

ESCHK gt4d-06-hp vom 17. Januar 2006

Eschk, 2006-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/eschk_gt4d-06-hp

FR: ESCHK gt4d-06-hp du 17 janvier 2006

IT: ESCHK gt4d-06-hp del 17 gennaio 2006

Volltext

EIDG. SCHIEDSKOMMISSION FÜR DIE VERWERTUNG VON URHEBERRECHTEN
UND VERWANDTEN SCHUTZRECHTEN COMMISSION ARBITRALE FEDERALE
POUR LA GESTION DE DROITS D'AUTEUR ET DE DROITS VOISINS
COMMISSIONE ARBITRALE FEDERALE PER LA GESTIONE DEI DIRITTI
D'AUTORE E DEI DIRITTI AFFINI CUMISSIUN DA CUMPROMISS FEDERALA
PER LA GESTIUN DA DRETGS D'AUTUR E DRETGS CUNFINANTS

Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den Gemeinsamen Tarif 4d (GT 4d) Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahme geräten

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 2/61 CCF _____

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben: 1. Mit Eingabe vom 30. September 2004 haben die fünf Verwertungsgesellschaften ProLitte- ris, Société suisse des auteurs, SUISA, Suissimage und Swisssperform unter der Federfüh- rung der SUISA (Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke) der Schiedskommission einen neuen Gemeinsamen Tarif 4d (Vergütung auf digita- len Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnah- megeräten) in der Fassung vom 27. September 2004 zur Genehmigung unterbreitet.

2. Die Verwertungsgesellschaften geben an, dass sie Tarifverhandlungen betreffend den GT 4d, der sich auf das private Kopieren von Werken und Leistungen auf Mikrochips, Hard- disks und ähnliche digitale Leerträger bezieht, mit den Verhandlungspartnern DUN (Dach- verband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer), SWICO (Schweizerischer Wirtschaftsver- band der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik) sowie Economiesuis- se (Verband der Schweizer Unternehmen) geführt haben und diese Verhandlungen ergeb- nislos geblieben sind.

Zu den Verhandlungen selbst führen die Verwertungsgesellschaften aus, dass diese be- reits im Frühjahr 2001 aufgenommen worden sind und damals zu einer ersten Tarifeingabe an die Schiedskommission führten. Nach dem Rückzug dieser Vorlage Ende 2002 seien im Frühjahr 2003 die Verhandlungen mit dem DUN, Economiesuisse und SWICO (im Folgen- den auch Nutzerverbände genannt) erneut in Angriff genommen und nach einer Zwischen- phase im Jahre 2004 intensiviert worden. Da die Verhandlungspartner gemäss den Verwer- tungsgesellschaften keine neuen Vorschläge oder Zahlen zur Berechnung der Vergütung vorlegten und sich auch keine Einigungslösung abzeichnete, brachen die Verwertungsgesellschaften die Gespräche Ende August 2004 ab. Der Verhandlungsabbruch wird auch damit begründet, dass die Nutzerverbände Tarifvorschläge unterbreitetet hätten, die von der Höhe der Entschädigung her unannehmbar gewesen und deren Berechnung ausser- halb des

von der Rechtsprechung anerkannten Berechnungsmodells gelegen seien. Die Verwertungsgesellschaften betonen, dass der vorgelegte GT 4d in seinem Aufbau im Wesentlichen den bereits bestehenden Leerträgerтарифen (GT 4a, 4b und 4c) entspreche, was eine spätere Zusammenführung mit diesen Tarifen erleichtern soll.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 3/61 CCF _____

3. In der von der Schiedskommission bei den Verhandlungspartnern Ende 2004 / anfangs 2005 durchgeführten Vernehmlassung bestätigte sich, dass es erhebliche Differenzen hinsichtlich der Voraussetzungen sowie der Ausgestaltung des GT 4d gibt. Umstritten ist im Wesentlichen, ob der eingereichte Tarif mit der erforderlichen Einlässlichkeit und mit den richtigen Verhandlungspartnern verhandelt worden ist, sowie ob für die beantragten Vergütungen eine genügende gesetzliche Grundlage besteht. Aber auch die Angemessenheit des vorgelegten Tarifs wurde von den beteiligten Nutzerverbänden in Frage gestellt. So blieben insbesondere die Berechnungsgrundlagen, das gewählte Berechnungsmodell sowie die Frage der Berücksichtigung von Zahlungen, welche über so genannte 'Digital Rights Management-Systeme' (DRM-Systeme bzw. DRMS) erfolgen, umstritten.

Die Nutzerorganisationen verlangten, dass der GT 4d zur Fortsetzung der Verhandlungen zurückzuweisen sei. Eventualiter sei der Tarif nicht zu genehmigen. Subeventualiter hielten sie ihn unter bestimmten Bedingungen und wesentlich tieferen Vergütungen für genehmigungsfähig.

4. Der im Laufe des Verfahrens ebenfalls konsultierte Preisüberwacher empfahl in seiner Stellungnahme vom 18. März 2005 den Beizug der Konsumentenschutzorganisationen von nationaler oder regionaler Bedeutung und wies auf die umstrittene rechtliche Grundlage hin. Er bevorzugte zudem eine Präzisierung im Tarif, wonach sich dieser nur auf digitale Leerträger bezieht, welche ausschliesslich oder in erster Linie für das Kopieren von urheberrechtlich geschützten Werken verwendet werden. Damit soll insbesondere an die effektive Nutzung und nicht an das Nutzungspotential angeknüpft werden. Auch sollen damit Computer-Festplatten vom Tarif ausgeschlossen werden. Zusätzlich hielt er die Datenlage zumindest für einen Teil der Geräte für ungenügend und verlangte möglichst aktuelle und gewichtete Zahlen. Bei der Berechnungsmethode empfahl er – mit Hinweis auf das Preisüberwachungsgesetz – im Sinne einer Plausibilisierung zusätzlich einen Vergleich mit europäischen Tarifen sowie den Ansätzen in bestehenden Leerträgerтарифen. Bei Berücksichtigung dieser Vorgaben schloss er eine pragmatische Übergangsregelung nicht aus.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 4/61 CCF _____

5. Mit Verfügung vom 7. Februar 2005 lud die Schiedskommission zu einer Sitzung ein, wobei sie festlegte, dass die Parteien zunächst zur Frage der einlässlichen Verhandlungen bzw. ob mit allen massgebenden Nutzerverbänden verhandelt wurde sowie zur Frage der gesetzlichen Grundlage anzuhören sind.

Anlässlich der von der Schiedskommission durchgeführten Sitzung vom 30. März 2005 konnten die Parteien somit zu diesen Vorfragen Stellung nehmen. In der anschliessenden Beratung kam die Schiedskommission zum Ergebnis, dass die Verwertungsgesellschaften genügend einlässlich (Art. 9 Abs. 3 URV) und mit den massgebenden Verhandlungspartnern gemäss Art. 46 Abs. 2 URG verhandelt haben und die Konsumentenschutzorganisa-

tionen in diesem Tarifverfahren somit nicht beizuziehen sind. Auch wurde den Parteien bestätigt, dass sowohl für die Speicherkarten (bzw. Chipkarten oder 'Flash Memories') wie auch für die Festplatten (Harddisks) in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten der Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Leerträgervergütung für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten bietet.

Nach Klärung dieser Vorfragen beschloss die Schiedskommission auf die Tarifeingabe einzutreten und den vorgelegten GT 4d auf seine Angemessenheit zu prüfen. Diesbezüglich wurde den Parteien nochmals Gelegenheit zu mündlichen Ausführungen gegeben. Obwohl die Verwertungsgesellschaften bei den Tarifansätzen teilweise noch Änderungen vornahmen und die Anwendung des GT 4d auf Festplatten von Personalcomputern mit einer neuen Ziff. 1.4 ausdrücklich ausschlossen, konnte zwischen den Parteien in keinem der umstrittenen Punkte eine wesentliche Annäherung gefunden werden. Die in der Folge durchgeführte Angemessenheitsprüfung hat letztlich ergeben, dass der vorgelegte Tarif – auch mit den zusätzlichen Änderungen – nicht genehmigungsfähig war.

Bei ihrer Überprüfung stellte die Schiedskommission einen Präzisionsbedarf bei den multifunktionalen Geräten (wie Mobiltelefone oder Taschencomputer bzw. sog. PDA's) fest und schloss die Ergänzung der Ziff. 1.1 des Tarifs mit einer Zweckbestimmung nicht aus. Im Weiteren verlangte sie zusätzliche Abklärungen hinsichtlich des Herunterladens von Musikdateien über ein Netzwerk. Keine Einwände hatte sie indessen gegen das Berechnungsmodell auf der Basis des Aufwandes.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 5/61 CCF _____

In der Folge erhielten die Verwertungsgesellschaften gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 URV sowie auf die Erwägungen der Schiedskommission zur Angemessenheit des vorgelegten GT 4d Gelegenheit zur Änderung ihrer Tarifvorlage bis zum 30. September 2005.

Die Schiedskommission ist somit an der Sitzung vom 30. März 2005 auf das Genehmigungsgesuch der Verwertungsgesellschaften eingetreten, hat das Verfahren aber nicht abgeschlossen, sondern den Verwertungsgesellschaften die Möglichkeit gegeben, gestützt auf ihre Erwägungen zur Angemessenheit einen geänderten Tarif vorzulegen (vgl. hierzu die Zwischenverfügung vom 30.03.2005, deren schriftliche Begründung den Parteien am 31.05.2005 zugestellt wurde).

6. Die fünf am GT 4d beteiligten Verwertungsgesellschaften reichten am 30. September 2005 eine geänderte Tarifeingabe in der Fassung vom 28. September 2005 ein, ohne zwischenzeitlich weitere Verhandlungen mit den Nutzerverbänden geführt zu haben. Dieser Eingabe legten die Verwertungsgesellschaften eine erweiterte GfS-Studie über das Aufnahmeverhalten bei digitalen Speichermedien vom 27. September 2005 (in Ergänzung der Studie aus dem Jahre 2003) bei sowie zwei Gutachten vom 26. September 2005 der AWK Group AG betreffend Audiorecorder mit Festplatten oder Festwertspeicher einerseits und betreffend Festplattenvideorecorder andererseits. Gestützt auf diese Studien haben die Verwertungsgesellschaften die Ziff. 1.1 des Tarifs so eingeschränkt, dass nur noch Speicher in Zusammenhang mit Geräten erfasst werden, welche mit einer Aufzeichnungsfunktion versehen sind und die hauptsächlich für das Aufzeichnen und Abspielen geschützter Werke und Leistungen angeboten werden. Diese drei Studien veranlassten die Verwertungsgesellschaften aber auch zu einer Senkung der

Vergütungsansätze gegenüber der ersten Eingabe. Dagegen lehnten sie es ab, Online-Verkäufe von Musik bei der Berechnung der Leerträgervergütung zu berücksichtigen. Die Verwertungsgesellschaften beantragten, dass dieser Tarif rückwirkend auf den 1. Mai 2005 in Kraft tritt. Zusätzlich verlangten sie, dass das Datum der Fortsetzung der Verhandlungen vor der Schiedskommission gleichzeitig mit der Fristansetzung zur Vernehmlassung festzulegen sei.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 6/61 CCF _____

7. Die Schiedskommission stellte diese Vorlage wiederum den Nutzerverbänden mit einer Frist bis zum 16. November 2005 zur Vernehmlassung zu. Gleichzeitig holte sie auch eine Stellungnahme bei den vier Konsumentenschutzorganisationen von regionaler und nationaler Bedeutung ein. Auf Gesuch der Nutzerverbände wurde die Vernehmlassungsfrist mit Präsidialverfügung vom 3. November 2005 bis zum 6. Januar 2006 erstreckt. Da sich bereits zu diesem Zeitpunkt längere Abwesenheiten bei den nebenamtlich tätigen Mitgliedern der Spruchkammer abzeichneten, wurde zur beförderlichen Fortsetzung des Verfahrens der Sitzungstermin in diesem Zeitpunkt auf den 17. Januar 2006 angesetzt.

Die Nutzerorganisationen (DUN, Economiesuisse, SWICO) betonen in ihren Vernehmlassungen, dass sie verschiedene Punkte wie die genügende Verhandlung, die gesetzliche Grundlage sowie das Berechnungsmodell der Verwertungsgesellschaften weiterhin in Frage stellen. Sie halten daher grundsätzlich an ihren Anträgen auf Rückweisung bzw. eventualiter auf Nichtgenehmigung fest. Subeventualiter könne der Tarif allenfalls gestützt auf ein anderes Berechnungsmodell, das wesentlich tiefere Vergütungssätze zur Folge hat, genehmigt werden. Ebenso beanstanden sie, dass in diesem Verfahren mit der Einberufung der Sitzung ohne Rücksprache mit den Nutzerverbänden ihr verfassungsmässiger Anspruch auf das rechtliche Gehör sowie der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt worden sei.

In seiner zweiten (unaufgefordert zugestellten) Stellungnahme vom 16. November 2005 verzichtete der Preisüberwacher auf eine formelle Empfehlung und beschränkte sich auf einige Bemerkungen zum Geltungsbereich des Tarifs, zur Tarifhöhe sowie zum Einbezug der Konsumentenschutzorganisationen. Dabei geht er im letzten Punkt davon aus, dass die urheberrechtlich relevante Nutzung nicht die Herstellung oder der Import der Leerträger ist, sondern das private Überspielen von geschützten Werken. Daher begrüsst er die zwischenzeitlich erfolgte Anhörung der Konsumentenschutzorganisationen durch die Schiedskommission. Im Weiteren geht er davon aus, dass Satelliten-Receiver und Set-Top-Boxen nur marginal verbreitet sind. Zudem fehlen ihm die Preise und eine Übersicht über diese Produkte. Da man nicht einfach auf die Berechnung für DVD-Recorder mit Harddisk abstellen könne, schlägt er vor, die restlichen Geräte mit eingebauter Festplatte vom Tarif auszunehmen. Auch die Tarifhöhe erachtet er nach wie vor als zu hoch, und er schlägt vor, den möglichen Maximalsatz von 13 Prozent nicht von Anfang an voll auszuschöpfen. Zudem rät

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 7/61 CCF _____

er, die über so genannte DRM-Systeme verkauften Werke bei der Festlegung der Vergütungshöhe zu berücksichtigen und er beantragt, dass die Verwertungsgesellschaften zum Auslandsvergleich nicht bloss eine grobe Zusammenfassung, sondern den ganzen Bericht zu den Akten geben sollten.

8. Die Schiedskommission hat anlässlich ihrer Sitzung vom 30. März 2005 (vgl. vorne Ziff. 5) einen Vorentscheid gefällt und beschlossen, die Konsumentenschutzorganisationen, deren Beizug vom Preisüberwacher sowie von Economiesuisse und vom DUN verlangt worden ist, nicht zum Verfahren zuzulassen. Nachdem der Preisüberwacher im Rahmen der parallel laufenden Genehmigungsverfahren betreffend die Gemeinsamen Tarife GT 4b und GT 4c dieses Anliegen erneut vorgebracht hat, beschloss die Präsidentin Rückkommen auf diese Frage und hat die wesentlichen nationalen und regionalen Konsumentenschutzorganisationen (Konsumentenforum kf, Stiftung für Konsumentenschutz SKS, Fédération romande des consommateurs FRC sowie die Associazione consumatrici della Svizzera italiana acsi) zur Stellungnahme zur ergänzten Tarifvorlage der Verwertungsgesellschaften eingeladen.

