mobiltelefon gespeichert. 42,86 Prozent des verwendeten Speichers ist mit Musik und 5,84 Prozent mit audiovisuellen Werken belegt. Gemäss den Verwertungsgesellschaften würden diese Erhebungen des GfS-Instituts belegen, dass Mobiltelefone tatsächlich zur Vervielfältigung von geschützten Werken genutzt werden, womit die von der Rechtsprechung aufgestellte Anforderung der 'Wahrscheinlichkeit' einer urheberrechtlichen Nutzung gemäss Art. 20 Abs. 3 URG erfüllt sei. Ausserdem würde eine Einschränkung des Entschädigungsanspruchs aus Art. 20 Abs. 3 URG alleine aufgrund der Multifunktionalität eines Trägers die konventionsrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz verletzen. Die Leerträgervergütung sei Voraussetzung, dass die zulässige Privatkopie im Sinne von Art. 19 URG mit den von der Schweiz geschlossenen Verträgen vereinbar sei.

10

Die Verwertungsgesellschaften sind weiter der Auffassung, dass für das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage keineswegs eine überwiegende Speicherbelegung mit geschützten Werken vorausgesetzt wird. Eine Massennutzung urheberrechtlich geschützter Werke liege vor, wenn eine grosse Anzahl an Geräten verkauft wird, so dass viele Personen diese zur Privatkopie einsetzen. Die Zusammensetzung der

Speicherbelegung widerspiegle lediglich die mannigfaltigen Bedürfnisse der Konsumenten. Sie verweisen auf die Studien der GfS, die belegen würden, dass Mobiltelefone heute die meist genutzten Geräte für Privatkopien sind.

- 11 2.4. Die Verwertungsgesellschaften sind im Übrigen der Auffassung, dass auch zu geschäftlichen Zwecken abgegebene Mobiltelefone der Vergütungspflicht unterliegen. Wenn eine Person ein Mobiltelefon von seinem Arbeitgeber erhält, schliesse dies nicht aus, dass auf diesem Gerät Kopien von urheberrechtlich geschützten Werken und Leistungen zu privaten Zwecken gespeichert würden.
- 12 2.5. Für die Berechnung des Tarifansatzes knüpfen die Verwertungsgesellschaften an den Kosten der Konsumenten für die Privatkopie an, welche sowohl die Kosten für den Leerträger als auch das Aufzeichnungsgerät umfassen. Das Berechnungsmodell der Verwertungsgesellschaften basiert auf dem Verkaufspreis pro Gigabyte der vom *GT 4e* erfassten Geräte, welcher entsprechend den Verkaufszahlen der Geräte gewichtet wird. Dabei gehen sie davon aus, dass der Berechnung der Kosten pro Gigabyte der Preis eines bei einem Händler ohne Abschluss eines Abonnements gekauften Mobiltelefons zugrunde zu legen ist und rechnen gemäss den von Swisstream gelieferten Zahlen mit CHF 39.95 pro Gigabyte für die Privatkopie. Dieser Preis müsse anschliessend durch den Anteil der Speicherungs- und Abspielhandlungen, der ins Verhältnis zu den anderen Nutzungshandlungen wie das Telefonieren oder das Versenden von SMS zu setzen ist, geteilt werden. Auf der Grundlage der ergänzenden GfS-Studie 2011 rechnen die Verwertungsgesellschaften mit folgenden Überspielanteilen: für Musik und Hörbücher (4,3 %), Filme und Sketches (1,8 %) sowie für Klingeltöne (1,5 %). Die Vergütungen werden somit je Werkkategorie festgelegt. Anschliessend wird für jede Kategorie einzeln ein Abzug gemäss Art. 19 Abs. 3^{bis} URG vorgenommen sowie die Prozentzahlen nach Art. 60 Abs. 2 URG zur Anwendung gebracht, allenfalls unter Berücksichtigung der *pro rata temporis* Regel von Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG. Der daraus resultierende Betrag sei aufgrund der langen Verfahrensdauer um CHF 0,05 zu erhöhen. Die zugunsten der Nutzer gerundete Vergütung für Urheberrechte betrage somit CHF 0,29 pro Gigabyte (GB) und für die verwandten Schutzrechte CHF 0,09 pro GB, im Total CHF 0,38 pro GB Speicherkapazität.

- 13 2.6. Die Verwertungsgesellschaften ergänzen diese Berechnungsweise durch Ausführungen zu den Ersparnissen, die der Konsument erzielt, indem er Privatkopien herstellt. Daraus folgern sie, dass eine Ersparnis als Ertrag bei der Berechnung der Vergütungshöhe gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG zu berücksichtigen sei. Sie stellen damit das eigene Berechnungsmodell jedoch nicht in Frage, sondern schliessen daraus, dass die verlangten Vergütungen auch unter diesem Gesichtspunkt angemessen sind.
- 14 3. Mit Präsidialverfügung vom 4. Juli 2011 wurden die Verhandlungspartner der Verwertungsgesellschaften gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV eingeladen zur Tarifeingabe Stellung zu nehmen, und gleichzeitig wurde die Spruchkammer zur Behandlung des *GT 4e* gemäss Art. 57 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 URV eingesetzt.
- 15 3.1. Der DUN verlangte in seiner Stellungnahme vom 15. September 2011, der vorgelegte *GT 4e* sei zur Fortsetzung der Verhandlungen unter Ansetzung einer Verbesserungsfrist zurückzuweisen, da die Verwertungsgesellschaften ihrer Verhandlungspflicht gemäss Art. 46 Abs. 2 URG nicht ausreichend nachgekommen seien. Eventualiter sei der *GT 4e* nur mit Änderungen zu genehmigen. So sei in Ziff. 1.1 Abs. 2 des Tarifs zu ergänzen, dass das Gerät einen Speicher von mindestens 2 GB enthalten muss und die Vergütungshöhe in Ziff. 4.1 sei auf Total CHF 0.043 je GB festzulegen (für Urheberrechte CHF 0.033 je GB, für verwandte Schutzrechte CHF 0.01 je GB). Der DUN stützt diesen Eventualantrag hauptsächlich auf folgende Parameter: Berücksichtigung des effektiven Verkaufspreises (d.h. unter Berücksichtigung der mittels Abonnement vergünstigt abgegebenen Mobiltelefone) bei der Festlegung der Kosten pro Gigabyte, keine Berücksichtigung der Abspielfunktion zur Festlegung des massgeblichen Überspielanteils, dagegen Berücksichtigung des Anteils der geschäftlichen Nutzung sowie eine Auslegung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG, wonach sämtliche Vervielfältigungen von Werken, die aus legalen Download-Shops bezogen werden, von der Vergütungspflicht gemäss Art. 20 Abs. 3 URG auszunehmen sind. Weiter sei auf den Zuschlag für die angeblich lange Verfahrensdauer zu verzichten. Ausserdem beantragt der DUN, die Gültigkeitsdauer des Tarifs bis Ende 2011 (gemeint ist offenbar bis Ende 2012, da der Tarif erst auf anfangs 2012 in Kraft treten soll) zu befristen.

- 16 3.2. Swisststream ersuchte im Hauptbegehren seiner Vernehmlassung vom 15. September 2011 ebenfalls die Rückweisung der Tarifvorlage zu Neuverhandlungen. Eventualiter sei der unterbreitete Tarif nicht zu genehmigen, wobei auch er subeventualiter mit der Genehmigung eines geänderten Tarifs einverstanden ist. Die beantragte Änderung betrifft die Definition des Tarifgegenstands in Ziff. 1.1 Abs. 2. Zudem sei die Vergütungshöhe auf einen Betrag von CHF 0.04 je Gigabyte festzulegen und es sei vorzusehen, dass sich diese Vergütung ein Jahr nach Inkrafttreten des Tarifs um die Hälfte reduziert. Der Tarif soll ausserdem erst drei Monate nach dem schriftlich begründeten Beschluss der Schiedskommission auf Beginn eines Monats in Kraft treten und bis Ende 2013 gelten.
- 17 3.3. Eine Rückweisung des Tarifs wurde auch vom SWICO mit Vernehmlassung vom 15. September 2011 verlangt. Als Eventualantrag wurde die Abweisung der Tarifeingabe beantragt.
- 18 3.4. Economiesuisse verwies in seiner Stellungnahme vom 15. September 2011 im Wesentlichen auf die Eingaben von DUN, SWICO und Swisststream und schloss sich dem Begehren um Abweisung des Tarifs an, mit der Begründung, es fehle dem *GT 4e* an einer Rechtsgrundlage. Bezüglich der Anwendung des Art. 19 Abs. 3^{bis} URG würden die Verwertungsgesellschaften von der unzutreffenden Auffassung ausgehen, dass der Konsument im Rahmen des Downloads in einem ersten Schritt eine Erstkopie und danach eine Folgekopie anfertige. Mit dieser unzutreffenden Sichtweise sei die Problematik der Doppelentschädigung verbunden. Economiesuisse verwies auf die letzte URG-Revision, anlässlich welcher der Gesetzgeber Doppelbelastungen bei Werken, die über On-Demand-Dienste bezogen werden, ausdrücklich vermeiden wollte. Einem Leerträgertarif könne zudem nur zugestimmt werden, wenn die entsprechenden Geräte ausschliesslich oder überwiegend für Kopien urheberrechtlich geschützter Werke bestimmt sind bzw. genutzt werden, wie z.B. beim iPod. Dies sei nicht der Fall, wenn Geräte einen anderen primären Bestimmungszweck haben und nur sekundär über Speichermedien verfügen, um beispielweise Werke, die über iTunes bezogen werden, zu speichern.
- 19 3.5. Auch die Konsumentenorganisationen verlangten mit Stellungnahme vom 15. September 2011, der Tarifantrag der Verwertungsgesellschaften sei zur Fortsetzung der Verhandlungen zurückzuweisen. Eventualiter sei der beantragte *GT 4e* mit Ände-

rungen zu genehmigen. Zur Begründung dieser Anträge verwiesen sie ausdrücklich auf die Eingabe des DUN vom 15. September 2011.

20 4. In der Folge wurde am 22. September 2011 die Tarifeingabe gestützt auf Art. 15 Abs. 2^{bis} des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) dem Preisüberwacher zur Stellungnahme unterbreitet.

21 In seiner Antwort vom 24. Oktober 2011 vertrat der Preisüberwacher die Auffassung, dass die Fragen zur gesetzlichen Grundlage für einen *GT 4e* sowie zur Leerträgerdefinition durch die Schiedskommission zu klären sind. Er beschränkte sich grundsätzlich auf die Kalkulation eines angemessenen Tarifs (vgl. hinten Ziff. II/19), hielt aber zur Bedeutung der Aufnahme- und Abspielfunktion urheberrechtlich relevanter Nutzungen fest, dass gestützt auf die GfS-Studie 2010 nur etwa 20 Prozent der Handybesitzer für das Musikhören primär das Handy anstelle eines mp3-Players nutzen würden. Ausserdem lasse aufhorchen, dass bei den befragten iPhone-Nutzern der Anteil der Musik an der gesamten Speicherbelegung offenbar geringer war als die Speicherbelegung für die Zusatzprogramme (so genannte 'Apps').

22 5. Am 15. September 2011 stellte der SWICO den prozessualen Antrag, die Präsidentin der Schiedskommission und Vorsitzende der Spruchkammer *GT 4e* habe gestützt auf Art. 10 Abs. 1 Bst. d VwVG in den Ausstand zu treten. Dieses Anliegen wurde auch von Swisstream vertreten und auf den Kommissionssekretär ausgedehnt. Diese Ausstandsbegehren der beiden Nutzerverbände wurden jedoch mit Mitteilung vom 2. Dezember 2011 zurückgezogen und sind damit gegenstandslos geworden.

23 6. Im Hinblick auf die Sitzung vom 5. Dezember 2011 reichten die Verwertungsgesellschaften mit Schreiben vom 23. November 2011 in Ergänzung zu ihrer Tarifeingabe weitere Beilagen ein. Ausserdem stellte Swisstream am 28. November 2011 aktualisierte Verkaufszahlen und Berechnungen zu.

