



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Beschluss vom 17. November 2011

betreffend den Gemeinsamen Tarif 4e (GT 4e 2010 - 2011)

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

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Mit Eingabe vom 27. Februar 2009 haben die fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs (SSA), SUISA, Suissimage sowie Swissperform unter der Federführung der SUISA der Schiedskommission einen neuen Gemeinsamen Tarif 4e (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) in der Fassung vom 29. Januar 2009 zur Genehmigung unterbreitet. Nach Auffassung der Verwertungsgesellschaften sollte dieser Tarif am 1. Oktober 2009 in Kraft treten mit einer Gültigkeitsdauer bis Ende 2010.

2. Der neue Tarif sieht eine Vergütung auf Speichermedien in Mobiltelefonen vor, die zum privaten Überspielen verwendet werden (so genannte 'Musikhandys'). Gemäss Angaben der Verwertungsgesellschaften wurde der GT 4e mit denselben Verhandlungspartnern wie der bestehende GT 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten) verhandelt, nämlich dem Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer DUN, dem Verband der Schweizer Unternehmen Economiesuisse sowie dem Schweizerischen Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik SWICO (heute: Der Wirtschaftsverband für die digitale Schweiz). Ausserdem sind als neue Verhandlungspartner der Schweizerische Verband der Streaming Anbieter (Swisstream) sowie die Konsumentenorganisationen *associazione consumatrici della svizzera italiana (acsi)*, *Fédération Romande des Consommateurs (FRC)*, *Konsumentenforum (Kf)* und die *Stiftung für Konsumentenschutz (SKS)* dazu gekommen.
3. Zu den Verhandlungen geben die Verwertungsgesellschaften an, dass sich die Frage der tariflichen Erfassung von 'Musikhandys' erstmals anlässlich der Verhandlungen zur Revision des GT 4d gestellt habe. Aus einem entsprechenden Bericht des Markt- & Sozialforschungsinstituts GfS Zürich vom 4. April 2008 (betr. digitale Speichermedien GT 4d; GfS Studie 2008 betr. mp3-Player) sei hervorgegangen, dass die bisherigen Musikspeicher wie mp3-Player und iPods zunehmend durch 'Musikhandys' abgelöst würden. Mit dem neuen Tarif sollen indessen nicht alle Mobiltelefone erfasst werden, sondern nur diejenigen, deren Speicher zu einem wesentlichen Teil für das Vervielfältigen urheberrechtlich geschützter Inhalte (wie Musik, Filme usw.) verwendet werden. Die Verwertungsgesellschaften legten ihren Verhandlungspartnern eine Liste solcher Handys vor, die sie als 'Musikhandys' einstufte und ersuchten die Verhandlungspartner um Mithilfe bei der Definition dieser Geräte. Zusätzlich legten sie zwei Studien zu diesen Geräten vor, nämlich ein technisches Gutachten der AWK Group AG vom 15. Oktober 2008 sowie ein Gutachten des GfS vom 14. Oktober 2008 (GfS Studie 2008 Mobiltelefone) zum Aufnahmeverhalten der Besitzer von 'Musikhandys'.
4. Dazu reichten die Nutzerverbände bereits im Rahmen der Verhandlungen schriftliche Stellungnahmen ein, mit denen sie sowohl die angewandten Erhebungsmethoden wie auch die Ergebnisse dieser Studien in Zweifel zogen. Es folgte ein zusätzlicher Bericht des GfS zu den aufgeworfenen Fragen betreffend die Relevanz der Studie über das Aufnahmeverhalten. Swisstream legte zusätzlich eine Geräteliste mit einem nach Verkaufs-

zahlen gewichteten Durchschnittspreis pro Gigabyte vor sowie eine Liste der Handys, die nach seiner Auffassung entsprechend der Definition des Tarifs als 'Musikhandys' zu betrachten seien. SWICO seinerseits legte ein eigenes Berechnungsmodell sowie eine Studie von RS Consulting (Usage Profiling for Mobile phones) über das Nutzungsverhalten hinsichtlich der Mobiltelefone vor. Die Verwertungsgesellschaften weisen darauf hin, dass insbesondere SWICO für die Leerträgervergütung auf 'Musikhandys' keine rechtliche Grundlage gesehen habe und sie sich auch mit den anderen Verhandlungspartnern nicht über die Höhe der Vergütung hätten einigen können. So seien die Verhandlungen letztlich gescheitert.

- 5 3. Der neue GT 4e soll nach Auffassung der Verwertungsgesellschaften die gemäss Art. 20 Abs. 3 URG geschuldete Leerträgervergütung für das private Kopieren urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen auf Mobiltelefone mit eingebautem oder auswechselbarem Speichermedium regeln. Dabei soll der GT 4e in seinem Aufbau im Wesentlichen dem bestehenden GT 4d entsprechen. Sie gehen davon aus, dass 'Musikhandys' multifunktionale Geräte sind, die für das private Kopieren geschützter Inhalte geeignet sind und dafür auch in wesentlichem Masse verwendet werden. Dabei sollen als 'Musikhandys' gemäss Ziff. 1.1 des Tarifs Geräte gelten, welche:

- die Speicherung und Wiedergabe von Audio- oder audiovisuellen Inhalten erlauben;
- über eine Softwaresteuerung zur Übertragung von Audio- oder audiovisuellen Dateien verfügen;
- spezifisch zugeordnete Tastenfunktionen zur Bedienung der Aufnahme- und Wiedergabefunktionen bieten (entweder physisch am Gerät oder virtuell über Touchscreen).

Oder alternativ Geräte, die mit gebräuchlichen Werbemitteln als Musikhandy beworben werden.

- 6 Die Nutzerverbände fordern, das in der Definition genannte Kriterium der Bewerbung sei kumulativ anzuwenden. Als alleiniges Kriterium wird es als subjektiv und nicht massgebend abgelehnt.

- 7 4. Für die Berechnung des Tarifansatzes knüpfen die Verwertungsgesellschaften (wie bei den Leerträgerтарifen GT 4a bis 4d) an den Kosten für das private Überspielen an. Dabei ergebe sich bei den Verkaufspreisen der Mobiltelefone, dass diese vielfach zusammen mit einem Abonnement oder im Prepaid-Angebot mit entsprechender Sperrung (SIM-Lock) verkauft würden. Allerdings hätten die Verhandlungspartner keine Angaben geliefert, in welcher Höhe bzw. in welcher Art und Weise die Kosten der 'Musikhandys' bei

Abschluss eines Abonnements oder eines Prepaid-Angebots über die Grundgebühr des Abonnements bzw. die Prepaid-Tarife refinanziert würden.

- 8 Mangels dieser Angaben gingen die Verwertungsgesellschaften für die Berechnung vom nicht subventionierten von Swisstream errechneten Kaufpreis von CHF 75.39 je GB Speicherkapazität aus. Gestützt auf den Preisvergleich zwischen dem mp3-Player iPod touch und dem vergleichbaren Mobiltelefon iPhone haben sie zur Berücksichtigung der Multifunktionalität der Mobiltelefone auf diesem Preis einen Abzug für nicht mp3-bezogene Komponenten in der Höhe von 50,2 Prozent vorgenommen. Auf der Grundlage des GfS-Berichts zum Aufnahmeverhalten digitaler Speichermedien betreffend GT 4d vom August 2005 betonten die Verwertungsgesellschaften, dass rund 27 Prozent der letzten zehn Nutzungen von mp3-Playern Aufnahmen seien und legten damit die Kosten für das private Überspielen mit einem 'Musikhandy' bei CHF 10.14 fest. In Anwendung von Art. 60 Abs. 1 Bst. b und c URG bzw. nach Berücksichtigung des nicht geschützten Anteils ergebe sich damit ein Betrag von CHF 6.46 als Kosten für das private Überspielen urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen. 13 Prozent davon ergebe eine Leerträgervergütung von CHF 0.84 pro GB. Zugunsten der Nutzer sei dieser Betrag auf das Niveau des GT 4d von CHF 0.80 gesenkt worden. Dies erlaube auch eine Gleichbehandlung von mp3-Playern in 'Musikhandys' mit konventionellen mp3-Playern.
- 9 5. Bezüglich der gesetzlichen Grundlage verweisen die Verwertungsgesellschaften sowohl auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 19. Juni 2007 (BGE 133 II 263) betreffend mp3-Player wie auch auf die im Nationalrat im Rahmen der Revision des Urheberrechtsgesetzes geführte Debatte. Dabei gehen sie davon aus, dass der Gesetzgeber mit dieser Revision die Erlaubnis zur Privatkopie gegenüber dem alten Recht eher noch ausgeweitet hat, in dem nun in diese Erlaubnis auch das Kopieren ab illegaler Quelle eingeschlossen und auch die private Umgehung von technischen Schutzmassnahmen nicht unter Strafe gestellt worden sei. Nach ihrer Auffassung hat die Leerträgervergütung den Zweck, einen Ausgleich zu schaffen für tatsächliche Nutzungen im Rahmen der erlaubten Privatkopie. Mit Hinweis auf den erwähnten Bundesgerichts-Entscheid sollen nur Träger erfasst werden, die 'wegen des ihnen zugedachten Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungs- oder Wiedergabeeigenschaften für die Aufzeichnung geschützter Werke bestimmt sind und wahrscheinlich dafür verwendet werden'. Mit der im Tarif enthaltenen Definition werde somit sichergestellt, dass nur Speicher der Leerträgerentschädigung unterstehen, welche diese Kriterien erfüllen. Gemäss der GfS-Studie 2008 betr. mp3-Player würden

17 Prozent der schweizerischen Haushalte ein multifunktionales Handy mit einer Audiofunktion besitzen und 10,1 Prozent der Haushalte haben in den letzten drei Monaten vor der Befragung damit Aufnahmen gemacht; dies seien 59 Prozent der Besitzer. Damit erachten es die Verwertungsgesellschaften als erwiesen, dass es sich bei der Nutzung der Aufnahmefunktion von multifunktionalen Mobiltelefonen um eine Massennutzung handle, die in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung derjenigen anderer bereits der Leerträgervergütung unterstellten Nutzungen gleich komme und konventionsrechtlich einen finanziellen Ausgleich zugunsten der Rechtsinhaber erfordere.

- 10 Die Verwertungsgesellschaften machten zudem geltend, dass die aufgenommene Musik 65 Prozent des Speicherplatzes belege, gefolgt von Fotos und audiovisuellen Werken. Damit sei die Musikbelegung der Speicher bei 'Musikhandys' ohne weiteres mit derjenigen anderer dem Art. 20 Abs. 3 URG unterstellten Leerträger (insbesondere der CD-R) vergleichbar. Daraus ergebe sich, dass der in 'Musikhandys' integrierte Speicher im Sinne der Bundesgerichtspraxis tatsächlich zur Speicherung geschützter Werke bestimmt sei und auch mit einer nicht geringen Wahrscheinlichkeit dafür verwendet werde. Ausserdem würden die mp3-Player zunehmend durch 'Musikhandys' ersetzt.
- 11 6. Die Verwertungsgesellschaften lehnen die Auffassung des DUN ab, es sei zu unterscheiden, ob der jeweilige Konsument seinen Speicher nur für bezahlte Downloads nutze und diese von der Vergütungspflicht auszunehmen. Sie gehen davon aus, dass bei einer solchen Regelung über jede Nutzung eines Leerträgers individuell abzurechnen wäre. Das gesetzliche System mit der erlaubten Privatkopie und der Berücksichtigung derselben mit einer Pauschalvergütung stehe einer derartigen individuellen Abrechnung entgegen. Auch aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes erachten sie eine solche individuelle Abrechnung für undurchführbar. Die Ausnahme von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG könne folglich nur durch eine Pauschalierung bei der Tariffhöhe berücksichtigt werden. Dabei gehen sie gestützt auf die GfS-Studie 2008 Mobiltelefone davon aus, dass nur 3,2 Prozent der Musiktitel auf den Speichern in den 'Musikhandys' aus dem Internet gegen Bezahlung und damit durch Abgeltung von Rechten erworben werden. In ihrem Berechnungsmodell sei die gesetzliche Regelung pauschal berücksichtigt und hierfür der höhere Abzug von 8 Prozent eingesetzt worden, welcher demjenigen des GT 4d entspreche.

- 12 7. Mit Präsidentialverfügung vom 12. März 2009 wurden die Verhandlungspartner der Verwertungsgesellschaften gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV eingeladen, zur Tarifeingabe Stellung zu nehmen.
- 13 7.1. Der DUN verlangte in seiner Stellungnahme vom 25. Mai 2009, der vorgelegte *GT 4e* sei nicht zu genehmigen bzw. der Tarif sei zur Fortsetzung der Verhandlungen zurückzuweisen. Eventualiter sei der *GT 4e* nur mit Änderungen zu genehmigen. Diese Änderungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:
- Die multifunktionalen Mobiltelefone seien im Umfang der Nutzung einer schuldrechtlichen Lizenz gemäss Art. 19 Abs. 3^{bis} URG von der Vergütungspflicht gemäss Art. 20 URG auszunehmen;
 - die vier in Ziff. 1.1 Bst. a und b des *GT 4e* genannten Voraussetzungen für die Unterstellung unter den Geltungsbereich des *GT 4e* seien kumulativ zu fassen;
 - als weiteres Kriterium sei vorzusehen, dass multifunktionale Mobiltelefone mindestens eine Speichergrösse von 2 GB aufweisen müssen;
 - in Ziff. 2.3 sei festzuhalten, dass sich der Begriff des Importeurs nach der Zollmeldung richte;
 - die Vergütung gemäss Ziff. 4.1 sei auf CHF 0.09 je GB festzusetzen;
 - in Ziff. 4.1 sei vorzusehen, dass sich die Vergütung ab dem 1. Juli 2010 um die Hälfte reduziere.
- 14 7.2. Swisststream ersuchte im Hauptbegehren seiner Vernehmlassung vom 25. Mai 2009 mangels einer rechtlichen Grundlage ebenfalls um Nichtgenehmigung des vorgelegten Tarifs. In den Eventualbegehren schloss er sich weitestgehend den Anträgen des DUN an. Zusätzlich wurde verlangt, dass Mobiltelefone, die zusammen mit einem Musikabonnement verkauft werden, von der Vergütungspflicht ausgenommen sind.
- 15 7.3. Mit Vernehmlassung vom 25. Mai 2009 verlangte SWICO die Zurück- bzw. Abweisung der Tarifeingabe ohne Eventualantrag. Begründet wurde dies hauptsächlich damit, dass wegen der Multifunktionalität von Mobiltelefonen und deren mannigfacher Verwendung das für einen Tarif nötige Erfordernis der Massennutzung nicht gegeben sei. Daneben sei die von den Verwertungsgesellschaften verwendete Definition des 'Musikhandys' ungenügend und unpraktikabel. Ausserdem sei das erhobene Datenmaterial nicht repräsentativ und der Tarif halte einem Auslandsvergleich nicht stand und führe in seiner Höhe zu einer unangemessen hohen Doppelzahlung durch die Nutzer, was gegen Art. 19 Abs. 3^{bis} URG verstosse.