In der Folge haben kf, SKS und FRC zur Tarifeingabe Stellung genommen. Dabei gehen diese Organisationen davon aus, dass die Konsumenten als Nutzer und Endverbraucher in das vorliegende Tarifverfahren einzubeziehen sind. Sie begrüssen es daher, zur Stellungnahme eingeladen worden zu sein.

kf stützt sich auf das Strategiepapier des Bundesrates für eine Informationsgesellschaft Schweiz und betont, dass der Grundsatz des 'Free flow of information' bedeute, dass die Konsumentinnen und Konsumenten nicht mit unnötigen Schranken und Tarifen belastet werden dürften. Grundsätzlich bestreitet aber kf nicht die Notwendigkeit, Vergütungen auf digitalen Speichermedien einzuführen, solange diese gerecht sind und keine Schranken bzw. Doppelbelastungen darstellen. Dagegen gelte es, Doppelbelastungen für legal über Internet eingekaufte Musik unbedingt zu vermeiden.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 8/61 CCF _____

SKS

und FRC beurteilen in ihrer gemeinsamen Eingabe die DRM-Systeme auch unter kritischen Aspekten (wie Marktdominanz der Anbieter, Aushebelung des Rechts auf Privatkopie) und lehnen es ab, dass nun neben dieser kritisch beurteilten individuellen Verwertung auch die kollektive Verwertung ausgebaut werden soll. Damit seien Doppelbelastungen bzw. in einigen Fällen sogar Dreifachbelastungen des Konsumenten nicht ausgeschlossen. Zudem gelte es bei der kollektiven Verwertung auch den volkswirtschaftlichen Kontext zu beachten. Unnötige oder zu hohe Abgaben würden dazu führen, dass der Konsument nur zögerlich von den neuen Kommunikationstechnologien Gebrauch mache, was wiederum das Wachstum behindere. Falls die Schiedskommission daher die Einführung eines Tarifs beschliesse, sei darauf zu achten, dass die Tarifhöhe gerecht sei und es nicht zu Doppelbelastungen komme. Auch sie stellen klar, dass zunächst die Frage geklärt werden muss, ob es sich hier nicht um eine Geräteabgabe handle, was klar abgelehnt werde. Und sie schlagen ebenfalls vor, Satelliten-Receiver und Set-Top-Boxen vom Tarif auszuschliessen, da die Verbreitung dieser Geräte offenbar noch marginal sei.

Die Verwertungsgesellschaften lehnen den Beizug der Konsumentenschutzorganisationen ab, da es sich bei ihnen nicht um massgebende Nutzerverbände im Sinne des URG handle. Nach ihrer Auffassung können nur demokratisch strukturierte Verbände, welche auf Grund ihrer Statuten direkt die Anliegen ihrer Mitglieder vertreten als Verhandlungspartner in Frage kommen. Sie gehen davon aus, dass in Bezug auf die Repräsentativität allfälliger Nutzerverbände der gleiche Massstab wie für die Verwertungsgesellschaften gelten müsse.

9. Anlässlich der Sitzung vom 17. Januar 2006 bestätigen die Parteien grundsätzlich ihre bis anhin eingenommenen Standpunkte. Insbesondere halten die Verwertungsgesellschaften an ihrer Tarifeingabe fest und stellen lediglich einen Eventualantrag hinsichtlich einer allfälligen teilweisen Genehmigung des GT 4d sowie einen weiteren Eventualantrag zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Tarifs, mit dem sie auf eine rückwirkende Inkraftsetzung des GT 4d verzichten. Die Konsumentenschutzorganisationen sind dieser Sitzung trotz entsprechender Einladung ferngeblieben.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 9/61 CCF _____ 10.

Der mit Eingabe der Verwertungsgesellschaften vom 30. September 2005 zur Genehmigung vorgelegte GT 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten) hat in der Fassung vom 28. September 2005 in den drei Amtssprachen den folgenden Wortlaut:

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 19/61 CCF _____ II.

Die Schiedskommission zieht in Erwägung: 1. Gemäss Art. 12 Abs. 1 der Urheberrechtsverordnung (URV) legt die Präsidentin den Sitzungstermin fest. Gleichzeitig bietet sie die Mitglieder der Spruchkammer auf und teilt den am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbänden rechtzeitig den Zeitpunkt der Sitzung mit.

Nach der ergänzten Tarifeingabe vom 30. September 2005 wurde den beteiligten Nutzerverbänden sowie den Konsumentenschutzorganisationen mit Präsidialverfügung vom 12. Oktober 2005 eine Vernehmlassungsfrist bis zum 16. November 2005 eingeräumt. Auf Begehren der Nutzerverbände, welche eine Fristverlängerung bis mindestens Mitte Februar 2006 verlangten, wurde die Frist anfangs November 2005 bis zum 6. Januar 2006 verlängert und – nachdem eine unter den Parteien durchgeführte dreimalige Sitzungsumfrage ergebnislos verlief – gestützt auf Art. 12 URV gleichzeitig die Sitzung zur Behandlung des GT 4d auf den 17. Januar 2006 festgelegt. Die Parteien wurden somit in die mündliche Terminumfrage einbezogen und konnten sich dazu äussern. Ausnahmsweise konnten in diesem Verfahren indessen nicht alle Wünsche respektiert werden. Letztlich obliegt aber die Festlegung des Sitzungstermins der Verfahrensleitung. Es gilt auch zu berücksichtigen, dass den Parteien der Termin zehn Wochen im Voraus angekündigt worden ist. Im Übrigen dürfen die Parteien zu einer Sitzung eingeladen werden, auch wenn die Vernehmlassungsfrist noch läuft. Dies dient der beförderlichen Behandlung, zumal in diesem Verfahren von einer gewissen Dringlichkeit auszugehen war. Die Schiedskommission hat denn auch schon mit der Zwischenverfügung vom 30. März 2005 (vgl. Ziff. II/9) Verständnis dafür geäussert, dass die Verwertungsgesellschaften in diesem Verwertungsbereich nun möglichst rasch über einen genehmigten Tarif verfügen möchten, da das Angebot an mp3-Geräten wie auch von DVD-Recordern und Settop-Boxen mit Festplatte offenbar stetig zunehme.

2. Mit der Zwischenverfügung vom 30. März 2005 erhielten die Verwertungsgesellschaften eine Frist von sechs Monaten zur Eingabe eines revidierten Tarifs. Die Vernehmlassungsfrist für die Nutzerverbände wurde dagegen letztlich auf zehn Wochen festgelegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verwertungsgesellschaften den begründeten Zwischenentscheid erst anfangs Juni erhielten und ihnen erst damit im Detail bekannt gegeben werden

konnte, welche Ergänzungen und Änderungen die Schiedskommission forderte. Zudem liegt die Tarifautonomie und damit die Tarifeingabe bei den Verwertungsgesellschaften (Art. 46 Abs. 1 URG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 URV). Sie mussten denn auch in Ergänzung der ersten Tarifeingabe in dieser Zeit umfangreiche Untersuchungen durchführen; so reichten sie beispielsweise drei weitere umfassende Gutachten ein. Andererseits wäre es den Nutzerverbänden frei gestanden, auch bereits in dieser Phase gestützt auf den Zwischenentscheid gewisse Vorabklärungen oder Untersuchungen vorzunehmen. Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Zeitspanne vom 12. Oktober 2005 bis zum 6. Januar 2006 ausreichte, um zur geänderten Eingabe der Verwertungsgesellschaften Stellung zu nehmen. Jedenfalls kann in der Fristansetzung keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 VwVG erkannt werden. Zudem hatten die Parteien anlässlich der heutigen Sitzung nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme.

3. Art. 46 Abs. 2 URG verpflichtet die Verwertungsgesellschaften dazu, mit den massgebenden Nutzerverbänden über die Gestaltung der einzelnen Tarife zu verhandeln. Gestützt auf die Empfehlung des Preisüberwachers, die Konsumentenschutzorganisationen in das Verfahren einzubeziehen, stellt sich die Frage, ob diese hinsichtlich des GT 4d als massgebende Nutzerverbände zu betrachten sind. Da die Schiedskommission diese Frage somit ohnehin prüfen muss, kann offen bleiben, ob ein zu den Verhandlungen eingeladenes Verband im Rahmen eines Tarifgenehmigungsverfahrens beantragen kann, es sei zusätzlich noch mit weiteren Organisationen zu verhandeln (vgl. den Beschluss der ESchK betr. den GT 3a vom 18.09.2003, Ziff. II/3a).

Die Botschaft zum URG vom 19. Juni 1989 (BBl 1989 III 557) äussert sich nicht weiter zur Frage, was unter einem massgebenden Nutzerverband zu verstehen ist. Gemäss Lehre setzt dies voraus, dass es sich um eine Organisation handelt, in welcher ein erheblicher Teil der Nutzerinnen und Nutzer zusammengeschlossen sind (vgl. dazu Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl. 2000, N7 zu Art. 46 Abs. 2 URG). Dies entspricht auch der ständigen Praxis der Schiedskommission (vgl. den Beschluss vom 27.9.1967 betr. den Tarif M, Ziff. 1a, in Entscheide und Gutachten der ESchK 1967-1980, S. 15 f.). Laut Govoni (Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in SIWR Bd. II/1,

Aufl. 2006, S. 462) kommen vor allem gesamtschweizerische Verbände in Betracht oder solche, die zumindest für einen Landesteil repräsentativ sind.

Die Schiedskommission hat sich bereits im Jahre 2002 anlässlich der Genehmigung der Gemeinsamen Tarife GT 4b und GT 4c mit dem Einbezug von Konsumentenschutzorganisationen in Tarifverfahren befasst und damals eine entsprechende Teilnahme bei den sogenannten Leerträgerтарifen nicht grundsätzlich verneint, aber die Frage letztlich offen gelassen, ob es sich bei diesen Organisationen um Nutzerverbände im Sinne von Art. 46 Abs. 2 URG handelt (vgl. Ziff. II/2b des Beschlusses vom 11.12.2002 betr. GT 4b).

Eine Teilnahme der Konsumentenschutzorganisationen an den vorgängigen Verhandlungen bzw. an einem Tarifverfahren vor der Schiedskommission setzt gemäss Art. 46 Abs. 2 URG voraus, dass es sich bei ihnen um massgebende Nutzerverbände im Sinne dieser Bestimmung handelt. Zweifellos vertreten die Konsumentenschutzorganisationen Konsu-

menteninteressen. Es kommt ihnen denn auch eine wichtige Funktion bei der Beratung und Information der Konsumenten zu (vgl. dazu auch das Konsumentenschutzgesetz KIG vom 5. Oktober 1990, SR 944.0). Allerdings haben diejenigen Konsumentenschutzorganisationen, welche gegenüber der Schiedskommission eine Stellungnahme abgegeben haben, es unterlassen, Statuten beizulegen. Somit kann nicht beurteilt werden, inwiefern die Konsumentenschutzorganisationen bzw. ihre Mitglieder durch den vorgesehenen GT 4d besonders betroffen sind bzw. inwiefern es zu den statutarischen Aufgaben der Konsumentenschutzorganisationen gehört, die Interessen von Urheberrechtsnutzern in diesem Bereich zu vertreten. Lediglich der allgemeine Anspruch, Konsumenteninteressen zu vertreten, vermag jedenfalls eine Teilnahme an Tarifverhandlungen für sich allein noch nicht zu rechtfertigen.

Gemäss Bundesgericht (vgl. Entscheid vom 20. Juni 1997 betr. den GT S, in sic! 1998, S. 38) obliegt es den massgebenden Nutzerverbänden, im Rahmen der Verhandlungen Angaben und Zahlen zu unterbreiten, welche es erlauben, die Angemessenheit eines Tarifs gemäss Art. 60 Abs. 1 URG festzustellen. Die Werknutzer und -nutzerinnen sind denn auch gemäss Art. 51 URG gegenüber den Verwertungsgesellschaften verpflichtet, sämtliche Auskünfte zu erteilen, welche diese für die Gestaltung eines Tarifs benötigen. Die

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 22/61 CCF _____

Konsumentenschutzorganisationen, welche im Rahmen der Vernehmlassung Stellungnahmen, haben in ihren Eingaben weder solche Angaben oder Zahlen genannt, noch entsprechende Zahlen oder Angaben in Aussicht gestellt. Dies mag daran liegen, dass sie über keine solchen Daten verfügen bzw. gar nicht in der Lage sind, sie sich von ihren Mitgliedern zu beschaffen.

Der Gesetzgeber hat mit der Vergütungspflicht gemäss Art. 20 Abs. 3 URG für Leerträger nicht beim Endnutzer oder Konsumenten, sondern vielmehr beim Hersteller und Importeur von leeren Ton- und Tonbildträgern angeknüpft. Diese sind die Schuldner der Vergütung und sie verfügen auch über die zur Berechnung der Urheberrechtsvergütung erforderlichen Daten. Das Bundesgericht hat allerdings nicht ausgeschlossen, dass es allenfalls auch einen 'repräsentativen Verband der privaten Nutzer von Leerkassetten' geben könnte (vgl. Entscheid vom 24. März 1995 betr. GT 4, E. 1b/cc). Einen solchen Verband gibt es allerdings bis heute nicht und die Schiedskommission hat auch keine Kenntnis davon, dass die Konsumentenschutzorganisationen, welche allgemeine Konsumenteninteressen vertreten, einen solchen Verband bilden. Bezeichnenderweise ging der Preisüberwacher denn auch in einer früheren Eingabe (Stellungnahme vom 3.10.2002 betr. die Gemeinsamen Tarife GT 4b, 4c und 4d) davon aus, dass die Konsumentenschutzorganisationen vor allem zu grundsätzlichen Urheberrechtsfragen wie zur Leerträgervergütung oder Geräteabgabe bzw. zur Frage der individuellen Lizenzierung anzuhören sind, auch wenn keine rechtliche Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften bestehen sollte, die Tarife mit den Konsumentenschutzorganisationen zu verhandeln. Dabei handelt es sich im Wesentlichen aber um Fragen, welche vom geltenden Recht geregelt sind oder allenfalls nur durch eine Gesetzesrevision geändert werden könnten. Aufgrund ihrer Struktur und ihrer Organisation sind die Konsumentenschutzorganisationen jedenfalls nicht darauf ausgerichtet, die Interessen der Konsumenten in Tarifverhandlungen zu vertreten. Es ist im Übrigen auch fraglich, ob sie diesbezüglich über eine genügende Repräsentativität verfügen.

Eine allfällige Leerträgervergütung fliesst in die Kostenberechnung des Herstellers oder des Importeurs ein. Dieser muss entscheiden, ob und allenfalls in welchem Umfang er diese zusätzlichen Kosten auf den Konsumenten überwälzen kann. Letztlich ist es nicht eine Singularität der Leerträgetarife, dass die Vergütungen für die Nutzung von Urheberrechten

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 23/61 CCF _____ und verwandten Schutzrechten zumindest teilweise auf die Endnutzer und damit auf die Konsumenten und Konsumentinnen überwälzt werden.

Zwar wird beim Eigengebrauch gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG und damit bei den Leerträgetarifen die urheberrechtliche Nutzung im Gegensatz zu anderen Tarifen unmittelbar vom 'Konsumenten' vorgenommen. Aus Praktikabilitätsgründen erklärte aber der Gesetzgeber in Art. 20 Abs. 3 URG nicht ihn, sondern den Importeur oder Hersteller zum Schuldner der Vergütung. Die gleichen Praktikabilitätsgründe müssen konsequenterweise auch für die Wahl der Verhandlungspartner gemäss Art. 46 Abs. 2 URG gelten.

Die Schiedskommission stellt somit fest, dass mit den massgebenden Verhandlungspartnern verhandelt worden ist und die Konsumentenschutzorganisationen im Tarifverfahren zur Behandlung des GT 4d nicht Verhandlungspartner gemäss Art. 46 Abs. 2 URG sind.

Die Schiedskommission schliesst indessen eine Mitwirkung der Konsumentenschutzorganisationen in Tarifgenehmigungsverfahren bei Leerträgetarifen nicht völlig aus. So ist es ihnen beispielsweise umbenommen, ihre Anliegen über den Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) einzubringen und sich auch durch diese Organisation an den Verhandlungen vertreten zu lassen. Aber auch eine Anhörung der Konsumentenschutzorganisationen durch den Preisüberwacher ist nicht ausgeschlossen, zumal dem Preisüberwacher in einem Tarifgenehmigungsverfahren eine ähnliche Rolle wie den Konsumentenschutzorganisationen zukommt. Zudem ist eine Anhörung der Konsumentenschutzorganisationen auf Antrag einer Partei oder auch von Amtes wegen nicht von vorneherein ausgeschlossen. In diesem Sinne werden ihre Eingaben zu den Akten genommen. Allerdings besteht seitens der Konsumentenschutzorganisationen kein Anspruch auf rechtliches Gehör.