24 7. Anlässlich der Sitzung vom 5. Dezember 2011 erhielten sowohl die Verwertungsgesellschaften wie auch die Nutzerverbände Gelegenheit zur Anhörung. Die Verwertungsgesellschaften beantragten den *GT 4e* in der Fassung vom 24. Juni 2011 mit einer Änderung zu genehmigen. Gemäss der neuen Ziff. 4.1 soll die Vergütung für die Urheberrechte pro Gigabyte Speicherkapazität CHF 0.24 anstelle von CHF 0.29 betragen und für die

verwandten Schutzrechte CHF 0.08 anstelle von CHF 0.09. Daraus ergebe sich eine neue totale Vergütung von CHF 0.32 pro Gigabyte anstelle von CHF 0.38. Die Reduktion der Vergütungshöhe begründen die Verwertungsgesellschaften damit, dass die Schiedskommission mit Entscheid vom 17. November 2011 den *GT 4e* (2010-2011) (Dieser Entscheid ist abrufbar auf <http://www.eschk.admin.ch/content/eschk/de/home/dokumentation/beschluesse/2011.html>) rückwirkend in Kraft gesetzt habe, und damit der ursprünglich beantragte Zuschlag für die lange Verfahrensdauer von CHF 0.05 hinfällig geworden sei. Ausserdem hätten sie einen Fehler in ihrer Berechnung des Abzugs gemäss Art. 19 Abs. 3^{bis} URG korrigiert. Damit betrage dieser Abzug 7,5 Prozent anstelle von 2,5 Prozent. Dies verringere die Vergütung um CHF 0.01. Betreffend den Antrag der Nutzerverbände die Tarifeingabe zu Neuverhandlungen zurückzuweisen, halten die Verwertungsgesellschaften fest, dass dies keinen Sinn mache, da der SWICO offenbar keinen *GT 4e* akzeptiere. Zusätzlich beantragen die Verwertungsgesellschaften im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zur gesetzlichen Grundlage des *GT 4e* den Beizug der Akten aus dem Verfahren *GT 4e* (2010-2011) sowie hinsichtlich der Ersparnisse der Nutzer den Beizug der Tarifeingabe vom 28. November 2011 betreffend *GT 4d* und die dieser Tarifeingabe beigelegten Studie des GfS 'Aufnahmeverhalten der Besitzer von MP3-Playern' vom 23. August 2011.

25 Die anwesenden Nutzerverbände DUN, SWICO und Swisststream sowie die Konsumentenorganisationen hielten an ihren schriftlich gestellten Anträgen fest. Hinsichtlich der Relevanz der GfS-Studien verweist der DUN ausdrücklich auf die Stellungnahme des Preisüberwachers, der bei seiner Berechnung ebenfalls auf die Zahlen der GfK-Studie abgestellt habe. Weiter wird der Bericht des Bundesrats zur unerlaubten Werknutzung über das Internet vom 30. November 2011 erwähnt. Dieser Bericht bestätige die Auffassung des DUN, wonach der Anteil von Erst- und Folgekopien, die direkt oder indirekt aus einem legalen Download-Angebot stammen, über 60 Prozent betrage.

26 SWICO verweist auf seine Eingabe vom 15. September 2011 sowie seine im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht eingereichten Unterlagen und beantragt den Beizug der gesamten Verfahrensakten. Betreffend die Frage der Massennutzung hält der SWICO unter Verweis auf die Stellungnahme des Preisüberwachers fest, dass über 80 Prozent der Besitzer von multifunktionalen Mobiltelefonen bezüglich des beantragten Tarifs keine urheberrechtlich relevanten Nutzungen vornehmen würden.

Vor diesem Hintergrund sei es nicht vertretbar, mehr als drei Viertel der Konsumenten mit einem Tarif zu belasten.

- 27 Swisstream verweist ebenfalls auf seine Vernehmlassung vom 15. September 2011 sowie die Eingabe vom 28. November 2011 und äussert sich insbesondere noch zu seinem Rückweisungsantrag und zur Unabhängigkeit des Instituts GfS als Gutachterin. Ausserdem würden die neuesten Berechnungen (vgl. Gutachten AWK) zeigen, dass der Erwerbspreis pro Gigabyte sinke.
- 28 Auf die weiteren Einwände der Nutzerverbände wird - soweit nötig - im Rahmen der Erwägungen einzutreten sein.
- 29 8. Der zur Genehmigung vorgelegte *Gemeinsame Tarif 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) hat in der Fassung vom 24. Juni 2011 in den drei Amtssprachen den folgenden Wortlaut:

**ProLitteris**

Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur und bildende Kunst

SSA

Schweizerische Autorengesellschaft

SUISA

Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik

SUISSIMAGE

Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken

SWISSPERFORM

Schweizerische Gesellschaft für die verwandten Schutzrechte

Gemeinsamer Tarif 4e Fassung vom 24.06.2011

Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden

Genehmigt von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten am _____ und veröffentlicht im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. _____ vom _____.

Geschäftsführende Verwertungsgesellschaft

SUISA

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

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

1. Gegenstand des Tarifs

- 1.1 Der Tarif bezieht sich auf die nach Art. 20, Abs. 3, des schweizerischen bzw. nach Art. 23, Abs. 3, des liechtensteinischen Urheberrechtsgesetzes vorgesehene Vergütung für das private Kopieren von Werken und Leistungen, die durch Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte geschützt sind, auf Microchips, Harddiscs und ähnliche digitale Datenträger (nachstehend "privates Kopieren" auf "Leerträger" genannt). Als solche gelten nach diesem Tarif Chipkarten (Flashspeicher) und Harddiscs, die in Mobiltelefonen eingebaut sind oder zusammen mit solchen Geräten an die Konsumenten abgegeben werden und für das Aufzeichnen und Abspielen geschützter Werke und Leistungen geeignet sind.

Für Leerträger in solchen Geräten ist eine Vergütung nach diesem Tarif zu entrichten unter der Voraussetzung, dass das Gerät, in welchem der Speicher enthalten ist, die Speicherung von Audio-, audiovisuellen oder visuellen Inhalten über eine Verbindung zu einem PC oder einen anderen Gerät oder direkt aus dem Internet erlaubt, sowie die Wiedergabe von solchen Inhalten.

- 1.2 Nicht unter diesen Tarif fallen Werkverwendungen zum Eigengebrauch nach Art. 20, Abs. 2, des schweizerischen bzw. Art. 23, Abs. 2, des liechtensteinischen Urheberrechtsgesetzes.
- 1.3 Nicht in diesem Tarif geregelt ist das private Kopieren auf andere Leer-Tonträger oder Leer-Tonbildträger wie leere Audio- und Videokassetten, Minidisc, DAT, CD-R/RW Audio (GT 4a), CD-R data (GT 4b) und beispielbare DVD (GT 4c), digitale Speichermedien wie Microchips und Harddiscs in audio- oder audiovisuellen Aufnahme geräten (GT 4d) oder in Tablet-PC.

2. Hersteller und Importeure

- 2.1 Der Tarif richtet sich an Hersteller und Importeure von Leerträgern.
- 2.2 Als Hersteller gilt, wer Leerträger in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein herstellt und in ihrer handelsüblichen Form dem Handel oder direkt den Konsumenten anbietet.
- 2.3 Als Importeur gilt, wer Leerträger aus dem Ausland in die Schweiz oder ins Fürstentum Liechtenstein importiert, unabhängig davon, ob er sie selbst verwendet, dem Handel oder direkt den Konsumenten anbietet. Privatpersonen, die beim Grenzübertritt nur einzelne Leerträger in Mobiltelefonen für den eigenen Gebrauch mit sich führen, gelten aus Gründen der Verhältnismässigkeit nicht als Importeure im Sinne dieses Tarifs.
- 2.4 Als Importeur gilt auch ein im Ausland ansässiger Anbieter, der Leerträger im Versandhandel Konsumenten in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein anbietet und die Konsumenten dabei so stellt, als ob diese die Leerträger von einem inländischen Anbieter erwerben
- 2.5 Unter diesen Tarif fallen auch bespielte Datenträger, sofern sie im Hinblick auf eine Verwendung als Datenträger für privates Kopieren angeboten werden.

3. Verwertungsgesellschaften, Vertretung, Freistellung

3.1 Die SUIISA ist für diesen Tarif Vertreterin der Verwertungsgesellschaften

- PROLITTERIS
- SOCIETE SUISSE DES AUTEURS
- SUIISA
- SUISSIMAGE
- SWISSPERFORM

3.2 Die Hersteller und Importeure werden mit der Zahlung der Vergütung gemäss diesem Tarif von Forderungen aus Urheberrecht und verwandten Schutzrechten für Leerträger freigestellt, die in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein den Konsumenten oder dem Detailhandel abgegeben werden.

4. Vergütung

4.1 Die Vergütung ist abhängig von der Speicherkapazität und beträgt

- | | |
|-------------------------------|----------------------------------|
| - für Urheberrechte: | CHF 0.29 je Gigabyte (GB) |
| - für verwandte Schutzrechte: | CHF 0.09 je Gigabyte (GB) |
| - Total | CHF 0.38 je Gigabyte (GB) |

Bruchteile eines GB zählen als ganzes GB.

4.2 Die Vergütung wird verdoppelt für Leerträger, die der SUIISA trotz einmaliger schriftlicher Abmahnung erneut nicht gemäss den Bestimmungen dieses Tarifs gemeldet werden.

4.3 Die in diesem Tarif vorgesehenen Vergütungsbeträge verstehen sich ohne Mehrwertsteuer. Soweit aufgrund einer zwingenden objektiven Steuerpflicht oder der Ausübung eines Wahlrechtes eine Mehrwertsteuer abzurechnen ist, ist diese vom Kunden zum jeweils anwendbaren Steuersatz (2012: Normalsatz 8 %, reduzierter Satz 2.5 %) zusätzlich geschuldet.

5. Massgebender Zeitpunkt für das Entstehen der Vergütungspflicht

Soweit die Verträge mit der SUIISA nichts anderes bestimmen, entsteht die Vergütungspflicht

5.1 für den Importeur: mit dem Import in die Schweiz.

5.2 für den Hersteller: mit der Auslieferung aus seinem Werk oder aus seinen eigenen Lagern.

6. Rückerstattung

- 6.1 Bezahlte Vergütungen werden dem Hersteller oder Importeur für nachweislich aus der Schweiz exportierte Leerträger zurückerstattet
- 6.2 Die Rückerstattung erfolgt in Form der Verrechnung mit den geschuldeten Vergütungen.

7. Abrechnung

- 7.1 Hersteller und Importeure geben der SUIISA alle Angaben bekannt, die für die Berechnung der Vergütung erforderlich sind, insbesondere pro Kategorie von vergütungspflichtigen Trägern
 - die Zahl der hergestellten oder importierten Leerträger - mit Speicherkapazität - sowie die Zahl der hergestellten oder importierten Geräte
 - die Zahl der exportierten Leerträger - mit Speicherkapazität - sowie die Zahl der exportierten Geräte (unter Beilage von Kopien entsprechender Zolldokumente).
- 7.2 Diese Angaben und Belege sind, soweit nichts anderes vereinbart wird, monatlich, innert 20 Tagen nach jedem Monatsende, einzureichen.
- 7.3 Hersteller und Importeure gewähren der SUIISA zur Prüfung der Angaben auf Verlangen Einsicht in ihre Bücher und Lager. Die SUIISA kann eine entsprechende Bestätigung der Kontrollstelle des Herstellers oder Importeurs verlangen. Die Prüfung kann durch einen unabhängigen Dritten vorgenommen werden, dessen Kosten der Hersteller oder Importeur trägt, wenn gemäss der Prüfung die Angaben unvollständig oder falsch waren, sonst derjenige, der den Dritten beizuziehen wünschte.
- 7.4 Werden die Angaben auch nach einer schriftlichen Mahnung innert Nachfrist nicht eingereicht, so kann die SUIISA die nötigen Erhebungen auf Kosten des Herstellers oder Importeurs durchführen oder durchführen lassen; sie kann ferner die Angaben schätzen und gestützt darauf Rechnung stellen. Aufgrund geschätzter Angaben erstellte Rechnungen gelten als vom Hersteller oder Importeur anerkannt, wenn er nicht innert 30 Tagen ab Rechnungsdatum vollständige und korrekte Angaben nachliefert.

8. Zahlungen

- 8.1 Alle Rechnungen der SUIISA sind innert 30 Tagen zahlbar.
- 8.2 Sofern der Kunde seinen Verpflichtungen nicht oder nur ungenügend nachkommt kann die SUIISA monatliche oder andere Akonto-Zahlungen sowie Sicherheiten verlangen.

9. Gültigkeitsdauer

- 9.1 Dieser Tarif tritt am 1. Januar 2012 in Kraft und gilt für alle ab diesem Zeitpunkt von den Importeuren oder Herstellern an den Detailhandel oder direkt an den Konsumenten verkauften Leerträger. Er gilt bis zum 31. Dezember 2013.
- 9.2 Bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse kann der vorliegende Tarif vorzeitig revidiert werden.

**ProLitteris**

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

SSA

Société Suisse des Auteurs

SUISA

Coopérative des auteurs et éditeurs de musique

SUISSIMAGE

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

SWISSPERFORM

Société suisse pour les droits voisins

Tarif commun 4e 2012 – 2013, version du 24.06.2011

Redevance sur les mémoires numériques de téléphones portables utilisées pour la copie privée

Approuvé par la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins le _____ et publié dans la Feuille officielle suisse du commerce n° _____ du _____.