- 16 7.4. Economiesuisse verwies in seiner Stellungnahme vom 25. Mai 2009 im Wesentlichen auf die Eingaben von DUN, SWICO und Swisststream und verlangte ebenfalls die Ablehnung bzw. Nichtgenehmigung des Tarifs. Economiesuisse ist der Auffassung, dass ausschliesslich Geräte in Betracht fallen dürfen, deren primäre und hauptsächliche Funktion eine wesentliche, urheberrechtlich relevante Nutzung ist. Abzulehnen sei die tarifliche Erfassung von nur marginalen, nebensächlichen Nutzungsmöglichkeiten. Damit wird die Einführung einer Vergütungspflicht für Geräte abgelehnt, die hauptsächlich geschäftlich verwendet werden. Auch dürfe Musik, für die anlässlich des Downloads bereits eine Entschädigung bezahlt worden sei, nicht erneut vom Tarif erfasst werden. Economiesuisse schloss sich damit der Auffassung an, dass der *GT 4e* in der vorgelegten Fassung der zunehmenden Bedeutung von DRM-Systemen keine Rechnung trage und das Verhältnis zwischen individuell und kollektiv verwerteten Werken tariflich zu berücksichtigen sei. Im Übrigen würde ein Handy-Tarif vornehmlich illegal heruntergeladene Werke erfassen. Dies hätte gemäss Economiesuisse die kontraproduktive Folge, dass die Mehrheit der legalen Nutzer für diejenigen bezahlen müsste, die geschützte Werke über illegale Tauschbörsen herunterladen.
- 17 Eventualiter wurden folgende Änderungen des Tarifs beantragt:
- Die Voraussetzungen unter Ziff 1.1 a und Ziff 1.1 b des Tarifs sollten kumulativ erfüllt sein.
 - Die Voraussetzung unter Ziff. 1.1 b soll aus zwei ebenfalls kumulativ zu erfüllenden Elementen bestehen: Das Handy wird vorrangig mit gebräuchlichen Werbemitteln als 'Musikhandy' und geografisch in der Schweiz und Liechtenstein beworben.
- Diese kumulative Erfüllung der Bedingungen sei angesichts der fortlaufenden Entwicklungen im Telekommunikationsbereich notwendig. Damit werde auch sicher gestellt, dass nicht bereits in naher Zukunft jedes Mobiltelefon als 'Musikhandy' qualifiziert werde.
- 18 7.5. Die Konsumentenorganisationen gingen in ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 13. Mai 2009 davon aus, dass Mobiltelefone für Aufnahmen urheberrechtlich geschützter Musik und Filme in gleicher Weise und in gleichem Ausmass genutzt werden, wie die Geräte, die dem *GT 4d* unterliegen. Grundsätzlich konnten sie daher dem *GT 4e* zustimmen. Wegen der ähnlichen Funktionen wäre es für sie widersprüchlich, eine Urheberrechtsvergütung für einen iPod zu erheben, nicht aber für ein iPhone, da immer mehr Mobiltelefone mit ausgebauter Musikfunktion herkömmli-

che mp3-Player ersetzen würden. Zentral sei allerdings, dass nur jene Mobiltelefone dem Tarif unterstehen, welche als 'Musikhandy' genutzt werden können. Sie erwarteten indessen, dass die Tarifhöhe nach unten angepasst wird. Dies weil der zugrunde liegende Preis für die Kosten des privaten Überspielens von den Verwertungsgesellschaften zu hoch angesetzt worden sei und weil die GfS-Studie erhebliche Mängel aufweise, welche es nicht rechtfertigen würden, deren Werte ohne Korrekturfaktor für die Berechnung zu übernehmen. Sie erachteten eine Vergütung in der Höhe von CHF 0.40 bis 0.50 pro GB als vertretbar. Dies wäre denn auch der Betrag, dem sie im Rahmen der Verhandlungen, die zu ihrem Bedauern abgebrochen worden seien, hätten zustimmen können.

19 Gemäss ihren Erfahrungen stellten die Konsumentenorganisationen fest, dass die meisten Konsumenten ein Mobiltelefon im Abonnement nutzen. Hier würden die Kosten meist tiefer sein als der Kaufpreis ohne Abonnement. Aus dieser Sicht sei ein geringerer Ausgangspreis als die CHF 75.39 festzulegen. Als positiv bewerteten sie, dass Importe zum Eigengebrauch von Privatpersonen von der Vergütungspflicht ausgenommen werden. Sie lehnten es dagegen ab, Mobiltelefone für den geschäftlichen Gebrauch von der Vergütungspflicht auszunehmen.

20 8. Der DUN, SWICO und Swisstream halten die von den Verwertungsgesellschaften beigebrachte GfS-Studie 2008 Mobiltelefone für beweisuntauglich. Es wird geltend gemacht, diese Studie leide an einer ungenügenden Stichprobengrösse von lediglich 61 Personen und damit fehle es ihr an der nötigen Repräsentativität. Ausserdem ziehe sie unzutreffende Schlussfolgerungen und enthalte unangebrachte Wertungen. Es wird auch die undifferenzierte, nicht wissenschaftliche Fragestellung beanstandet. Vor allem im betrieblichen Bereich würden multifunktionale Mobiltelefone überwiegend oder gar ausschliesslich für die Kommunikation verwendet, und nicht als 'Musikhandy'. Damit sei die Notwendigkeit eines derartigen Tarifs, dessen Geltungsbereich, die gesetzliche Grundlage und die Angemessenheit nicht nachgewiesen. Die Eignung als 'Musikhandy' sei lediglich akzessorischer Natur, da sie im Vergleich zu allen multifunktionalen Handys und den mp3-Geräten nur am Rande für Aufnahmen von geschützten Werken verwendet würden. Eine eigene Umfrage habe ergeben, dass nur 2,9 Prozent der Befragten als eine der zehn letzten Nutzungen angaben, dass sie Musik und nicht selbst aufgenommene Videos abspeicherten. Damit sei die Voraussetzung eines vorrangigen bzw. überwiegenden Gebrauchs des ganzen Trägersystems zur Aufnahme bzw. Aufzeichnung und Wiedergabe geschützter

- Werke nicht erfüllt. Dies müsse Auswirkungen auf den Geltungsbereich und die Bemessung der Vergütung haben. Insbesondere seien diejenigen Handys, die in erster Linie der betrieblichen Nutzung dienen - fast 60 Prozent der Unternehmen würden ihre Mitarbeiter mit einem Business-Handy ausstatten - vom Geltungsbereich des *GT 4e* auszunehmen und die Vergütung im nichtbetrieblichen Bereich müsse erheblich gesenkt werden. Zudem würde mehr als die Hälfte der aufgenommenen Musikstücke von einer gekauften CD oder von einer Quelle stammen, für welche der Konsument bereits eine Leerträgervergütung bezahlt habe.
- 21 Swisststream vertritt weiter die Auffassung, dass die von den Telefon-Anbietern verwendeten Geschäftsmodelle nichts mit einem Konsumkredit zu tun haben. Ausserdem sei die Annahme unbelegt, dass die Abonnementslösung für die Konsumenten letztlich teurer sei. Auch soll sich der Begriff des Importeurs nach der Definition gemäss Publikation 52.01 der Zollverwaltung (MWST auf der Einfuhr von Gegenständen) richten.
- 22 Von SWICO wird auf die Studie von RS Consulting vom September 2008 verwiesen, welche im Auftrag der Hersteller Nokia, Motorola und Sony Ericsson erstellt wurde. Diese Studie zeige auf, dass zwar 61 Prozent der multifunktionalen Mobiltelefone über einen Musikplayer verfügen; diese aber nur marginal für urheberrechtlich relevante Nutzungen eingesetzt würden, da andere Nutzungen im Vordergrund stünden.
- 23 Allgemein wird von den Nutzerverbänden der Antrag abgelehnt, jedes Handy, das mit gebräuchlichen Werbemitteln als 'Musikhandy' beworben wird, unabhängig von der tatsächlichen Ausgestaltung als 'Musikhandy' tariflich zu erfassen. Es wird geltend gemacht, Werbung sei oft übertreibend, plakativ und unpräzise. Es könne daher nicht sein, dass allein die Werbung eine Unterstellung unter den Tarif bewirken könne, weshalb dies nur ein kumulatives Erfordernis sein könne. Die von den Verwertungsgesellschaften verwendete Bezeichnung ('Musikhandy') bzw. deren Definition wird in keiner Art und Weise als praktikabel erachtet.
- 24 Ausserdem wird die Substituierbarkeit des multifunktionalen Mobiltelefons gegenüber dem mp3-Player bestritten. Unter den zahlreichen Nutzungen sei die Nutzung als 'Musikhandy' lediglich eine von vielen. Somit reflektiere der *GT 4e* nicht die höchst akzessorische Natur des Musik-Downloads. Es wird davon ausgegangen, dass diese Handys überwiegend für das Telefonieren und den Versand bzw. Empfang von SMS und MMS

verwendet werden. Die vom Tarif erfassten Nutzungen seien demgegenüber völlig marginal und peripher. Auch aus der GfS-Studie 2008 mp3-Player gehe in keiner Weise hervor, dass mp3-Players und iPods durch 'Musikhandys' abgelöst worden seien. Es sei lediglich eine Zunahme der Nutzung von multifunktionalen Mobiltelefonen auch für urheberrechtlich relevante Zwecke zu entnehmen. Es wird betont, dass ein mp3-Player nicht mit einem multifunktionalen Mobiltelefon verglichen werden könne, da jedes Gerät je nach primärem Nutzungszweck seine Vor- und Nachteile aufweise.

- 25 9. Mit Hinweis auf den erwähnten Bundesgerichtsentscheid zum GT 4d (vgl. vorne Ziff. I/5) betreffend mp3-Player genügt in der Auffassung von Swisstream die blosse Eignung von Harddiscs und Flash Memories zur Aufnahme von Werken und damit als Ton- und Tonbildträger nicht für eine Unterstellung unter die Leerträgervergütung, sondern es sei davon auszugehen, dass die Leerträgervergütung eine allgemeine Geräteabgabe nicht ersetzen könne, sondern nur dort zur Verfügung stehe, wo Speichermedien in bestimmten Geräten (wie mp3-Player) zum Einsatz gelangen und ihr Zweck in erster Linie das Kopieren von Ton- und Tonbildwerken darstelle.

- 26 Bloss nebensächliche Nutzungen würden keine Unterstellung unter Art. 20 Abs. 3 URG rechtfertigen. So verfügten die neuesten Mobiltelefone in der Mehrzahl über Touchscreens, weshalb sich der Anwendungsbereich des von den Verwertungsgesellschaften eingereichten Tarifs ständig erweitere, ohne dass dies mit einer Nutzung im Sinne von Art. 20 Abs. 3 URG in Verbindung stehe. Damit sei die von den Verwertungsgesellschaften verwendete Definition ungeeignet, die Vergütungspflicht auf Speichermedien zu beschränken, welche die gesetzlich verlangte Nutzungsintensität aufweisen.

- 27 10. Gemäss DUN kann nicht toleriert werden, dass die Nutzer für einen zulässigen entgeltlichen Download zweimal bezahlen, nämlich zunächst gemäss schuldrechtlicher Lizenz des Online-Anbieters und alsdann über die Leerträgerabgabe gemäss Art. 20 URG. Mit dem Entscheid der ESchK bzw. des Bundesgerichts betreffend GT 4d sei insbesondere nicht die nachträgliche gesetzliche Regelung vorweggenommen, sondern lediglich die Härte der Doppelbelastung mit einem Rabatt von 8 Prozent gemildert worden. Es wird beanstandet, dass sich die Verwertungsgesellschaften nicht eingehend mit dieser Frage auseinandergesetzt haben und weiterhin am minimalen Rabatt von 8 Prozent festhalten.

- 28 So wird die Auffassung vertreten, dass die mit der URG-Revision neu eingefügte Bestimmung keineswegs die Rechtsprechung des Bundesgerichts kodifiziere, sondern geltend gemacht, der Art. 19 Abs. 3^{bis} URG sei eine Kollisionsregel, die den Konflikt zwischen der gesetzlichen und der vertraglichen Lizenz löse, also zwischen kollektiver und individueller Verwertung. Für all jene Vervielfältigungen, die durch die Lizenz abgedeckt sind, sei daher nur die schuldrechtliche Lizenz zu bezahlen. Im Gegensatz zum Standpunkt der Verwertungsgesellschaften sei dabei nicht nur die erste Kopie ausgenommen. Dies habe zur Folge, dass der *GT 4e* vorsehen müsse, dass ein Nutzer, der eine schuldrechtliche Lizenz löse und sich auf Art. 19 Abs. 3^{bis} URG berufe, von der Leerträgerabgabe auszunehmen sei. Es müsse möglich sein, multifunktionale Mobiltelefone ohne Belastung mit der Leerträgerabgabe zu kaufen, wenn sich der Käufer bzw. Abonnent beim Erwerb dazu verpflichte, nur individuelle Verwertungen vorzunehmen. Dies entspreche dem Hauptantrag. Lediglich eventualiter stellt der DUN den Antrag, innerhalb der Vergütung gemäss Ziff. 4.1 einen wesentlichen Abzug von rund 50 Prozent vorzunehmen.
- 29 Swisstream schliesst sich dieser Auffassung an. Ausserdem geht Swisstream davon aus, dass Mobiltelefone mit Musikabonnement in Anwendung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG von der Vergütungspflicht ausgeschlossen sind. Solche Mobiltelefone würden unlimitierte Downloads zulassen und seien deutlich teurer als vergleichbare Geräte ohne entsprechendes Abonnement.
- 30 SWICO geht ebenfalls davon aus, dass die Berechnungen der Verwertungsgesellschaften dem neuen Art. 19 Abs. 3^{bis} URG in keiner Art und Weise gerecht werden und bestätigt in diesem Zusammenhang die Ausführungen des DUN. Da es immer mehr Plattformen gebe, die es den Konsumenten erlauben würden, legal Lizenzen für den Gebrauch von Musik zu erwerben, entspreche der von der ESchK mit Beschluss vom 17. Januar 2006 bestätigte Prozentsatz von 8 Prozent nicht mehr der Realität. Zusätzlich verweist SWICO darauf, dass das geltende Urheberrechtsgesetz nicht unterscheide zwischen legalem und illegalem Download. Damit die geltende Regelung in der Schweiz nicht gegen übergeordnetes Recht bzw. gegen den in den internationalen Abkommen vorgesehenen Dreistufentest verstosse, könnten im Sinne einer konventionskonformen Auslegung rechtswidrige Vervielfältigungen nicht auf privaten Eigengebrauch gestützt werden. Andernfalls würden rechtswidrig erworbene Titel einen grossen Teil der Downloads mittels Internet einnehmen. Gemäss einer unveröffentlichten Studie erfolge das Kopieren von rund $\frac{3}{4}$ aller Titel in rechtswidriger Weise. Damit würden sich auf den zur Diskussion ste-

henden Speichern, ein grosser Teil illegal erworbener Musikstücke befinden. Für die Tarifberechnung dürfe dieser rechtswidrig erworbene Anteil nicht berücksichtigt werden, ansonsten die daraus resultierende Abgabe dazu führe, dass der illegale Download kompensiert werde. Da die von den Verwertungsgesellschaften vorgenommene Berechnung den illegalen Download ausser Acht lasse, sei der Tarif schon aus diesem Grund zurückzuweisen.

31 11. Die Vergütung von CHF 0.80 pro GB gemäss Ziff. 4.1 des Tarifs wurde von den Nutzerverbänden im Rahmen der akzessorischen Nutzung als offensichtlich überrissen bezeichnet. Eventualiter und in Anlehnung an das Berechnungsmodell von Swisstream wurde eine Vergütung von maximal CHF 0.09 je GB vorgeschlagen. Die Verwertungsgesellschaften würden nur zu einer derart hohen Vergütung gelangen, weil sie von einem durchschnittlichen Kaufpreis eines multifunktionalen Mobiltelefons von CHF 75.39 je GB ausgehen. Dabei würden sie sich am iPhone orientieren, statt an den billigeren Handys, die an eine Abonnementsdauer gekoppelt sind. Auch die Differenzbetrachtung zwischen iPod touch und iPhone taue nicht als Grundlage für eine allgemein gültige Tarifberechnung. Massgeblich für die Berechnung seien die Kosten des Konsumenten und damit die effektiven Verkaufspreise der multifunktionalen Mobiltelefone. Diese würden durchschnittlich CHF 32.57 pro GB betragen. Zudem falle die Aufnahme eigener Fotos und Videofilme nicht unter die relevante Nutzung von Art. 20 Abs. 3 URG. Relevant könne nur das Abspeichern von Musik und von fremden Videos sein. Dies entspreche einem Überspielanteil von 2,9 Prozent und nicht wie von den Verwertungsgesellschaften geltend gemacht von 27 Prozent. Im Übrigen sei bei Einführung eines neuen Tarifs eine entsprechende Reduktion vorzunehmen. Die Erfahrung lehre auch, dass sich die Speicherkapazität rund alle 12 Monate verdopple. Es sei daher eine Reduktion der Vergütung um 50 Prozent per 1. Juli 2010 vorzusehen.