4. Nach der Tarifeingabe vom 30. September 2004 wurde der Preisüberwacher gestützt auf Art. 15 Abs. 2bis des Preisüberwachungsgesetzes zur Abgabe seiner Empfehlungen eingeladen (vgl. dazu den Entscheid des Bundesgerichts vom 24. März 1995 betr. den GT 4, E. 4; in SMI 1996, S. 440). Dieser kam mit seiner Stellungnahme vom 18. März 2005 dieser Einladung nach. Nach dem Zwischenentscheid vom 30. März 2005 und der ergänzten Tarifeingabe vom 30. September 2005 verlangten die Nutzerorganisationen eine weitere Stellungnahme des Preisüberwachers.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 24/61 CCF _____

Die Schiedskommission hielt die Einholung einer zweiten Stellungnahme in einem laufenden Verfahren nicht für erforderlich, nachdem der Preisüberwacher schon Gelegenheit hatte, sich zu äussern. Gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 15 URV muss es möglich sein, einen Tarif auch ohne nochmalige Konsultation des Preisüberwachers zu ändern. Zwar muss die Schiedskommission die Empfehlungen des Preisüberwachers in ihrem Beschluss anführen und ein allfälliges Abweichen davon begründen (Art. 15 Abs. 2ter PüG). Es gibt indessen keine Verpflichtung, den Preisüberwacher bei jeder Tarifänderung

im Rahmen eines laufenden Verfahrens erneut anzuhören. Dies muss vor allem gelten, wenn die vorgenommenen Änderungen zu Gunsten der Nutzer und Nutzerinnen eine Senkung der Vergütungsansätze zur Folge haben.

Allerdings hat der Preisüberwacher von sich aus am 16. November 2005 eine zweite Stellungnahme abgegeben. Diese wurde zu den Akten genommen und den Parteien zugestellt. Somit kann vorliegend die Frage, ob eine zweite Anhörung des Preisüberwachers zwingend notwendig ist, letztlich offen gelassen werden.

5. Zum Verhandlungsablauf machen die Nutzerverbände insbesondere geltend, dass konkrete Verhandlungen erst nach dem 17. Mai 2004 aufgenommen worden seien. Zudem rügen sie den abrupten Verhandlungsabbruch durch die Verwertungsgesellschaften im August dieses Jahres. Auf Grund des Verhandlungsablaufs gehen sie davon aus, dass die Verwertungsgesellschaften ihrer Verhandlungspflicht nicht nachgekommen sind. Insbesondere hätten die Nutzerverbände klar signalisiert, dass sie weiterhin Verhandlungsspielraum sehen. Die Weiterführung der Verhandlungen sei seitens der Verwertungsgesellschaften ohne erkennbaren Grund verweigert worden.

Aus den Akten geht hervor, dass die Verhandlungen nach dem Rückzug des erstmals vorgelegten GT 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien in mp3-Geräten) im Dezember 2002 mit den seit September 2002 laufenden Verhandlungen für einen GT 4e (mp3-Geräte mit Harddisc) zusammengelegt worden sind. Über Geräte mit Speicherchips wurde ab Januar 2003 wieder verhandelt und ein erster Tarifentwurf wurde den Verhandlungspartnern am 25. Februar 2003 vorgelegt. Nach einer weiteren Sitzung im Jahre 2003 und dem Erstellen eines Positionspapiers wurden die Verhandlungen im Mai 2004 fortgesetzt. Nach ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 25/61 CCF _____

_____ drei weiteren Sitzungen wurden sie von den Verwertungsgesellschaften im August 2004 ergebnislos abgebrochen.

Da die Verwertungsgesellschaften gemäss Art. 9 Abs. 3 URV die Verhandlungen mit der gebotenen Einlässlichkeit führen müssen, ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob im Zeitpunkt des Verhandlungsabbruchs noch nicht sämtliche Möglichkeiten einer Einigung erschöpft waren und damit der Abbruch der Verhandlungen durch die Verwertungsgesellschaften vorzeitig erfolgt ist.

Gemäss Barrelet/Egloff (Das neue Urheberrecht, 2. Aufl. 2000, N6 zu Art. 46 Abs. 2 URG) müssen die Verwertungsgesellschaften ernsthafte Verhandlungen führen, wobei die Gespräche auf eine Annäherung der Standpunkte zielen müssen. Diese beiden Autoren gehen allerdings auch davon aus, dass die Verwertungsgesellschaften berechtigt sind, ihre Vorschläge ohne weiteres der Schiedskommission vorzulegen, falls die Verhandlungen zu keinem Erfolg führen oder sich unverhältnismässig in die Länge ziehen. Govoni (Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in SIWR II/1; 2. Aufl. 2006, S. 461) ist der Auffassung, dass ein Verhandlungsabbruch nicht unbedingt bedeuten muss, dass die Pflicht mit der gebotenen Einlässlichkeit zu verhandeln, verletzt worden ist und damit der Genehmigungsantrag zurückzuweisen ist. Er ist der Auffassung, dass die Verwertungsgesellschaften nicht über die Verhandlungspflicht gezwungen werden können, ihre Positionen aufzugeben, um sich mit den Nutzerorganisationen zu einigen.

Im Rahmen der geführten Verhandlungen hat sich gezeigt, dass grundsätzliche Rechtsfragen wie zum Beispiel die Frage der gesetzlichen Grundlage für den GT 4d stark umstritten sind. Die Nutzerorganisationen liessen sich denn auch nur zögerlich in die Verhandlungen ein und legten im Laufe des Verfahrens kaum Angaben über das Nutzungsverhalten vor. Damit fehlte schon von Beginn an eine genügende Verhandlungsbasis. Unter Berücksichtigung des gesamten Verfahrensablaufs bleibt festzuhalten, dass die Verwertungsgesellschaften ausreichend verhandelt haben und auch längere Verhandlungen kaum zu einem ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 26/61 CCF _____

anderen Ergebnis geführt hätten. Im Rahmen der bisherigen Praxis der Schiedskommission ist jedenfalls genügend verhandelt worden und dies nicht nur in formaler, sondern auch in materieller Hinsicht. Insbesondere ist davon auszugehen, dass es auch bei einer Fortsetzung der Verhandlungen nicht zu einer Einigung gekommen wäre, da sich die Tarifparteien in wesentlichen Punkten nicht annähern konnten.

Art. 46 Abs. 2 URG verlangt denn auch nicht eine Einigung zwischen den Tarifparteien, sondern lediglich das Führen einlässlicher Verhandlungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 URV. Ein Abbruch der Verhandlungen kann gerechtfertigt sein, wenn die Positionen so festgefahren sind, dass keine Möglichkeit zu einer Einigung besteht (vgl. dazu u.a. den Beschluss der ESchK vom 4. Dezember 1998 betr. den GT Hb, Ziff. II/2, S. 31).

6. a) Die Vergütungen gemäss GT 4d stützen sich nach Auffassung der Verwertungsgesellschaften auf Art. 20 Abs. 3 URG und gelten für drei Arten von Speichermedien; nämlich für die in mp3-Geräte für Audioaufnahmen integrierten oder zusammen mit solchen Geräten abgegebenen Mikrochips (bzw. Speicherkarten oder 'Flash Memories'), für die in entsprechende Audioaufnahmegeräte integrierten (fest eingebauten) Festplatten (Harddisks) sowie für die in Videoaufnahmegeräte (wie Set-Top-Boxen, Fernseher oder auch DVD-Recorder) integrierten Festplatten (vgl. Ziff. 1.1 des Tarifs). Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens haben die Verwertungsgesellschaften die Ziff. 1.4 in den Tarif aufgenommen, mit der ausdrücklich festgelegt wird, dass der GT 4d nicht anwendbar ist auf in Personalcomputer eingebaute Festplatten.

Die am Verfahren beteiligten Nutzerverbände bezweifeln die gesetzliche Grundlage für den GT 4d nicht nur hinsichtlich der dauerhaft in einem Aufnahmegerät eingebauten Speicher, sondern auch hinsichtlich der austauschbaren so genannten 'Flash Memories' (bzw. Speicher- oder Chipkarten). Es wird geltend gemacht, dass der vorgelegte Tarif zumindest 'Elemente einer Geräteabgabe in sich trägt'. Dies gelte sowohl für die Festplatten wie für die zusammen mit einem Aufnahmegerät angebotenen Speicherkarten. Bei einem Anteil von mehr als der Hälfte des gesamten Gerätepreises für die Festplatte würden bei der Kalkulation ausserdem auch zahlreiche Komponenten erfasst, die aus technischer Sicht dem Gerät zuzuordnen seien. Zudem wird der Schiedskommission

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 27/61 CCF _____

vorgehalten, sie dürfe nicht im Rahmen einer Tarifgenehmigung einer allfälligen Gesetzesrevision vorgreifen und eine Gerätevergütung einführen.

b) Nach 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 (Verwendung zum Eigen-

gebrauch) eine Vergütung. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde (vgl. Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG). Über Art. 38 URG findet der Art. 20 Abs. 3 URG auch Anwendung auf die verwandten Schutzrechte.

Die Schiedskommission hat hinsichtlich digitaler Leerträger wie CD-R/RW oder DVD bereits mit den Entscheiden vom 11. Dezember 2002 bzw. vom 14. November 2002 festgestellt, dass diese Leerträger unter die Vergütungspflicht von Art. 20 Abs. 3 URG fallen. Anlässlich der Sitzung vom 13. November 2002 betreffend den erstmals eingereichten GT 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien in mp3-Geräten) ist sie zudem davon ausgegangen, dass zumindest ein Speicherchip eine Vergütung auslöst, da er als Leerträger zur Aufzeichnung von Werken geeignet ist und somit ebenfalls die Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 3 URG erfüllt.

Da der Entwurf des Bundesrates zu einem neuen Urheberrechtsgesetz von 1989 (im Gegensatz zum Entwurf vom 29.08.1984, der in Art. 30 sowohl eine Vergütung auf Vervielfältigungsgeräte wie auch auf Trägermaterial einführen wollte) keine Leerträgervergütung mehr vorsah, sind der Botschaft vom 19. Juni 1989 (BBl 1989 477) diesbezüglich keine weiteren Ausführungen zu entnehmen. Die Leerkassettenvergütung fand erst wieder im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens Aufnahme in das Gesetz. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Leerträgervergütung lässt sich der Beratung des Nationalrates (vgl. Amtl. Bull. NR vom 28. Januar 1992, S. 41) entnehmen, dass man insbesondere die so genannten Super-8-Kassetten und die Kassetten für Diktiergeräte von dieser Abgabe ausnehmen wollte. Dazu merkte der deutschsprachige Berichterstatter an, dass für Tonträger, die nicht für Werkverwendungen bestimmt sind, keine Abgabe geschuldet ist. Damit sollten die erwähnten Träger, die offensichtlich nicht für das

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 28/61 CCF _____

Aufnahmen geschützter Werke geeignet sind, von der Vergütungspflicht ausgenommen werden. Der französischsprachige Berichterstatter präziserte, dass Träger von einer Vergütung ausgeschlossen sein sollen, 'qui ne courent pas le risque de servir à la reproduction interdite d'oeuvres d'art'. Im Übrigen wurde bereits im Nationalrat auf neue digitale Speichermedien hingewiesen (vgl. Amtl. Bull. NR vom 28. Januar 1992, S. 42). Aber auch in der vorberatenden Ständeratskommission wies Ständerat Danioth darauf hin, dass die Einführung der Leerträgerabgabe dem Ziel der Gesetzesrevision entspricht, welches er mit der 'Sicherstellung des Urheberrechts an den neuen Formen der Wertschöpfung' bezeichnete (Protokoll der Kommissionssitzung vom 29. Mai 1990, S. 69). Dem Gesetzgeber war offenbar klar, dass die Technologien auf diesem Gebiet rasch ändern und er wollte solche technische Änderungen nicht von der Vergütungspflicht ausschliessen. Die Ausdehnung der Leerträgervergütung auf digitale Leerträger, die sich in Geräten befinden, die zur Aufnahme von Musik- und Filmwerken geeignet sind, entspricht aber auch der ratio legis, dass das Kopieren solcher Werke im privaten Bereich vergütungspflichtig sein soll (vgl. hierzu auch BGE 108 II 475ff., wonach auch die private und persönliche Verwendung eines Werks unter das Urheberrecht fällt, wenn man sich durch das Kopieren die Kosten für die Anschaffung eines Werkexemplars einspart).

In der Lehre (vgl. Chr. Gasser, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Diss. Bern 1997, S. 166ff.) wird die Auffassung vertreten, dass der in Art. 20 Abs. 3 URG verwendete Begriff 'zur Aufnahme geeignet' eher eng auszulegen ist, da der Gesetzgeber offensichtlich nur jene

Träger der Leerträgervergütung unterstellen wollte, die im allgemeinen zur Aufnahme geschützter Werke auch tatsächlich eingesetzt werden. Erfasst werden sollen demnach 'Träger, die wegen des ihnen zugedachten Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungsbzw. Wiedergabeeigenschaften wahrscheinlich für Aufzeichnungen geschützter Werke verwendet werden'. Dazu zählt Gasser ausdrücklich auch die digitalen Leerträger. Er geht davon aus, dass mittels einer Änderung des (damaligen) GT 4 für Leerkassetten auch digitale Träger mit einer Vergütung belegt werden können, was sich nach seiner Ansicht aufdrängt, sobald diese für den Eigengebrauch wirtschaftliche Bedeutung erlangen (S. 174). Zudem vertritt er die Auffassung, dass sich die Leerträgervergütung nach der vorhandenen Speicherkapazität richten könnte. Dabei schliesst er

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 29/61 CCF _____ auf
_____ auf
Grund der geltenden Gesetzgebung die Ausdehnung der Leerträgervergütung selbst auf Computer-Festplatten nicht aus (S. 184).

Sowohl vom Wortlaut wie auch von der Entstehungsgeschichte her ist davon auszugehen, dass der Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Erhebung einer Vergütung für digitale Leerträger ist, da auf diesen Trägern im privaten Bereich offensichtlich und in immer grösserem Ausmass urheberrechtlich geschützte Werke sowie geschützte Leistungen aufgenommen werden.

Im Rahmen bestimmter Voraussetzungen fallen die austauschbaren 'Flash Memories' oder Speicherchips somit zweifellos unter den Begriff des Leerträgers im Sinne von Art. 20 Abs. 3 URG. Wesentlich ist indessen, dass nur diejenigen Speicher tariflich erfasst werden, die auch zusammen mit einem entsprechenden Aufnahmegerät angeboten werden.

Voraussetzung für eine urheberrechtliche Vergütung ist nämlich, dass diese Speicher für das Vervielfältigen von urheberrechtlich geschützten Werken und geschützten Leistungen geeignet sind und auch tatsächlich dazu verwendet werden. Dies muss aber ebenso im Zusammenhang mit fest eingebauten Speichern gelten, wenn sie dem gleichen Zweck dienen. Andernfalls bestünde nämlich die Situation, dass ein in einem mp3-Gerät nutzbarer, austauschbarer Speicherchip unter die Vergütung fällt und eine in einem solchen Gerät eingebaute Festplatte, welche genau dem gleichen Zweck dient, davon befreit wäre. Es lässt sich indessen nicht rechtfertigen, nur denjenigen Nutzer mit einer Vergütung zu belasten, der analog auf eine Tonbandkassette oder eine Videokassette bzw. digital auf einen austauschbaren Speicher aufnimmt und denjenigen, der einen fest eingebauten digitalen Speicher benutzt, von der Vergütung auszunehmen. Die Vergütung muss technologieneutral sein und für sämtliche Speicher gelten, die zur Aufnahme urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen geeignet sind und dafür auch tatsächlich verwendet werden. Zudem wäre es wohl auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen nicht vertretbar, nur eine Art von Speicher zu erfassen.

Am 18. März 2004 wurde im Nationalrat ein Vorstoss (Motion Thanei 04.3163) zur Einführung einer Gerätevergütung im Urheberrechtsgesetz eingereicht. Mit dieser Motion wurde erläutert, dass als Speichermedium heute nicht nur eigentliche Leerträger, sondern immer mehr auch Geräte selbst dienen, die über eingebaute Speicher mit teilweise

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 30/61 CCF _____
_____ sehr
grosser Kapazität verfügen. Dies könne zur Folge haben, dass mit der Leerträgervergütung

ein immer kleinerer Teil der im Rahmen des Eigengebrauchs hergestellten Kopien vergütet werde. Damit könne das ursprüngliche Ziel des Gesetzgebers, den Rechtsinhabern wenigstens einen gewissen Ausgleich für die durch die Ausnahme des Eigengebrauchs freigestellten Nutzungen zu gewähren, nicht mehr erreicht werden. Die Motion wurde aber auch mit dem hohen Aufwand begründet, welcher namentlich beim Einzug der Fotokopierentschädigung entsteht. Beispielhaft wurden denn auch Fotokopierer, Computer, Drucker, CD-Brenner und Scanner als mit einer Vergütung zu belastende Geräte erwähnt. Der Bundesrat beantragte am 18. Mai 2004 die Annahme der Motion und erklärte, dass die beabsichtigte Gesetzesänderung im Rahmen der laufenden Urheberrechtsgesetzesrevision zur Anpassung des URG an die Digitaltechnologie vorgenommen werden kann. In der Folge wurde die Motion vom Nationalrat angenommen, vom Ständerat indessen abgelehnt.