Société de gestion représentante

SUISA

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

<http://www.suisa.ch>

E-Mail: suisa@suisa.ch

1. Objet du tarif

- 1.1 Le présent tarif se rapporte à la redevance prévue pour la copie privée d'œuvres et de prestations protégées par le droit d'auteur ou les droits voisins, sur des micro-puces, disques durs et supports de données numériques similaires (dénommée ci-après «copie privée» sur «supports de données vierges») conformément à l'art. 20, al. 3 de la loi sur le droit d'auteur suisse et à l'art. 23, al. 3 de la loi sur le droit d'auteur du Liechtenstein. Dans le présent tarif, on entend par supports de données vierges les cartes mémoire (mémoires flash) et les disques durs intégrés dans des téléphones portables, ou qui sont vendus aux consommateurs avec de tels appareils, et qui peuvent être utilisés pour l'enregistrement et l'écoute d'œuvres et de prestations protégées.

Une redevance selon le présent tarif doit être versée pour les supports de données vierges de tels appareils si l'appareil qui contient la mémoire permet le stockage de contenus audios, audiovisuels ou visuels via une connexion avec un PC ou un autre appareil, ou directement depuis Internet, et s'il permet la lecture de tels contenus.

- 1.2 Le présent tarif ne se rapporte pas aux utilisations d'œuvres à des fins privées prévues à l'art. 20, al. 2 de la loi sur le droit d'auteur suisse et à l'art. 23, al. 2 de la loi sur le droit d'auteur du Liechtenstein.
- 1.3 Le présent tarif ne recouvre pas la copie privée sur d'autres supports sonores vierges ou supports audiovisuels vierges tels que cassettes audio et vidéo vierges, Minidisc, DAT, CD-R/RW Audio (TC 4a), CD-R data (TC 4b) et DVD enregistrables (TC 4c), supports de mémoires numériques type micropuces ou disques durs pour appareils enregistreurs audio et vidéo (TC 4d) ou pour tablettes PC.

2. Fabricants et importateurs

- 2.1 Ce tarif s'adresse aux fabricants et importateurs de supports de données vierges.
- 2.2 Sont des fabricants toutes les personnes qui fabriquent en Suisse ou au Liechtenstein des supports de données vierges et les mettent dans le commerce, ou les offrent directement aux consommateurs, sous leur forme commerciale habituelle.
- 2.3 Sont des importateurs toutes les personnes qui importent de l'étranger en Suisse ou au Liechtenstein des supports de données vierges, qu'elles les utilisent elles-mêmes, qu'elles les mettent dans le commerce ou qu'elles les offrent directement aux consommateurs. Les personnes privées qui, au passage de la frontière, n'amènent avec elles que quelques supports de données vierges dans des téléphones portables pour leur usage privé ne sont pas considérées comme des importateurs au sens de ce tarif pour des raisons de proportionnalité.
- 2.4 Sont également des importateurs les fournisseurs étrangers qui offrent par correspondance des supports de données vierges aux consommateurs en Suisse ou au Liechtenstein, et qui apparaissent pour ces consommateurs comme des fournisseurs de Suisse ou du Liechtenstein.

Tarif commun 4e 2012 – 2013, version du 24.06.2011

- 2.5 Ce tarif recouvre aussi les supports enregistrés dans la mesure où ils sont commercialisés en vue d'une utilisation comme supports pour la copie privée.

3. Sociétés de gestion, représentation, exonération

- 3.1 Pour ce tarif, SUISA est représentante des sociétés de gestion

- PROLITTERIS
- SOCIETE SUISSE DES AUTEURS
- SUISA
- SUISSIMAGE
- SWISSPERFORM

- 3.2 Les fabricants et importateurs sont exonérés, par le paiement de la redevance conformément à ce tarif, d'indemnités de droit d'auteur et de droits voisins pour les supports de données vierges destinés aux consommateurs et au commerce de détail en Suisse ou au Liechtenstein.

4. Redevance

- 4.1 La redevance dépend de la capacité de mémoire; les montants sont les suivants:

- | | | |
|---|--------------------------|------------------------------------|
| - | pour les droits d'auteur | CHF 0.29 par gigaoctet (GO) |
| - | pour les droits voisins | CHF 0.09 par gigaoctet (GO) |
| - | Total | CHF 0.38 par gigaoctet (GO) |

Toute fraction de GO est considérée comme GO entier.

- 4.2 La redevance est doublée pour les supports de données vierges qui n'ont pas été annoncés à SUISA conformément aux dispositions de ce tarif malgré un rappel écrit.
- 4.3 Les redevances prévues par le présent tarif s'entendent sans la taxe sur la valeur ajoutée. Si celle-ci est à acquitter, en raison d'un assujettissement objectif impératif ou du fait de l'exercice d'un droit d'option, elle est due en plus par le client au taux d'imposition en vigueur (2012 : taux normal 8 %, taux réduit 2.5 %).

5. Date déterminant la naissance de l'obligation de rémunération

Dans la mesure où les contrats avec SUISA n'en disposent pas autrement, l'obligation de rémunération naît

- 5.1 pour l'importateur: au moment de l'importation en Suisse.
- 5.2 pour le fabricant: au moment de la livraison provenant de son usine ou de ses propres entrepôts.

6. Remboursement

- 6.1 Les redevances payées sont remboursées au fabricant et à l'importateur pour les supports de données vierges exportés de Suisse; l'exportation doit pouvoir être démontrée.
- 6.2 Le remboursement est effectué sous forme de compensation avec les redevances dues.

7. Décompte

- 7.1 Le fabricant ou importateur communique à SUISA tous les renseignements nécessaires au calcul de la redevance, notamment et pour chaque catégorie de supports soumis à redevance
- le nombre de supports fabriqués ou importés et leur capacité de mémoire ainsi que le nombre d'appareils fabriqués ou importés
 - le nombre de supports exportés et leur capacité de mémoire ainsi que le nombre d'appareils exportés, en joignant une copie des documents de douane correspondants.
- 7.2 Ces renseignements et justificatifs doivent être remis, dans la mesure où rien d'autre n'a été convenu, mensuellement dans les 20 jours suivant la fin de chaque mois.
- 7.3 Les fabricants et les importateurs garantissent à SUISA sur demande, à des fins de contrôle, le droit de regard sur leurs livres de comptabilité et leurs entrepôts. SUISA peut exiger une attestation de l'organe de contrôle du fabricant ou de l'importateur. Le contrôle peut être effectué par un tiers indépendant, dont les honoraires sont à la charge du fabricant ou de l'importateur si l'examen révèle que les informations données étaient erronées ou incomplètes, sinon à la charge de celui qui a souhaité s'adjoindre la tierce personne.
- 7.4 Si les informations ne sont toujours pas parvenues dans les délais supplémentaires impartis par un rappel écrit, SUISA peut effectuer ou faire effectuer les investigations nécessaires aux frais du fabricant ou de l'importateur; elle peut également faire une estimation et s'en servir comme base de calcul. Les factures établies sur la base d'estimations sont considérées comme acceptées par le fabricant ou l'importateur s'il ne livre pas des données complètes et justes dans les 30 jours suivant la date de la facture.

8. Paiements

- 8.1 Toutes les factures de SUISA sont payables dans les 30 jours.
- 8.2 Dans la mesure où le client n'accomplit pas ses obligations, ou incomplètement, SUISA peut exiger des garanties ainsi que des acomptes mensuels ou d'autres acomptes.

9. Durée de validité

- 9.1 Le présent tarif entre en vigueur le 1^{er} janvier 2012 et s'applique à tous les supports de données vierges vendus à partir de cette date aux détaillants ou directement aux consommateurs par les importateurs ou les fabricants. Il est valable jusqu'au 31 décembre 2013.
- 9.2 En cas de modifications profondes des circonstances, le présent tarif peut être révisé avant son échéance.

**ProLitteris**

Società svizzera per i diritti degli autori d'arte letteraria e visuale

SSA

Società svizzera degli autori

SUISA

Cooperativa degli autori ed editori di musica

SUISSIMAGE

Cooperativa svizzera per i diritti d'autore di opere audiovisive

SWISSPERFORM

Società svizzera per i diritti di protezione affini

Tariffa comune 4e 2012 – 2013, versione del 24.06.2011

Indennità sui supporti di memoria digitali nei telefoni cellulari utilizzati per la registrazione privata

Approvata dalla Commissione arbitrale federale per la gestione dei diritti d'autore e dei diritti affini il . Pubblicata nel Foglio ufficiale svizzero di commercio n. del .

Società di gestione

SUISA

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

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

1. Oggetto della tariffa

- 1.1 La tariffa concerne l'indennità prevista dall'art. 20, cpv. 3, della Legge federale svizzera sul diritto d'autore, risp. art. 23, cpv. 3, della Legge sul diritto d'autore del Liechtenstein, relativamente alla copia privata di opere e prestazioni, protette dal diritto d'autore o dai diritti di protezione affini, su microchip, hard disk e supporti di dati digitali simili (qui di seguito denominata "copia privata" su "supporti di dati vergini"). In base alla presente tariffa, per "supporti di dati digitali" si intendono le carte chip (memorie flash) e gli hard disk installati nei telefoni cellulari o venduti ai consumatori unitamente ai suddetti apparecchi e che si prestano alla registrazione e all'ascolto di opere e prestazioni protette.

Per i supporti vergini in tali apparecchi è dovuta un'indennità in base a questa tariffa, a condizione che l'apparecchio che contiene la memoria consenta la memorizzazione di contenuti audio, audiovisivi o visivi tramite una connessione con un PC o un altro apparecchio, o direttamente da Internet, come anche la diffusione di tali contenuti.

- 1.2 Non rientrano in questa tariffa le utilizzazioni di opere per uso proprio in base all'art. 20, cpv. 2 della Legge federale sul diritto d'autore svizzero, e dell'art. 23, cpv. 2, della Legge sul diritto d'autore del Liechtenstein.
- 1.3 La presente tariffa non disciplina la copia privata su altri supporti sonori o audiovisivi vergini quali audio o videocassette vergini, minidisc, DAT, CD-R/RW Audio (TC 4a), CD-R data (TC 4b) e DVD registrabili (TC 4c), supporti di memoria digitali quali microchip e hard disk per apparecchi di registrazione audio o audiovisivi (TC 4d) oppure per Tablet PC.

2. Produttori e importatori

- 2.1 La tariffa concerne produttori e importatori di supporti di dati vergini.
- 2.2 Per produttori si intendono quelle persone che producono in Svizzera o nel Liechtenstein dei supporti di dati vergini e li mettono in commercio o li offrono direttamente ai consumatori, sotto la loro forma giuridica abituale.
- 2.3 Sono considerati importatori le persone che importano dall'estero in Svizzera o nel Liechtenstein dei supporti di dati vergini, sia per utilizzarli personalmente, sia per metterli in commercio, sia per offrirli direttamente ai consumatori. Le persone private che, al passaggio della frontiera, hanno con sé dei singoli supporti di dati vergini in telefoni cellulari per un uso proprio non sono considerati degli importatori ai sensi della presente tariffa per ragioni legate alla proporzionalità.
- 2.4 Sono inoltre considerati importatori i fornitori stranieri che offrono per corrispondenza dei supporti di dati vergini ai consumatori in Svizzera o nel Liechtenstein, che vengono percepiti dai consumatori come dei fornitori svizzeri o del Principato del Liechtenstein.

Tariffa comune 4e 2012 – 2013, versione del 24.06.2011

- 2.5 La presente tariffa concerne pure i supporti di dati registrati, nella misura in cui gli stessi sono commercializzati in vista di un utilizzo come supporti di memoria per la realizzazione di copie private.

3. Società di riscossione, rappresentante, esonero

- 3.1 La SUIISA è per questa tariffa rappresentante delle seguenti società di riscossione:

PROLITTERIS
SOCIETE SUISSE DES AUTEURS
SUIISA
SUISSIMAGE
SWISSPERFORM

- 3.2 I produttori e gli importatori vengono esonerati, con il pagamento dell'indennità in base a questa tariffa, da pretese relative al diritto d'autore e ai diritti di protezione affini per supporti di dati vergini, consegnati a consumatori o commercianti al dettaglio in Svizzera o nel Liechtenstein.

4. Indennità

- 4.1 L'indennità dipende dalla capacità di memoria e ammonta a:

-	per i diritti d'autore	CHF 0.29 per Gigabyte (GB)
-	per i diritti di protezione affini	CHF 0.09 per Gigabyte (GB)
-	Totale	CHF 0.38 per Gigabyte (GB)

Frazioni di un GB vengono considerate un GB intero.

- 4.2 L'indennità viene raddoppiata per i supporti di dati vergini che non sono stati notificati alla SUIISA conformemente alle disposizioni della presente tariffa, nonostante un richiamo scritto.
- 4.3 Le indennità previste dalla presente tariffa si intendono senza l'imposta sul valore aggiunto. Se quest'ultima va versata in virtù di un obiettivo obbligo fiscale cogente o dell'esercizio di un diritto d'opzione, essa è dovuta in aggiunta dal cliente al tasso d'imposta in vigore (2012: tasso normale 8 %, tasso ridotto 2.5 %).