32 Die Nutzerverbände halten es ausserdem für gerechtfertigt, alle multifunktionalen Mobiltelefone mit einem Speicherinhalt von weniger als 2 GB vom Tarif auszunehmen, da unterhalb dieser Kapazität kaum von einer nennenswerten Nutzung zur Aufzeichnung geschützter Werke gesprochen werden könne. Auch würden die notwendigen Erhebungen bei dem zu erwartenden Ertrag den Anforderungen an eine wirtschaftliche Verwaltung nicht mehr genügen. Weiter wird beanstandet, dass die Abgabe auf einer unzulässigen Potenzialbesteuerung beruhe, da im vorgelegten Tarif Abgaben ohne Berücksichtigung des effektiven Ausnutzungsfaktors der Speicherkapazität geleistet werden sollen.

- 33 Swisstream geht davon aus, dass die Verwertungsgesellschaften eine Regelung anstreben, die im Ausland in dieser Form nicht existiert und SWICO macht geltend, dass weder die internationalen Abkommen noch die einschlägige EU-Richtlinie eine Abgabe auf Geräten wie Mobiltelefone voraussetzen. Bis anhin habe kein einziger EU-Staat eine Abgabe auf Mobiltelefone eingeführt.
- 34 12. In der Folge wurde am 28. Mai 2009 die Tarifeingabe gestützt auf Art. 15 Abs. 2^{bis} des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) dem Preisüberwacher zur Stellungnahme unterbreitet.
- 35 In seiner Antwort vom 29. Juni 2009 ging der Preisüberwacher davon aus, dass die rechtlichen Voraussetzungen, insbesondere der Nachweis des Geltungsbereichs und der Massennutzung von 'Musikhandys' zu klären sind. Klärungsbedarf sah er auch beim Gegenstand des Tarifs und der Frage, welche Handys erfasst werden sollen. Diesbezüglich ist er der Auffassung, dass allein die technische Ausstattung und nicht die Positionierung durch das Marketing den Ausschlag geben sollte. Weiter ist er der Auffassung, dass auch die Kalkulation des Tarifs noch zu prüfen ist. Er hält hier eine gleiche Preishöhe wie beim mp3-Player in keiner Weise gerechtfertigt, da er von einer akzessorischen Nutzung ausgeht. Für ihn sind die Zusatzkosten entscheidend, die beim Einbau eines mp3-Players in ein Handy entstehen, die ihm allerdings nicht bekannt seien. Er geht indessen von den Gerätekosten ohne Vertrag als Grundlage aus und erstellt dazu ein eigenes Berechnungsmodell. Daraus leitet er die Empfehlungen ab, im Falle einer Genehmigung des Tarifs solle eine Vergütung in der Grössenordnung von CHF 0.20 pro GB resultieren und die Geltungsdauer längstens bis Ende 2010 begrenzt sein. Auch sollten die Tarifpartner in diesem Fall angehalten werden, Erhebungen durchzuführen, wie sich die Angebote der Musik-Downloads entwickeln und wie rege diese genutzt werden sowie Abklärungen treffen über die Höhe des Anteils der Musik, die von einem Vorgängerhandy direkt übernommen wird.
- 36 13. Am 9. Juli 2009 wurde gemäss Art. 57 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 URV die Spruchkammer zur Behandlung des Gesuchs der Verwertungsgesellschaften eingesetzt.

- 37 Mit Schreiben vom 11. August 2009 stellte der DUN den Antrag auf Ausstand des unabhängigen Spruchkammer-Mitgliedes Carlo Govoni. Diesem Ausstandsbegehren schlossen sich in der Folge SWICO und Economiesuisse an. Mit Zwischenverfügung vom 24. August 2009 wurde dieses Ausstandsgesuch abgewiesen. Ein Wiedererwägungsgesuch wurde am 2. September ebenfalls abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte. Die beiden Verfügungen wurden an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen. Vor dem Bundesverwaltungsgericht einigten sich die Parteien dahingehend, dass Herr Govoni in diesem Verfahren in unpräjudizieller Weise für andere Tarifgenehmigungsverfahren in den Ausstand tritt. Er wurde somit als unabhängiger Beisitzer durch Herrn Jacques de Werra ersetzt. Dies hatte zur Folge, dass die Sitzung, welche die Spruchkammer in der Zusammensetzung mit Herrn Govoni am 2. September 2009 durchgeführt hat, am 18. März 2010 in neuer Zusammensetzung wiederholt werden musste.
- 38 14. Im Hinblick auf die Sitzung vom 2. September 2009 reichten die Verwertungsgesellschaften in Ergänzung ihrer Eingabe vom 27. Februar 2009 zusätzliche Unterlagen (Entwicklung der Verkaufsstatistiken von iPod und iPhone sowie ein Dekret betr. Vergütung für Mobiltelefone in Frankreich) ein. Ebenso gab SWICO weitere Unterlagen zu den Akten (ergänzttes Berechnungsmodell vom 31.08.2008, Forester Studie 2008 sowie Apple Verkaufszahlen 2. Quartal 2009).
- 39 Ausserdem stellten mit Ausnahme der Konsumentenorganisationen sämtliche Parteien unmittelbar vor der neu auf den 18. März 2010 festgelegten Sitzung weitere Eingaben zu, mit denen sie ihre bisherigen Stellungnahmen bestätigten bzw. sie der zwischenzeitlichen Entwicklung anpassten und teilweise erweiterte Anträge stellten. So ergänzte Economiesuisse beispielsweise, dass bezüglich der Definition die mp3-Funktion einfach zugänglich sein müsse. Dies sei der Fall, wenn sie über die Wahl einer auf dem Einstiegsbildschirm gemäss Auslieferungszustand angezeigten Audio- oder audiovisuellen Funktion aufgerufen werden könne. Der DUN beantragte zusätzlich eventualiter, dass in Ziff. 1.1 Abs. 2 des Tarifs die Bewerbung überwiegend als 'Musikhandys' mit gebräuchlichen Werbemitteln als zusätzliches und nicht alternatives Kriterium aufzulisten sei und dass die neu auf CHF 0.04 je GB festzulegende Vergütung sechs Monate nach Inkrafttreten des Tarifs um die Hälfte zu reduzieren sei. Im Weiteren solle der Tarif drei Monate nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses der ESchK in Kraft treten und bis Ende Juni 2011 gelten. Dies wird damit begründet, dass im Fall der Inkraftsetzung eines nicht rechtskräftigen Tarifs die Verwertungsgesellschaften über Einnahmen verfügen, die bei einer Nichtgeneh-

migung nicht mehr an die Nutzer zurückgeführt werden können. Swisstream verlangte eine Ergänzung der Definition des 'Musikhandys' wie Economiesuisse und ebenfalls eine auf CHF 0.04 reduzierte Vergütung sowie die Reduzierung um die Hälfte nach sechs Monaten. Das Inkrafttreten des Tarifs wurde drei Monate nach dem mündlich eröffneten Beschluss der ESchK verlangt und der Tarif sollte bis Ende Juni 2011 gelten. Zusätzlich ergänzte Swisstream seine Unterlagen mit einer Liste der aktuellen Verkaufspreise, einer Liste der gängigen Geräte sowie einer weiteren Studie der GfK-IHA inklusive Fragbogen. Ebenfalls beigelegt wurde das neue Berechnungsmodell von Swisstream vom 11. März 2010. Auch SWICO ergänzte seine Eingabe mit einer Studie aus Belgien (Auvibel, April 2008). Dazu wurde darauf hingewiesen, dass gemäss den damals aktuellsten Prospekten von Swisscom und Orange 42 von 44 bzw. 41 von 41 Mobiltelefonen die Voraussetzungen für eine Vergütung erfüllen. Damit werde deutlich, dass bei einer Gutheissung des Tarifs praktisch der ganze Mobiltelefonmarkt davon erfasst werde.

40 In ihrer Eingabe vom 16. März 2010 machten die Verwertungsgesellschaften geltend, dass eine Recherche bei öffentlich zugänglichen Marktdaten zeige, dass die Verkäufe der iPhones exponential zunehmen und bereits die Verkäufe der iPods überholt habe (Web-Artikel von CNN Money und AAP Investors). Im Weiteren führten sie aus, dass neben Frankreich und Italien bereits fünf weitere europäische Länder entsprechende Tarife eingeführt hätten, was sie mit entsprechenden Übersichten untermauerten.

41 15. Anlässlich der Sitzung vom 18. März 2010 erhielten sowohl die Verwertungsgesellschaften wie auch die Nutzerverbände Gelegenheit zur Anhörung, wobei die Parteien ihre gestellten Rechtsbegehren grundsätzlich bestätigten und nochmals begründeten. Die Verwertungsgesellschaften beantragten einen neuen Tarif in der Fassung vom 16. März 2010. Damit schlugen sie insbesondere eine neue Definition des 'Musikhandys' vor und verzichteten auf das Kriterium der Bewerbung (vgl. Ziff. 1.1 des Tarifs). Mit der neuen Ziff. 9.1 beantragten sie, dass der Tarif am 1. Mai 2010 in Kraft treten und bis zum 31. Dezember 2011 gelten soll.

42 SWICO gab eine Untersuchung der Firma AdMob (AdMob Mobile Metrics Report) vom Januar 2010 zu den Akten, welche die unterschiedlichen Nutzungen von iPod Touch und iPhone aufzeigen soll. Es wurde darauf hingewiesen, dass die Nutzung der vielen anderen Funktionen (wie Spiele, Navigation usw.) zwingend hätte untersucht werden müssen, was die Verwertungsgesellschaften unterlassen hätten. Der DUN verwies ergänzend auf

die Einnahmen der Verwertungsgesellschaften aus Urheberrechtsvergütungen in den Jahren 1993 bis 2008 und legte hierfür entsprechende Tabellen vor.

- 43 16. Am 18. März 2010 genehmigte die Schiedskommission den *GT 4e* in der Fassung vom 16. März 2010 mit Änderungen betreffend die Vergütungshöhe und die Gültigkeitsdauer. SWICO (gemeinsam mit Samsung Electronics Austria GmbH) sowie Swisstream (mit Swisscom Schweiz AG) erhoben vor dem Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diesen Beschluss. Sie machten geltend, der genehmigte *GT 4e* sei mangels gesetzlicher Grundlage aufzuheben. SWICO verlangte eventualiter, der Tarif sei an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies wurde damit begründet, dass Art. 46, Art. 59 bzw. 60 URG sowie Art. 19 Abs. 3^{bis} URG und staatsrechtliche Vorgaben von der Vorinstanz verletzt worden seien. Eventualiter verlangte Swisstream der Tarif (Ziff. 1.1 Abs. 2) sei mit folgenden Änderungen zu genehmigen:

'Für Leerdatenträger in solchen Geräten ist unter folgenden Voraussetzungen eine Vergütung nach diesem Tarif zu entrichten:

Das Gerät, in welchem der Speicher enthalten ist,

- erlaubt die Speicherung und Wiedergabe von Audio- und audiovisuellen Inhalten,
- verfügt über eine Softwaresteuerung zur Übertragung von audio- oder audiovisuellen Dateien,
- weist einen eingebauten oder auf einer mitgelieferten Karte enthaltenen Speicher von mindestens 2 Gigabyte auf,
- wird mit gebräuchlichen Werbemitteln überwiegend als Musikhandy beworben und
- bietet spezifisch zugeordnete Tastenfunktionen zur Bedienung der Wiedergabefunktion. Diese sind entweder physisch am Gerät vorhanden oder werden virtuell einfach zugänglich über Touchscreen zur Verfügung gestellt. Einfach zugänglich sind sie nur, wenn sie über die Wahl einer auf dem Einstiegsbildschirm gemäss Auslieferungszustand angezeigten Audio- oder audiovisuellen Funktion aufgerufen werden können.'

- 44 Wiederholt wurde das Anliegen, dass die Vergütung von CHF 0.04 je Gigabyte sechs Monate nach Inkrafttreten des Tarifs um die Hälfte zu reduzieren sei.

- 45 17. In der nachfolgenden Replik machten die beschwerdeführenden Parteien zusätzlich geltend, während des Genehmigungsverfahrens vor der ESchK hätten Ausstandsgründe gegen die damalige Präsidentin der Schiedskommission, Frau Danièle Wüthrich-Meyer, vorgelegen. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte das Bestehen objektiver Zweifel an der Unbefangenheit der damaligen Präsidentin und hob mit Urteil vom 21. April 2011 den Beschluss der ESchK vom 18. März 2010 betreffend den *GT 4e* ohne materielle Prüfung auf und wies den Entscheid zur erneuten Beurteilung an die Schiedskommission zurück.

- 46 18. Gestützt auf dieses Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sowie auf Art. 57 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 URV setzte die auf anfangs August 2010 neu gewählte Präsidentin der ESchK eine neue Spruchkammer unter ihrem Vorsitz zur Behandlung

des aufgehobenen *GT 4e* ein. Als weiteres unabhängiges Mitglied wurde Herr Christoph Graber in die Spruchkammer berufen. Anschliessend wurde das Genehmigungsverfahren betreffend den *GT 4e* neu aufgenommen und die Tarifparteien ersucht, allfällige in materieller Hinsicht als relevant erachtete Unterlagen des bundesverwaltungsrechtlichen Verfahrens einzureichen.

- 47 19. Die Verwertungsgesellschaften sowie Swisstream und SWICO reichten in der Folge verschiedene Beilagen zu den im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht gemachten Eingaben ein. Die Verwertungsgesellschaften ergänzten ihre bisherigen schriftlichen Eingaben im Wesentlichen mit einer neuen GfS-Studie 2010, einer Übersicht über die Angebote von Mobiltelefonen mit Abonnement, einem Mustervertrag zwischen SUISA und einem Online-Musikanbieter, einer Übersicht über die Situation gleichartiger Tarife in Europa sowie Tarifberechnungen (unter Berücksichtigung von Werten von Swisstream sowie aus der GfS Studie 2010) und einem Urteil des EuGH vom 21. Oktober 2010 (Padawan/SGAE). Im Weiteren stellten sie Beilagen und Auszüge aus der Tarifeingabe vom 29. Juni 2011 betreffend den *GT 4e* mit einer vorgesehenen Gültigkeitsdauer ab 1. Januar 2012 zu, mit der Begründung, dass sich in beiden Verfahren die gleichen Rechtsfragen stellen würden. Gleichzeitig kündigten sie an, dass sie anlässlich der geplanten Sitzung vom 6. Oktober 2011 vor der ESchK die Genehmigung des Tarifs in der Fassung vom 16. März 2010 mit Änderungen beantragen würden und auch die Frage des rückwirkenden Inkrafttretens des *GT 4e* zu behandeln sei, da von ihnen eine rückwirkende Inkraftsetzung des *GT 4e* mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 verlangt werde.
- 48 20. Swisstream bestätigte in seiner schriftlichen Eingabe vom 13. September 2011 die in den Beschwerdeschriften vom 28. Juni 2010 bzw. vom 29. November 2010 an das Bundesverwaltungsgericht gestellten Rechtsbegehren (vgl. vorne Ziff. I/16) und reichte sämtliche Beilagen zu diesen beiden Beschwerdeschriften ein (u.a. GfK-Studie Phase 2 vom 28. Juni 2010 und dazugehöriger Fragebogen, Verkäufe von Handys an Endkunden gemäss Definition ESchK/Definition Swisstream vom 28. Juni 2010, verschiedene Berechnungsmodelle, Protokolle zu den Verhandlungen über den *GT 4d*, Sunrise Studie vom 11. März 2010, Pressemitteilungen von Apple / ex libris / BITKOM, iTunes Store Bedingungen). Mit ergänzendem Schreiben vom 29. September 2011 nahm Swisstream zusätzlich zu der von den Verwertungsgesellschaften aufgeworfenen Frage des rückwirkenden Inkrafttretens des *GT 4e* Stellung und lehnte einen Zuschlag für die zeitliche Ver-

zögerung ab. Ausserdem stelle sich die Frage, ob die Verwertungsgesellschaften eine Vergütung von CHF 0.38 pro GB Speicherkapazität verlangen könnten, nachdem diese den Beschluss vom 18. März 2010, mit welchem eine Vergütung von CHF 0.30 pro GB genehmigt wurde, nicht vor Bundesverwaltungsgericht angefochten hätten.