Die Geräteabgabe, die vor allem die heutige Reprographievergütung ergänzen bzw. ersetzen sollte, wurde daher im Entwurf vom 15. September 2004 (BBl 2004 5088) zu einer Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte aufgenommen (vgl. Art. 20a dieses Entwurfes). Auch hier wurde die Einführung der Gerätevergütung so begründet, dass sich damit der administrative Aufwand für die Erhebung und Abgeltung der Vergütung für das Fotokopieren geschützter Werke zu Informations- und Dokumentationszwecken wesentlich reduziert. So sollte die Gerätevergütung die Leerträgervergütung ergänzen und für Geräte mit eingebautem Speicher, die sich zum Aufnehmen oder Überspielen von Werken eignen, hinsichtlich der Vergütungspflicht Rechtssicherheit schaffen. Dabei wurde ausdrücklich nicht ausgeschlossen, dass diese Gerätespeicher bei entsprechender Auslegung von Art. 20 Abs. 3 URG auch unter die Leerträgervergütung subsumiert werden können (vgl. S. 13 f. des Erläuternden Berichts). Im Rahmen der Vernehmlassung bei den interessierten Kreisen ist die Gerätevergütung auf breiten Widerstand gestossen. In der Folge wurde daher von deren Einführung abgesehen (vgl. den Entwurf des Bundesrates vom 10. März 2006 zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes; BBl 2006 3389 ff.).

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 31/61 CCF _____

In diesem Zusammenhang kann darauf hingewiesen werden, dass einer der Verhandlungspartner des GT 4d im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur URG-Revision in seiner Stellungnahme zur vorgesehenen Gerätevergütung diese abgelehnt hat mit der Begründung, das geltende Recht und insbesondere Art. 20 Abs. 3 URG biete eine genügende gesetzliche Grundlage, um jederzeit weitere Tarife für Speichermedien aufzustellen. Tarifverhandlungen über die Abgeltung der Nutzung von Harddisks, Memory Sticks, Memory Cards oder anderen neuen Medien stünde nichts im Wege. Der DUN geht davon aus, dass es sich dabei genauso wie bei den wiederbeschreibbaren CD's oder DVD's um Speichermedien handelt und sich damit eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen lässt (vgl. die Stellungnahmen betr. Vernehmlassung zur Revision des Urheberrechtsgesetzes auf www.ige.ch; Stellungnahme des DUN vom 31.01.2005, S.7).

Die Schiedskommission kommt zum Schluss, dass der Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende gesetzliche Grundlage bietet für eine Vergütung für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten sowohl für Speicherchips (Memory Flashes) wie auch für Festplatten (Harddisks) in Audio- sowie audiovisuellen Aufnahmegeräten oder in Zusammenhang mit solchen Geräten. Sie wird allerdings noch klären müssen, ob für

technisch notwendige Bestandteile bzw. für vorinstallierte Betriebssysteme oder für allenfalls nicht voll ausgenutzte Speicherkapazitäten ein Abzug vorgenommen werden kann (s. hinten Ziff. 13 bzw. Ziff. 16).

Im Übrigen gilt es auf internationaler Ebene zu beachten, dass sich die Schweiz sowohl im Rahmen der Berner Übereinkunft (Art. 9 Abs. 2 der am 24. Juli 1971 in Paris revidierten und von der Schweiz ratifizierten Fassung der RBUE, SR 0.231.15) wie auch im TRIPS-Abkommen (Art. 13 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum, SR 0.632.20) verpflichtet hat, weder die normale Auswertung eines Werks zu beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar zu verletzen. Gerade bei den digitalen Vervielfältigungen, die von der Qualität her mit den Originalen vergleichbar sind, ist indessen nicht völlig auszuschliessen, dass dadurch noch mehr Personen vom Kauf der auf dem Markt angebotenen Werkexemplare abgehalten werden, als dies bei den analogen Vervielfältigungen der Fall ist (vgl. dazu auch Gasser, S. 177).

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 32/61 CCF _____

Rechtsvergleichend kann auch darauf hingewiesen werden, dass der Oberste Gerichtshof Österreichs am 12. Juli 2005 (vgl. <http://www.ris.bka.gv.at/jus/>, Geschäftszahl 4Ob115/05y) befunden hat, dass die Vergütung auf Speichermedien für mp3-Player keine Geräteabgabe ist, da nicht das Gerät erfasst werde, sondern das in das Gerät integrierte Speichermedium. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, dass die Gesetzgebung Österreichs ausdrücklich nur die Leerkassettenvergütung (vgl. § 42b österreichisches UrhG) kennt und somit auch diese Art der Vergütung darunter subsumiert.

7. Mit der Zwischenverfügung vom 30. März 2005 (vgl. Ziff. II/2) begrüsst die Schiedskommission die Klarstellung, dass der vorgelegte GT 4d auf in Personalcomputer eingebaute Festplatten nicht anwendbar ist (vgl. Ziff. 1.4 GT 4d), ortete aber vor allem bei den neueren Geräten, die zunehmend multifunktional ausgerüstet sind, einen zusätzlichen Präzisionsbedarf und verlangte, dass gegebenenfalls zu klären sei, inwieweit bei bestimmten Geräten wie Taschencomputer (sog. PDA) oder Mobiltelefonen der mp3-Funktion nur untergeordnete Nebenfunktion zukomme bzw. der Bestimmungszweck dieser Geräte nicht primär in der Aufnahme von Werken und Leistungen bestehe. In der Folge schränkten die Verwertungsgesellschaften gestützt auf die von ihnen veranlassten Studien und nach Feststellung, dass Mobiltelefone und PDA's nicht oder kaum zur Aufnahme geschützter Werke und Leistungen genutzt werden, den vorliegenden Tarif so ein, dass nur noch Audio- und Videoaufzeichnungsgeräte erfasst werden, die hauptsächlich für das Aufzeichnen und Abspielen geschützter Werke und Leistungen angeboten werden (vgl. Ziff. 1.1 GT 4d).

8. Die Nutzerverbände beantragten im Weiteren, dass die Listen der erfassten Geräte in Ziff. 1.1 des GT 4d abschliessend sind und nicht während der Gültigkeitsdauer des Tarifs ergänzt werden dürfen. Economiesuisse verlangte zusätzlich in Ergänzung der Ziff. 1.4, dass die gemeinsam mit Computern ausgelieferten Speicher ausdrücklich vom Tarif ausgeschlossen werden.

Aus Gründen der Rechtssicherheit spricht sich die Schiedskommission für eine einschränkende Aufzählung aus und ergänzt daher die Listen in Ziff. 1.1 Abs. 1 mit dem Ausdruck 'namentlich'. Zusätzlich verlangt sie mit Hinweis auf eine entsprechende Regelung im be-

stehenden GT 4a einen neuen Absatz, der vorsieht, dass die Verwertungsgesellschaften in Zusammenarbeit mit den Verbänden von Herstellern und Importeuren ein Verzeichnis auf-

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 33/61 CCF _____

stellen, falls die entsprechenden Listen erweitert werden sollen. Damit soll verhindert werden, dass die Verwertungsgesellschaften während der Tarifdauer die Listen einseitig ergänzen können. Diese Massnahmen lassen sich auch wegen der vorgesehenen kurzen Tarifdauer rechtfertigen. Zudem lässt sich heute kaum abschätzen, was die Technik in nächster Zukunft bringen wird. Künftige Entwicklungen fallen somit nicht automatisch unter die Vergütungspflicht. Einerseits werden daher die erfassten Geräte durch die namentliche Aufzählung eingeschränkt, andererseits kann diese Aufzählung mittels einer gemeinsam von den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerorganisationen geführten Liste ausgedehnt werden.

Nachdem den Parteien zu diesen Änderungen gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 15 URV das rechtliche Gehör gewährt wurde, wird bei den Audioaufnahmegegeräten noch der Hinweis auf Geräte mit dem dem mp3-Format entsprechenden Kompressionsverfahren aufgenommen und die Liste der Videoaufnahmegegeräten mit dem Digital Videorecorder (DVR) sowie dem Personal Video Recorder (PVR) mit eingebauter Harddisk ergänzt.

Nach diesen Änderungen ist offensichtlich, dass Computerfestplatten, die zusammen mit einem Personal Computer abgegeben werden, nicht unter diesen Tarif fallen. Somit kann auf die von Economiesuisse verlangte Ergänzung der Ziff. 1.4 verzichtet werden.

9. Ein Antrag der Nutzerverbände auf Streichung der Ziff. 1.2 des GT 4d wird abgelehnt. Die- se Bestimmung befindet sich mit demselben Wortlaut auch in anderen Leerträgertarifen (vgl. GT 4a, GT 4b und GT 4c, jeweils Ziff. 1.2) und dient lediglich der Klarstellung sowie Abgrenzung zu den Werkverwendungen zum Eigengebrauch nach Art. 20 Abs. 2 URG. Es geht im GT 4d indessen um die Leerträgervergütung und nicht um Vergütungen, die allen- falls für den Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 Bst. b bzw. Bst. c oder als Drittperson ge- mäss Art. 19 Abs. 2 geschuldet sind (vgl. zu dieser Abgrenzung auch den Beschluss der ESchK vom 27.11.1998 betr. den GT 4, Ziff. II/4).

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 34/61 CCF _____

10.
Der vorgelegte GT 4d sieht eine Vergütung vor für 'alle Arten von Chipkarten und Festplattenspeicher', die in Audio-Aufnahmegegeräten oder in Video-Aufnahmegegeräten enthalten sind oder die zusammen mit solchen Geräten an Konsumenten abgegeben werden' (Ziff. 1.1 i.V. mit Ziff. 4.1 bis 4.3 des Tarifs).

Die beantragten Tarifansätze (Ziff. 4.1 bis 4.3) stützen sich gemäss den Verwertungsgesellschaften auf das bisherige für Leerträgertarife angewendete Berechnungsmodell sowie zahlenmässig auf die von ihnen beigebrachten Studien zum Nutzungsverhalten (vgl. die Studien des GfS-Forschungsinstituts betr. das Aufnahmeverhalten auf digitale Speichermedien) und den entsprechenden Berechnungen zum Aufwand für das private Kopieren, der sich aus dem Kaufpreis für die Festplatten bzw. für die Speicherkarten und einem Anteil an der Amortisation des dazugehörenden Gerätes ergeben. Dazu wird ein Abzug für ungeschützte Werke und Leistungen zugelassen. Gestützt auf die neu durchgeführten Studien wurden die Vergütungen für Chipkarten je nach Speicherkapazität zwischen Fr. 0,03 pro MB (weniger als 512 MB) bis Fr. 0,0054 pro MB (4 und mehr GB), bzw. für Harddisks in

Audioaufnahmegegeräten auf Fr. 0,59 pro GB sowie für Harddisks in Audiovisions- Aufnahmegegeräten auf Fr. 0,38 pro GB festgelegt. Die Verwertungsgesellschaften rechtfertigen die im Verhältnis zur Speicherkapazität höheren Vergütungen bei den Speicherkarten gegenüber den Festplatten mit dem Umstand, dass die Speicherkarten in der Herstellung wesentlich teurer sind und die Berechnung des Tarifs nach dem anerkannten Berechnungsmodell von den Kosten des privaten Überspielens ausgehe.

Die Nutzerverbände stellen das von den Verwertungsgesellschaften angewandte Berechnungsmodell in Frage und gehen davon aus, dass das für die Leerkassette entwickelte Modell nicht ohne weiters auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden kann, da dies zu krass unbilligen Resultaten führe. Nach ihrer Auffassung sollte für die Vergütungshöhe nicht die technische Ausgestaltung des Leerträgers, sondern dessen Verwendungszweck massgebend sein. Sie gehen davon aus, dass für die Festlegung der Abgabe auf den fraglichen Geräten allein der Vergleich der Abgabe für die Vervielfältigung einer Stunde Musik auf einem herkömmlichen Leerträger massgebend sein könne. Sie bezeichnen das gewählte Berechnungsmodell aber auch als unpassend, weil nicht nur auf das eigentliche Trägermaterial, sondern auf die gesamte Festplatte (inkl. Gerätekomponenten) abgestellt wird. Die Umlagerung der Gerätekomponenten (Harddisk-Module) auf den Leerträger führe

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 35/61 CCF _____

_____ zu
einer massiven Verteuerung des Leerträgers, da der Preis des eigentlichen Trägermaterials vernachlässigbar sei. Da es aber offenbar nicht möglich sei, die Kosten für die Leerträger in genügender Weise festzustellen wird als pragmatische Lösung vorgeschlagen, auf die Unterscheidung zwischen 'Gerät' und 'Leerträger' zu verzichten. In diesem Fall sei für die Tarifberechnung die Amortisation der Gesamtkosten über die Lebensdauer des Gesamtgerätes zu berücksichtigen.

11. Die Schiedskommission genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG), wobei sich die Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet. Bei der Festlegung der Entschädigung sind somit gemäss Art. 60 Abs. 1 URG 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 zu berücksichtigen (Abs. 1 Bst. a). Ebenfalls Rechnung zu tragen ist der Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (Abs. 1 Bst. b) und dem Verhältnis der geschützten zu den ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträgern oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen (Abs. 1 Bst. c). Der Art. 60 Abs. 2 URG beschränkt die Entschädigung in der Regel auf höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder –aufwands für Urheberrechte und auf höchstens drei Prozent für verwandte Schutzrechte. Die Entschädigungen sind aber so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten.

Das von den Verwertungsgesellschaften vorgeschlagene Berechnungsmodell für die Leerträger-Vergütung wurde von der Schiedskommission im Zusammenhang mit dem ersten Leerträgetarif überprüft (vgl. Beschluss vom 21. Dezember 1993 betr. GT 4). Dabei hat die Schiedskommission festgehalten, dass gegen die Berechnung der Leerkassettenvergütung auf der Basis des Aufwands für das Vervielfältigen zum eigenen persönlichen Gebrauch nichts einzuwenden ist. Ebenfalls nicht beanstandet wurde damals, dass die Verwertungs-

gesellschaften bei der Berechnung des Nutzungsaufwands gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG zusätzlich zu den Kosten des Trägermaterials auch die Amortisationskosten für die Aufnahmegeräte mitberücksichtigten (Ziff. II/4a und b des Beschlusses). Weiter wurde ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 36/61 CCF _____

festgehalten, dass das gewählte Berechnungsmodell auch die Voraussetzungen von Art. 60 Abs. 1 Bst. b URG (Berücksichtigung der Art und Anzahl der benutzten Werke) und Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG (Pro rata temporis-Regel) erfüllt. Demselben Entscheid lässt sich entnehmen, dass die 13 Prozent-Regel gemäss Art. 60 Abs. 2 URG die Verwertungsgesellschaften nicht dazu legitimiert, bei der Berechnung der Entschädigung einfach von diesem Maximum auszugehen. Die Schiedskommission hat denn auch darauf hingewiesen, dass bei der Anwendung des Tantieme-Systems eine gewisse Zurückhaltung geboten ist und dass die im Bereich der ausschliesslichen Befugnisse verfolgte Praxis einer massvollen und schrittweisen Annäherung der Entschädigungsansätze an das Maximum auch im Bereich der Vergütungsansprüche für die unkontrollierbaren Massennutzungen gelten muss. Allerdings hat sie auch befunden, dass für eine Annäherung an den Grenzwert der Umstand spricht, dass das private Überspielen im Sinne von Art. 60 Abs. 1 Bst. b URG eine unübersehbare Anzahl von Werken betrifft, die namentlich im audiovisuellen Bereich von komplexer Natur sind und verschiedene Kategorien von Rechtsinhabern betroffen sind. Zur Frage, wie hoch gemäss Art. 60 Abs. 2 URG das Aufkommen aus der Leerkassettenvergütung sein muss, damit sich die Wahrnehmung dieses Vergütungsanspruchs in wirtschaftlicher Hinsicht überhaupt lohnt, hat die Schiedskommission in Ermangelung eigener Erfahrungen auf ausländische Regelungen abgestellt (vgl. Ziff. II/7d des Beschlusses vom 21.12.1993 betr. GT 4).