5. Inizio dell'obbligo di versamento dell'indennità

Se le disposizioni o le condizioni contrattuali con la SUIISA non prevedono diversamente, l'obbligo di versamento delle indennità ha inizio:

- 5.1 per l'importatore: al momento dell'importazione in Svizzera.
- 5.2 per il produttore: al momento della consegna proveniente dalla sua fabbrica o dai suoi magazzini.

Tariffa comune 4e 2012 – 2013, versione del 24.06.2011

6. Rimborso

- 6.1 Le indennità pagate vengono rimborsate al produttore o all'importatore per supporti di dati vergini, di cui si può provare che siano stati esportati dalla Svizzera.
- 6.2 Il rimborso viene calcolato sulle indennità dovute.

7. Conteggio

- 7.1 Produttori e importatori forniscono alla SUIISA tutte le indicazioni necessarie per il calcolo delle indennità, in particolare per ciascuna categoria di supporti soggetti a indennità:
- il numero dei supporti di dati vergini prodotti o importati e la loro capacità di memoria, nonché il numero degli apparecchi prodotti o importati.
 - il numero dei supporti di dati vergini esportati e la loro capacità di memoria, nonché il numero degli apparecchi esportati, con accluse le copie dei relativi documenti doganali.
- 7.2 Queste indicazioni e questi giustificativi vanno inoltrati, salvo accordo contrario, mensilmente entro 20 giorni dalla fine di ogni mese.
- 7.3 Produttori e importatori consentono alla SUIISA, su richiesta, la verifica – per scopi di controllo delle indicazioni – dei libri contabili e dei magazzini. La SUIISA può richiedere la relativa conferma dell'organo di controllo del produttore o importatore. La verifica può essere effettuata da un terzo indipendente, i cui costi sono a carico del produttore o importatore, qualora dalla verifica risultino indicazioni incomplete o inesatte, in caso contrario di colui che ne ha fatto richiesta.
- 7.4 Qualora le indicazioni non vengano inoltrate neanche dopo sollecito per iscritto entro il termine stabilito, la SUIISA può effettuare o far effettuare gli opportuni accertamenti a spese del produttore o dell'importatore; essa può inoltre stimare le indicazioni e, basandosi su questa stima, allestire una fattura. Le fatture emesse sulla base di una stima sono considerate come accettate dai produttori o dagli importatori se le indicazioni complete e veritiere non vengono fornite dagli stessi entro i 30 giorni seguenti la data della fattura stimata.

8. Pagamenti

- 8.1 Tutte le fatture della SUIISA vanno pagate entro 30 giorni.
- 8.2 Se i clienti non dovessero far fronte, o far fronte solo parzialmente, ai loro impegni la SUIISA può richiedere il pagamento di acconti mensili o con altra scadenza, nonché garanzie.

Tariffa comune 4e 2012 – 2013, versione del 24.06.2011

9. Periodo di validità

- 9.1 La presente tariffa entra in vigore il 1° gennaio 2012 ed è applicabile a tutti i supporti di dati vergini venduti a partire da questa data ai commercianti al dettaglio oppure direttamente ai consumatori dagli importatori o dai produttori. Essa è valida fino al 31 dicembre 2013.
- 9.2 In caso di mutamento sostanziale delle circostanze, la presente tariffa può essere riveduta prima della scadenza.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

- 30 1. Die am *GT 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) beteiligten fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs, SUIISA, Suissimage und Swissperform haben ihren Antrag auf Genehmigung eines neuen Tarifs in der Fassung vom 24. Juni 2011 und einer vorgesehenen Geltungsdauer vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013 unter Federführung der SUIISA am 29. Juni 2011 und damit innert der mit Präsidentialverfügung vom 23. Mai 2011 verlängerten Frist von Art. 9 Abs. 2 URV eingereicht.
- 31 2. Die Nutzerverbände verlangen grundsätzlich nicht Eintreten auf den Genehmigungsantrag bzw. die Rückweisung des Tarifs und stellen lediglich für den Fall des Eintretens Eventualanträge (vgl. vorne Ziff. I/3).
- 32 Aus ihrer Sicht wurden die Verhandlungen durch die Verwertungsgesellschaften in verschiedenen Punkten nicht einlässlich geführt. So machen sie insbesondere geltend, dass die Marktzahlen der Nutzer erst anlässlich der vierten Sitzung vorlagen. Zudem sei an den ersten beiden Verhandlungsrunden zusätzlich über den *GT 4d* verhandelt worden. Auch sei an diesen beiden ersten Verhandlungen der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 noch nicht vorgelegen, und nach dessen Vorliegen sei unsicher gewesen, ob dieser Entscheid weitergezogen werde. Bei der dritten Verhandlungsrunde sei unklar gewesen, ob die beiden Verfahren *GT 4e* (2010-2011) und *GT 4e* (2012-2013) zusammengeschlossen würden. Der DUN hat ausserdem Angaben zu den Einnahmen der SUIISA aus den Verträgen mit den Online-Content-Anbietern gewünscht. Weiter machen die Nutzerverbände geltend, dass die Verwertungsgesellschaften die Verhandlungen einseitig vorzeitig abbrechen, indem sie während der letzten Verhandlungssitzung ein Angebot zur Tariffhöhe mit der Erklärung verbanden, weitere Verhandlungen seien nicht mehr möglich, obwohl zu diesem Zeitpunkt nebst der Tariffhöhe noch weitere Punkte des Tariftextes unverhandelt waren. Mit diesem Ultimatum hätten die Verwertungsgesellschaften die Verhandlungspflicht verletzt. Das Protokoll der letzten Verhandlungssitzung wird zudem als mangelhaft erachtet, da daraus die Ursachen, die letztlich zum Verhandlungsabbruch führten, nicht ersichtlich seien.
- 33 3. Die Schiedskommission muss somit vorab prüfen, ob der vorgelegte *GT 4e* wegen ungenügender Verhandlungen durch die Verwertungsgesellschaften zurückzuweisen ist, da

ein Tarif, über den nicht mit der gebotenen Einlässlichkeit verhandelt worden ist, gemäss Art. 9 Abs. 3 URV unter Ansetzung einer Frist zurückzuweisen ist. Es sind somit ernsthafte Tarifverhandlungen zu führen und es genügt nicht, lediglich die eigenen Vorschläge zu unterbreiten. Die Verhandlungen gemäss Art. 46 Abs. 2 URG müssen vielmehr auf eine Annäherung der Standpunkte abzielen (vgl. *Barrelet/Egloff*, Das neue Urheberrecht, 3. Aufl. 2008, N 6 zu Art. 46 Abs. 2 URG). Allerdings ist die Verhandlungspflicht nicht so zu verstehen, dass die Verwertungsgesellschaften verpflichtet wären, so lange mit den Nutzerorganisationen zu verhandeln, bis eine Einigung erzielt wird. Ein Scheitern der Verhandlungen für sich allein ist denn auch kein Grund für eine Rückweisung der Tarifeingabe (vgl. *Govoni/Stebler*, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern/Genf/ München 2006, S. 460 ff. und 489 f.; oder den Entscheid der ESchK vom 16.12.2009 betr. GT 12, Ziff. II/2a). So hat auch das Bundesgericht (vgl. das Urteil vom 19. Juni 2007 betr. GT 4d; BGE 133 II 263, E. 6.3; in sic! 10/2007 S. 727 ff.) präzisiert, dass der Art. 46 Abs. 2 URG nicht eine Einigung zwischen den Tarifparteien voraussetzt. Erforderlich sei einzig, dass sich die Parteien ernsthaft auf Verhandlungen einlassen, und dabei wenigstens versuchen, zu einem gemeinsamen Ergebnis zu gelangen. Gelingt das nicht, belegt dies allein die mangelnde Einlässlichkeit gemäss Art. 9 Abs. 3 URV noch nicht, sondern es braucht klare Hinweise dafür, dass eine Partei von vornherein gar keinen Konsens angestrebt hat. So könne etwa das Beharren einer Partei auf ihrer Ausgangsposition, ohne Berücksichtigung der Einwände der Gegenseite, gegen die Pflicht zu einlässlichen Verhandlungen verstossen (Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 3a). Das trifft etwa zu, wenn eine Partei völlig unrealistische oder sachfremde Positionen vertritt und davon nicht oder nur geringfügig abrücken will, nicht aber wenn ihre Standpunkte allenfalls ambitiös, aber noch vertretbar erscheinen. Lässt sich keine Einigung erzielen, so müssen die Parteien nicht endlos weiterverhandeln. Sind insbesondere die Positionen so festgefahren, dass ein Konsens unmöglich oder sehr unwahrscheinlich erscheint, rechtfertigt sich in diesem Sinne ein Abbruch ernsthaft aufgenommener Verhandlungen.

34

3.1. Der *GT 4e* wurde an insgesamt fünf Sitzungen verhandelt, an denen sich die Tarifparteien weder über die rechtliche Unterstellung des Tarifs noch über die Vergütungshöhe einigen konnten. Bezüglich der Tariffhöhe hielten beide Parteien an ihren jeweiligen Berechnungsmodellen fest. Allerdings kam es hier an der letzten Sitzung zu einer gewissen Annäherung, in dem sowohl die Verwertungsgesellschaften wie

auch der DUN, Swisststream und die Konsumentenorganisationen bezüglich der Vergütungshöhe Kompromissbereitschaft signalisierten. SWICO dagegen lehnte einen *GT 4e* nach wie vor ab bzw. machte geltend, dass hier noch entsprechende Rückfragen bei den Mitgliedern erforderlich sind.

35 3.2. Dass es in Bezug auf die gesetzliche Grundlage des Tarifs zu keiner Verständigungslösung kam, erscheint verständlich, zumal der Vorgängertarif *GT 4e* (2010-2011), in dem diese Frage ebenfalls im Vordergrund steht, in materieller Hinsicht noch nicht rechtskräftig beurteilt werden konnte. Die Klärung der Differenzen hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage für diesen Tarif obliegt denn auch nicht den Parteien, sondern ist vielmehr Aufgabe der Schiedskommission bzw. der allenfalls nachfolgenden Rechtsmittelinstanzen. Allerdings durften die Nutzerverbände nicht erwarten, dass das Bundesverwaltungsgericht, innert der Frist von Art. 9 Abs. 2 URV zur Vorlage eines neuen Tarifs einen materiellen Entscheid fällen wird, sondern sie mussten vielmehr davon ausgehen, dass allenfalls eine Rückweisung des *GT 4e* (2010-2011) wegen eines Formfehlers erfolgt. Dies nachdem sowohl SWICO wie auch Swisststream eine entsprechende Rückweisung verlangten. Unklar ist, welche Auswirkungen die Frage eines allfälligen Weiterzugs des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts auf die Tarifverhandlungen hatte. Nachdem aber offensichtlich war, dass kein materieller Entscheid vorliegt, hat dies die Parteien keineswegs an einer Fortsetzung der Verhandlungen behindert.

36 Aus dem Umstand, dass die von den Nutzerverbänden beizubringenden Zahlen zur Aufstellung eines konkreten Berechnungsmodells erst relativ spät in die Verhandlungen eingebracht wurden, lässt sich jedenfalls nicht schliessen, dass die Verhandlungen seitens der Verwertungsgesellschaften ungenügend geführt worden sind. Immerhin lagen die Verkaufszahlen am 3. Juni 2011 (vgl. Beilage 23 der Tarifeingabe) vor und die SUISA stellte ihren Verhandlungspartnern noch gleichentags drei konkrete Berechnungsmodelle ('alte Definition', 'alle mp3', 'ab 2 GB') basierend auf den Verkaufszahlen von Swisststream (Beilage 25 der Tarifeingabe) zu. Die Parteien hatten somit Gelegenheit, anlässlich von zwei weiteren Sitzungen gestützt auf diese Angaben zu verhandeln.