49 Ebenfalls mit Schreiben vom 13. September 2011 verwies SWICO auf seine in der Beschwerde vom 28. Juni 2010 an das Bundesverwaltungsgericht gestellten Anträge (vgl. vorne Ziff. I/16) und gab ebenfalls Unterlagen aus dem Beschwerdeverfahren zu den Akten (Auszug aus Studie von Morgan Stanley vom Juni 2010, Auszug aus Studie der Nielsen Company sowie eine Pressemitteilung in der vom Europäischen Gerichtshof beurteilten Rechtssache Padawan/SGAE).

50 Der DUN, der im Beschwerdeverfahren nicht Partei gewesen war, reichte zusätzliche Unterlagen betreffend die Auslegung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG nach (u.a. NZZ Artikel zu 'Musik aus der Wolke', Pressemitteilungen von Apple/ex libris/BITKOM, Bedingungen von iTunes Store/ex libris/Amazon), und stellte den Antrag diese zu den Akten zu nehmen.

51 21. Ausserdem stellte SWICO am 13. September 2011 den Antrag auf Ausstand der vorsitzführenden Präsidentin der Spruchkammer. Swisststream schloss sich mit Schreiben vom 26. September 2011 diesem Begehren an und erweiterte es auf den Kommissionssekretär. Beide Ausstandsgesuche wurden mit Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2011 abgewiesen. Diese Zwischenverfügung wurde innert der Rechtsmittelfrist nicht angefochten.

52 22. Anlässlich der Sitzung vom 6. Oktober 2011 erhielten sowohl die Verwertungsgesellschaften wie auch die Nutzerverbände erneut Gelegenheit zur Anhörung betreffend den von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten *GT 4e*, wobei sich die Parteien in erster Linie zur Frage der rückwirkenden Inkraftsetzung des *GT 4e* äusserten.

53 Die Verwertungsgesellschaften beantragten den *GT 4e* in der Fassung vom 16. März 2010 mit zwei Änderungen zu genehmigen. Gemäss der neuen Ziff. 4.1 soll die Vergütung von CHF 0.80 auf CHF 0.38 gesenkt werden und die geänderte Ziff. 9.1 sieht eine Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 vor. Sie führen dazu aus, dass sie angesichts der geäusserten Kritik an ihren im März 2010 vorgelegten Zahlen eine neue Studie beim Institut GfS während des Sommers 2010 im Auftrag gegeben ha-

ben. Da Swissstream diese Studie während des Beschwerdeverfahrens erneut kritisiert habe, habe das GfS nachträglich noch ergänzende Erklärungen geliefert. Zum Vorwurf von SWICO, die Studie sei unvollständig, da nebst den Privathaushalten auch Unternehmen hätten befragt werden müssen, räumten die Verwertungsgesellschaften zwar ein, dass in der GfS Studie 2010 nicht explizit nach der Nutzung von Geschäftshandys gefragt worden sei. Dies sei jedoch nicht von Bedeutung, da mit solchen Handys auch eine private Nutzung möglich sei. Für die Berechnung des Tarifansatzes legen die Verwertungsgesellschaften ein neues Berechnungsmodell vor, wobei der Überspiel- und Abspielanteil von Privatkopien getrennt für drei Kategorien (Musik und Hörbücher/Filme, Videos und Sketches/Klingeltöne) ausgewiesen wird und die Vergütung separat je Kategorie berechnet wird. Dabei gehen sie davon aus, dass gestützt auf Art. 19 Abs. 3^{bis} URG für Musik und Filme je 2,5 Prozent und für Klingeltöne 38,5 Prozent in Abzug zu bringen seien. Insgesamt ergebe sich somit eine Vergütung von CHF 0.33 pro GB. Dazu komme, dass der Verlust, den die Rechtsinhaber in der Zeit zwischen dem 1. Oktober 2009 und dem 1. Juli 2010 erlitten hätten, mit einem Zuschlag von CHF 0.05 wettgemacht werden solle. Die rückwirkende Inkraftsetzung begründen sie unter drei Gesichtspunkten: Erstens sei eine rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifs für die Geräteindustrie voraussehbar gewesen und dies sei bereits in die Gerätepreise einkalkuliert worden. Ausserdem seien im Unterschied zu früheren Fällen die tarifgemässen Belastungen im Verhältnis zu den Geräteverkaufspreisen relativ gering. Drittens erscheine eine rückwirkende Inkraftsetzung der gerechteste Weg zur Durchsetzung der gesetzlichen Vergütungspflicht, da allen anderen Möglichkeiten erhebliche Nachteile anhaften würden.

54 23. SWICO verlangt, es sei auf den Tarif nicht einzutreten, eventualiter halte er an seinen anlässlich der Verhandlung vom 18. März 2010 gestellten Anträgen fest. Im Weiteren beantragt SWICO den Beizug der gesamten Verfahrensakten aus dem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht.

55 Der DUN stellt - Bezug nehmend auf die anlässlich der Verhandlung vom 18. März 2010 gestellten Rechtsbegehren - den neuen Hauptantrag auf Nichteintreten. Den geänderten Hauptantrag begründet der DUN damit, dass ein rückwirkendes Inkrafttreten des *GT 4e* nicht in Frage komme und eine Wirksamkeit des Tarifs innerhalb der beantragten Gültigkeitsdauer bis Ende 2011 nahezu ausgeschlossen sei. Das Argument, die Tarifschuldner hätten vorsorglich die Abgabe auf die Verkaufspreise schlagen können, um im entsprechenden Umfang Rückstellungen zu tätigen, sei nur stichhaltig, wenn es den Abgabe-

schuldern überhaupt zumutbar war, Rückstellungen zu bilden. Das Bundesgericht habe im Entscheid zum GT 4d eine derartige Zumutbarkeit verneint, da erhebliche Unsicherheiten über die Zulässigkeit des Tarifs bestanden. Die Situation sei beim vorliegenden Tarif identisch. Den Eventualantrag lässt der DUN unverändert. Zusätzlich stellt er den Verfahrens Antrag, es sei die Vernehmlassung des DUN vom 15. September 2011 zum Antrag auf Genehmigung eines ab 1. Januar 2012 geltenden Tarifs auch in diesem Verfahren zu den Akten zu nehmen. Weiter verlangt er nebst der Anhörung des Leiters der Beobachtungsstelle für technische Massnahmen bzw. eines Sachverständigen in Publikumsfragen auch diejenige des Generaldirektors der SUIISA. Zur Anwendung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG hält er fest, dass der von den Verwertungsgesellschaften berechnete Anteil von 2,5 Prozent für Musik aus legalen Bezugsquellen, die direkt vom Internet auf den Leerträger geladen werden, zu tief sei. Einerseits habe die zeitnahe GfK-Studie vom März 2010 einen Anteil von 16,1 Prozent ergeben, andererseits würden die Bezüge aus Download-Shops kontinuierlich zunehmen. Der DUN wiederholt seine Auffassung, wonach Art. 19 Abs. 3^{bis} URG nicht nur die beim Abruf eines erlaubterweise zugänglich gemachten Werks erstellte Erstkopie, sondern auch sämtliche daraus abgeleiteten Folgekopien von der Vergütung nach Art. 20 Abs. 3 URG ausnehme. Dazu verweist er auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Online-Musikanbieter, die eine vertragsrechtliche Lizenz für die Erst- sowie eine gewisse Anzahl festgelegter Folgekopien enthalten würden.

56 In Ergänzung zur schriftlichen Eingabe vom 29. September 2011 weist Swisststream darauf hin, dass eine Rückwirkung nicht dem Ausgang des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht entsprechen würde, da der Beschluss der ESchK vom 18. März 2010 wegen eines Fehlverhaltens der ESchK bei der Besetzung der Spruchkammer aufgehoben worden sei, und verweist auf die am 18. März 2010 vor der ESchK gestellten Anträge sowie die in den Beschwerdeschriften an das Bundesverwaltungsgericht gestellten Rechtsbegehren.

57 SWICO schliesst sich den in der Eingabe von Swisststream gemachten Ausführungen betreffend die rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifs an und hält ausserdem fest, dass es an sämtlichen Voraussetzungen, die Lehre und Rechtsprechung für eine Rückwirkung aufgestellt haben, fehle. So könne weder von einer zeitlich mässigen Rückwirkung die Rede sein noch seien triftige Gründe für eine Rückwirkung ersichtlich. Auch müsse ein Zuschlag für die lange Verfahrensdauer entfallen, da die Verfahrensdauer wie auch allfäl-

lige Verluste nicht den Nutzerverbänden angelastet werden könnten, sondern auf behördlichem Fehlverhalten bzw. Verschulden der Verwertungsgesellschaften selbst beruhe.

58 Die Konsumentenorganisationen schlossen sich grundsätzlich den Anträgen und Ausführungen der drei Nutzerverbände an.

59 24. Die Nutzerverbände beantragen die Auferlegung der Kosten dieses Verfahrens auf die Verwertungsgesellschaften und machen entsprechende Entschädigungen geltend. Die Verwertungsgesellschaften stellen den Antrag, der Ausgang über die gegen die Präsidentin und den Kommissionssekretär gerichteten Ausstandsbegehren sei bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen.

60 Die Schiedskommission nahm ihre Beratungen betreffend den GT 4d am 6. Oktober 2011 auf und setzte sie am 17. November 2011 fort.

61 25. Der zur Genehmigung vorgelegte *Gemeinsame Tarif 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) hat in der Fassung vom 16. März 2010 und unter Berücksichtigung der neu verlangten Entschädigung von CHF 0.38 je Gigabyte (GB) (Ziff. 4.1) und der beantragten Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2010 (geändertes Datum der Inkraftsetzung) bis zum 31. Dezember 2011 (Ziff. 9.1) in den drei Amtssprachen den folgenden Wortlaut:

ProLitteris

Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur und bildende Kunst

SSA

Schweizerische Autorengesellschaft

SUISA

Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik

SUISSIMAGE

Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken

SWISSPERFORM

Schweizerische Gesellschaft für die verwandten Schutzrechte

Gemeinsamer Tarif 4e Fassung vom 16.03.2010

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

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

Geschäftsführende Inkassostelle

SUISA

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

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

1. Gegenstand des Tarifs

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

Für Leerdaträger in solchen Geräten ist unter folgenden Voraussetzungen eine Vergütung nach diesem Tarif zu entrichten:

Das Gerät, in welchem der Speicher enthalten ist,

- erlaubt die Speicherung und Wiedergabe von Audio- oder audiovisuellen Inhalten,
- verfügt über eine Softwaresteuerung zur Übertragung von audio- oder audiovisuellen Dateien und
- bietet spezifisch zugeordnete Tastenfunktionen zur Bedienung der Wiedergabefunktionen. Diese sind entweder physisch am Gerät oder an dessen Zubehör vorhanden oder werden virtuell einfach zugänglich über Touchscreen zur Verfügung gestellt.

1.2 Nicht unter diesen Tarif fallen Werkverwendungen zum Eigengebrauch nach Art. 20, Abs. 2, des schweizerischen bzw. Art. 23, Abs. 2, des liechtensteinischen Urheberrechtsgesetzes.

1.3 Nicht in diesem Tarif geregelt ist das private Kopieren auf andere Leer-Tonträger oder Leer-Tonbildträger wie leere Audio- und Videokassetten, Minidisc, DAT, CD-R/RW Audio (GT 4a), CD-R data (GT 4b) und beispielbare DVD (GT 4c), digitale Speichermedien wie Microchips und Harddiscs in audio- oder audiovisuellen Aufnahmegegeräten (GT 4d).

2. Hersteller und Importeure

2.1 Der Tarif richtet sich an Hersteller und Importeure von Leerdaträgern.

2.2 Als Hersteller gilt, wer Leerdaträger in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein herstellt und in ihrer handelsüblichen Form dem Handel oder direkt den Konsumenten anbietet.

2.3 Als Importeur gilt, wer Leerdaträger aus dem Ausland in die Schweiz oder ins Fürstentum Liechtenstein importiert, unabhängig davon, ob er sie selbst verwendet, dem Handel oder direkt den Konsumenten anbietet. Privatpersonen, die beim Grenzübertritt nur einzelne Leerdaträger in Mobiltelefonen für den eigenen

Gebrauch mit sich führen, gelten aus Gründen der Verhältnismässigkeit nicht als Importeure im Sinne dieses Tarifs.

- 2.4 Als Importeur gilt auch ein im Ausland ansässiger Anbieter, der Leerdatenträger im Versandhandel Konsumenten in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein anbietet und die Konsumenten dabei so stellt, als ob diese die Leerdatenträger von einem inländischen Anbieter erwerben
- 2.5 Unter diesen Tarif fallen auch bespielte Datenträger, sofern sie im Hinblick auf eine Verwendung als Datenträger für privates Kopieren angeboten werden.

3. Verwertungsgesellschaften, gemeinsame Zahlstelle, Freistellung

- 3.1 Die SUIISA ist für diesen Tarif Vertreterin und gemeinsame Zahlstelle der Verwertungsgesellschaften
- PROLITTERIS
 - SOCIETE SUISSE DES AUTEURS
 - SUIISA
 - SUISSIMAGE
 - SWISSPERFORM
- 3.2 Die Hersteller und Importeure werden mit der Zahlung der Vergütung gemäss diesem Tarif von Forderungen aus Urheberrecht und verwandten Schutzrechten für Leerdatenträger freigestellt, die in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein den Konsumenten oder dem Detailhandel abgegeben werden.

4. Vergütung

- 4.1 Die Vergütung ist abhängig von der Speicherkapazität und beträgt CHF 0.80 je Gigabyte (GB). Bruchteile eines GB zählen als ganzes GB.
- 4.2 Alle Vergütungen werden im Verhältnis 3 : 1 zwischen den Inhabern von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten aufgeteilt.
- 4.3 Die Vergütung wird verdoppelt für Leerdatenträger, die der SUIISA trotz einmaliger schriftlicher Abmahnung erneut nicht gemäss den Bestimmungen dieses Tarifs gemeldet werden.
- 4.4 Alle Vergütungen verstehen sich ohne eine allfällige MWST, die zum jeweils aktuellen Steuersatz hinzukommt.

5. Massgebender Zeitpunkt für das Entstehen der Vergütungspflicht

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

- 5.1 für den Importeur: mit dem Import in die Schweiz.
- 5.2 für den Hersteller: mit der Auslieferung aus seinem Werk oder aus seinen eigenen Lagern.

6. Rückerstattung

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

7. Abrechnung

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

8. Zahlungen

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

9. Gültigkeitsdauer

- 9.1 Dieser Tarif tritt am 01.05.2010 in Kraft und gilt für alle ab diesem Zeitpunkt von den Importeuren oder Herstellern an den Detailhandel oder direkt an den Konsumenten verkauften Leerdatenträger. Er gilt bis zum 31.12.2011.
- 9.2 Bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse kann er vorzeitig revidiert werden.