Das Bundesgericht hat mit Entscheid vom 24. März 1995 die diesbezüglichen Erwägungen der Schiedskommission nicht beanstandet und auch den Auslandsvergleich als eines der wenigen greifbaren und berechenbaren Kriterien beurteilt, unter der Voraussetzung, dass dieser Vergleich in einer Weise durchgeführt wird, die den Unterschieden der verschiedenen Rechtsordnungen hinsichtlich der belasteten Produkte, der Berechnungsweise, der Verwendungszwecke und anderer Faktoren, die die Vergleichbarkeit beeinträchtigen, Rechnung getragen wird. Angesichts der Tatsache, dass es sich um die erstmalige Festlegung eines Leerkassetten tariffs handelte, hat das Bundesgericht auch den Umstand, dass die Schiedskommission die gesetzlichen Regelhöchstgrenzen von zehn Prozent bzw. von drei Prozent nicht gleich voll ausgeschöpft hat, als vertretbar bezeichnet.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 37/61 CCF _____

Mit den Beschlüssen vom 14. November bzw. vom 11. Dezember 2002 betr. DVD und CD-R/RW data hat die Schiedskommission dieses Berechnungsmodell auf digitale Leerträger übertragen.

Seit der Einführung der Leerkassettenentschädigung stützt sie sich somit auf dieses Modell zur Berechnung der Urheberrechtsvergütung bei Leerträgern ab. Nach eingehender Prüfung ist die Schiedskommission zum Schluss gekommen, dass es trotz der Komplexität der neuen Leerträger keinen Grund gibt, im Rahmen des vorliegenden GT 4d von diesem in der Praxis bewährten und vom Bundesgericht überprüften Modell abzuweichen. Insbesondere kann sie in dem von den Nutzerverbänden vorgeschlagenen Berechnungsmodell, welches von den Amortisationskosten des Gesamtgerätes, d.h. der Abschreibung des Gerätes über

mehrere Jahre ohne Berücksichtigung der Anschaffungskosten für den Leerträger ausgeht, keine echte Alternative erkennen, zumal dieses Modell – soweit es nicht die gesamten mit der Nutzung verbundenen Kosten berücksichtigt – auch nicht den gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG entspricht, wonach sich die Entschädigung nach dem mit der Nutzung verbundenen Aufwand zu richten hat. Die Schiedskommission lehnt daher den Vorschlag der Nutzerseite ab, bei der Berechnung ausschliesslich von den Amortisationskosten des Gesamtgerätes auszugehen. Damit erübrigt sich eine weitere Prüfung dieses Berechnungsmodells. Die Schiedskommission schliesst aber weitere Vergleiche (wie z.B. mit anderen Leerträgertarifen oder mit vergleichbaren Tarifen im Ausland) sowie auch eine Plausibilitätsüberprüfung im Sinne der Empfehlung des Preisüberwachers nicht aus.

12. Nachdem anlässlich der Tarifeingabe vom 30. September 2004 lediglich eine GfS-Studie zum Aufnahmeverhalten bei mp3-Geräten und Harddisk-Recordern aus dem Jahre 2003 vorlag und die Schiedskommission mit Zwischenverfügung feststellte, dass zu wenige gesicherte Fakten zum Nutzungsverhalten vorliegen, um den Tarif abschliessend beurteilen zu können und die vorliegende Datenmenge sowie die Anzahl der befragten Haushalte zu bescheiden sind, um repräsentativ zu sein, haben die Verwertungsgesellschaften mit der ergänzten Tarifeingabe eine weitere GfS-Studie vom 27. September 2005 zum Aufnahmeverhalten bei digitalen Speichermedien sowie je ein Gutachten der AWK betreffend Audio-recorder mit Festplatten bzw. Festwertspeichern sowie betreffend Festplattenvideorecorder nachgeliefert.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 38/61 CCF _____

Dabei übernehmen die Verwertungsgesellschaften zu Gunsten der Nutzer hinsichtlich des Überspielanteils die etwas tieferen Zahlen aus der neueren GfS-Studie. So gehen sie davon aus, dass Audioaufnahmegeräte nur in 27 Prozent der Fälle für Aufnahmen genutzt werden und Videoaufnahmegeräte noch zu 33 Prozent.

Für die Nutzerverbände sind diese Überspielanteile immer noch zu hoch angesetzt und sie vertreten die Auffassung, dass die jeweils in der Umfrage befragte Person nicht genügend repräsentativ ist für das gesamte Aufnahmeverhalten. Weitere Kritik üben sie an der Repräsentanz der Berechnungsgrundlagen sowie der erhobenen Preise.

Wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des Berechnungsmodells ist, dass es sich auf zuverlässige und gesicherte Daten abstützen kann. Mit den neu vorgelegten Studien haben die Verwertungsgesellschaften die Datenlage wesentlich verbreitert und aktualisiert. Dagegen hat die Nutzerseite kaum neue bzw. substantielle Angaben und Zahlen eingebracht. Nachdem die Schiedskommission mit dem Zwischenentscheid auf die Mitwirkungspflicht der Nutzerverbände gemäss Art. 51 URG hingewiesen hat (vgl. dazu u.a. den Entscheid des Bundesgerichts vom 1. März 1999 betr. Tarif D, E. 2b und 4b/dd, in sic! 3/1999, S. 264 ff.), wird sie sich im Folgenden auf die vorliegenden Zahlen und insbesondere auf die unterbreiteten Studien zum Nutzungsverhalten abstützen.

So gehen die Verwertungsgesellschaften bei den Harddisk-basierten Geräten im Wesentlichen von zwei Geräten von Apple (iPod mit 20 und mit 60 GB) sowie von einem Gerät von Creative (40 GB) aus (vgl. Beilage 7 der Tarifeingabe). Bei den DVD-Rekordern nehmen die Verwertungsgesellschaften einen Durchschnittspreis von Fr. 1'284,00 bzw. einen Festplattenwert von Fr. 173,35 (13,5 %) an. SWICO bezeichnet diesbezüglich den Durch-

schnittspreis eines Videoaufzeichnungsgerätes mit einer Festplatte von 160 GB mit Fr. 730,95. Gemäss AWK-Studie kostet eine entsprechende Festplatte mit 160 GB Kapazität Fr. 130,00.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 39/61 CCF _____

Bei der Preisgestaltung der fraglichen Produkte ist zweifellos eine gewisse Dynamik feststellbar. So gingen die Verwertungsgesellschaften beispielsweise noch im Juli 2004 bei einer Speicherkarte von 32 MB von einem Durchschnittspreis von Fr. 77,85 aus, während sie in der drei Monate später erfolgten Tarifeingabe den von den Nutzerverbänden angegebenen Preis von Fr. 37,00 bei doppelter Speicherkapazität übernahmen. Parallel dazu wurde die Vergütung von Fr. 0,34 pro MB auf Fr. 0,12 pro MB reduziert. Später wurden die entsprechenden Vergütungen erneut gesenkt. Damit sollte insbesondere berücksichtigt werden, dass es neu Speicherkarten mit einer Grösse von mehr als einem GB gibt. Dies bestätigt einen eindeutigen Trend zu höheren Speicherkapazitäten bei sinkenden Preisen.

Allerdings hat die Schiedskommission bereits früher festgestellt, dass sich die Verwertungsgesellschaften bei der Festlegung der Daten in einer heiklen Situation befinden, da sie die sinkenden Preise nicht antizipieren und folglich erst mit einer gewissen Verspätung reagieren können. Auch kann ihnen nicht zugemutet werden, dass sie mit einer Tarifeingabe zuwarten, bis sich die Datenlage eindeutig gefestigt hat. Diese Preisdynamik wird aber zumindest bei der Festlegung der Tariffdauer zu berücksichtigen sein.

13. Gemäss dem anzuwendenden Berechnungsmodell muss somit der Aufwand für das Ver- vielfältigen und damit der Preis für das Speichermedium ermittelt werden. Dies ist zumindest bei den nicht fest mit einem Gerät verbundenen Speicherkarten, welche einen Markt- preis haben, ohne weiteres möglich. Hier spielt höchstens die erwähnte Preisdynamik eine gewisse Rolle, da die Preise dieser Speicher tendenziell eher sinken bzw. für den gleichen Preis höhere Speicherkapazitäten erhältlich sind.

Nicht unproblematisch erweist sich dagegen die Preisermittlung bei den Festplatten sowie bei den 'Memory Flashes' bzw. so genannten Festwertspeichern, die dauerhaft in ein Gerät eingebaut sind. Dabei gehen die Nutzerverbände davon aus, dass auf den effektiven Anschaffungspreis abzustellen ist und die entsprechenden Speichermedien ausserdem nicht als Ganzes zu berücksichtigen sind, sondern lediglich das eigentliche Speichermedium, dessen Wert letztlich im 'Cent-Bereich' liege.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 40/61 CCF _____

Diese Auffassung wird von der Schiedskommission abgelehnt. Sie geht deshalb bei der Ermittlung des Preises von der gesamten Festplatte aus und schliesst den Abzug bestimmter Elemente aus, die für den bestimmungsgemässen Gebrauch der Festplatte als Speichermedium nötig sind. Auch die herkömmlichen Audio- und Videokassetten enthalten nebst dem reinen Trägermaterial weitere Bestandteile wie Gehäuse, Spulen usw., wobei auch diese Teile als Bestandteil des Leerträgers gelten und bei der Berechnung der Leerkassettenvergütung auch nicht ausgeschieden werden. Das Trägermaterial besitzt für sich alleine – genau gleich wie beispielsweise die magnetisierbare Schicht auf dem Kunststoffband einer herkömmlichen Tonbandkassette (vgl. zur Beschreibung eines Magnettonbandes z.B.

http://www.mediaculture-online.de/fileadmin/bibliothek/hofmann_rundfunklexikon/

hofmann_rundfunklexikon.html) – keine selbständige wirtschaftliche Bedeutung und wird auch von den massgeblichen Nutzern nicht als separater Bestandteil eingekauft. Art. 20 Abs. 3 URG unterstellt denn auch den 'zur Aufnahme von Werken geeigneten Ton- und Tonbildträger' einer Vergütung und nicht dessen Teile oder gar nur das 'Trägermaterial' desselben. Zudem handelt es sich zumindest bei den Audioaufnahmegegeräten in der Regel um Mini-Harddisks, die jeweils nur als Ganzes eingekauft oder ausgetauscht werden können.

Anlässlich der Zwischenverfügung ist die Schiedskommission noch davon ausgegangen, dass – soweit möglich – der Anschaffungspreis bzw. der Ersatzwert der Festplatten zu ermitteln ist und ist einer generellen Annahme, dass sich der Festplattenpreis auf Grund einzelner Geräte zwischen 50 bis 60 Prozent des Gerätepreises bewegt, eher kritisch gegenüber gestanden. Diese Annahme hat sich indessen gestützt auf die von den Verwertungsgesellschaften beigebrachten AWK-Studien erhärtet.

Die Schiedskommission stellt indessen auch fest, dass insbesondere die Preise für die fest eingebauten Speichermedien nach wie vor umstritten sind. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass diese Speicher im Detailhandel kaum erhältlich sind und die entsprechenden Preise gar nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten ausfindig gemacht werden können. Die Nutzerverbände haben auch diesbezüglich keine ergänzenden Zahlen vorgelegt, wobei dies damit zusammenhängen mag, dass die Hersteller und Importeure diese Preise als Geschäftsgeheimnis nicht preisgeben möchten.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 41/61 CCF _____

Auf Grund dieser Ausgangslage kommt die Schiedskommission zum Schluss, dass trotz gewisser Unsicherheiten hinsichtlich der Festplattenpreise grundsätzlich auf die Angaben der Verwertungsgesellschaften und insbesondere auf die zwei zusätzlich erstellten AWK-Studien abzustellen ist. Dies führt zum Ergebnis, dass eine Festplatte in einem Audioaufnahmegegerät rund 50 Prozent des Gerätepreises entspricht. Bei Speicherkarten (bzw. fest eingebauten Flash Memories) beträgt dieser Wert zwischen 40 und 130 Prozent des Gerätepreises und bei Videoaufnahmegegeräten zwischen 10 und 17 Prozent des Gerätepreises. Bei ihren Berechnungsmodellen gehen die Verwertungsgesellschaften sowohl bei den Audioaufnahmegegeräten mit Harddisks wie auch bei denjenigen mit Mikrochips bzw. Speicherkarten von 50 Prozent des Gerätepreises aus und bei den Videoaufnahmegegeräten von einem Durchschnittswert von 13,5 Prozent. Bei den Videoaufnahmegegeräten kann dieser Wert insofern noch verifiziert werden, als es Geräte mit und ohne Festplatten gibt und sich somit aus der Preisdifferenz auch der Festplattenpreis herleiten lässt. Allerdings erachtet die Schiedskommission diese 'Differenzmethode' nicht als sehr zuverlässig und lässt sie daher nur subsidiär zu.

Die Übernahme dieser Zahlen lässt sich auch insofern rechtfertigen als die Verwertungsgesellschaften bei ihren Berechnungsmodellen zu Gunsten der Nutzer jeweils auf den günstigsten Gerätetypus abgestellt haben.

14. Für die Ermittlung der Geräteamortisationskosten gehen die Verwertungsgesellschaften von einer Abschreibungsdauer der Aufnahmegegeräte von fünf Jahren aus.

Diese Abschreibungsdauer entspricht derjenigen in den anderen Leerträgerarten und dürfte angesichts des rasanten technischen Wandels vor allem bei den Audioaufnahmegegeräten

nicht unangemessen sein, zumal die Nutzerverbände diesbezüglich keine anderen Zahlen beigebracht bzw. keine andere Abschreibungsdauer glaubhaft belegt haben. Da es sich sowohl bei den mp3-Playern mit Speicherkarte wie auch bei den Audio- und Videoaufnahmegeräten mit integrierten Harddisks um relativ neu auf dem Markt erhältliche Produkte handelt, ist auch zu berücksichtigen, dass die effektive Abschreibungsdauer gegenwärtig kaum feststellbar sein dürfte.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 42/61 CCF _____

15. Gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG ist bei der Festlegung der Vergütung der Anteil der geschützten Werke und Darbietungen zu berücksichtigen. Anlässlich ihrer ersten Eingaben gingen die Verwertungsgesellschaften davon aus, dass ausschliesslich geschützte Werke oder Leistungen auf mp3-Geräte aufgenommen werden. Die zweite GfS-Umfrage hat indes ergeben, dass in 94 Prozent der Fälle Musik (davon 91 Prozent moderne Musik) aufgenommen wird. Es hat sich aber auch gezeigt, dass der Anteil der Bilder und der gesprochenen Inhalte eher marginal ist. Gestützt auf diese zweite Studie gehen die Verwertungsgesellschaften davon aus, dass 86 Prozent (91 von 94 Prozent) der Aufnahmen urheberrechtlich geschütztes Repertoire betreffen. Bei der klassischen Musik gelte es zudem zu berücksichtigen, dass in den allermeisten Fällen die Darbietungen geschützt seien, es sei denn, es handle sich um Aufnahmen, die vor mehr als 50 Jahren entstanden sind. Dies führt gemäss Berechnungsmodell der Verwertungsgesellschaften zu einem Abzug von 14 Prozent bei den Maximalsätzen von 10 bzw. von 3 Prozent vom Nutzungsaufwand bei den Audioaufnahmegeräten. Dagegen halten sie bei den Videoaufzeichnungsgeräten einen Abzug für nicht bzw. nicht mehr geschützte Werke nicht für angezeigt.

Die Nutzerverbände erachten den Anteil von 91 Prozent geschützter Werke als zu hoch, legen indessen keine ergänzenden Zahlen vor.

Die Schiedskommission hat keinen Anlass, an der GfS-Studie zu zweifeln und stimmt zu, dass im Berechnungsmodell von diesen Angaben zum Anteil der geschützten Werke ausgegangen werden kann.