37 3.3. Trotz dieser Verzögerung kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Verwertungsgesellschaften mit den Nutzerverbänden hätten einigen können, wenn alle Nut-

zerverbände Hand zu einem Kompromiss geboten hätten. Immerhin waren die Verwertungsgesellschaften bereit, ihre Verhandlungsposition zu überdenken und die Vergütung von CHF 0.38 pro Gigabyte auf CHF 0.20 zu senken; damit sind sie 18 Rappen entgegenkommen. Die Nutzerverbände waren mit Ausnahme von SWICO anlässlich der letzten Verhandlungsrunde nicht abgeneigt, einer Erhöhung bis auf CHF 0.15 zuzustimmen. Es ist verständlich, dass für die Verwertungsgesellschaften die Limiten eines möglichen Kompromisses mit diesem Angebot ausgeschöpft waren, zumal offensichtlich wurde, dass SWICO in diesen Kompromiss nicht eingebunden werden konnte. Im Übrigen ist es Aufgabe der Vertreter von Nutzerverbänden, sich allenfalls von diesen bzw. deren Mitgliedern rechtzeitig die Vollmachten für entsprechende Verhandlungslösungen einräumen zu lassen. Ohne solche Instruktionen ist es jedenfalls nicht möglich, die Verhandlungen zu einem raschen Abschluss zu bringen. Eine daraus entstehende Verzögerung kann nicht den Verwertungsgesellschaften als unzureichende Verhandlungsführung vorgeworfen werden. Es ist offensichtlich, dass diese ohne verbindliche Zusage die Verhandlungen nicht fortsetzen wollten und konnten. Unter diesen Voraussetzungen ist es für die Verwertungsgesellschaften nicht zumutbar, mit den kompromissbereiten Nutzerverbänden weiter zu verhandeln, da eine Einigungslösung, wie sie Art. 11 URV verlangt, mangels Zustimmung eines bedeutenden Nutzerverbandes nicht mehr möglich war, da dieser Verband letztlich grundsätzliche Vorbehalte gegen den *GT 4e* hatte.

38 Zudem lässt sich aus der Protokollführung nicht auf die Intensität der Verhandlungen schliessen; dies muss selbst für den Fall gelten, in dem das letzte Protokoll inhaltlich etwas weniger ausführlich war, als die vorangehenden Protokolle. Art. 9 Abs. 1 URV verlangt lediglich einen kurzen Bericht über den Verlauf der Verhandlungen mit den massgebenden Nutzerverbänden und nicht eine detaillierte Protokollierung. Auch nicht ursächlich für das Scheitern der Verhandlungen war die zögerliche Haltung der Verwertungsgesellschaften bei der Herausgabe der Einnahmen aus ihren Verträgen mit den Online-Content-Anbietern sowie die Frage, ob der alte und der neue *GT 4e* zusammengelegt werden sollen.

39 3.4. Letztlich ist zu berücksichtigen, dass den Parteien für die Tarifverhandlungen nur ein beschränkter Zeitraum zur Verfügung steht, müssen doch die Tarife grundsätzlich sieben Monate vor dem anbegehrten Inkraftsetzungstermin bei der Schiedskommission eingereicht werden (Art. 9 Abs. 2 URV), damit der Schiedskommission genü-

gend Zeit für das Genehmigungsverfahren bleibt. Mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2011 wurde bei der Gewährung der verlangten Fristerstreckung bis Ende Juni 2011 zur Tarifeingabe darauf hingewiesen, dass eine weitere kurze Fristerstreckung nur in dringlichen Ausnahmefällen möglich sein würde.

40 3.5. Wie vorne erwähnt, verlangt Art. 9 Abs. 3 URV nicht eine Einigung, sondern lediglich, dass sich die Parteien auf Verhandlungen einlassen. Die Parteien müssen somit nicht endlos weiterverhandeln, wenn keine Aussicht auf Einigung besteht.

41 Die Schiedskommission stellt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen fest, dass die Verhandlungen mit den massgeblichen Nutzerverbänden sowie den Konsumentenorganisationen gemäss Art. 46 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 URV ordnungsgemäss geführt worden sind. Der Verhandlungsabbruch kann nicht allein den Verwertungsgesellschaften angelastet werden. Ihnen kann insbesondere nicht zugemutet werden, die Verhandlungen mit einzelnen Verbänden fortzusetzen, wenn ein massgebender Nutzerverband nicht mehr daran teilnehmen will. Auf eine Rückweisung des *GT 4e* zu Neuverhandlungen wird daher verzichtet. Damit kann auf die Tarifvorlage eingetreten werden.

42 4. Die Schiedskommission beschliesst gemäss ihrer Rechtsprechung (vgl. *GT 3a* vom 26.03.2010, Ziff. II/2.1) die von der SUIISA am 23. November 2011 eingereichten Unterlagen (Aktenbeilagen 42 und 43) zu den Akten zu nehmen. Ebenso nimmt sie die von Swisstream abgegebenen Unterlagen mit aktualisierten Zahlen vom 28. November 2011 entgegen. Gestützt auf diese Zahlen und auf ihr Berechnungsmodell geht Swisstream je nach Berechnung (mit oder ohne Berücksichtigung der mit Abonnement vergünstigt abgegebenen Mobiltelefone) von einem Verkaufspreis der Mobiltelefone von CHF 15.35 pro Gigabyte (bzw. von CHF 15.02 beim Modell 'ab 2 GB' und CHF 16.08 bei den Definitionen 'alte Definition' und 'alle mp3') bzw. einem Verkaufspreis von CHF 33.36 (bzw. CHF 33.98 oder CHF 35.81) aus.

43 4.1. Hinsichtlich der im Rahmen des Verfahrens betreffend den *GT 4e* (2010-2011) dem Bundesverwaltungsgericht eingereichten Akten gelangt die Schiedskommission zur Auffassung, dass ein allgemeiner Hinweis auf diese Unterlagen nicht genügen kann. Es darf von den Parteien erwartet werden, dass sie die konkreten Aktenstücke genau bezeichnen, auf die sie sich bei ihren Eingaben beziehen wollen. Diese Akten

können somit nur beigezogen werden, soweit sie von den Parteien eindeutig spezifiziert sind. Ein genereller Hinweis ohne die namentliche Erwähnung der beizuziehenden Aktenstücke kann nicht genügen. Es liegt an den Parteien, die Dokumentation bezüglich ihrer Argumente in das Verfahren einzubringen. Der von SWICO beantragte Beizug der Akten aus dem Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erfolgt somit nicht in seiner Gesamtheit, sondern nur insoweit als konkret auf bestimmte Aktenstücke dieses Verfahrens hingewiesen wird. Die Schiedskommission zieht auch nur diejenigen Akten aus dem Vorverfahren (*GT 4e* 2010-2011) betreffend die Frage der gesetzlichen Grundlage heran, auf welche die Parteien ausdrücklich verweisen (Tarifeingabe vom 27. Februar 2009, Plädoyernotizen vom 18. März 2010, GfS-Studie 'Aufnahmeverhalten: digitale Speichermedien *GT 4d*' vom 4. April 2008) sowie betreffend die Frage der Ersparnisse der Nutzer die Tarifeingabe der Verwertungsgesellschaften vom 28. November 2011 zum *GT 4d* und die GfS-Studie vom 23. August 2011 ('Aufnahmeverhalten der Besitzer von mp3-Playern').

- 44 4.2. Zum bereits früher gestellten und in diesem Verfahren wiederholten Antrag, sämtliche Notizen der ehemaligen Präsidentin zum Entscheid vom 18. März 2010 aus dem Dossier zu entfernen, bleibt festzuhalten, dass sich keine solchen Notizen in den Unterlagen befinden.
- 45 4.3. Zur vom DUN im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG verlangten Anhörung des Generaldirektors der SUIISA zur Frage der Lizenzierungen der Online-Anbieter ist festzuhalten, dass die entsprechenden Lizenzverträge eingereicht wurden und sich die Einzelheiten der Vereinbarungen somit diesen Verträgen entnehmen lassen. Bezüglich der rechtlichen Aspekte braucht es somit keine Anhörung. Hinsichtlich der Einnahmen aus diesen Verträgen stellt sich die Frage, was Herr Wegelin zusätzlich noch mitteilen könnte, was nicht von den an der heutigen Sitzung anwesenden Vertretern der SUIISA vorgebracht werden könnte. Ausserdem hat die SUIISA ihre eigenen Einnahmen aus diesen Lizenzverträgen offen gelegt (vgl. Beilage 18 der Tarifeingabe). Falls der DUN somit noch spezifische Fragen zur Lizenzierungspraxis der SUIISA stellen wollte, so hatte er Gelegenheit, dies gegenüber dem anwesenden stellvertretenden Generaldirektor der SUIISA zu tun. Zur Feststellung des Sachverhalts ist jedenfalls eine persönliche Anhörung von Herrn Wegelin nicht nötig, weshalb darauf verzichtet wird.

- 46 5. Im Übrigen sind die fünf Verwertungsgesellschaften mit der Aufstellung des *GT 4e* der Pflicht nachgekommen, für die gleiche Verwendung von Werken oder Darbietungen einen gemeinsamen Tarif aufzustellen und eine gemeinsame Zahlstelle zu bestimmen (Art. 47 Abs. 1 URG). Die Funktion der Inkassostelle nimmt in diesem Tarif die SUIISA wahr (vgl. Ziff. 7 f. *GT 4e*).
- 47 6. Sowohl die Verwertungsgesellschaften wie auch die Nutzerverbände haben der Schiedskommission Studien zum Nutzungsverhalten von Konsumenten und Konsumentinnen vorgelegt. So befinden sich bei den Akten GfS-Studien der Verwertungsgesellschaften über das Aufnahmeverhalten auf iPods oder andere mp3-Geräte (GfS-Studie vom 1.3.2009 bzw. GfS-Bericht vom 23.8.2011; als Beilage 10 der Tarifeingabe *GT 4d* vom 28. November 2011), eine Studie über das Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys vom 9. September 2010 (GfS-Studie 2010; vgl. Beilage 20 der Tarifeingabe) sowie eine ergänzende Studie (Aufnahmeverhalten: Nutzung gestern; vgl. Beilage 22). Zudem haben die Verwertungsgesellschaften ein Technisches Gutachten der AWK Group vom 6. Mai 2011 zu den Downloadvorgängen (Beilage 37) beigebracht. Von den Nutzerverbänden liegt eine Studie der GfK 'Handyspeicher *GT 4e*' vom 11. März 2011 (vgl. Beilage 7 der Vernehmlassung des DUN vom 15. September 2011) sowie eine GfK Studie 'Handyspeichernutzung Phase 2, Detailabfrage' vom 28. Juni 2010 mit entsprechendem Fragebogen (vgl. Beilagen 4 und 5 der Vernehmlassung von Swisstream vom 15. September 2011) vor. Weiter haben sie zur Nutzung von Mobiltelefonen je den Auszug aus einer Studie von Morgan Stanley und der Nielsen Company (vgl. Beilagen 4 und 5 der Vernehmlassung von SWICO vom 15. September 2011) vorgelegt.
- 48 6.1. Die Nutzerverbände kritisieren die von den Verwertungsgesellschaften vorgebrachten Studien und bestreiten insbesondere, dass hier von neutralen Gutachten gesprochen werden könne. Nach ihrer Auffassung ist es nicht unproblematisch, wenn der Gutachter in seiner Existenz von einem Auftraggeber abhängig ist. Bei der Häufigkeit der von der Gesellschaft für Sozialforschung (GfS) für die Verwertungsgesellschaften ausgestellten Gutachten könne eine Abhängigkeit nicht ausgeschlossen werden. Aber auch der Inhalt und die Interpretation dieser Studien werden in Frage gestellt. Insbesondere werden die Formulierung der Fragen zum Nutzungsverhalten kritisiert und dass die Bedeutung der Zusatzapplikationen (der so genannten 'Apps') mangelhaft erfasst worden sei.

- 49 6.2. Die Schiedskommission ist sich bewusst, dass es sich sowohl bei den Studien der Verwertungsgesellschaften wie auch bei denjenigen der Nutzerverbände um privat erstellte Gutachten handelt und dies im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist. Es ist aber auch davon auszugehen, dass in der Schweiz nur wenige Marktforschungsinstitute in der Lage sein dürften, derart umfangreiche Studien durchzuführen. Zudem braucht es auf dem Gebiet des Urheberrechts gewisse Kenntnisse und Voraussetzungen um auch tatsächlich die erforderlichen Informationen zu erhalten. Bei der GfS handelt es sich um ein grösseres Institut, bei dem der Bereich Urheberrecht sicherlich von Bedeutung ist, aber es ist nicht davon auszugehen, dass die GfS existenziell von den Aufträgen der Verwertungsgesellschaften abhängt, da sie noch etliche andere Auftraggeber hat. Ein entsprechendes Abhängigkeitsverhältnis ist daher zu verneinen. Es darf auch angenommen werden, dass die GfS ihren Ruf nicht durch allfällige 'Gefälligkeitsgutachten' aufs Spiel setzt. Zudem ist die GfS durch ihre Mitgliedschaft bei SwissInterview und Esomar offenbar an gewisse Qualitäts- und Vorgehensnormen gebunden, deren Einhaltung das GfS bestätigt hat. Bei den Vorwürfen der Nutzerverbände und insbesondere von Swisststream handelt es sich denn auch im Wesentlichen um blosser Behauptungen bzw. Vermutungen, die nicht erhärtet sind. Solch generelle Vorbehalte können nicht genügen, um die Glaubwürdigkeit einer grundsätzlich seriösen Studie in Frage zu stellen. Da die Nutzerverbände somit keine substantiellen Gründe gegen diese Studien vorbringen, hat die Schiedskommission keinen Grund, an deren Verlässlichkeit zu zweifeln.
- 50 6.3. Gegen die einzelnen Studien sind aber durchaus inhaltliche Einwände zulässig. So wie beispielsweise hinsichtlich der Formulierung von Fragen im Hinblick auf Mehrfachnennungen oder der geltend gemachten mangelhaften Erfassung der Zusatzfunktionen ('Apps') oder dass kein Unterschied gemacht wurde, zwischen den Handys von Privaten und denjenigen, welche ausschliesslich zu geschäftlichen Zwecken abgegeben werden. Diese Fragen sind somit - soweit erforderlich - im Zusammenhang mit dem Berechnungsmodell zu klären. Allerdings ist die Schiedskommission auch der Auffassung, dass es hinsichtlich der 'richtigen' Fragestellung bei einer Publikumsbefragung einen gewissen Spielraum gibt, da es die einzig richtige Formulierung wohl nicht geben dürfte. Sie muss sich hier aber auf das Fachwissen der Marktforschungsinstitute verlassen können. Hierbei handelt es sich denn auch nicht um eine Rechtsfrage, sondern es geht um ein ganz spezielles Fachwissen.