ProLitteris

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

SSA

Société Suisse des Auteurs

SUISA

Coopérative des auteurs et éditeurs de musique

SUISSIMAGE

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

SWISSPERFORM

Société suisse pour les droits voisins

Tarif commun 4e Version du 16.03.2010

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

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

Société gérante pour l'encaissement

SUISA

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

<http://www.suisa.ch>

E-Mail: suisa@suisa.ch

1. Objet du tarif

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

Une redevance selon le présent tarif doit être versée pour les supports de données vierges de tels appareils si les conditions ci-après sont remplies:

L'appareil qui contient la mémoire

- permet la mémorisation et la restitution de contenus audios ou audiovisuels,
- dispose d'un outil logiciel pour le transfert de données audios ou audiovisuelles et
- inclut des touches ou des fonctions spécialement prévues pour la restitution. Ces éléments peuvent soit être présents physiquement sur l'appareil ou ses accessoires, soit être mis à disposition virtuellement via un écran tactile.

- 1.2 Le présent tarif ne se rapporte pas aux utilisations d'œuvres à des fins privées prévues à l'art. 20, al. 2 de la loi sur le droit d'auteur suisse et à l'art. 23, al. 2 de la loi sur le droit d'auteur du Liechtenstein.

- 1.3 Le présent tarif ne recouvre pas la copie privée sur d'autres supports sonores vierges ou supports audiovisuels vierges tels que cassettes audio et vidéo vierges, Minidisc, DAT, CD-R/RW Audio (TC 4a), CD-R data (TC 4b) et DVD enregistrables (TC 4c), supports de mémoires numériques type micropuces ou disques durs pour appareils enregistreurs audio et vidéo (TC 4d).

2. Fabricants et importateurs

- 2.1 Ce tarif s'adresse aux fabricants et importateurs de supports de données vierges.
- 2.2 Sont des fabricants toutes les personnes qui fabriquent en Suisse ou au Liechtenstein des supports de données vierges et les mettent dans le commerce, ou les offrent directement aux consommateurs, sous leur forme commerciale habituelle.
- 2.3 Sont des importateurs toutes les personnes qui importent de l'étranger en Suisse ou au Liechtenstein des supports de données vierges, qu'elles les utilisent elles-mêmes, qu'elles les mettent dans le commerce ou qu'elles les offrent directement aux consommateurs. Les personnes privées qui, au passage de la frontière, n'amènent avec elles que quelques supports de données vierges dans des téléphones portables

pour leur usage privé ne sont pas considérées comme des importateurs au sens de ce tarif pour des raisons de proportionnalité.

2.4 Sont également des importateurs les fournisseurs étrangers qui offrent par correspondance des supports de données vierges aux consommateurs en Suisse ou au Liechtenstein, et qui apparaissent pour ces consommateurs comme des fournisseurs de Suisse ou du Liechtenstein.

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

3. Sociétés de gestion et organe commun d'encaissement, exonération

3.1 Pour ce tarif, SUISA est représentante et organe commun d'encaissement des sociétés de gestion

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

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

4. Redevance

4.1 La redevance dépend de la capacité de mémoire et est de CHF 0.80 par gigaoctet (GO). Toute fraction de GO est considérée comme GO entier.

4.2 Ces redevances sont réparties dans la proportion de 3:1 entre les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins.

4.3 La redevance est doublée pour les supports de données vierges qui n'ont pas été annoncés à SUISA conformément aux dispositions de ce tarif malgré un rappel écrit.

4.4 La redevance ne comprend pas la TVA: elle est donc majorée de la TVA au taux en vigueur.

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

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

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

6. Remboursement

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

7. Décompte

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

8. Paiements

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

9. Durée de validité

- 9.1 Le présent tarif entre en vigueur le 1^{er} mai 2010 et s'applique à tous les supports de données vierges vendus à partir de cette date aux détaillants ou directement aux consommateurs par les importateurs ou les fabricants. Il est valable jusqu'au 31 décembre 2011.
- 9.2 En cas de modifications profondes des circonstances, il peut être révisé avant son échéance.

ProLitteris

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

SSA

Società svizzera degli autori

SUISA

Cooperativa degli autori ed editore di musica

SUISSIMAGE

Cooperativa svizzera per i diritti d'autore di opere audiovisive

SWISSPERFORM

Società svizzera per i diritti di protezione affini

Tariffa comune 4e Versione del 16.03.2010

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

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

Società di riscossione

SUISA

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

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

1. Oggetto della tariffa

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

Per i supporti vergini in tali apparecchi è dovuta un'indennità in base a questa tariffa alle seguenti condizioni:

L'apparecchio che contiene la memoria

- permette la memorizzazione e la riproduzione di contenuti audio o audiovisivi,
- dispone di un software per il facile trasferimento di file audio o audiovisivi e
- offre dei tasti funzione specifici per l'utilizzo delle funzioni di riproduzione. Queste sono disponibili o fisicamente sull'apparecchio o sul suo accessorio o vengono rese accessibili virtualmente tramite touchscreen.

1.2 Non rientrano in questa tariffa le utilizzazioni di opere per uso proprio in base all'art. 20, cpv. 2 della Legge federale sul diritto d'autore svizzero, e dell'art. 23, cpv. 2, della Legge sul diritto d'autore del Liechtenstein.

1.3 La presente tariffa non disciplina la copia privata su altri supporti sonori o audiovisivi vergini quali audio o videocassette vergini, minidisc, DAT, CD-R/RW Audio (TC 4a), CD-R data (TC 4b) e DVD registrabili (TC 4c), supporti di memoria digitali quali microchip e hard disk in apparecchi di registrazione audio o audiovisivi.

2. Produttori e importatori

2.1 La tariffa concerne produttori e importatori di supporti di dati vergini.

2.2 Per produttori si intendono quelle persone che producono in Svizzera o nel Liechtenstein dei supporti di dati vergini e li mettono in commercio o li offrono direttamente ai consumatori, sotto la loro forma giuridica abituale.

2.3 Sono considerati importatori le persone che importano dall'estero in Svizzera o nel Liechtenstein dei supporti di dati vergini, sia per utilizzarli personalmente, sia per metterli in commercio, sia per offrirli direttamente ai consumatori. Le persone private che, al passaggio della frontiera, hanno con sé dei singoli supporti di dati vergini in telefoni cellulari per un uso proprio non sono considerati degli importatori ai sensi della presente tariffa per ragioni legate alla proporzionalità.

2.4 Sono inoltre considerati importatori i fornitori stranieri che offrono per corrispondenza dei supporti di dati vergini ai consumatori in Svizzera o nel Liechtenstein, che

vengono percepiti dai consumatori come dei fornitori svizzeri o del Principato del Liechtenstein.

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

3. Società di riscossione, punto d'incasso comune, esonero

- 3.1 La SUISA è per questa tariffa rappresentante e punto d'incasso comune delle seguenti società di riscossione:

PROLITTERIS
SOCIETE SUISSE DES AUTEURS
SUISA
SUISSIMAGE
SWISSPERFORM

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

4. Indennità

- 4.1 L'indennità dipende dalla capacità di memoria e ammonta a CHF 0.80 per Gigabyte (GB). Frazioni di un GB vengono considerate un GB intero.
- 4.2 Tutte le indennità vengono ripartite nel rapporto di 3 : 1 tra i titolari dei diritti d'autore e dei diritti affini.
- 4.3 L'indennità viene raddoppiata per i supporti di dati vergini che non sono stati notificati alla SUISA conformemente alle disposizioni della presente tariffa, nonostante una richiamo scritto.
- 4.4 Le indennità previste dalla presente tariffa si intendono senza l'imposta sul valore aggiunto. Se quest'ultima va versata in virtù di un obiettivo obbligo fiscale cogente o dell'esercizio di un diritto d'opzione, essa è dovuta in aggiunta dal cliente al tasso d'imposta in vigore (2011: tasso normale 8 %, tasso ridotto 2.5 %).
- 4.5 L'indennità non comprende l'imposta sul valore aggiunto che viene sommata all'importo al tasso in vigore.

5. Inizio dell'obbligo di versamento dell'indennità

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

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

6. Rimborso

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

7. Conteggio

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

8. Pagamenti

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

9. Periodo di validità

- 9.1 La presente tariffa entra in vigore il 1° maggio 2010 ed è applicabile a tutti i supporti di dati vergini venduti a partire da questa data ai commercianti al dettaglio oppure direttamente ai consumatori dagli importatori o dai produttori. Essa è valida fino al 31 dicembre 2011.
- 9.2 In caso di mutamento sostanziale delle circostanze, la validità può essere riveduta prima della scadenza.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

- 62 1. Die am neuen *GT 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) beteiligten fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs, SUISA, Suissimage und Swissperform haben ihren Antrag auf Genehmigung dieses Tarifs in seiner ursprünglichen Fassung mit einer zunächst vorgesehenen Geltungsdauer ab dem 1. Oktober 2009 unter Federführung der SUISA am 27. Februar 2009 und damit innert der Frist von Art. 9 Abs. 2 URV eingereicht. Nach dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2011 beantragen die Verwertungsgesellschaften den *GT 4e* in der Fassung vom 16. März 2010 mit zwei Änderungen zu genehmigen: Gemäss der neuen Ziff. 4.1 soll die Vergütung von CHF 0.80 auf CHF 0.38 pro GB gesenkt werden. Die geänderte Ziff. 9.1 sieht eine rückwirkende Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 vor.
- 63 2. Die Nutzerverbände verlangen grundsätzlich nicht Eintreten auf den Genehmigungsantrag bzw. die Rückweisung des Tarifs, stellen aber für den Fall des Eintretens Eventualanträge (vgl. vorne Ziff. I/23). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist vorab Folgendes festzuhalten:
- 64 2.1. Bezüglich des vorliegenden Verfahrens anerkennt die Schiedskommission wegen der langen Verfahrensdauer das Bedürfnis der beteiligten Parteien sich nochmals zu äussern und ihre Sachverhaltsdarstellungen zu aktualisieren. Sie nimmt daher sämtliche ihr eingereichten Unterlagen, inklusive der Eingaben an das Bundesverwaltungsgericht, zu den Akten. Sie weist aber auch darauf hin, dass es sich hier um eine Ausnahmesituation handelt. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass die Parteien ihrer Substantiierungspflicht rechtzeitig nachzukommen und Unterlagen bereits im frühestmöglichen Zeitpunkt ins Verfahren einzubringen haben. In ihrem vom Bundesverwaltungsgericht aufgehobenen Entscheid vom 18. März 2010 hat die Schieds-

kommission bereits darauf hingewiesen, dass sie sich eine Verschärfung der bisherigen Praxis vorbehält (vgl. S. 37 Ziff. 2).

65 2.2. Hinsichtlich des Antrags von Swisstream, die Protokollnotizen der Sitzung vom 2. September 2009, an der Herr Govoni als Mitglied der Spruchkammer teilgenommen hat, aus den Akten zu weisen, ist darauf hinzuweisen, dass sich keine solchen Notizen in den Akten befinden bzw. befunden haben und der Antrag damit gegenstandslos wird. Festgehalten werden kann im Übrigen, dass sich auch keine solchen Protokollnotizen von Frau Wüthrich-Meyer, deren Befangenheit das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren nicht ausschliessen konnte, in den Akten enthalten sind.

66 2.3. Im Weiteren werden der Antrag auf amtliche Befragung (Eingabe DUN vom 25.05.2009) bzw. auf Befragung als Sachverständiger (Eingabe DUN vom 25.03.2010) des Leiters der Beobachtungsstelle technische Schutzmassnahmen (BTM) und der Antrag auf eine Stellungnahme eines Sachverständigen in Publikumsfragen zu den eingereichten Nutzungsstudien abgewiesen. Diese Beweisanträge sind ungenügend substantiiert und es ist auch nicht offensichtlich erkennbar, inwiefern sie für das Verfahren förderlich sein sollen.

67 Im Zusammenhang mit dem neuen Art. 19 Abs. 3^{bis} URG verfügt die Spruchkammer über das rechtliche Wissen zur Auslegung dieser Bestimmung. Bei der Befragung des Leiters der BTM kann es somit nur um die Klärung des Sachverhalts gehen. Art. 39b URG sieht vor, dass die Beobachtungsstelle die Auswirkungen der technischen Massnahmen nach Art. 39a Abs. 2 auf die in den Art. 19 bis 28 URG geregelten Schranken des Urheberrechts beobachtet und darüber Bericht erstattet. Dabei klärt die Fachstelle aufgrund eigener Beobachtungen oder gestützt auf Meldungen ab, ob Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anwendung technischer Massnahmen vorliegen (Art. 16f URV).

68 Die Schiedskommission hat keinerlei Anhaltspunkte, dass die Beobachtungsstelle entsprechende Abklärungen im Hinblick auf Art. 19 Abs. 3^{bis} URG wahrgenommen hat. Dies wird auch vom Gesuchsteller selbst nicht behauptet. Es wird auch nicht geltend gemacht, dass der Beobachtungsstelle eine Meldung zugetragen wurde, welche sie in diesem Zusammenhang über Anhaltspunkte für eine allfällige missbräuchliche Anwendung technischer Massnahmen informiert bzw. zur Beobachtung

veranlasst hätte. Wenn Fragen auf Sachverhaltsebene bestehen, hätte man denn auch einen entsprechenden Bericht bzw. ein Sachverständigengutachten einverlangen können. Im Gegensatz zur Auffassung des Gesuchstellers ist auch nicht davon auszugehen, dass die Beobachtungsstelle ohne besondere Indizien von sich aus technische Schutzmassnahmen im Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 3^{bis} URG überprüft. Selbst wenn der Beobachter diese Aufgabe hätte, ist nicht zu sehen, welche Auswirkungen dies auf Art. 19 Abs. 3^{bis} URG bzw. die entsprechende Entschädigung haben könnte. Es ist somit unklar, welche Sachverhaltsergänzungen die BTM im Zusammenhang mit dieser Bestimmung bzw. der Anwendung von DRM-Systemen hätte liefern können. Die Schiedskommission hat daher keinen Anlass, weitere Abklärungen vorzunehmen. Hinsichtlich einer allfälligen Befragung als Zeuge ist noch anzumerken, dass gemäss Art. 14 VwVG eine Einvernahme nur anzuordnen ist, wenn ein Sachverhalt nicht auf andere Weise hinreichend abgeklärt werden kann. Im Übrigen werden die Schiedskommissionen seit der Einführung des Bundesverwaltungsgerichts gemäss Abs. 1 Bst. c dieser Bestimmung nicht mehr explizit bei den Behörden aufgeführt, welche Zeugeneinvernahmen anordnen können (vgl. dazu *Chr. Auer* zu Art. 14 VwVG, in Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, S. 239; Auer/Müller/Schindler). Aber auch die Urheberrechtsverordnung gesteht der Schiedskommission diese Kompetenz nicht zu. Auf eine Anhörung des Leiters der BTM als Sachverständiger bzw. als Zeuge ist daher zu verzichten.

69 Hinsichtlich des beantragten Gutachtens eines Sachverständigen in Publikumsfragen gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. e VwVG zu den eingereichten Nutzungsstudien drängt sich nach Auffassung der Schiedskommission ein solches Beweismittel nicht auf, zumal dieser Verfahrensantrag - im Gegensatz zur Anhörung des Leiters der BTM - in der Eingabe des DUN vom 15. März 2010 nicht ausdrücklich erneuert wurde und eine solche Massnahme die vorhandenen Zweifel kaum ausräumen dürfte. Die damit verbundenen Kosten und Aufwendungen sind somit nicht zu rechtfertigen. Auch dieser Antrag wird daher abgewiesen.