16. Die Nutzerverbände vertreten die Auffassung, dass nur effektive Nutzungen abgegolten werden dürfen und nicht allfällige Nutzungspotentiale. Selbst wenn der Platzbedarf für Betriebssoftware nicht entscheidend ins Gewicht fallen sollte, sei zu berücksichtigen, dass ein Teil des Speicherplatzes gar nicht genutzt wird. Sie verlangen daher eine je nach Speicherkapazität abgestufte degressive Vergütung.

Die Schiedskommission erachtet es als grundsätzlich richtig, auf die volle Speicherkapazität von Speicherkarten und Festplatten abzustellen. Einziger Unterschied zu den anderen Leerträgern wie Audio- und Videokassetten oder auch zu den CD-R und DVD ist nämlich

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 43/61 CCF _____

nur, dass bei den Geräten mit Festplatte oder fest eingebautem Speicher die gesamte Speicherkapazität bereits mit der Anschaffung des Gerätes eingekauft wird, während dies bei den erwähnten Speichermedien im Laufe der Amortisationsdauer des Aufnahmegerätes geschieht. Es ist daher davon auszugehen, dass die gesamte Festplatte zur effektiven Nutzung zur Verfügung steht und bei den fraglichen Geräten zudem auch der höhere Bedienungskomfort (z.B. unmittelbarer Zugriff auf das gesamte Archiv) von Bedeutung ist.

Im Übrigen berücksichtigt der Tarif zumindest indirekt, dass die Speicherkarten nicht vollständig ausgenutzt werden, nehmen doch die entsprechenden Vergütungen nicht gleichmässig zu, sondern mit höherer Speicherkapazität degressiv ab (vgl. Ziff. 4.1 GT 4d). Aber auch bei den Geräten mit Festplatten mit grosser Speicherkapazität wird im Ergebnis berücksichtigt, dass diese Speicher nicht immer voll ausgeschöpft werden, ist doch hier die Entschädigung im Vergleich zu einem Gerät mit Speicherkarte bzw. mit fest eingebautem Festwertspeicher wesentlich niedriger. So beträgt beispielsweise die beantragte Vergütung für eine Speicherkarte von 4 GB Fr. 21.60 und für eine Festplatte von 60 GB Fr. 35.40.

Gestützt auf die Zwischenverfügung haben die Verwertungsgesellschaften auch abgeklärt, wieviel Speicherplatz allenfalls erforderliche Software (wie z.B. Betriebssysteme, Treiber usw.) benötigt. Das Gutachten der AWK belegt, dass dieser Platzbedarf der Programme für das Abspielen und Verwalten von Daten höchstens ein Prozent meistens jedoch weniger Speicherplatz beansprucht. Somit ist dieser Anteil vernachlässigbar und auf einen entsprechenden Abzug kann verzichtet werden.

17. Die Nutzerverbände wie auch der Preisüberwacher stellen die volle Ausschöpfung der maximalen Vergütungsansätze für Urheberrechte von 10 Prozent sowie für die verwandten Schutzrechte von 3 Prozent in Frage.

Die Schiedskommission schliesst nach ständiger Rechtsprechung im Falle einer intensiven Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken und nachbarrechtlich geschützten Leistungen die Annäherung an die Limite von 13 Prozent vom Nutzungsaufwand gemäss Art. 60 Abs. 2 URG nicht aus. Für eine Annäherung an diesen Grenzwert spricht hier die intensive Nutzung von geschützten Werken und Leistungen und dass das private Überspielen eine unübersehbare Anzahl von Werken betrifft, die namentlich im audiovisuellen Bereich

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 44/61 CCF _____ von

komplexer Natur sind und auch verschiedene Kategorien von Rechtsinhabern betreffen (vgl. dazu den Entscheid der ESchK vom 21. Dezember 1993 betr. Leerkassettenvergütung, Ziff. II/7d).

Allerdings gibt es auch eine Praxis der Schiedskommission, bei neuen Tarifen diesen Maximalsatz nicht gleich voll auszuschöpfen. Diese Auffassung wurde auch vom Bundesgericht als vertretbar bezeichnet (Entscheid vom 24. März 1995 betr. Leerkassettenvergütung, E. 11e). Die Schiedskommission wird daher noch prüfen, inwiefern dieser Faktor bei der Tarifberechnung (vgl. hinten Ziff. 23) zu berücksichtigen ist.

18. Umstritten zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden ist insbesondere auch die Frage, ob die über so genannte Digital Rights Management-Systeme (DRM-Systeme bzw. DRMS) bezahlten Beträge für das Herunterladen eines Werkes oder einer Leistung über ein Netzwerk bei der Festlegung der Leerträgerentschädigung in irgend einer Form zu berücksichtigen sind. Diese Systeme für den elektronischen Vertrieb digitaler Inhalte sollen es den Rechtsinhabern ermöglichen, jede Art der Verwendung von Werken und geschützten Leistungen in der Online-Umgebung direkt zu kontrollieren (vgl. Govoni, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in SIWR Bd. II/1, 2. Aufl. 2006, S. 418).

a) Die Nutzerorganisationen beanstanden, dass der vorgelegte GT 4d der zunehmenden Bedeutung der DRM-Systeme bzw. der elektronischen Bezahldienste keine Rechnung

trage. Sie machen geltend, dass in den Zahlungen des Nutzers an den Online-Anbieter auch ein Anteil für Urheberrechtsentschädigungen enthalten ist. Sie fordern daher, die Form der individuellen Rechteverwertung bei der Festlegung der Tarifhöhe Rechnung zu tragen, da ansonsten bei gleichzeitiger kollektiver Erfassung dieser Verwertung über die Leerträgervergütung die Bezahlung einer doppelten Vergütung für die gleiche Nutzung vorliege und sie sprechen deshalb von einer Doppelbelastung des Konsumenten. Sie gehen davon aus, dass bereits etliche legale Online-Anbieter auf dem schweizerischen Markt tätig sind, welche ein breites Angebot von Musik zum Herunterladen vorwiegend auf mp3-Geräte anbieten und dass die Bedeutung dieser Downloads weiter zunehme und sich DRMS in naher Zukunft durchsetzen wird und damit auch das Verhältnis zwischen individuell und kollektiv verwerteten Werken tariflich zu berücksichtigen sei.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 45/61 CCF _____

Sie lehnen daher die Auffassung der Verwertungsgesellschaften ab, dass der Anteil bezahlter Downloads aus dem Internet bei der Berechnung der Leerträgervergütung ausser Acht zu lassen sei. Auch der anlässlich der heutigen Sitzung von den Verwertungsgesellschaften vorgelegte Lizenzvertrag mit einem Online-Anbieter zeige deutlich, dass die entsprechenden Rechte abgegolten würden. Sie weisen darauf hin, dass mit DRMS auch die Vervielfältigungshandlung beim Nutzer kontrolliert wird, ansonsten nicht zwischen den beiden Varianten 'Streaming' (blosses Anhören) und 'Download' (Herunterladen) unterschieden werden könnte. Es liege daher auf der Hand, dass die bereits durch den Online-Anbieter bezahlte Entschädigung für die Einräumung des Verbreitungs- bzw. des Vervielfältigungsrechts bei der Festlegung der Leerträgervergütung zu berücksichtigen sei.

Nach Auffassung der Verwertungsgesellschaften kommen sich DRMS und Leerträgervergütung nicht in die Quere, da damit urheberrechtlich unterschiedliche Bereiche geregelt würden. Sie lehnen daher grundsätzlich einen Abzug für Online heruntergeladene Werke bei den Leerträgervergütungen gemäss GT 4d ab und betonen, dass die aus dem Internet gegen Bezahlung erworbene Kopie nicht direkt auf dem vom GT 4d erfassten Speicherelement abgelegt wird, sondern die betroffenen Speicher über den Personal Computer 'gefüttert' werden. Die Festplatte des PC mit der erstmaligen Fixierung des Werkes falle indessen nicht in den Anwendungsbereich des GT 4d. Die vom Nutzer hergestellte Kopie werde auch nicht von der Erlaubnis des Internet-Anbieters erfasst, da die SUISA in keinem Vertrag mit einem Online-Anbieter diesem das Recht einräume, eine Speicherung auf dem PC oder anderen Speichern des Konsumenten zu gestatten. Der Online-Anbieter verfüge somit über keine Rechte, welche die Verwendung der Musikwerke beim Konsumenten betreffen. Der Anteil der bezahlten Downloads auf einem Personal Computer wird daher für die Berechnung der Vergütung als irrelevant erachtet. Die Verwertungsgesellschaften gehen davon aus, dass die vom Endnutzer für den Eigengebrauch gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG hergestellte Kopie nicht über den Online-Anbieter abgegolten wird, zumal dies Art. 20 Abs. 4 URG widersprechen würde, wonach die Leerträgervergütung nur von einer zugelassenen Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann. Sie weisen zusätzlich darauf hin, dass für audiovisuelle Werke zumindest in der Schweiz noch keine legalen Downloadshops bekannt sind.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 46/61 CCF _____

Im

Übrigen müsse der Online-Anbieter den Urheber auf Grund seines mit seinem Angebot im Internet erzielten Verkaufserlöses entschädigen. Rechtlich gesehen müsse der Anbieter eines solchen Dienstes einerseits über das Vervielfältigungsrecht für den so genannten 'Upload' und andererseits über das Recht zum Wahrnehmbarmachen verfügen. Dagegen benötige er das Recht zur Vervielfältigung des übermittelten Werkes beim Konsumenten nicht, da die Privatkopie von der Leerträgervergütung erfasst werde. Der Konsument seinerseits müsse auf Grund der gesetzlichen Lizenz für die Erlaubnis, das Werk im privaten Bereich nutzen und kopieren zu dürfen, die Leerträgervergütung bezahlen. Die Leerträgervergütung auf den vom GT 4d erfassten Speichermedien stelle somit selbst bei bezahlten Downloads keine Doppelbelastung dar, sondern führe allenfalls zu einer Mehrfachbelastung des Konsumenten, der dafür einen Mehrwert in Form einer noch besseren Verfügbarkeit urheberrechtlich geschützter Werke erhalte. In tatsächlicher Hinsicht sei das Herunterladen von Musikdateien gegen Bezahlung zudem die Ausnahme. Die meisten Angebote seien illegal und würden ohne die Abgeltung der entsprechenden Rechte erfolgen. Den Rechtsinhabern bleibe in diesen Fällen nur die Leerträgervergütung für den Privatgebrauch.

b) Der Urheber bzw. der Rechtsinhaber hat das ausschliessliche Recht, Werkexemplare herzustellen (Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG) bzw. das Recht, sein Werk direkt oder mit Hilfe irgendwelcher Mittel vorzutragen, vorzuführen oder es anderswo wahrnehmbar zu machen (Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG). Dabei ist davon auszugehen, dass das so genannte 'On-Demand-Recht' aus Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG abgeleitet werden kann, da der Begriff 'anderswo wahrnehmbar machen' auch die unkörperliche Wiedergabe eines Werkes über ein Netzsystem erfasst (vgl. die Botschaft zum URG, BBl 1989 III 529). Gemäss der Schutzschranke von Art. 19 Abs. 1 URG dürfen indessen veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden, wobei derjenige, der Leerkassetten und andere zur Aufnahme geeignete Ton- und Tonbildträger herstellt oder importiert für die private Vervielfältigung nach Art. 19 URG eine Vergütung schuldet (Art. 20 Abs. 3 URG). Geschuldet wird diese Vergütung für das Vervielfältigen eines urheberrechtlich geschützten Werkes oder einer geschützten Leistung, d.h. für das Herstellen einer Kopie dieses Werkes oder dieser Leistung. Der Konsument kann nun offenbar bei den legalen Online Musikanbietern (Music Shops) wählen, ob er über ein Netzwerk Musik nur anhören (sog. 'Streaming') oder gezielt auf seinen Speicher laden will (sog. 'Download'), wobei ihm für

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 47/61 CCF _____

_____ die jeweilige Nutzungsart ein unterschiedlich hoher Betrag in Rechnung gestellt wird. Die entsprechenden Lizenzverträge mit den Online-Anbietern unterscheiden denn auch ausdrücklich zwischen diesen beiden Nutzungsformen. Der Konsument, der auf legalem Weg (d.h. mit Einwilligung des Rechtsinhabers) gegen entsprechendes Entgelt vollständig oder auch nur teilweise eine Musik-CD auf seine Festplatte herunterlädt, kauft grundsätzlich – so wie auch der CD-Käufer im Verkaufsgeschäft – ein 'originales' Werkexemplar. Im Gegensatz zum CD-Käufer muss er aber dieses Werkexemplar für den künftigen Werkgenuss auf einem physischen Träger festlegen. Muss der Käufer nun den Rechtsinhaber einerseits beim Kauf des Werkexemplars über den Online-Shop und andererseits beim Kauf eines Leerträgers für den hierfür benötigten Speicherplatz entschädigen, kann dies zu einer zweifachen Belastung führen, was zur Folge hat, dass ein Anteil an der Festplatte, welcher für das Ablegen solch rechtmässig gekaufter Werkex-

emplare dient, bei der Vergütung auszuscheiden ist.

Dies berührt den Anspruch des Urhebers bzw. des Rechtsinhabers in keiner Weise, die entsprechenden Rechte gemäss Art. 10 URG für das Vervielfältigen bzw. den 'Upload' (Art. 10 Abs. 2 Bst. a URG) sowie das Wahrnehmbarmachen (Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG) durch den Online-Anbieter wahrzunehmen. Gemäss den unterbreiteten Lizenzverträgen bezahlt der Provider nämlich eine Vergütung für den 'Upload' bzw. für das Recht, das Werk anderswo wahrnehmbar zu machen. Die entsprechenden Kosten dürfte der Provider regelmässig auf seine Kunden überwälzen. Dabei macht der Online-Anbieter aber nicht eine Leerträgervergütung im Sinne von Art. 20 Abs. 3 URG geltend, wie dies die Verwertungsgesellschaften vermuten.

Zwar wird die relevante urheberrechtliche Nutzung im Rahmen der gesetzlichen Lizenz von Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG unmittelbar durch den Konsumenten vorgenommen, indem er das Werk herunterlädt und auf der Festplatte seines Computers fixiert, um es anschliessend auf den mp3-Player zu überspielen. Dagegen dienen die Handlungen des Online-Providers im Wesentlichen lediglich der Vorbereitung dieser eigentlichen urheberrechtlichen Nutzung. Dieses Vorgehen ist denn auch nicht mit der Weitersendung eines urheberrechtlich geschützten Werkes vergleichbar, bei der ein gesendetes Werk im Rahmen der Weitersendung ein weiteres Mal genutzt wird. Deshalb lassen sich diese beiden Nutzungsformen – entgegen der gegenteiligen Auffassung der Verwertungsgesellschaften – nicht vergleichen. Dabei ist auch unerheblich, ob das geschützte Werk direkt vom Internet auf den mp3-Player kopiert wird oder dazu der Umweg über den Computer notwendig ist.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 48/61 CCF _____

sellschaften – nicht vergleichen. Dabei ist auch unerheblich, ob das geschützte Werk direkt vom Internet auf den mp3-Player kopiert wird oder dazu der Umweg über den Computer notwendig ist.

c) Im Rahmen der laufenden Teilrevision des Urheberrechtsgesetzes wird gegenwärtig der Schutz von technischen Massnahmen vorgeschlagen (vgl. Art. 39a und 39b des vom Bundesrat in die Vernehmlassung gegebenen Entwurfs vom 15. September 2004, BBl 2004 5088). Dazu wird in den Erläuterungen ausgeführt, dass es gegenwärtig noch nicht absehbar sei, wie sich die Anwendung dieser technischen Massnahmen auf die Vergütungsansprüche für das Vervielfältigen zum Eigengebrauch auswirken, es aber damit zu rechnen sei, dass das Volumen der für den Eigengebrauch frei zugänglichen Werke und Leistungen mit der Anwendung technischer Massnahmen kontinuierlich abnehmen dürfte. Diese Entwicklung sei sowohl für die Festsetzung der Entschädigungen als auch für die Verteilung der Einnahmen aus den Vergütungsansprüchen von Bedeutung (vgl. S. 26 des Erläuternden Berichts). Auch der vom Bundesrat am 10. März 2006 verabschiedete Entwurf (Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BBl 2006 3389 ff.) sieht den Schutz technischer Massnahmen vor, ohne aber deswegen die Vergütungsregelung in Art. 20 Abs. 3 URG grundsätzlich zu ändern. Indessen wird mit einem neuen Abs. 5 in Art. 19 URG (BBl 2006 3443) vorgeschlagen, dass Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, vom Vergütungsanspruch nach Art. 20 Abs. 3 URG ausgenommen sein sollen. Dazu führt die Botschaft (BBl 2006 3429 f.) aus, dass die mit dem elektronischen Einkauf von Werken verbundenen Vervielfältigungen von der in Art. 20 Abs. 2 und 3 URG enthaltenen Vergütungsregelung ausgenommen werden, da die Konsumentinnen und Konsumenten beim Herunterladen von Werken über elektronische Bezahlendienste nicht

zusätzlich durch die Vergütungsregelung für das Vervielfältigen zum Eigengebrauch belastet werden sollen. Soweit somit die Leerträgervergütung Speichermedien erfasst, die beim erlaubten Herunterladen von Werken über On-Demand-Dienste Verwendung finden, wird gemäss Botschaft des Bundesrates die Einschränkung der Vergütungspflicht bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen sein.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 49/61 CCF _____ d)

Damit wird durch die vorgesehene URG-Revision die bereits im Zwischenentscheid von der Schiedskommission vertretene Auffassung bestärkt. Im Rahmen der Zwischenverfügung vom 30 März 2005 wurde nämlich nicht ausgeschlossen, dass bei über DRMS bezogenen Werken eine zusätzliche Belastung für den Nutzer entstehen kann und die Schiedskommission ging davon aus, dass bei der Festlegung der Vergütung gemäss GT 4d zu berücksichtigen ist, dass legal herunter geladene Werke einen gewissen Speicherplatz beanspruchen. Sie verlangte daher von den Tarifparteien weitere Abklärungen zu diesem Punkt.