51 7. Der Studie der GfS vom 9. September 2010 über das Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys (GfS-Studie Musikhandys 2010) ist zu entnehmen, dass nach dem Telefonieren und dem Schreiben von SMS das Hören von Musik bzw. von Hörbüchern hinter 'Bilder/Fotos' die zweitwichtigste Zusatzfunktion ist. Weitere Erkenntnisse dieser Studie sind:

- 28,4% der Handybesitzer sagen, dass sich ihr Handy besonders zum Musik speichern und hören eignet; mehr als ein Viertel seien Musikhandys;
- Handys ersetzen heute mehrheitlich die mp3-Player;
- 30,8% aller Handybesitzer haben fremde Werke auf ihrem Handy gespeichert, was umgerechnet auf die Gesamtbevölkerung ein Anteil von 25,5% sei.
- Musik wird von 18,8% aller befragten Handybesitzer gespeichert;
- Im Durchschnitt sind die Speicher zu 36% belegt;
- Die Handyspeicher sind vor allem mit Musik und Fotos (mehr als 90% selber gemacht) belegt;
- Die letzten zwei Speicherungen betreffen vor allem Bilder/Fotos gefolgt von Musik und Klingeltönen;
- 90% ist moderne, 10% klassische Musik;
- Die Hälfte der Klingeltöne kommt von Kollegen, die andere Hälfte via SMS/MMS oder Internet;
- Ca. ein Drittel aller Speicherungen kommen von externen Quellen und werden nicht selber gemacht;
- Dateien aus dem Internet sind nur zu ca. 25% Speicherungen aus einem Downloadshop oder einem Abo-System;

52 Diese Erkenntnisse beruhen auf 1954 ausgewerteten Interviews sowie einer vertieften Befragung von 556 Personen. Den Verwertungsgesellschaften kann somit nicht vorgeworfen werden, sie hätten die Tarifgrundlagen nicht genügend sorgfältig erhoben bzw. die relevante Nutzung nicht genügend belegt. Mit der Einreichung verschiedener Studien sowie ergänzender Gutachten sind sie ihrer Pflicht nachgekommen und haben damit eine erhebliche Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken und Leistungen im Zusammenhang mit 'Musikhandys' rechtsgenügend nachgewiesen. Bei diesen Studien ist im Übrigen zu beachten, dass sich das Nutzungsverhalten über die Zeit nicht stabil verhält, sondern sich ständig verändert und demzufolge bei längeren Verfahren laufend neue Studien erforderlich wären.

53 Die Schiedskommission erachtet daher die von den Verwertungsgesellschaften eingereichten Studien als genügend relevant für die Aufstellung eines Tarifs. Sie wird aber auf Grund der geäußerten inhaltlichen Einwände ergänzend die von der Nutzerseite beigebrachten Studien (Studien Morgan Stanley und Nielsen Company sowie betreffend Verkaufsmengen und -preise die GfK-Studien vom 11. März 2010 bzw. vom 28. Juni 2010)

heranziehen und, wenn diese zusätzliches Zahlenmaterial enthalten, auch diese Angaben berücksichtigen.

- 54 Nach Auffassung der Schiedskommission genügen die vorgelegten Studien der Verwertungsgesellschaften und der Nutzerverbände zur Abklärung des effektiven Sachverhalts und als Grundlage für ihre Beurteilung. Im Rahmen der weiteren Ausführungen wird sie somit auf die Ergebnisse dieser Studien abstellen und je nach zu beurteilender Frage die einzelnen Studien heranziehen und entsprechend deren Aussagegehalt gewichten.
- 55 8. Die Nutzerverbände stellen insbesondere die gesetzliche Grundlage des *GT 4e* in Frage. Sie vertreten die Auffassung, dass der Umfang der Speicherbelegung für die Qualifikation als Leerträger im Sinne von Art. 20 Abs. 3 URG nicht erheblich sein könne. Ähnlich wie die Speichermedien in Computern seien multifunktionale Mobiltelefone von der Vergütungspflicht auszunehmen, da diese gemäss einer Studie der RS Consulting aus dem Jahr 2008 nicht in erster Linie das Kopieren von Ton- und Tonbildwerken zum Zweck hätten. Insbesondere müsse der Begriff der wahrscheinlichen Verwendung zwingend bedeuten, dass die entsprechende Verwendung eine derartige wirtschaftliche Bedeutung erlangt habe, dass sie einen Massentarif erlaube. Eine rein marginale und theoretische urheberrechtliche Nutzungsmöglichkeit dürfe nicht zu einer Tarifpflicht führen. Damit sei aber die gesetzliche Voraussetzung eines vorrangigen bzw. überwiegenden Gebrauchs des ganzen Trägersystems zur Aufzeichnung und Wiedergabe geschützter Werke und Leistungen nicht erfüllt.
- 56 9. Gemäss Art. 20 Abs. 3 URG schuldet derjenige, der Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger herstellt oder importiert, dem Urheber oder der Urheberin für Werkverwendungen nach Art. 19 URG (Werkverwendung zum Eigengebrauch) eine Vergütung. Entsprechend diesem Wortlaut von Art. 20 Abs. 3 URG geht die Schiedskommission im heutigen Zeitpunkt davon aus, dass für eine Vergütung massgebend ist, dass Ton- und Tonbildträger zur Aufnahme von Werken geeignet sind, und zwar unabhängig von einem quantitativen Aspekt.
- 57 9.1. Mit Beschluss vom 17. Januar 2006 (E. 6b, in sic! 1/2007 S. 24 f.) hat die Schiedskommission betreffend den mp3-Player befunden, dass Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende gesetzliche Grundlage ist für die Erhebung einer Leerträgervergütung auf digitalen Speichern, die zusammen mit einem Audio- oder audiovisuellen Aufnahme-

megerät abgegeben werden oder die fest in einem solchen Gerät integriert sind. Das Bundesgericht hat diesen Beschluss mit seinem Entscheid vom 19. Juni 2007 (BGE 133 II 263, E. 7; in sic! 10/2007 S. 727 ff.) bestätigt. Dazu führt das Bundesgericht mit Hinweis auf *Chr. Gasser* (Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, S. 166 f.) aus, dass damit Träger erfasst werden, die wegen des ihnen zugeordneten Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungs- und/oder Wiedergabeeigenschaften für die Aufzeichnung geschützter Werke und Leistungen bestimmt sind und wahrscheinlich dafür verwendet werden (E. 7.2.2, S. 274).

- 58 9.2. In den Tarifverhandlungen war unter den Parteien unbestritten, dass es sich bei den vom *GT 4e* erfassten Mobiltelefonen um Geräte handelt, die in erster Linie für das Telefonieren und in zweiter Linie für das Senden und Empfangen von SMS verwendet werden. Daneben kann das Mobiltelefon aber noch für zahlreiche andere Verwendungszwecke genutzt werden, wie etwa Fotografieren, Filmen, Internet-Zugang, Navigation, Kalender, Fernsehen, Radio und vieles mehr (vgl. zu den vielfältigen Möglichkeiten eines modernen Mobiltelefons die GfS-Studie 2010, S. 7 bzw. die vorgelegten Studien von Morgan Stanley und Nielsen Company). Bei neueren Gerätetypen kann der Benutzer gar die Funktionalität mittels Zusatzsoftware (so genannten 'Apps', vgl. dazu die Studie der AWK Group vom 15. Oktober 2008 bzw. den Bericht von AdMob vom Januar 2010) selbst erweitern. Nicht bestritten wurde aber auch, dass urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen überspielt und genutzt werden können. Umstritten geblieben ist allerdings der Stellenwert, den das Aufnehmen und die Wiedergabe dieser Werke und Leistungen einnehmen.
- 59 9.3. Nach Auffassung der Schiedskommission fällt auch ein Leerträger, der nicht in erster Linie für das Speichern von urheberrechtlich geschützten Inhalten benutzt wird, sondern ebenso für urheberrechtlich irrelevante Funktionen verwendet werden kann, unter Art. 20 Abs. 3 URG, zumal die GfS-Studien belegen, dass moderne Mobiltelefone nicht nur für die Aufzeichnung geschützter Werke geeignet sind, sondern hierfür auch tatsächlich mit hoher Wahrscheinlichkeit und zu einem erheblichen Teil verwendet werden. Die Schiedskommission hat denn auch schon in einem früheren Entscheid darauf hingewiesen, dass selbst ein Datenträger, der nur teilweise zum Überspielen von urheberrechtlich geschützten Werken und nachbarrechtlich geschützten Leistungen dient, unter die Bestimmung von Art. 20 Abs. 3 URG fällt (vgl. Beschluss der ESchK vom 11. Dezember 2002 betr. den *GT 4b*). Allerdings sind die

Multifunktionalität der Mobiltelefone und die damit verbundene anderweitige Nutzung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen. Die Schiedskommission lehnt es daher ab, das Kriterium der wahrscheinlichen Verwendung, das hier als erfüllt anzusehen ist (vgl. GfS-Studie 2010), durch dasjenige der überwiegenden Verwendung zu ersetzen. Es handelt sich hier nicht nur um eine rein marginale und theoretische Nutzungsmöglichkeit, wie dies die Nutzerverbände in ihren Eingaben geltend machen.

60 Auch der Hinweis, dass sich die zunächst vom Gesetzgeber vorgesehene Geräteabgabe (vgl. dazu AB 2004 N 1224 und AB 2005 S 835 f.) vor allem auf grössere Speichermedien wie Festplatten bezogen hätte und solche Speichermedien in der Regel nur nebenbei für das Kopieren geschützter Werke verwendet werden und in erster Linie anderen Nutzungen dienen, spricht nicht gegen die gesetzliche Grundlage eines Leerträgerartarfs für 'Musikhandys', da das Bundesgericht (vgl. BGE 133 II 275, Ziff. 7.3.1) betont, dass auch der Verzicht auf eine allgemeine Geräteabgabe nicht bedeuten könne, dass kleinere Speichermedien, wie sie etwa in mp3-Geräten zum Einsatz gelangen und deren Zweck in erster Linie das Kopieren von Ton- und Tonbildwerken darstellt, von vorneherein nach dem bisherigen System der Leerträgerabgabe von einer Vergütung nach Art. 20 Abs. 3 URG ausgenommen sind. Daraus lässt sich auch nicht der Umkehrschluss ziehen, dass Speichermedien, bei denen die Musikspeicherung nicht im Vordergrund der Nutzung steht, von der Vergütungspflicht ausgeschlossen sind. Dass eine urheberrechtlich relevante Nutzung nebst anderen Nutzungen erfolgt, ist gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen.

61 Damit bejaht die Schiedskommission gestützt auf Art. 20 Abs. 3 URG die gesetzliche Grundlage für eine Urheberrechtsvergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen urheberrechtlich geschützter Werke und nachbarrechtlich geschützter Leistungen verwendet werden.

62 10. Es wurde von Nutzerseite verschiedentlich geltend gemacht, der *GT 4e* widerspreche den von der Schweiz eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Urheberrechts.