70 2.4. Gleiches gilt für den Antrag des DUN vom 15. September 2011, den Generaldirektor der SUIISA anzuhören. Es ist nicht einzusehen, was dieser zusätzlich noch mitteilen könnte, was nicht die an der Sitzung vom 6. Oktober 2011 anwesenden Vertreter der SUIISA (darunter auch der stellvertretende Generaldirektor der SUIISA) mitteilen könnten. Auch hier ist daher von einer Anhörung abzusehen.

- 71 2.5. Hinsichtlich der von Swisstream aufgeworfenen Frage, ob die Verwertungsgesellschaften, die den Entscheid der Kommission vom 18. März 2010 nicht angefochten haben, nun eine gegenüber dem mit diesem Beschluss genehmigten Tarif höhere Entschädigung geltend machen können (CHF 0.38 gegenüber CHF 0.30), ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht den Beschluss vom 18. März 2010 aufgehoben und zu neuem Entscheid an die Schiedskommission zurückgewiesen hat. Das Verfahren ist damit in den Stand vor Erlass des Beschlusses vom 18. März 2010 zurückversetzt. Damit muss dieser Beschluss unberücksichtigt bleiben, und es bleibt die Feststellung, dass die Verwertungsgesellschaften gegenüber ihrem ursprünglichen Antrag eine Reduktion von CHF 0.80 auf nun CHF 0.38 pro Gigabyte vorgenommen haben. Damit liegt eine Änderung des zu genehmigenden Tarifs zu Gunsten der Nutzer vor, die zulässig ist.
- 72 3. Zur Verhandlungsführung gibt es keine ergänzenden Bemerkungen. Die Schiedskommission stellt fest, dass die Verhandlungen mit den massgeblichen Nutzerverbänden sowie den Konsumentenorganisationen gemäss Art. 46 Abs. 2 URG mit der gebotenen Einlässlichkeit (Art. 9 Abs. 3 URV) geführt worden sind. Wegen der grundsätzlichen Differenzen in wichtigen Punkten kann der Verhandlungsabbruch nicht allein den Verwertungsgesellschaften angelastet werden. Ihnen kann insbesondere nicht zugemutet werden, die Verhandlungen mit einzelnen Verbänden fortzusetzen, wenn ein massgebender Nutzerverband nicht mehr daran teilnehmen will.
- 73 Die fünf Verwertungsgesellschaften sind mit der Aufstellung des *GT 4e* der Pflicht nachgekommen, für die gleiche Verwendung von Werken oder Darbietungen einen gemeinsamen Tarif aufzustellen und eine gemeinsame Zahlstelle zu bestimmen (Art. 47 Abs. 1 URG). Die Funktion der Inkassostelle nimmt in diesem Tarif die SUISA wahr (vgl. Ziff. 7 f. *GT 4e*).
- 74 4. Unter diesen Vorgaben ist die Schiedskommission entgegen den Hauptanträgen der Nutzerverbände bereit, auf den vorgeschlagenen *GT 4e* einzutreten. Der Argumentation von DUN und SWICO, dass eine rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifs nicht möglich sei, weil es am Rechtsschutzinteresse fehle, kann somit nicht gefolgt werden. Bei der Frage der Rückwirkung handelt es sich um eine materiell-rechtliche Frage, die erst nach dem Eintreten auf die Tarifvorlage geklärt werden kann (vgl. hinten Ziff. II/22). Die Ver-

wertungsgesellschaften haben durchaus ein rechtlich geschütztes Interesse an der Klärung dieser Frage.

75 5. Mit der Studie über das Aufnahmeverhalten der Besitzer von 'Musikhandys' des Markt- und Sozialforschungsinstituts GfS vom 14. Oktober 2008 (GfS-Studie 2008 Musikhandys) haben die Verwertungsgesellschaften die Aufgabe übernommen in einem relativ neuen Nutzungsumfeld die für die Aufstellung eines entsprechenden Tarifs erforderlichen Zahlen zu beschaffen. Da im Zeitpunkt der Erstellung der Studie die Verbreitung der 'Musikhandys' und insbesondere des iPhones gerade erst begonnen hatte, konnten lediglich 61 Personen in einem relativ engen Umfeld befragt werden. Zusätzlich reichten die Verwertungsgesellschaften aber ein technisches Gutachten der AWK Group vom 15. Oktober 2008 (AWK-Gutachten) ein, welches insbesondere eine Definition des 'Musikhandys' lieferte und deren Funktionsweise erläutert. Ergänzend wurde auch auf die Studie über das Aufnahmeverhalten bei digitalen Speichermedien gemäss GT 4d vom August 2005 (GfS-Studie 2005 mp3-Player) verwiesen.

76 Zur Bekräftigung ihres Standpunktes legten die Verwertungsgesellschaften im Laufe des Verfahrens eine neue Studie (Studie des GfS vom 9. September 2010 über das Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys; GfS-Studie Musikhandys 2010) vor. Dieser Studie ist zu entnehmen, dass nach dem Telefonieren und dem Schreiben von SMS das Hören von Musik bzw. von Hörbüchern hinter 'Bilder/Fotos' die zweitwichtigste Zusatzfunktion ist. Weitere Erkenntnisse dieser Studie sind:

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

- 77 Die GfS-Studie 2008 Musikhandys war mit dem Mangel behaftet, dass seit ihrer Erstellung fast drei Jahre vergangen sind und dies ist gerade angesichts der heutigen Fortschritte bei elektronischen Geräten ein langer Zeitraum. Zudem war die Anzahl von 61 befragten Personen für eine Publikumsbefragung eher klein, zumal die Befragten hinsichtlich Alter, Ausbildung usw. nicht den repräsentativen Durchschnitt der Schweizer Bevölkerung widerspiegeln. Dieser Mangel konnte mit der neu eingereichten GfS-Studie 2010 wettgemacht werden, zumal hier eine wesentlich höhere Personenanzahl (1954 ausgewertete Interviews, vertiefte Befragung von 556 Personen) befragt werden konnte. Den Verwertungsgesellschaften kann somit nicht vorgeworfen werden, sie hätten die Tarifgrundlagen nicht genügend sorgfältig erhoben bzw. die relevante Nutzung ungenügend abgeklärt. Mit der Einreichung verschiedener Studien sowie ergänzender Gutachten sind sie ihrer Pflicht nachgekommen und haben damit eine erhebliche Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken und Leistungen im Zusammenhang mit 'Musikhandys' rechtsgenügend nachgewiesen. Bei diesen Studien ist auch zu beachten, dass sich das Nutzungsverhalten über die Zeit nicht stabil verhält, sondern sich ständig verändert und demzufolge bei längeren Verfahren laufend neue Studien erforderlich wären.
- 78 Die Schiedskommission erachtet daher die von den Verwertungsgesellschaften eingereichten Studien als genügend relevant für die Aufstellung eines Tarifs. Sie wird aber ergänzend die von der Nutzerseite beigebrachten Studien (Studien Morgan Stanley und Nielson Company bzw. GfK Studien vom 11. März 2010 und vom 28. Juni 2010) heranziehen und wenn diese erhärtetes Zahlenmaterial enthalten, auch diese Angaben berücksichtigen, insbesondere wenn es sich um im Rahmen geänderter Marktgegebenheiten aktualisierte Zahlen handelt. Die Schiedskommission trägt damit dem Umstand Rechnung, dass sich die Situation bei den 'Musikhandys' seit der ersten Tarifeingabe bzw. seit Verhandlungsbeginn erheblich verändert hat. Mit den Studien der Verwertungsgesellschaften und der Nutzerverbände liegt indessen genügend Zahlenmaterial vor, auf welches sie ihre Beurteilung abstellen kann.
- 79 6. Gemäss Art. 20 Abs. 3 URG schuldet derjenige, der Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger herstellt oder importiert, dem Urheber oder der Urheberin für Werkverwendungen nach Art. 19 URG (Werkverwendung zum Eigengebrauch) eine Vergütung. Entsprechend diesem Wortlaut von Art. 20 Abs. 3 URG geht die Schiedskommission im heutigen Zeitpunkt davon aus, dass für eine Vergü-

tung massgebend ist, dass Ton- und Tonbildträger zur Aufnahme von Werken geeignet sind, und zwar unabhängig von einem quantitativen Aspekt.

80 Mit Beschluss vom 17. Januar 2006 (E. 6b, in sic! 1/2007 S. 24 f.) hat die Schiedskommission betreffend den mp3-Player befunden, dass Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende gesetzliche Grundlage ist für die Erhebung einer Leerträgervergütung auf digitalen Speichern, die zusammen mit einem Audio- oder audiovisuellen Aufnahmegerät abgegeben werden oder die fest in einem solchen Gerät integriert sind. Das Bundesgericht hat diesen Beschluss mit seinem Entscheid vom 19. Juni 2007 (BGE 133 II 263, E. 7; in sic! 10/2007 S. 727 ff.) bestätigt. Dazu führt das Bundesgericht mit Hinweis auf *Chr. Gasser* (Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, S. 166 f.) aus, dass damit Träger erfasst werden, die wegen des ihnen zgedachten Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungs- und/oder Wiedergabeeigenschaften für die Aufzeichnung geschützter Werke und Leistungen bestimmt sind und wahrscheinlich dafür verwendet werden (E. 7.2.2, S. 274).

81 Es war in den Tarifverhandlungen unter den Parteien unbestritten, dass es sich bei den vom *GT 4e* erfassten Mobiltelefonen um Geräte handelt, die in erster Linie für das Telefonieren und in zweiter Linie für das Senden und Empfangen von SMS verwendet werden. Daneben kann das Mobiltelefon aber noch für zahlreiche andere Verwendungszwecke genutzt werden, wie etwa Fotografieren, Filmen, Internet-Zugang, Navigation, Kalender, Fernsehen, Radio und vieles mehr (vgl. zu den vielfältigen Möglichkeiten eines modernen Mobiltelefons die von Swisstream erstellte Liste gemäss Beilage 8 der Gesuchseingabe vom 27. Februar 2009 bzw. die neu vorgelegten Studien von Morgan Stanley und Nielson Company). Bei den neueren Gerätetypen kann der Benutzer gar die Funktionalität mittels Zusatzsoftware (so genannten 'Apps', vgl. dazu die Studie der AWK Group vom 15. Oktober 2008 bzw. den Bericht von AdMob vom Januar 2010) selbst erweitern. Umstritten ist allerdings der Stellenwert, den das Aufnehmen und die Wiedergabe von Musik einnimmt.

82 Nach Auffassung der Schiedskommission fällt auch ein Leerträger, der nicht in erster Linie für das Speichern von urheberrechtlich geschützten Inhalten benutzt wird, sondern ebenso für urheberrechtlich irrelevante Funktionen verwendet wird, unter Art. 20 Abs. 3 URG, zumal die GfS-Studien bzw. die AWK-Studie belegen, dass moderne Mobiltelefone nicht nur für die Aufzeichnung geschützter Werke geeignet sind, sondern hierfür auch tatsächlich mit hoher Wahrscheinlichkeit und zu einem erheblichen Teil verwendet werden.

Die Schiedskommission hat denn auch schon in einem früheren Entscheid darauf hingewiesen, dass selbst ein Datenträger, der nur teilweise zum Überspielen von urheberrechtlich geschützten Werken und nachbarrechtlich geschützten Leistungen dient, unter die Bestimmung von Art. 20 Abs. 3 URG fällt (vgl. Beschluss der ESchK vom 11. Dezember 2002 betr. den *GT 4b*). Allerdings sind die Multifunktionalität der Mobiltelefone und die damit verbundene anderweitige Nutzung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen. Die Schiedskommission lehnt es daher ab, das Kriterium der wahrscheinlichen Verwendung, das hier als erfüllt anzusehen ist (vgl. insbesondere die neuere GfS-Studie aus dem Jahr 2010), durch dasjenige der überwiegenden Verwendung zu ersetzen.

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

84 Damit bejaht die Schiedskommission gestützt auf Art. 20 Abs. 3 URG die gesetzliche Grundlage für eine Urheberrechtsvergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen (bzw. auf den zusammen mit Mobiltelefonen abgegebenen Speichern), die zum privaten Überspielen urheberrechtlich geschützter Werke und nachbarrechtlich geschützter Leistungen verwendet werden.

85 7. Vor allem SWICO macht geltend, der *GT 4e* widerspreche den von der Schweiz eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Urheberrechts.

- 86 Dazu ist festzuhalten, dass es sich bei Art. 19 Abs. 1 URG, wonach veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden dürfen und im persönlichen Bereich jede Art der Werkverwendung zugelassen ist (Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG) um eine Schrankenbestimmung zu Gunsten der Nutzer handelt. Diesbezüglich hat sich aber die Schweiz in internationalen Abkommen zu einem Mindestschutz verpflichtet, der nicht unterschritten werden darf. Es ist vor allem auf Art. 9 Abs. 2 RBue (Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971, SR 0.231.15), auf Art. 13 des WTO-Abkommens (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum, Anhang 1C, SR 0.632.20) sowie auf Art. 10 WCT (WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996 / WCT, SR 0.231.151) bzw. Art. 16 Abs. 2 WPPT (WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996 / WPPT, SR 0.231.171.1) hinzuweisen. Bei der Erlaubnis zum privaten Kopieren ist somit der so genannte Dreistufentest zu berücksichtigen. Einschränkungen wie sie der Eigengebrauch von Art. 19 URG vorsieht, sind nur zugelassen, falls sie auf bestimmte Sonderfälle beschränkt sind, die normale Verwertung des Werkes oder Schutzgegenstandes nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber nicht unzumutbar verletzt werden (vgl. Rehbindler/Viganò, Urheberrecht, 3. Auflage, Art. 19 N 6). Die in Art. 20 Abs. 3 URG festgelegte Vergütung bildet daher die Grundlage um das schweizerische Recht mit dem internationalen Recht in Übereinstimmung zu bringen. Damit ist den Berechtigten ein finanzieller Ausgleich zu gewähren für die in Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG festgelegte weitgehende Ausnahme zugunsten des privaten Eigengebrauchs. Auch aus diesem Grund kann der Art. 20 Abs. 3 URG nicht derart eingeschränkt werden, dass ein Gerät, obwohl es für das Vervielfältigen geschützter Werke Verwendung findet, wegen seiner Multifunktionalität von einer Vergütungspflicht ausgeschlossen wird. Dies würde den von der Schweiz eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen widersprechen.
- 87 8. Mit dem Tarif vom 16. März 2010 haben die Verwertungsgesellschaften gegenüber der ursprünglichen Eingabe die Definition des so genannten 'Musikhandys' geändert. Sie bestätigen indessen ihr Anliegen, mit diesem Tarif nur gegenüber dem mp3-Player ebenbürtige Mobiltelefone zu erfassen, da nur bei diesen Geräten Grund zur Annahme bestehe, dass urheberrechtliche Nutzungen in relevantem Umfang stattfinden. Nach ihrer Auffassung kann es nicht angehen, dass das Speichern von Musik und Videos im einen Fall an eine Vergütung gebunden ist und im anderen vergütungsfrei sein soll. Die vorgelegte Definition soll es erlauben, das 'Musikhandy' von anderen Handys abzugrenzen. Dies soll

in Ziff. 1.1 des Tarifs mit einem technischen Punktekatalog erreicht werden. Dabei müssen diese Kriterien einerseits eine klare Unterscheidung ermöglichen, andererseits aber auch praktikabel sein.

88 8.1. Während die beiden ersten Voraussetzungen (Lemma 1 und 2) der Definition in Ziff. 1.1 Abs. 3 offenbar nicht bestritten sind, gab vor allem die dritte Voraussetzung zu Diskussionen Anlass. Weiter wird von den Nutzerverbänden beantragt, dass der eingebaute oder auf einer mitgelieferten Karte enthaltene Speicher mindestens 2 Gigabyte aufweisen muss und als kumulative Voraussetzung, dass das Gerät mit gebräuchlichen Werbemitteln überwiegend als Musikhandy beworben wird.