Gemäss der von den Verwertungsgesellschaften nachgereichten GfS-Studie ist davon auszugehen, dass 39 Prozent der heruntergeladenen Musikdateien aus dem Internet stammen. Von diesen Aufnahmen stammen wiederum 21 Prozent aus bezahlten Quellen. Die Aufnahmen gegen Bezahlung aus dem Internet machen somit im Durchschnitt rund acht Prozent aus. Dies ist im Berechnungsmodell für den GT 4d zu berücksichtigen und ein entsprechender Abzug bei den Speichern für Audioaufnahmegeräte vorzunehmen. Dagegen ist bei den Video-Speichern ein derartiger Abzug nicht gerechtfertigt, da es diesbezüglich offenbar noch keine legalen Download-Möglichkeiten gibt.

19. Die Schiedskommission prüft die Vergütungsansätze des GT 4d auch im Vergleich mit den anderen Leerträgetarifen, namentlich den Gemeinsamen Tarifen für digitale Träger GT 4b und GT 4c, aber auch im Vergleich mit dem GT 4a für analoge Ton- und Tonbildkassetten. Sie hält indessen einen Vergleich nur mit wiederbeschreibbaren Trägern als zulässig, da die Festplatten und Speicherkarten ebenfalls beliebig wiederbeschreibbar sind.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 50/61 CCF _____ Der

GT 4c sieht eine Vergütung für mehrmals beispielbare DVD mit einer Aufnahmekapazität von 4,7 GB von Fr. 1,15 vor. Die Schiedskommission ist dabei von einer durchschnittlichen Aufnahmezeit von vier Stunden ausgegangen (vgl. Beschluss vom 14. November 2002 betr. GT 4c, Ziff. II/2d). Dies entspricht einer Vergütung für eine Aufnahmestunde von Fr. 0,285. Beim ursprünglich genehmigten Tarif ist die Schiedskommission beim GT 4c von einer Vergütung von Fr. 0,46 pro Stunde Aufnahmedauer ausgegangen, wie dies beim GT 4a auch heute noch für den analogen Leer-Tonbild-Träger gilt. Im Vergleich zum GT 4a ergibt die von den Verwertungsgesellschaften verlangten Fr. 0,38 für ein GB Speicherkapazität eine Vergütung pro Stunde Aufnahmedauer von Fr. 0,446, was somit im Bereich der Videokassette (Fr. 0,46 pro Stunde) liegt.

Bei der Vergütung für die Audioaufnahme stellt sich die Sachlage etwas anders dar. Beim GT 4b wird zunächst nicht unterschieden zwischen einmal und mehrfach beschreibbaren Trägern. Ausserdem wurde bei diesem Tarif berücksichtigt, dass ein erheblicher Anteil dieser Datenträger ausserhalb des privaten Bereichs für die gewerbliche Nutzung Verwen-

zung findet. Eine Studie des GfS hat seinerzeit ergeben, dass nur rund 65 Prozent der verkauften CD-R/RW data an die Privathaushalte gehen und auf diesen Trägern zudem nur zu 60 Prozent urheberrechtlich geschützter Inhalt aufgenommen wird. Dies wurde denn auch bei der Berechnung der Vergütung im GT 4b berücksichtigt. Im Gegensatz dazu haben die Umfragen im Rahmen des GT 4d ergeben, dass die fraglichen Leerträger ausschliesslich im privaten Bereich und mit einem sehr hohen Anteil an geschützten Werken genutzt werden. Die entsprechenden Zahlen des GT 4b können somit nicht ohne weiteres zum Vergleich herangezogen werden.

Während die Vergütung für die CD-R/RW data beim GT 4b pro 525 MB bzw. pro Stunde Aufnahmedauer Fr. 0,05 beträgt, beantragen die Verwertungsgesellschaften im GT 4d bei den Speicherkarten je nach Speicherkapazität eine Vergütung zwischen Fr. 0,03 und Fr. 0,0054 pro MB. Bei den Festplatten beträgt die vorgesehene Vergütung pro GB Fr. 0,59. Für eine Stunde Aufnahmedauer beträgt die Entschädigung gemäss dem geltenden GT 4a Fr. 0,33 für die Tonkassette. Dies zeigt deutlich, dass das Berechnungsmodell von den Kosten des privaten Überspielens ausgeht und diese je nach Trägermaterial und Amortisationskosten sehr unterschiedlich sein können. Somit ist für den Vergleich wohl am ehesten der GT 4a heranzuziehen. Dabei lässt sich einem von Economiesuisse anlässlich der Sit-

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 51/61 CCF _____ zung

abgegebenen Prospekt der Herstellerfirma Apple entnehmen, dass auf einer Festplatte (iPod mit 60 GB) bis zu 15'000 Musiktitel geladen werden können. Bei einer angenommenen durchschnittlichen Titeldauer von 4 Minuten würde dies eine Kapazität von 1'000 Stunden an Musik ergeben. Pro Stunde Aufnahmedauer ergibt dies somit gestützt auf den beantragten Tarif eine Vergütung von Fr. 0,0354. Beim kleineren iPod Nano (4 GB mit 1'500 Songs) mit fest eingebautem Flash Memory ergibt dieselbe Rechnung eine Entschädigung von Fr. 0,216 pro Stunde Aufnahmedauer. Zumindest im Vergleich mit dem GT 4a (Fr. 0,33 pro Stunde) können diese Entschädigungsansätze nicht als unangemessen hoch bezeichnet werden. Etwas ungünstiger sieht der Vergleich indessen bei den Speicherkarten mit geringerer Aufnahmekapazität aus. Dabei müssten allerdings auch besondere Faktoren wie der Bedienungskomfort sowie die bessere digitale Tonqualität berücksichtigt werden. Die Schiedskommission sieht denn auch wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen in diesem Vergleich mit anderen Leerträgetarifen lediglich ein Indiz für die Angemessenheit der beantragten Vergütungen.

20. Im Zwischenentscheid vom 30. März 2005 (vgl. Ziff. II/7) hat die Schiedskommission festgestellt, dass bei den Vergütungen für Speicherkarten gemäss Ziff. 4.1 GT 4d und für Festplatten gemäss Ziff. 4.2 des GT 4d vom 27. September 2004 eine erhebliche Differenz besteht und hat eine Unangemessenheit des Tarifs in diesem Punkt nicht ausgeschlossen. Mit der Vorlage vom 30. September 2005 haben die Verwertungsgesellschaften diesen Unterschied zwar etwas ausgeglättet, aber nicht völlig ausgeglichen.

So muss derjenige, der ein Gerät mit einer Speicherkarte von 1 GB kauft, gemäss dem vorgeschlagenen Tarif eine Vergütung von Fr. 16,00 (gemäss Tarif in der Fassung vom 27. September 2004 waren es Fr. 120,00!) bezahlen, während für ein Gerät mit einer Festplatte von 1 GB eine Vergütung von Fr. 0,59 zu bezahlen ist. Damit ist der Vergütungsunterschied zwischen diesen beiden verschiedenen Arten von Speichern zwar immer noch erheblich, aber längst nicht mehr in dem Ausmass wie im ursprünglich vorgelegten Tarif. Die Schiedskommission hat denn auch schon anlässlich des Zwischenentscheids erwogen, dass

die von den Verwertungsgesellschaften anlässlich der Sitzung neu vorgelegten, abgestuften Vergütungen für Speicherkarten ein wesentlicher Schritt in die richtige Richtung ist, obwohl die Vergütungen für Speicherkarten immer noch wesentlich höher liegen als für vergleichbare Harddisks.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 52/61 CCF _____

Wie vorne (vgl. Ziff. 11) erwogen, ist gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG bei der Festlegung der Entschädigung von dem mit der Nutzung verbundenen Aufwand bzw. den Kosten auszugehen. Diese Kosten sind bei vergleichbarer Speicherkapazität bei Speicherchips aber wesentlich höher als bei Festplatten. Dies führt gemäss dem anzuwendenden Berechnungsmodell zu entsprechend höheren Vergütungen. Die Verwertungsgesellschaften haben mit der AWK-Studie belegt, dass die Speicherkarten zwischen 40 und 130 Prozent des Gerätepreises betragen. Im Berechnungsmodell gehen sie von einem unterdurchschnittlichen Wert von 50 Prozent aus. In der AWK-Studie wird denn auch darauf hingewiesen, dass Festwertspeicher mit grosser Kapazität immer noch unverhältnismässig teurer sind verglichen mit den Festplatten. Dieser Unterschied widerspiegelt sich auch im Gerätepreis, in dem Geräte mit Speicherkarte gegenüber Geräten mit Festplatte im Verhältnis zur Aufnahmekapazität wesentlich teurer sind. Dies zeigt auch, dass die unterschiedlichen Preise im Markt nicht zwingend ein Wettbewerbsnachteil sind und dies auch für die Urheberrechtsvergütung gelten muss. Jedenfalls wäre eine völlige Ausnivellierung der bestehenden Differenzen nicht möglich. Gemäss AWK-Studie (vgl. Gutachten betr. Audiorecorder mit Festplatten oder Festwertspeicher, S. 1/9) beginnt die Grösse eingebauter Festplatten im Übrigen bei 6 GB, während kompakte Geräte mit fest eingebauten so genannten Festwertspeichern (z.B. iPod nano) gegenwärtig eine maximale Speicherkapazität von 4 GB aufweisen. Somit ist offen, ob und allenfalls in welchem Umfang es überhaupt Geräte mit wesentlich kleineren Festplatten auf dem Markt gibt bzw. ob sich diese beiden Gerätetypen, die offenbar unterschiedliche Kundenbedürfnisse erfüllen, auf dem Markt tatsächlich unmit- telbar konkurrenzieren.

21. Insbesondere der Preisüberwacher hat eine zusätzliche Plausibilitätsüberprüfung der bean- tragten Vergütungen und damit auch einen Vergleich mit dem Ausland empfohlen. Auf Wunsch des Preisüberwachers haben die Verwertungsgesellschaft auch die gesamte Stu- die der holländischen Verwertungsgesellschaft 'Stichting de Thuis kopie' zu den Leerträger- abgaben (Private Copying, Law and Practice In Europe, A Survey, 16th revision 2005) bei- gebracht, nachdem sie diese Untersuchung zunächst nur ausschnittsweise vorgelegt haben.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 53/61 CCF _____

Die Schiedskommission hat bereits in einem früheren Entscheid (vgl. Beschluss vom 21. Dezember 1993 betreffend die Leerkassettenvergütung, Ziff. II/8) klargestellt, dass das von den Verwertungsgesellschaften gewählte Berechnungsmodell bei den Leerträgern den Bei- zug zusätzlicher Kriterien nicht ausschliesst. So wurde damals – unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Abgabesysteme in den jeweiligen Ländern – erstmals ein Vergleich mit ausländischen Vergütungen vorgenommen. Damit wurde nicht ausschliesslich auf das Berechnungsmodell abgestellt, sondern noch weitere Faktoren zur Ermittlung einer ange- messenen Entschädigung berücksichtigt. Das Bundesgericht hat befunden, dass ein derar-

tiger Vergleich mit ausländischen Tarifen mangels anderer Kriterien nicht von vorneherein bundesrechtswidrig ist (vgl. Entscheid vom 24. März 1995, E. 11d und 11e).

Ein solcher Vergleich kann allenfalls ergänzend und als eigentliche Plausibilitätsprüfung herangezogen werden. Eine gewisse Zurückhaltung ist aber geboten, weil in den verschiedenen Ländern nicht die gleichen Voraussetzungen gegeben sind, so kennt z.B. Deutschland nebst der Leerträgervergütung auch eine Geräteabgabe und somit sind die eigentlichen Leerträgervergütungen nicht unmittelbar miteinander vergleichbar.

Aus dem von den Verwertungsgesellschaften aktualisierten Auslandsvergleich bzw. der Übersicht von 'Stichting de Thuiskopie' geht hervor, dass Österreich, Finnland, Frankreich, Deutschland, Ungarn (teilweise), Italien, Polen, Slowakei, Spanien, Schweden und Tschechien (teilweise) entsprechende Vergütungen kennen. Dabei fällt auf, dass gerade auch im Ausland eine erhebliche Bandbreite bei der Höhe der Vergütungen besteht. Ausserdem gibt es Länder mit einer von der Aufnahmekapazität unabhängigen Vergütung (wie Deutschland) oder einer Vergütung in Prozenten des Gerätepreises (wie Italien). Auch innerhalb der Europäischen Union gibt es in diesem Bereich somit keine Harmonisierung.

Da es nicht darum gehen kann, gestützt auf einen Auslandsvergleich die Vergütung auf dem tiefsten Niveau zu harmonisieren, sind wohl grundsätzlich die Abgaben im benachbarten Ausland oder allenfalls in den skandinavischen Ländern heranzuziehen. Den von den Verwertungsgesellschaften vorgebrachten Zahlen lässt sich entnehmen, dass in den Nachbarländern zumindest in Frankreich und Österreich die Vergütungen auf Festplatten in Audio- sowie in Videoaufzeichnungsgeräten durchaus vergleichbar sind. Dagegen sind bei

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 54/61 CCF _____ den Speicherkarten in Audioaufzeichnungsgeräten die im GT 4d vorgesehenen Vergütungen etwas höher als im benachbarten Ausland. Diesbezüglich gilt es aber zu beachten, dass der GT 4d nur diejenigen Speicherchips erfasst, die im Gerät eingebaut sind oder zu dessen Lieferumfang gehören. Mit dem Auslandsvergleich lässt sich immerhin belegen, dass es zumindest im benachbarten Ausland ebenfalls entsprechende Entschädigungen gibt und damit eine allfällige Marktverzerrung durch die Vergütungen in der Schweiz ausgeschlossen bzw. erheblich vermindert sein dürfte. Der Auslandsvergleich gibt denn auch keinen unmittelbaren Anlass, die beantragten Entschädigungen zu kürzen.

22. Ebenfalls im Rahmen der vom Preisüberwacher empfohlenen Plausibilitätsprüfung hat die Schiedskommission geprüft, wie sich die zur Genehmigung unterbreiteten Vergütungen auf die effektiven Preise der einzelnen Geräte auswirken. Die Schiedskommission ist sich durchaus bewusst, dass sie damit vom eigentlichen Berechnungsmodell abweicht, hält diese Überprüfung aber im Sinne des vom Preisüberwacher angeregten Vergleichs für sinnvoll.

Diese Überprüfung hat ergeben, dass sich der Preis der jeweiligen Geräte durch die vorgesehene Vergütung für die Urheber und Rechtsinhaber zwischen 3,9 und 8,5 Prozent erhöhen dürfte. Dabei zeigt sich auch, dass vor allem bei den Geräten mit Speicherkarten die höchsten Zunahmen zu verzeichnen sind.