63 Dazu ist festzuhalten, dass es sich bei Art. 19 Abs. 1 URG, wonach veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden dürfen und im persönlichen Bereich jede Art der Werkverwendung zugelassen ist (Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG), um eine Schrankenbestimmung zu Gunsten der Nutzer und Nutzerinnen handelt. Diesbezüglich hat sich aber die Schweiz in internationalen Abkommen zu einem Mindestschutz verpflichtet, der nicht unterschritten werden darf. Es ist vor allem auf Art. 9 Abs. 2 RBUE (Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971, SR 0.231.15), auf Art. 13 des WTO-Abkommens (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, Anhang 1C, SR 0.632.20) sowie auf Art. 10 WCT (WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996 / WCT, SR 0.231.151) bzw. Art. 16 Abs. 2 WPPT (WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996 / WPPT, SR 0.231.171.1) hinzuweisen. Bei der Erlaubnis zum privaten Kopieren ist somit der so genannte Dreistufentest zu berücksichtigen. Einschränkungen wie sie der Eigengebrauch von Art. 19 URG vorsieht, sind nur zugelassen, falls sie auf bestimmte Sonderfälle beschränkt sind, die normale Verwertung des Werkes oder Schutzgegenstandes nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber nicht unzumutbar verletzt werden (vgl. Rehbindler/Viganò, Urheberrecht, 3. Auflage, Art. 19 N 6). Die in Art. 20 Abs. 3 URG festgelegte Vergütung bildet daher die Grundlage um das schweizerische Recht mit dem internationalen Recht in Übereinstimmung zu bringen. Damit ist den Berechtigten ein finanzieller Ausgleich zu gewähren für die in Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG festgelegte weitgehende Ausnahme zugunsten des privaten Eigengebrauchs. Auch aus diesem Grund kann der Art. 20 Abs. 3 URG nicht derart eingeschränkt werden, dass ein Gerät, obwohl es für das Vervielfältigen geschützter Werke Verwendung findet, wegen seiner Multifunktionalität von einer Vergütungspflicht ausgeschlossen wird. Dies würde den von der Schweiz eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen widersprechen.

64 11. Gegenüber dem Vorgängertarif wurde von den Verwertungsgesellschaften die Definition der vom Tarif erfassten Geräte abgeändert (vgl. Ziff. 1.1 Abs. 2 *GT 4e*).

65 Von Swissstream wird an der bisherigen Definition festgehalten, wonach ein Mobiltelefon eine spezifisch zugeordnete Tastenkombination zur Bedienung der Wiedergabefunktionen bieten muss, wobei diese Tastenkombination entweder physisch am Gerät oder an dessen Zubehör vorhanden sein soll oder virtuell einfach zugänglich über Touchscreen zur Verfügung gestellt wird. Diese Voraussetzung ist nach Auffassung von Swissstream zudem zu ergänzen mit 'einfach zugänglich sind sie nur, wenn sie über die Wahl einer auf

dem Einstiegsbildschirm gemäss Auslieferungszustand angezeigten Audio- oder audiovisuellen Funktion aufgerufen werden können'. Mit dieser einschränkenden Definition soll eine Ausweitung der unter den Tarif fallenden Mobiltelefone vermieden werden. Zudem gehen Swisstream sowie DUN und die Konsumentenorganisationen weiterhin von einer Mindestgrösse des Geräte- oder mitgelieferten Speichers von 2 Gigabyte aus, damit ein Mobiltelefon unter den *GT 4e* fällt, da nur Speicher ab dieser Grösse die Bedürfnisse der am Abspeichern und Abspielen von Musik interessierten Nutzer erfüllen würden und damit einem mp3-Player gleichgestellt werden können. Swisstream hält auch daran fest, dass das Gerät mit gebräuchlichen Werbemitteln überwiegend als Musikhandy beworben werden muss und dies als kumulative Voraussetzung aufzunehmen ist.

66 Die Schiedskommission stellt fest, dass die Voraussetzungen, dass ein Gerät bzw. dessen Leerdatenträger unter den *GT 4e* fallen, gemäss Ziff. 1.1 Abs. 2 des Tarifs dem Wortlaut nach geändert worden sind, sich diese Änderungen aber inhaltlich kaum auswirken dürften und lediglich der besseren Verständlichkeit dienen. Mit Beschluss vom 17. November 2011 betreffend den *GT 4e* (2010-2011) hat die Schiedskommission ausserdem bereits befunden, dass die Bewerbung und die Mindestspeichergösse von 2 Gigabyte keine tauglichen Abgrenzungskriterien sind und somit auch keine entsprechenden Änderungen vorzunehmen sind (vgl. Ziff. II/8.3 bzw. Ziff. II/8.4). Auch in diesem Verfahren ist an diesen Erwägungen festzuhalten.

67 12. Wie im gleichen Entscheid (vgl. Ziff. II/9) erwähnt, können die 'Geschäftshandys' durchaus dazu geeignet sein, geschützte Werke aufzunehmen und abzuspielen. Allerdings hat die Schiedskommission im Rahmen der Angemessenheitsprüfung einen Abzug in der Höhe von neun Prozent zugelassen, da neun Prozent der befragten Personen laut GfS-Studie angaben, dass sie mehrere Handys besitzen. Auch im Rahmen der vorliegenden Prüfung ist daher ein entsprechender Abzug vorzunehmen. Dem ist bei der Angemessenheitsprüfung Rechnung zu tragen.

68 Damit kann die Definition in der neuen Fassung gemäss Ziff. 1.1 des *GT 4e* genehmigt werden. Die Schiedskommission hält sie für tauglich und praktikabel.

69 13. Hinsichtlich der akzessorischen bzw. beiläufigen Nutzung sowie dem Umstand, dass nicht der gesamte Speicher eines Mobiltelefons für urheberrechtliche Zwecke genutzt wird, kann ebenfalls auf den Entscheid vom 17. November 2011 (vgl. Ziff. II/10) hinge-

wiesen werden. Insbesondere ist auch im neu vorgelegten Tarif auf eine Reduktion der Vergütungen auf Grund der von der Nutzerseite geltend gemachten 'Potentialbesteuerung' zu verzichten (vgl. dazu Ziff. II/11 bzw. Ziff. II/17).

70 14. Gemäss Art. 59 Abs. 1 URG genehmigt die Schiedskommission einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist, wobei sich die Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet. Demnach ist bei der Festlegung der Entschädigung der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag oder hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand (Abs. 1 Bst. a), die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Abs. 1 Bst. b) sowie das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Abs. 1 Bst. c) zu berücksichtigen. Die Entschädigung ist so festzulegen, dass sie in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder des Nutzungsaufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte beträgt, wobei die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung Anspruch auf ein angemessenes Entgelt haben (Abs. 2).

71 Bei den bestehenden Leerträgerтарифen *GT 4a* bis *4d* geht die Schiedskommission bei der Berechnung der Leerträgervergütung vom Aufwand für das Vervielfältigen zum persönlichen Gebrauch aus und berechnet gestützt auf diesen Aufwand die Entschädigung.

72 14.1. Zur Klärung der Angemessenheit des *GT 4e* liegen der Schiedskommission unterschiedliche Berechnungsmodelle der Verwertungsgesellschaften, der Nutzerverbände sowie des Preisüberwachers vor.

73 So gehen die Nutzerverbände davon aus, dass mit der Übernahme der Leerträgerdefinition 'ab 2 GB' der effektive Verkaufspreis pro Gigabyte gemäss den aktuellsten Erhebungen noch CHF 11.97 betrage. Dieser Preis berücksichtige, dass zahlreiche Mobiltelefone in Verbindung mit einem Abonnement zu einem durch die Hersteller vergünstigten Preis abgegeben werden. Selbst wenn der - von den Nutzerverbänden bestrittene - Preis pro Gigabyte ohne jegliche Subvention seitens der Fernmelde-dienstanbieter den Berechnungen zugrunde gelegt werde, sei der von den Verwertungsgesellschaften geltend gemachte Wert von CHF 39.95 zu hoch angesetzt.

- 74 14.2. Bei der Feststellung des Verkaufspreises geht die Schiedskommission in Bestätigung ihres Beschlusses vom 17. November 2011 vom Verkaufspreis der Geräte aus, wobei sie die mit einem Abonnement vergünstigt abgegebenen Mobiltelefone unberücksichtigt lässt (vgl. Beschluss vom 17.11.2011, Ziff. II/12). Bei der Berechnung dieses Preises stützt sie sich weitgehend auf die von Swisstream zu verschiedenen Zeitpunkten beigebrachten Verkaufsmengen und -preise ab. Sie geht aber auch davon aus, dass nicht nur auf die neuesten Zahlen abgestellt werden kann, da diese jeweils nur eine sehr kurze Zeitspanne abdecken und damit saisonale Schwankungen im Verkauf nicht berücksichtigt werden (z.B. Weihnachtsgeschäft). Es ist denn auch ein Unterschied, ob der Durchschnittspreis über drei oder zwölf Monate erfasst wird. Die Schiedskommission stellt daher auf einen gewichteten Mittelwert für den Verkaufspreis (ohne Abonnement) ab. Dabei nimmt sie für zwei Quartale den Wert von CHF 39.95 und für je ein Quartal CHF 37.07 bzw. CHF 35.81, was einen Mittelwert von CHF 38.20 ergibt.
- 75 15. Die Schiedskommission geht ausserdem weiterhin von einem Überspielanteil von 5,6 Prozent gemäss der GfK-Studie 11. März 2010 aus. Damit berücksichtigt sie nur das Abspeichern eines Werkes, nicht hingegen das Abspielen als besondere Nutzung. Sie ist zur Auffassung gelangt, dass die eingereichten Studien zu wenig Rückschlüsse auf die Berechnungsweise des Faktors 'Abspielen' zulassen. Ausserdem geht sie davon aus, dass das Speichern eines Werkes kaum Sinn macht, wenn man es nachher nicht auch abspielen kann und diesbezüglich somit ein einziger urheberrechtlicher Nutzungsvorgang nicht ausgeschlossen werden kann, der sich in Bezug auf die Vergütung nicht in 'Überspielen' und 'Abspielen' unterteilen lässt.
- 76 16. Der Art. 19 Abs. 3^{bis} URG sieht vor, dass Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, von den in diesem Artikel enthaltenen Einschränkungen des Eigengebrauchs sowie von den Vergütungsansprüchen nach Art. 20 URG ausgenommen sind.
- 77 16.1. Namentlich der DUN aber auch die anderen Nutzerverbände gehen davon aus, dass bei der Festlegung des gemäss Art. 19 Abs. 3^{bis} URG vorzunehmenden Abzugs zu berücksichtigen ist, dass durch das für den Download entrichtete Entgelt die Herstellung der Erstkopie sowie sämtliche Folgekopien, welche in der vertraglichen Lizenz enthalten sind, abgegolten werden, zumal der Konsument dabei keine Kopie für den

Privatgebrauch, sondern ein Originalexemplar erwerbe. Der DUN stützt sich dabei auf die Ergebnisse der GfK-Studie und nimmt einen Abzug von 63,1 Prozent in Bezug auf Musik und von 42,7 Prozent in Bezug auf Videos vor. Für Klingeltöne rechnet er mit einem Abzug von 50 Prozent.

- 78 16.2. Hinsichtlich der Auslegung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG hält die Schiedskommission an den Erwägungen im Entscheid vom 17. November 2011 fest und verweist explizit auf die entsprechenden Ausführungen (vgl. Ziff. II/15). Damit ist nur für die erste Kopie ein Abzug zulässig und alle anderen nachträglichen Kopien sind entschädigungspflichtig. Dieser Abzug wurde auf 7,5 Prozent festgelegt, was im vorliegenden Verfahren auch von den Verwertungsgesellschaften als zutreffend anerkannt wird. Entgegen den Ausführungen des Preisüberwachers ist somit davon auszugehen, dass für das Zwischenspeichern in einer zentralen Mediathek kein weiterer Abzug zulässig ist, da in diesem Fall mindestens zwei Kopien vorliegen und nur eine davon vergütungsfrei sein kann. Auch bei der Kopie auf der Festplatte des Computers handelt es sich nämlich um eine vollwertige Kopie mit einem unmittelbar selbstständigen Nutzen (vgl. zur technischen Vorgehensweise auch den AWK-Bericht vom 6.5.2011, insb. S. 18 f.). Damit ist nur die unmittelbar beim Download entstehende Kopie als Erstkopie vergütungsfrei, was bei der tariflichen Festlegung der urheberrechtlichen Entschädigung mit einem Abzug von 7,5 Prozent zu berücksichtigen ist.
- 79 17. Zur effektiven Berechnung der Entschädigung stützt sich die Schiedskommission auf das im Beschluss vom 17. November 2011 angewandte Berechnungsmodell. Gestützt auf die gemäss Art. 60 Abs. 2 URG anzuwendenden Prozentsätze des Nutzungsaufwands ist unverändert von neun Prozent für Werke der Musik bzw. zehn Prozent für andere Werke sowie drei Prozent für die verwandten Schutzwerke auszugehen. Es wird nach wie vor als richtig erachtet, diese Regelhöchstsätze im Rahmen der vorliegenden Nutzung vollständig bzw. annähernd vollständig auszuschöpfen.
- 80 Damit kommt die Schiedskommission bei einem Durchschnittspreis pro Gigabyte von CHF 38.20 auf eine Entschädigung für Urheberrechte von CHF 0.181 und für Leistungsschutzrechte von CHF 0.06.
- 81 18. Da es sich beim vorgelegten *GT 4e* um einen Folgetarif handelt, ist auf den mit Beschluss vom 17. November 2011 gewährten Einführungsrabatt zu verzichten. Ebenso

sind die Voraussetzungen für einen Zuschlag für die Vergangenheit weggefallen, da der Tarif unmittelbar an den bisherigen Tarif anschliesst und ein solcher Zuschlag somit nicht mehr gerechtfertigt ist.