89 8.2. Mit der dritten Voraussetzung wird verlangt, dass das Gerät spezifisch zugeordnete Tastenfunktionen zur Bedienung der Wiedergabefunktion aufweist. Diese sind entweder physisch am Gerät oder an dessen Zubehör vorhanden oder werden virtuell einfach zugänglich über Touchscreen zur Verfügung gestellt. Gestützt auf die Beilage 2 der Eingabe vom 12. September 2011 gehen die Verwertungsgesellschaften von der Tauglichkeit dieser Definition aus, da von 399 Geräten gestützt auf diese Abgrenzung deren 160 die Abgrenzungskriterien erfüllen und damit unter den Tarif fallen. Ausserdem verweisen sie auf ihre Deklarations-Richtlinie vom Juni 2010 (vorgelegt von Swisstream im Beschwerdeverfahren, Beilage 7). Die Nutzerverbände verlangen dieses dritte Kriterium zu ergänzen mit *'Einfach zugänglich sind sie nur, wenn sie über die Wahl einer auf dem Einstiegsbildschirm gemäss Auslieferungszustand angezeigten Audio- oder audiovisuellen Funktion aufgerufen werden können'*. Mit dieser einschränkenden Definition wollen sie eine Ausweitung der unter den Tarif fallenden Mobiltelefone vermeiden.

90 Es ist offensichtlich, dass beide Vorschläge bei der Anwendung einen gewissen Spielraum offen lassen. Das dritte Kriterium der Verwertungsgesellschaften kann aber nicht von vornherein als praxisuntauglich angesehen werden, ist damit doch eine nachvollziehbare Abgrenzung zwischen vergütungspflichtigen und vergütungsfreien Mobiltelefonen möglich. Mit dieser Definition kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass heute ein grosser Anteil der im Markt erhältlichen Mobiltelefone unter den GT 4e fallen. Ob diese Abgrenzung tatsächlich praxistauglich ist, wird sich erst mit der mit diesem Tarif gesammelten Erfahrung erweisen. Dagegen scheint der Vorschlag der Nutzerseite weniger alltagstauglich zu sein, da es nicht allein auf den Einstiegsbildschirm ankommen kann, weil dieser allzu leicht verändert werden kann.

Zudem ist offenbar auch die Nutzerseite der Auffassung, dass bei Geräten mit Touchscreen, die beliebig programmierbare Oberfläche keinen Aufschluss über die zu erwartende Nutzung zulässt (vgl. Eingabe Swisstream vom 25.05.2009, Rz. 32).

91 Aber auch die vom Preisüberwacher vorgeschlagenen erweiterten Kriterien hinsichtlich 'Flight Mode' und der Qualität der Wiedergabe wie Ausgangsspannung, Kopfhörer, Klirrfaktor usw. dürften in der Praxis kaum ohne erheblichen Mehraufwand anwendbar sein. Jedenfalls ist es den Verwertungsgesellschaften nicht zuzumuten, bei jedem Handymodell noch aufwendige technische Expertisen einzuholen.

92 8.3. Im Übrigen haben die Verwertungsgesellschaften auf das im ursprünglichen Tarif enthaltene alternative Kriterium der Bewerbung als 'Musikhandy' in der abgeänderten Tarifeingabe verzichtet. Die Nutzerverbände möchten dagegen, dass dieses Kriterium nicht alternativ, sondern bei Geräten mit Touchscreen als kumulatives Abgrenzungskriterium zu den technischen Voraussetzungen zur Anwendung gelangt.

93 Nach Auffassung der Schiedskommission kann nicht zwingend verlangt werden, dass ein Mobiltelefon in der Werbung als 'Musikhandy' angepriesen wird. Da ein Gerät, das für das Aufnehmen geschützter Werke geeignet ist und hierfür auch gebraucht wird, nicht zwingend als 'Musikhandy' beworben werden muss, kann das Kriterium der Bewerbung nicht entscheidend dafür sein, ob eine Vergütung nach Art. 20 Abs. 3 URG geschuldet ist oder nicht. Zudem war die Bewerbung eines Mobiltelefons als Ersatz für den mp3-Player weitaus wichtiger, als die ersten Handys auf den Markt kamen, welche neu diese Zusatzfunktion aufwiesen. Heute dürfte der Konsument so gut informiert sein, dass er weiss, auf welchen Handys sich Musik speichern lässt, weshalb nicht mehr zwingend damit geworben werden muss. Im Übrigen haben die Nutzerverbände keine verbindliche Definition vorgelegt, was unter der Bewerbung für ein Musikhandy zu verstehen ist. Dies dürfte in der Anwendung zu erheblichen Interpretationsschwierigkeiten führen, was es gerade bei einem Massentarif zu vermeiden gilt. Damit kommt die Schiedskommission zum Schluss, dass Werbung kein sinnvolles Abgrenzungskriterium sein kann. Es geht hier um eine technische Frage; wenn die technischen Voraussetzungen erfüllt sind, muss ein Mobiltelefon als 'Musikhandy' gelten. Es muss genügen, wenn ein Gerät auf Grund seiner technischen Voraussetzungen zur Aufnahme geschützter Werke und Leistungen geeignet ist und hierfür auch verwendet wird.

- 94 8.4. Weiter beantragen die Nutzerverbände, dass Mobiltelefone erst ab einer Speichergrösse von 2 Gigabyte unter den Tarif fallen sollen. Auch hier ist indessen festzustellen, dass die so festgelegte Grenze nicht näher begründet wird. Es mag zwar sein, dass ein Mobiltelefon in seiner Grundkonfiguration bereits einen gewissen Speicherplatz belegt und auch zusätzliche Anwendungsprogramme Speicherplatz benötigen. Dies wird - wie vorne ausgeführt - im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen sein und führt allenfalls zu einer tieferen Vergütung.
- 95 Auf einen Speicher von 2 GB lassen sich je nach Aufnahmequalität bis zu 500 Musikstücke guter Qualität übertragen. Diese Geräte sind somit für das Kopieren von urheberrechtlich geschützten Werken nicht irrelevant. Zudem dürften mit einer solchen Regelung nahezu alle Geräte mit auswechselbaren Speichern aus dem Tarif fallen, da die mit diesen Geräten verkauften Flashspeicher die willkürlich festgesetzte Grenze von 2 GB nur selten überschreiten (vgl. die Beilage 2 der Eingabe der Verwertungsgesellschaften vom 12. September 2011 bzw. die Beilage 1 der Eingabe von Swisstream vom 12. März 2010). Der Beilage der Verwertungsgesellschaften kann auch entnommen werden, dass gerade Geräte mit kleinem Speicher im Lieferungsumfang eine einfache Erweiterungsmöglichkeit (Slot) aufweisen. Die Schiedskommission lehnt somit die Aufnahme einer Mindestspeichergrösse ab.
- 96 9. Bezüglich der Unterscheidung zwischen 'Musikhandys' und Mobiltelefonen, die zu geschäftlichen Zwecken bzw. zur betrieblichen Nutzung verwendet werden, gibt es keine in der Praxis durchführbaren Abgrenzungskriterien. Während einige der in der Geschäftswelt gebräuchlichen Modelle von Blackberry gemäss der vorgelegten Definition (vgl. die Beilage 2 der Eingabe vom 12. September 2011) von den Verwertungsgesellschaften offenbar nicht als unter den Tarif fallende 'Musikhandys' eingestuft werden, gibt es auch neuere Modelle mit Touchscreen, welche die vorne erwähnten Voraussetzungen für die Vergütungspflicht offenbar erfüllen. In letzter Zeit wird aber auch das iPhone vermehrt zu geschäftlichen Zwecken benutzt. Dieses ist gemäss seinen Funktionen klar als 'Musikhandy' einzustufen und fällt somit unter den Tarif. Daran ändert sich auch nichts, wenn diese Mobiltelefone als sogenannte 'Businesshandys' abgegeben werden, da auch in diesen Fällen eine private Nutzung nicht ausgeschlossen werden kann. Auf jeden Fall lässt es ein Pauschaltarif nicht zu, nach der Absicht des Käufers zu unterscheiden, ob er ein Gerät als 'Musikhandy' verwenden will oder nicht, so wie dies Economiesuisse vorschlägt. Auch aus dem Entscheid des EuGH vom 21. Oktober 2010 (C-467/08, 'Pada-

wan/SGAE', in sic! S. 191 ff., 2011) lässt sich hier nichts zu Gunsten der Nutzer so genannter Musikhandys ableiten, ist doch der Ziff. 56 dieses Entscheids zu entnehmen, dass allein die technische Fähigkeit von Geräten Kopien anzufertigen, ausreicht, um die Anwendung der Vergütungen für Privatkopien zu rechtfertigen, sofern diese Geräte natürlichen Personen als private Nutzer überlassen werden. Die Nutzerverbände haben zumindest nicht belegen können, dass diese Geräte ausschliesslich für geschäftliche Zwecke Verwendung finden (vgl. hierzu auch Ziff. 54 f. des erwähnten Padawan-Entscheides).

97 Damit erachtet die Schiedskommission die von den Verwertungsgesellschaften mit dem *GT 4e* vom 16. März 2010 vorgeschlagene Definition für Mobiltelefone (Ziff. 1.1 Abs. 3 *GT 4e*), die zum privaten Überspielen verwendet werden, als tauglich und somit genehmigungsfähig.

98 Allerdings verfügen gemäss einer Stellungnahme des GfS vom 20. Dezember 2010 neun Prozent der Befragten über mehrere Mobiltelefone. Der DUN verlangt mit seiner Eingabe vom 15. September 2011 (Rz 31/32), dass der Tarif um den Anteil dieser Geräte zu reduzieren ist. Die Schiedskommission schliesst nicht aus, dass unter diesen Voraussetzungen ein entsprechender Abzug vorzunehmen ist, da hier vermutet werden darf, dass das zweite Handy in der Tat massgebend für geschäftliche Zwecke Verwendung findet. Die Höhe eines allfälligen Abzugs (9 Prozent oder weniger) ist allerdings im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zu klären.

99 10. Wie bereits vorne (Ziff. II/6) erwähnt, bieten die modernen Mobiltelefone eine Vielzahl von Nutzungsmöglichkeiten. Die GfS-Studie Mobiltelefone 2008 geht davon aus, dass 65 Prozent des belegten Speichers für Musik verwendet wird, 23 Prozent für Fotos und 9 Prozent für audiovisuelle Werke. Nach einer neueren Studie der Nutzer (GfK-Studie vom Juni 2010) ist hinsichtlich Speicherbelegung beim iPhone nur der Anteil der sogenannten ‚Apps‘ (45%) grösser als derjenige von Musik (43%). Ausgehend von einer gesamten Speicherbelegung von 30,8 Prozent ist gemäss der GfS-Studie Mobiltelefone 2010 42,86 Prozent dieses belegten Speichers mit Musik (13,2/30,8, da die gesamte Speicherbelegung 30,8 % beträgt, wovon 13,2 % Musik sind) und 5,84 Prozent mit Filmen (1,8/30,8) besetzt. Da 22,8 Prozent der Filme von Dritten stammen, beträgt der Anteil tarifrelevanter Filme an der gesamten Speicherbelegung 1,33 Prozent (22,8 % von 5,4 %). Der Anteil von Fotos am belegten Speicher beläuft sich auf 39,29 Prozent (12,1/30,8). Davon sind

8,3 Prozent fremde Bilder, der relevante Anteil beträgt folglich 3,26 Prozent (8,3 % von 39,29 %). Auf 0,97 Prozent des belegten Speichers sind Sketche (0,3/30,8) und auf 0,65 Prozent gesprochener Text und Hörbücher (0,2/30,8) gespeichert.

100 Bei der Frage der akzessorischen bzw. beiläufigen Nutzung geht es indessen im Wesentlichen um die Multifunktionalität der Geräte. Entscheidend dabei ist daher nicht die primäre Nutzung, sondern dass mit einem Musikhandy eine relevante urheberrechtliche Nutzung vorgenommen werden kann und auch tatsächlich vorgenommen wird.

101 So ist gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. c URG bei der Festlegung der Vergütung das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen zu berücksichtigen. Ebenso muss im Rahmen der Angemessenheitsprüfung geprüft werden, in welchem Umfang geschützte Werke und Darbietungen kopiert bzw. abgespielt werden. Falls somit eine urheberrechtlich relevante Nutzung vorliegt, ist die Aufstellung eines Tarifs gerechtfertigt, selbst wenn diese urheberrechtliche Nutzung nur eine Nutzung unter anderen ist.

102 Da das Mobiltelefon vorwiegend für andere Zwecke wie Telefonieren bzw. Versand und Empfang von SMS-Meldungen genutzt wird, stellt die Schiedskommission fest, dass das Speichern bzw. Hören von Musik mittels Mobiltelefon zwar nicht eine primäre Funktion ist, aber doch eine wesentliche Teilnutzung bzw. eine urheberrechtliche Nutzung von einer gewissen Relevanz. Dies ist auch dadurch belegt, dass das 'Musikhandy' in der Lage ist, die Funktion des mp3-Players zu übernehmen und damit dieses Gerät auch ersetzen kann.

103 11. Die Nutzerverbände machen weiter geltend, dass nicht der gesamte Speicher eines Gerätes für urheberrechtliche Zwecke genutzt wird, sondern teilweise auch leer bleibt bzw. neu überspielt wird. Ausgehend von der GfS-Studie Musikhandys 2010 welche besagt, dass ein Speicher nach einem Jahr ziemlich konstant bei 45 Prozent gefüllt ist, ist daher in der Tat davon auszugehen, dass ein Speicher regelmässig weniger als zur Hälfte gefüllt wird. Für die Verwertungsgesellschaften ist die Speicherbelegung allerdings kein ausschlaggebendes Kriterium.

104 Der Schiedskommission fehlen über die vorliegenden Studien hinausgehende Angaben über die Nutzung von Speicherchips in Mobiltelefonen. Im Gegensatz zu den mp3-

Playern ist bei den vielfältigen Nutzungen der 'Musikhandys' aber zu berücksichtigen, dass die Speicher noch für andere Anwendungen zur Verfügung stehen müssen und sich dies daher auf die Berechnung der Vergütung auswirkt. Die Schiedskommission schliesst daher nicht aus, im Rahmen der Angemessenheit zu prüfen, ob und inwieweit die Frage der so genannten Potentialbesteuerung zu berücksichtigen ist. Sie ist aber auch der Auffassung, dass dieses Anliegen von Nutzerseite ungenügend begründet worden ist und es daher schwierig sein wird, hier eine umfassende Prüfung vorzunehmen.

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

- 106 Bei den bestehenden Leerträgertarifen *GT 4a* bis *4d* wird bei der Berechnung der Leerträgervergütung vom Aufwand für das Vervielfältigen zum eigenen persönlichen Gebrauch ausgegangen und gestützt auf diesen Aufwand die Entschädigung berechnet.

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

- 108 Gestützt auf den Umstand, dass für die Berechnung der Vergütung von möglichst aktuellen Zahlen auszugehen ist, stützt sich die ESchK auf die neuesten eingereichten Zahlen. Diese Zahlen ergeben sich insbesondere aus der GfS-Studie 2010 Mobiltelefone der Verwertungsgesellschaften sowie den beiden GfK Studien der Nutzerverbände vom 11. März 2010 bzw. vom 28. Juni 2010. Ebenso haben die Nutzer Studien von Morgan Stan-

ley und Nielson Company vorgelegt. Die Verwertungsgesellschaften gingen in ihrem Berechnungsmodell 'alte Definition' denn auch grundsätzlich von den von den Nutzern gemeldeten Verkaufspreisen aus, nahmen aber gestützt auf die GfS-Studie 2010 Ergänzungen vor. Gleichzeitig haben die Verwertungsgesellschaften auch eine Liste der geläufigen Mobiltelefone vorgelegt und die verschiedenen Abonnementstypen verglichen.