Um allzu hohe Preissteigerungen zu vermeiden, erwägt die Schiedskommission eine Höchstgrenze in den Tarif einzufügen, so dass beispielsweise Preissteigerungen über sechs Prozent des Gerätepreises vermieden werden können. Die Schiedskommission musste

indessen letztlich auf eine entsprechende Bestimmung verzichten, weil sie erstens dem Berechnungsmodell nicht entspricht und zweitens die Preise der Geräte im Detailhandel von Anbieter zu Anbieter schwanken und somit nicht ohne weiteres feststellbar sind. Zudem steht bei vielen Geräten im Zeitpunkt der Herstellung bzw. des Imports der Verkaufspreis noch gar nicht fest.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 55/61 CCF _____ 23.

Die Schiedskommission kommt zum Schluss, dass es letztlich drei wesentliche Gründe gibt, die von den Verwertungsgesellschaften beantragten Vergütungen zu senken. Dies ist einerseits eine gewisse Unsicherheit beim Festplattenpreis, die sich sowohl aus der etwas unsicheren Datenlage sowie der Tendenz zu eher sinkenden Preisen ergibt. Andererseits soll bei den Audioaufnahmegegeräten die Tatsache berücksichtigt werden, dass gemäss der von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten GfS-Studie rund acht Prozent der Musiktitel über legale Online-Shops eingekauft werden. Die Schiedskommission geht davon aus, dass ein Teil der vom Konsumenten oder der Konsumentin bezahlten Vergütung das vertraglich eingeräumte Recht zum Verfügbar- bzw. Wahrnehmbarmachen von Werken betrifft, und dies mit einer entsprechenden Reduktion bei der Leerträgervergütung zu berücksichtigen ist. Ein dritter Reduktionsgrund ergibt sich – nachdem von der zunächst vorgesehenen Plafonierung der Vergütungen bei sechs Prozent abgesehen werden musste – aus dem Umstand, dass die 13 Prozent-Regel gemäss Art. 60 Abs. 2 URG zu Beginn eines neuen Tarifes gemäss Praxis der Schiedskommission nicht bereits voll auszuschöpfen ist.

Wie vorne festgehalten (Ziff. 11), beruht die Berechnung der Vergütung grundsätzlich auf dem von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten Berechnungsmodell. Gestützt auf dieses Berechnungsmodell überprüft die Schiedskommission wie sich diese Vergütungen unmittelbar auf die Preise der einzelnen Speicherkarten oder Aufnahmegegeräte auswirken. Dabei stellt sie im Sinne einer Plausibilitätsprüfung fest, dass sich die entsprechenden Aufnahmegegeräte auf Grund der vorliegenden Verkaufspreise zwischen 3,9 und 8,5 Prozent verteuern dürften. Auf dieser Grundlage nimmt die Schiedskommission einen Abzug von total 0,8 Prozentpunkten bei den Audioaufnahmegegeräten und von 0,55 Prozentpunkten bei den Videoaufnahmegegeräten vor. Damit berücksichtigt sie die 'Festplattenreduktion' bzw. das Herunterladen über legale On-Demand-Dienste mit je 0,25 Prozentpunkten sowie die Reduktion auf Grund der nicht voll ausgeschöpften Maximalsätze linear mit 0,3 Prozentpunkten. Dabei werden zu Gunsten der Nutzer auch solche Leerträger berücksichtigt, bei denen das Kostendach von 6 Prozent letztlich nicht gegriffen hätte. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die vorgenommene Berechnung, wobei sich der Kürzungsfaktor (Faktor, um den die beantragte Vergütung zu kürzen ist) aus dem Quotienten des reduzierten Prozentsatzes und der Erhöhung des Preises ergibt:

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 56/61 CCF _____

Speicherkapazität Antrag VG Preise

Kürzungsfaktor Vergütung bis 512 MB Fr. 0.03/MB + 5.1% -0.8% 4.3% 0.84313725 Fr.
0.0253 bis 1 GB Fr. 0.02/MB + 7.4% -0.8% 6.6% 0.89189189 Fr. 0.0178 1 bis 2 GB Fr.
0.016/MB + 8.5% -0.8% 7.7% 0.90588235 Fr. 0.0145 2 bis 4 GB Fr. 0.009/MB + 6.2%
-0.8% 5.4% 0.87096774 Fr. 0.0078 4 und mehr GB Fr. 0.0054/MB + 5.9% -0.8% 5.1%
0.8644068 Fr. 0.00467 HD Audio je 1 GB Fr. 0.59/GB + 3.9% -0.8% 3.1% 0.79487179 Fr.

0.469 HD AV je 1 GB Fr. 0.38/GB + 6.1% -0.55% 5.55% 0.90983607 Fr. 0.346

Damit ändern sich die Vergütungsansätze in Ziff. 4 wie folgt: Ziff. 4.1: - mit weniger als 512 MB Speicherkapazität

Fr. 0,0253 / MB - mit weniger als 1 GB Speicherkapazität

Fr. 0,0178 / MB - mit 1 aber weniger als 2 GB Speicherkapazität

Fr. 0,0145 / MB - mit 2 aber weniger als 4 GB Speicherkapazität

Fr. 0,0078 / MB - mit 4 und mehr GB Speicherkapazität

Fr. 0,00467 / MB Ziff. 4.2: Fr. 0,469 / GB Ziff. 4.3: Fr. 0,346 / GB

24. a) Die Verwertungsgesellschaften verlangen eine rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifs auf den 1. Mai 2005 und eine Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2007 (vgl. Ziff. 9.1 des Tarifs). Die Rückwirkung begründen sie mit der langen Verfahrensdauer und den durch die Verzögerung entstandenen Einnahmeverlust. Den Herstellern und Importeuren sei es mit der Feststellung der Schiedskommission vom 30. März 2005 bekannt gewesen, dass auf die entsprechenden Träger eine Vergütung geschuldet sei. Sie hätten sich darauf einrichten und Rückstellungen vornehmen können. Mit dem anlässlich der Sitzung vorgelegten Eventualantrag beantragen sie, der Tarif sei mit der Publikation im SHAB (Schweizerisches Handelsamtsblatt) in Kraft zu setzen.

Eine Rückwirkung des Tarifs auf den 1. Mai 2005 wird von der Nutzerseite klar abgelehnt. Der DUN schlägt vor, dass der Tarif allenfalls drei Monate nach der Publikation im SHAB, frühestens auf den 1. Mai 2006 in Kraft treten könnte und für alle ab diesem Zeitpunkt in die Schweiz importierten oder von den Herstellern ausgelieferten Leerdatenträger gilt. Ab dem Inkrafttreten soll der Tarif für ein Jahr gelten. SWICO beantragt, dass der Tarif allenfalls drei Monate nach Rechtskraft des Genehmigungsentscheids und der Publikation im SHAB in Kraft tritt.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 57/61 CCF _____

b) Die Schiedskommission hat im Leerkassettenentscheid vom 21. Dezember 1993 (Ziff. II/12) die Rückwirkung eines Tarifs gestützt auf Art. 83 Abs. 2 URG nicht ausgeschlossen. Sie hat aber auch darauf hingewiesen, dass es sich bei der Leerkassettenvergütung um ein indirektes Abgabesystem zur Erfassung des Privatgebrauchs handelt, das auf der Überlegung beruht, dass die vom Hersteller und Importeur der Leerkassetten geschuldete Vergütung über den Kaufpreis auf den eigentlichen Nutzer überwältzt wird, der Werke und Leistungen zu seinem persönlichen Gebrauch aufnimmt oder überspielt. Da die Vergütung in diesem Fall aber nicht mehr von den Schuldner (Hersteller und Importeure) auf die Nutzer (Werkverwender gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG) überwältzt werden kann, wurde gefolgert, dass eine rückwirkende Anwendung des Tarifs auf bereits verkaufte Leerkassetten diesem Vergütungssystem widersprechen würde. Dem Gesichtspunkt, dass für das private Überspielen von Werken und Leistungen gestützt auf Art. 83 Abs. 2 URG bereits seit dem Inkrafttreten des Gesetzes eine Vergütung geschuldet war, wurde durch die Festsetzung eines etwas höheren Entschädigungsansatzes berücksichtigt. Das Bundesgericht (vgl. Entscheid vom 24. März 1995, E. 15) hat eine wörtliche Anwendung von Art. 83 Abs. 2 URG und damit eine Rückwirkung des Tarifs auf den 1. Juli 1993 (Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen URG) nicht von vornherein ausgeschlossen. Es ist

davon ausgegangen, dass die Hersteller und Importeure damit hätten rechnen müssen, die entgangene Vergütung nachzahlen zu müssen und sie dementsprechend vorsorglich einen Preiszuschlag hätten vorsehen können. Letztlich betrachtete das Bundesgericht die Lösung der Schiedskommission angesichts der besonderen Situation als vertretbaren Kompromiss.

Für Barrelet/Egloff (Das neuen Urheberrecht, 2. Aufl., N. 11 zur Art. 46) ist die zeitlich limitierte rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs möglich. Sie gehen davon aus, dass es den Berechtigten nicht zumutbar sei, der kostenlosen Verwertung ihrer Werke tatenlos zusehen zu müssen.

Art. 83 Abs. 2 URG ist eine Übergangsbestimmung und sie betrifft grundsätzlich nur Vergütungen, die ab Inkrafttreten des Gesetzes geschuldet waren, aber erst mit der Genehmigung der entsprechenden Tarife geltend gemacht werden konnten. Dies trifft

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 58/61 CCF _____

vorliegend für die von den Verwertungsgesellschaften verlangten Vergütungen nicht zu. Es handelt sich hierbei um eine neue Art von Nutzung, die nichts mit der Inkraftsetzung des URG zu tun hat. Die Schiedskommission geht auch nicht davon aus, dass diese Bestimmung in Analogie zur Anwendung gelangen kann. Im vorliegenden Fall schliesst sie jedenfalls eine rückwirkende Inkraftsetzung des GT 4d aus.

Die Schiedskommission schliesst es aber auch aus, dass der Tarif erst 30 Tage nach Rechtskraft des vorliegenden Beschlusses in Kraft treten soll. Da eine Anfechtung dieser Entscheids beim Bundesgericht nicht auszuschliessen ist, würde dies bedeuten, dass die Verwertungsgesellschaften den genehmigten GT 4d für eine längere Zeitdauer nicht anwenden könnten. Dies wäre aber wohl kaum mit dem Geist des Urheberrechts vereinbar (vgl. dazu ebenfalls Barrelet/Egloff, N. 11 zur Art. 46 URG).

Das Verfahren zur Genehmigung des GT 4d wurde von den Verwertungsgesellschaften am 30. September 2004 mit der Tarifeingabe an die Schiedskommission ausgelöst. Anlässlich einer ersten Sitzung stellte die Schiedskommission am 30. März 2005 fest, dass der GT 4d in der vorgelegten Fassung nicht genehmigungsfähig ist und gab den Verwertungsgesellschaften gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG i.V. m. Art. 15 URV Gelegenheit zur Änderung der Tarifvorlage. Mit dieser Zwischenverfügung bestätigte die Schiedskommission, dass sie im weiteren Verlauf des Verfahrens davon ausgehen wird, dass der Art. 20 Abs. 3 URG sowohl für Speicherkarten in Zusammenhang mit Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten wie auch für in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten integrierte Festplatten eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Vergütung für die Nutzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten bietet. Den Nutzerverbänden musste somit spätestens nach der Sitzung vom 30. März 2005 bzw. nach der Zustimmung der begründeten Zwischenverfügung klar sein, dass die Schiedskommission davon ausgeht, dass für eine derartige Vergütung eine genügende Rechtsgrundlage besteht. Noch nicht festgelegt waren allerdings die genaue Berechnung und die Höhe dieser Vergütungen. Die Schiedskommission ist aber überzeugt, dass unabhängig davon, bereits in diesem Zeitpunkt gewisse Vorbereitungshandlungen und Umsetzungsarbeiten hätten an die Hand genommen werden können, da mit der Festlegung einer solchen Vergütung anlässlich der heutigen Sitzung gerechnet werden musste.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 59/61 CCF _____

Die

Schiedskommission ist auch der Auffassung, dass eine gestützt auf Art. 59 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 15 URV geänderte Tarifvorlage nicht dazu führt, dass die in Art. 9 Abs. 2 URV vorgesehene Frist von sieben Monaten für die Einreichung eines neuen Tarifs vor dem vorgesehenen Zeitpunkt des Inkrafttretens erneut zu berücksichtigen ist. Eine im Laufe des Verfahrens auf Geheiss der Schiedskommission von den Verwertungsgesellschaften vorgenommene Tarifänderung ist keine neue Tarifeingabe und hat auch nicht zur Folge, dass ein laufendes Verfahren von vorne beginnt.

Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG erlaubt jede Werkverwendung im persönlichen Bereich und im Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind, wie Verwandte oder Freunde. Ein Ausgleich schafft hier lediglich Art. 20 Abs. 3 URG, welcher eine Leerträgervergütung vorsieht, die vom Importeur oder Hersteller geschuldet ist. Wird die Inkraftsetzung weiter hinausgeschoben, so bedeutet dies für den vorliegenden Tarif, dass während dieser Zeit die entsprechenden Nutzungen auf der Grundlage der gesetzlichen Lizenz zwar möglich sind, die Urheber und Leistungsschutzberechtigten hierfür aber keine Gegenleistung in Form einer Entschädigung erhalten.

Die Schiedskommission beschliesst daher, den Tarif mit einer Gültigkeitsdauer bis Ende 2007 auf den 1. März 2006 in Kraft zu setzen, um weitere Verzögerungen zu Lasten der Urheber und Urheberinnen sowie der weiteren Rechtsinhaber zu vermeiden.

25. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 21a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a. und d. URV und sind gemäss Art. 21b URV von den Antragstellenden Verwertungsgesellschaften zu tragen.

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 60/61 CCF _____ III.

Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission: 1. Die Konsumentenschutzorganisationen (Associazione Consumatrici della Svizzera Italiana, Fédération romande des consommateurs, Konsumentenforum, Stiftung für Konsumentenschutz) sind keine massgebenden Nutzerverbände gemäss Art. 46 Abs. 2 URG und es kommt ihnen in diesem Verfahren somit keine Parteistellung zu.

2. Der Gemeinsame Tarif 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten) wird in der Fassung vom 28. September 2005 mit den folgenden Änderungen mit einer Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2007 genehmigt: a) Ziff. 1.1 Abs. 1: (...) – in Audioaufnahmegeräten, namentlich mp3-Walkman, mp3-Jukebox (sowie solche mit entsprechenden Kompressionsverfahren), iPod, Audio-Harddiscrecorder oder – in Videoaufnahmegeräten, namentlich Satelliten-Receiver mit eingebauter Harddisc, Set-Top-Boxen mit eingebauter Harddisc, TV-Geräte mit eingebauter Harddisc, DVD-Recorder mit eingebauter Harddisc, Digital Video Recorder (DVR) und Personal Video Recorder (PVR) mit eingebauter Harddisc (...) b) Ziff. 1.1 neuer Absatz: Die Verwertungsgesellschaften erstellen in Zusammenarbeit mit den Verbänden von Herstellern und Importeuren ein Verzeichnis dieser Kategorien von Trägern. c) Ziff. 4.1 für Chipkarten - mit weniger als 512 Megabyte (MB) Speicherkapazität Fr. 0,0253 pro MB - mit weniger als 1 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0,0178 pro MB - mit 1 aber weniger als 2 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0,0145 pro MB - mit 2 aber weniger als 4 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0,0078 pro MB - mit 4 und mehr Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0,00467 pro MB

Ziff. 4.2 für Harddisc in Audio-Aufnahmegeräten: pro 1 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0,469

Ziff. 4.3 für Harddisc in Audiovisions-Aufnahmegeräten: pro 1 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0,346

ESchK CAF Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d 61/61 CCF _____ d)

Ziff. 9.1:1 Dieser Tarif tritt am 1. März 2006 in Kraft und gilt für alle ab diesem Zeitpunkt von den Importeuren oder Herstellern an den Detailhandel oder direkt an den Konsumenten verkauften Leer-Datenträger. Er gilt bis zum 31. Dezember 2007.

[...]

1 Hinweis: Mit Verfügung vom 20. Februar 2006 hat der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

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