82 Bezüglich der von den Nutzerverbänden verlangten Halbierung der Vergütung nach der Hälfte der Gültigkeitsdauer ist festzuhalten, dass dieses Begehren ungenügend begründet ist, zumal die Preise in den letzten Jahren nicht jährlich um 50 Prozent gesunken sind. Es lässt sich auch nicht voraussagen, wie sich die Preise in den nächsten zwei Jahren entwickeln werden. Ausserdem bietet der Tarif in Ziff. 9.2 im Bedarfsfall die Möglichkeit einer vorgängigen Tarifrevision.

83 Die Nutzerverbände beantragen, dass der Vergütungsansatz um den Anteil der Geräte, die ausschliesslich für berufliche Zwecke verwendet werden, zu reduzieren sei. Mangels anderer Anhaltspunkte geht der DUN davon aus, dass dieser Anteil gestützt auf die GfS-Studie 2010, wonach neun Prozent der befragten Personen mehrere Mobiltelefone besitzen auf neun Prozent festzulegen sei. Die Schiedskommission kann dem zustimmen und hält am Abzug für Geschäftshandys von neun Prozent fest. Dies führt zu einer definitiven Vergütung von CHF 0.165 für die Urheberrechte und von CHF 0.054 für Leistungsschutzrechte und somit von total CHF 0.219 pro Gigabyte:

84

						CHF		
Preis pro GB¹						38.20		
Preis für privates Überspielen²					5.60%	2.139		
		Anteil am Speicher³	Anteil am belegten Speicher	Anteil am belegten Speicher ohne Eigenes	Anteil relativ am belegten Speicher ohne Eigenes			
Musik		13.20%	42.86%	42.86%	87.33%	1.868		
Abzug gemäss Art. 19 Abs. 3 ^{bis}					7.50%	-0.140	1.728	
Filme		1.80%	5.84%					
davon fremde	22.80%			1.33%	2.72%	0.058		
Abzug gemäss Art. 19 Abs. 3 ^{bis}					7.50%	-0.004	0.054	
Bilder/Fotos		12.10%	39.29%					
davon fremde	8.30%			3.26%	6.64%	0.142	0.142	0.196
Sketches/Cabaret		0.30%	0.97%	0.97%	1.98%	0.042	0.042	
Gesprochener Text/Hörbuch		0.20%	0.65%	0.65%	1%	0.021	0.021	
Geschriebene Texte/Anderes		3.20%	10.39%	0%	0%	0.000	0.000	
Total		30.80%		49.07%				
Kostenbasis						1.988		
Urheberrechte Musik					9%	0.156		
Urheberrechte Sonstige					10%	0.026		
Urheberrechte Total						0.181		
Verwandte Schutzrechte					3%	0.060		
						0.241		
Abzug geschäftliche Nutzung					9%			
Vergütung Urheberrechte					0.016	0.165		
Vergütung Verwandte Schutzrechte					0.005	0.054		
Total Leerträgervergütung pro Gigabyte						0.219		
1 Gewichteter Mittelwert: (39.95+39.95+37.07+35.81) / 4								
2 Überspielanteil gemäss 'GfK-Studie 2010'								
3 Speicherbelegung und -zusammensetzung gemäss 'GfS-Studie Musikhandy 2010'								

- 85 19. Swisstream macht geltend, dass in Europa noch kein rechtskräftiger Tarif bezüglich Musikhandys bestehe und eine Belastung von Musikhandys konventionsrechtlich nicht zwingend sei. SWICO verweist auf den Padawan-Entscheid des Europäischen Gerichtshofes (vgl. sic! 3, 2011, S. 191 ff.), wonach zwingend zwischen geschäftlicher und privater Nutzung zu unterscheiden sei und geht zudem davon aus, dass für die Tarifberechnung der rechtswidrig erworbene Anteil an Musikstücken nicht berücksichtigt werden dürfe, ansonsten die daraus resultierende Abgabe dazu führe, dass der illegale Download kompensiert würde.

- 86 Mit Beschluss vom 17. November 2011 hat die Schiedskommission auf einen Auslandsvergleich verzichtet (vgl. Ziff. II/19). In der Begründung dazu führte sie aus, dass es hinsichtlich der Entschädigung für Mobiltelefone in Europa noch keine gefestigte Situation gibt und die rechtliche Situation in der Schweiz hinsichtlich einer Urheberrechtsvergütung auf Mobiltelefonen nur schwerlich mit den unterschiedlichen Regelungen im europäischen Ausland vergleichbar ist. Dabei hat sie auch den Padawan-Entscheid des EuGH vom 21. Oktober 2010 (C-467) in ihre Erwägungen einbezogen. An dieser Situation hat sich in der kurzen Zeit seit diesem Beschluss nichts Wesentliches geändert und auch der von SWICO eingereichte und Frankreich betreffende Entscheid des Conseil d'Etat, mit dem eine Verfügung vom 17. Dezember 2008 betreffend die Entschädigung für Privatkopien aufgehoben wurde, führt zu keinem anderen Ergebnis. Jedenfalls lässt dieser Entscheid keine Rückschlüsse auf die Rechtslage in der Schweiz zu. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass der vorliegende Beschluss den Umstand, dass Mobiltelefone auch zu geschäftlichen Zwecken benutzt werden, berücksichtigt und im Rahmen der Tarifberechnung eine entsprechende Reduktion vorgenommen wurde. Die Schiedskommission sieht daher keinen Anlass, einen Auslandsvergleich vorzunehmen.
- 87 20. Der Preisüberwacher beschränkt sich in seiner Stellungnahme grundsätzlich auf die Kalkulation eines angemessenen Tarifs und aktualisiert dazu sein eigenes Berechnungsmodell, das er bereits im Verfahren betreffend den *GT 4e* (2010-2011) vorgelegt hat. Bei dieser Berechnung stützt er sich auf die Gerätekosten je Gigabyte ohne Abonnement als Grundlage. Zum Gerätepreis betont er, dass man hier einen pragmatischen Ansatz verfolgen müsse, da die effektiven von den Herstellern oder Importeuren verlangten Preise derjenigen Geräte, die anschliessend an die Abonnementskunden verkauft werden, nicht bekannt seien. Dabei geht er in seinem Modell von CHF 37.07 pro Gigabyte (gemäss 'alte Definition') aus, betont indessen, dass damit die durch die ESchK vorzunehmende Gerätedefinition nicht präjudiziert werden soll. Für die urheberrechtlich relevanten Nutzungen in Bezug auf die gesamte Gerätenutzung darf nach seiner Auffassung für die Kosten des privaten Überspielens von 'Musik und nicht selbstaufgenommenen Filmen' nur auf die Funktion 'fremde Musik und Videos überspielen' abgestellt werden. Den Anteil des privaten Überspielens von 5,6 Prozent entnimmt er der GfK-Studie vom 11. März 2010. Betreffend Art. 19 Abs. 3^{bis} URG geht er davon aus, dass zumindest in denjenigen Fällen, wo ein Download in eine zentrale Medienbibliothek zwingend ist, dies beim Abzug zu berücksichtigen sei (vgl. dazu vorne Ziff. II/15.2). Er empfiehlt, dass im Falle einer Tarifge-

nehmung die Vergütung je nach dem gemäss Art. 19 Abs. 3^{bis} URG vorzunehmenden Abzug CHF 0.21 (Erstkopie direkt aufs Handy) bzw. CHF 0.10 pro Gigabyte (indirekt via zentrale Medienbibliothek) nicht übersteigen soll. Die Geltungsdauer sei gemäss dem zu erwartenden technologischen Fortschritt und den allgemeinen Unsicherheiten bezüglich des Nutzerverhaltens auf maximal zwei Jahre zu beschränken.

88 Gestützt auf die von ihr vorgenommenen Auslegung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG (vgl. vorne Ziff. II/16.2) und die weiteren Erwägungen ist die Schiedskommission gemäss ihrem Berechnungsmodell auf eine Vergütungshöhe für die Urheberrechte und die verwandten Schutzrechte von total CHF 0.219 gekommen und liegt damit nur leicht über der Empfehlung des Preisüberwachers. Die Ursache dieser geringen Differenz liegt einerseits im modifizierten Berechnungsmodell (vgl. vorne Ziff. II/18) und andererseits daran, dass die Schiedskommission von einem anderen Gerätepreis pro Gigabyte ausgeht. Die marginale Differenz zeigt indessen, dass die so berechnete Vergütung durchaus als angemessen zu betrachten ist.

89 21. Auch nach Kenntnisnahme der GfS-Studie vom 23. August 2011 zu den mp3-Playern verzichtet die Schiedskommission in diesem Beschluss darauf, die auf Grund der vorgängigen Erwägungen berechnete Vergütungshöhe mit dem von den Verwertungsgesellschaften vorgeschlagenen Modell 'Einsparung der Nutzer' zu vergleichen. Sie hält daran fest (vgl. Beschluss vom 17. November 2011, Ziff. II/18), dass einer derartigen Berechnung allenfalls eine gewisse Kontrollfunktion zukommen könnte, dies für sich allein aber nicht ausschlaggebend sein kann.

90 22. Die Verwertungsgesellschaften beantragen eine Tarfdauer vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013, während insbesondere der DUN einer kürzeren Tarfdauer den Vorzug gibt und der Preisüberwacher zwei Jahre als maximale Gültigkeitsdauer ansieht.

91 Die Schiedskommission ist der Auffassung, dass eine jährliche Tarifrevision mit entsprechenden Verhandlungen und Verzögerungen und den damit verbundenen Kosten und Aufwendungen kaum eine realistische Zielsetzung ist. Ein entsprechender Tarif müsste ja bereits im Mai des Folgejahres eingereicht werden, was bedeutet, dass die Parteien ohne Verzug mit den Verhandlungen beginnen müssten. Eine verkürzte Tarfdauer wäre aber auch nicht opportun, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass gegen den vorliegen-

den Tarif ein Rechtsmittel ergriffen wird und ein neuer Tarif somit auf unsicherer rechtlicher Grundlage verhandelt werden müsste. Wie vorne festgestellt, kann der Tarif bei wesentlichen Änderungen der Verhältnisse ohnehin vorzeitig revidiert werden (vgl. Ziff. 9.2 des Tarifs).

92 Swissstream verlangt ausserdem, dass der Tarif erst drei Monate nach dem schriftlich begründeten Beschluss auf den Beginn eines Monats in Kraft tritt. Da es sich hier nicht um einen neuen Tarif, sondern um einen Folgetarif handelt, kann diesem Antrag nicht entsprochen werden. Andernfalls käme es zu einer tariflosen Zwischenphase, was es zu vermeiden gilt.

93 23. Damit wird der Tarif gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 15 URV nach Anhörung der Verwertungsgesellschaften und unter Abänderung der Ziff. 4.1 (Vergütung für Urheberrechte von CHF 0.165 und Vergütung für verwandte Schutzrechte von CHF 0.054; total CHF 0.219 je GB Speicherkapazität) in der beantragten Fassung vom 24. Juni 2011 mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013 genehmigt.

94 24. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV (in der Fassung vom 1. Juli 2008) und sind gemäss Art. 16b URV unter solidarischer Haftung von den am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaften zu tragen.

95 Die Nutzerverbände verlangen mit Ausnahme von SWICO, eine Entschädigung zu Lasten der Verwertungsgesellschaften. Gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. Zwar wurden die von den Verwertungsgesellschaften verlangten Vergütungen gekürzt; diese sind aber dennoch mit ihrem Antrag auf Tarifgenehmigung durchgedrungen. Dagegen waren die Nutzerverbände mit ihren Hauptanträgen auf Nichtgenehmigung bzw. Rückweisung des Tarifs nicht erfolgreich, wurden doch lediglich ihre Eventualanträge teilweise gutgeheissen. Unter diesen Voraussetzungen verzichtet die Schiedskommission auf das Zusprechen einer Entschädigung.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der *Gemeinsame Tarif 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) wird in der Fassung vom 24. Juni 2011 mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013 sowie der folgenden gestützt auf Art. 15 Abs. 2 URV vorgenommenen Änderung (*kursiv*) genehmigt:

Ziff. 4.1 *GT 4e*

Die Vergütung ist abhängig von der Speicherkapazität und beträgt

- für Urheberrechte: CHF 0.165 je Gigabyte (GB)
- für verwandte Schutzrechte: CHF 0.054 je Gigabyte (GB)
- Total CHF 0.219 je Gigabyte (GB)

(Rest unverändert)

[...]

ESchK
CAF
CFDC

Beschluss vom 5. Dezember 2011 betreffend *GT 4e* (2012 - 2013)