109 Damit kommen sie - gestützt auf das Berechnungsmodell 'alte Definition' mit einem Durchschnittspreis pro GB von Fr. 39.94 - gemäss Aufwandsberechnung auf eine Entschädigung von total CHF 0.386 pro GB. Darin enthalten ist allerdings noch ein Zuschlag von CHF 0.05 für die entschädigungslose Zeit vom 1. Oktober 2009 bis zum 31. Juni 2010. Mit diesem neuen Modell verzichten sie auf ihr anfängliches Differenzmodell (Abzug der nicht mp3-bezogenen Kosten vom Durchschnittspreis eines Mobiltelefons bzw. die Preisdifferenz eines mp3-Players [iPod touch] mit einem vergleichbaren Mobiltelefon [iPhone ohne Abonnement]), weil sie nicht mehr davon ausgehen, dass die Speicherplatzbelegung für die Berechnung der Urheberrechtsvergütung von Relevanz ist.

110 Die Nutzer legen ihr eigenes Berechnungsmodell (Berechnungsmodell Swisstream vom 28.06.2010) vor. Damit berechnen sie eine Entschädigung von CHF 0.04/GB (Abzug für Erst- und Zweitkopie) bzw. von CHF 0.21/GB (Abzug für Erstkopie), wobei sie einerseits von einem Durchschnittspreis pro GB von CHF 20.56 (unter Berücksichtigung der im Rahmen eines Abonnements vergünstigt abgegebenen Mobiltelefone) bzw. von CHF 33.87 (ohne Berücksichtigung der vergünstigt abgegebenen Modelle) ausgehen. Während die Verwertungsgesellschaften unberücksichtigt lassen, dass die Mobiltelefone von den Providern bei Abschluss eines entsprechenden Vertrages im Rahmen eines Abonnements zu günstigeren Bedingungen abgegeben werden, möchten die Nutzerverbände lediglich den dem Endnutzer effektiv für den Kauf des Mobiltelefons in Rechnung gestellten Betrag berücksichtigen.

111 Die Schiedskommission ist der Auffassung, dass die vergünstigt abgegebenen Mobiltelefone nicht den effektiven Marktverhältnissen entsprechen. So ist offensichtlich, dass bei einem Mobiltelefon, welches abhängig von Abonnementsdauer und -preis ab Fr. 179.00 abgegeben wird (vgl. das Apple iPhone 4 mit 32 GB gemäss Beilage 3 der Eingabe der Verwertungsgesellschaften vom 12. September 2011), für das ohne Preisplan ein weitaus höherer Verkaufspreis gilt (aktuell gemäss Apple Store CHF 749.00), noch entsprechende Retrogelder fließen müssen. Es geht indessen nicht an, diese Geschäftsmodelle al-

lein den Urhebern und Urheberinnen bzw. den Rechtsinhabern und Rechtsinhaberinnen anzulasten, da davon auszugehen ist, dass der Importeur oder Hersteller dieses Gerätes einen höheren Verkaufspreis erhält. Allerdings haben die Nutzerverbände keine Zahlen vorgelegt, zu welchen Bedingungen solche Geräte von den Importeuren oder Herstellern an den Detailhandel abgegeben werden. Mangels solcher Zahlen muss die Schiedskommission daher vom Verkaufspreis ohne Abonnement ausgehen. Die Schiedskommission berücksichtigt indessen die neuesten, d.h. die aktuellsten Preise und geht damit von einem durchschnittlichen Verkaufspreis pro GB Speicherkapazität von CHF 39.94 und damit vom Durchschnittspreis der nicht subventionierten Mobiltelefone aus. Dabei handelt es sich um den von Swisstream ermittelten Verkaufspreis ohne Abonnement (vgl. Beilage 15 der Eingabe der Verwertungsgesellschaften vom 12. September 2011). Damit verzichtet die Schiedskommission auf das Abstellen auf überholte Zahlen, was während der Tarifdauer allenfalls zu zunehmend überhöhten Vergütungen führen könnte, und damit auf einen entsprechenden Ausgleich zu Gunsten der Rechtsinhaber für die durch die lange Verfahrensdauer möglicherweise erlittenen Ausfälle (vgl. dazu auch BGE 133 II 263 ff., E. 11.4, in sic! 10/2007, S. 733).

112 13. Während die Verwertungsgesellschaften in ihren Berechnungsmodellen von einem Überspielanteil bei den musikalischen Werken von 4,3 Prozent sowie bei Filmen/Videos von 1,8 Prozent und bei den Klingeltönen von 1,5 Prozent (gesamthaft somit von 7,6 Prozent) ausgehen, soll dieser Satz gemäss dem von Swisstream aufgestellten Modell gestützt auf die GfK-Studie von 2010 bei 5,8 Prozent liegen.

113 Allerdings geht diese Studie (vgl. S. 6 der GfK-Studie vom 11. März 2010) für das Aufnehmen von Musik und Videos von einem Satz von 5,6 Prozent aus. Wegen der damals noch geringen Verbreitung von Musikhandys schloss Swisstream bei diesem Prozentsatz auf einen Konfidenzintervall von +/-3,4 Prozent (vgl. die Eingabe von Swisstream vom 12. März 2010, Rz. 17). Aufgrund dieser unsicheren Datenlage zieht es die Schiedskommission vor, zu Gunsten der Nutzer von einem Überspielanteil von 5,6 Prozent auszugehen, auf den sich im Übrigen auch der Preisüberwacher bei seiner am 24. Oktober 2011 eingereichten Berechnung abstützt.

114 14. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die gestützt auf Art. 60 Abs. 2 URG angewandten Prozentsätze des Nutzungsaufwands von 9 Prozent für Musik und 10 Prozent für andere Werke sowie 3 Prozent für die verwandten Schutzrechte unbestritten geblieben

sind. Bei der intensiven Nutzung von geschützten Werken und Leistungen dürfte es angemessen sein, die maximalen Vergütungsansätze vollständig bzw. annähernd vollständig auszuschöpfen. Die Schiedskommission hat auf Grund der eingereichten Unterlagen keinen Anlass anzunehmen, dass die Annahme falsch ist, dass zu 90 Prozent urheberrechtlich geschützte (moderne) Musik und zu rund 10 Prozent klassische Musik aufgenommen wird, bei der lediglich der Leistungsschutz zum Tragen kommt. Auf den von Swisstream geforderten Einführungsrabatt wird noch einzugehen sein.

115 15. Mit der Revision des Urheberrechtsgesetzes von 2007 wurde der Art. 19 URG mit dem neuen Art. 19 Abs. 3^{bis} URG ergänzt. Diese Bestimmung sieht vor, dass Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, von den in diesem Artikel enthaltenen Einschränkungen des Eigengebrauchs sowie von den Vergütungsansprüchen nach Art. 20 URG ausgenommen sind.

116 Diese Bestimmung wird von den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden unterschiedlich ausgelegt. So vertreten die Verwertungsgesellschaften die Auffassung, dass die vom Konsumenten erstellte Kopie durch zwei gesetzliche Bestimmungen (einerseits durch Art. 10 Abs. 2 Bst. c URG mit dem zur Verfügung stellen durch den Online-Dienst und andererseits durch die Leerträgerabgabe gemäss Art. 20 Abs. 3 URG) abgedeckt sein kann, womit eine doppelte Belastung nicht auszuschliessen sei. Dieser Konflikt werde durch Art. 19 Abs. 3^{bis} URG in der Weise geregelt, dass die Entschädigung für die erste Privatkopie entfällt und so die beim Download entstehende Vervielfältigung vergütungsfrei ist.

117 Gemäss der vom DUN vertretenen Auffassung handelt es sich bei Art. 19 Abs. 3^{bis} URG um eine Kollisionsnorm, welche den Konflikt zwischen dem gesetzlichen und vertraglichen Nutzungsrecht, d.h. zwischen kollektiver und individueller Verwertung in dem Sinne löst, dass die schuldrechtliche Lizenz den Kollektivverwertungsanspruch verdrängt. Wenn der Nutzer für die Erlaubnis zur Anfertigung der Privatkopie bereits bezahlt hat, soll er nicht über die Leerträgerabgabe ein zweites Mal zur Kasse gebeten werden. Nach dieser Auffassung erfasst Art. 19 Abs. 3^{bis} URG somit die beim Abruf eines erlaubterweise zugänglich gemachten Werks erstellte Erstkopie und auf jeden Fall auch die erste von einer PC-Festplatte auf ein mobiles Endgerät getätigte Folgekopie eines erlaubterweise zugänglich gemachten Werks sowie sämtliche weitere Folgekopien, die in der vertraglichen Lizenz enthalten sind. Im Übrigen soll derjenige, der mit seinem Mobiltelefon ausschliess-

lich Musik über Downloadshops bezieht bzw. derjenige, der sein Handy zusammen mit einem Abonnement für den Musik-Download kauft, vollumfänglich von der Vergütungspflicht gemäss GT 4e befreit werden.

118 Wie kontrovers diese Frage diskutiert wird, zeigt, dass beispielsweise die Lizenzierungspraxis im Bereich des Downloads digitaler Medieninhalte (vgl. etwa die einschlägigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Online-Anbieter wie iTunes) davon ausgeht, dass der Endkunde das heruntergeladene Produkt auf bis zu fünf verschiedene Geräte abspeichern und nutzen darf. Im Gegenzug dazu wird in der Lehre (*W. Egloff*, in *medialex* 1/11, S. 58 f.) die Frage gestellt, inwieweit Geschäftsmodelle, welche für einzelne Abrufe aus dem Internet Entschädigungen verlangen, überhaupt noch mit der nachträglich erlassenen Bestimmung in Art. 19 Abs. 3^{bis} URG vereinbar sind.

119 Die Schiedskommission hat in ihrem Entscheid vom 17. Januar 2006 betr. mp3-Player (vgl. Ziff. 18, in *sic!* 1/2007, S. 28 ff.) auf die vorgesehene URG-Revision hingewiesen und befunden, dass bei über DRM-Systeme bezogene Werke eine zusätzliche Belastung für den Nutzer entstehen kann, und sie ist davon ausgegangen, dass dies bei der Festlegung der Vergütung zu berücksichtigen ist. Letztlich ist sie davon ausgegangen, dass die Aufnahmen gegen Bezahlung aus dem Internet rund acht Prozent ausmachen und dies im Berechnungsmodell für den GT 4d mit einem entsprechenden Abzug zu berücksichtigen ist. Das Bundesgericht (Urteil vom 19. Juni 2007 betreffend GT 4d; 133 II 263 ff., E. 10, in *sic!* 10/2007, S. 731 f.) hat diese Auffassung bestätigt und befunden, dass bei solch legalen Downloads die individuelle Verwertung gegenüber der kollektiven den Vorrang hat, da die Rechteinhaber bereits über die Gebühr, die für das Herunterladen zu begleichen ist, vollständig abgegolten werden, wobei diese Vergütung auch eine bestimmte Anzahl von Folgekopien enthalte und es den Rechteinhabern und ihren Verwertungsgesellschaften frei stehe, entsprechende Regelungen zu treffen.

120 Damit hat das Bundesgericht befunden, dass der legale Download - soweit die Leerträgervergütung Speichermedien erfasst, die beim Herunterladen von Werken über Online-Dienste Verwendung finden - bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen ist, was zu einem entsprechenden Abzug führt (vgl. zu E. 10 des bundesgerichtlichen Entscheids insbesondere auch die Anmerkung von *M. Berger*, in *sic!* 10/2007, S. 733 f.).

- 121 Mit der gesetzlichen Regelung wurde nun diese Rechtsprechung kodifiziert und auch präzisiert. So müssen die Vervielfältigungen von erlaubterweise, d.h. mit der Zustimmung des Urhebers oder der Urheberin zugänglich gemachten Werken, hergestellt werden. Offensichtlich kann die bundesgerichtliche Regelung aber nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Tarif übertragen werden. Einerseits geht die nachträglich erlassene gesetzliche Regelung vor, und andererseits handelt es sich hier nicht um mp3-Player, auf welche in der Regel nicht unmittelbar Musik heruntergeladen werden kann. Bei Mobiltelefonen hat der Konsument die Möglichkeit, über das Internet direkt Kopien auf sein Gerät zu laden. Er muss somit nicht mehr zwingend eine Erstkopie auf der Festplatte eines Computers festlegen.
- 122 Die gesetzliche Bestimmung in ihrer deutschen Fassung spricht von Vervielfältigungen, die *beim Abrufen* hergestellt werden. Das Kopieren erfolgt damit zu einem bestimmten Zeitpunkt. Der französische Text lautet 'Les reproductions confectionnées *lors de la consultation* à la demande d'œuvres mises à disposition licitement ne sont soumises ni aux restrictions prévues par le présent article, ni aux droits à rémunération visés à l'art. 20'. Somit enthalten beide Sprachvarianten ein zeitliches Element, wonach die Bestimmung nur für Vervielfältigungen gilt, die unmittelbar mit dem Herunterladen entstehen ('lors de' ist gemäss dem Dictionnaire le nouveau Petit Robert (2008) gleichbedeutend wie 'au moment de' / 'à l'époque de'). Auch wenn von Vervielfältigungen im Plural die Rede ist, kann dies nicht bedeuten, dass mehrere Kopien zulässig sind, da sich die Gesetzesbestimmung eindeutig auf Vervielfältigungen beschränkt, die beim Abrufen entstehen. Ausserdem wird von *zugänglich gemachten Werken* gesprochen, damit gilt der Plural auch für die Werke (vgl. dazu auch *Ruedin/Tissot*, La rémunération du transfert d'œuvres sur Internet – Essai sur la portée de l'art. 19 al. 3^{bis} nLDA, in: sic! 2008, S. 417 ff., wobei hier teilweise eine gegenteilige Auffassung vertreten wird, vgl. zu den Unterschieden in der deutschen und französischen Fassung des Gesetzestextes aber auch *W. Egloff*, in *medialex* 2/11, S. 72).
- 123 Damit ist der Wortlaut von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG klar. Auf Grund des vom Bundesgericht angewandten Methodenpluralismus (BGE 133 III 277, E. 7.2) ist aber auch auf die weiteren Auslegungsmethoden einzugehen:
- 124 So finden sich insbesondere in der Entstehungsgeschichte zu dieser Gesetzesbestimmung keine Anhaltspunkte, welche die These des Einschlusses von Folgekopien in den

Art. 19 Abs. 3^{bis} URG unterstützen würden. Insbesondere können auch die Interventionen von Bundesrat Blocher und von Ständerat Stadler nicht in dieser Weise ausgelegt werden (AB S 2006 1203 bzw. 1212).

125

Ausserdem hält die Botschaft des Bundesrates zum Bundesbeschluss über die Genehmigung von zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum und zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes zu Art. 19 Abs. 5 (der später zu Abs. 3^{bis} wurde, vgl. Botschaft des Bundesrates; BBl 2006 3429) fest, dass mit dieser Bestimmung die mit dem elektronischen Einkauf von Werken verbundenen Vervielfältigungen von der in Art. 20 Abs. 2 und 3 URG enthaltenen Vergütungsregel ausgenommen werden. Damit sollen die mit dem elektronischen Einkauf von Werken verbundenen Vervielfältigungen von der in Artikel 20 Absatz 2 und 3 URG enthaltenen Vergütungsregelung für das Vervielfältigen zum Eigengebrauch ausgenommen werden. Soweit die Leerträgervergütung (Art. 20 Abs. 3 URG) Speichermedien erfasst, die beim Herunterladen von Werken über On-Demand-Dienste Verwendung finden, wird - so die Botschaft - die Einschränkung der Vergütungspflicht bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe berücksichtigt werden müssen.

126

Aus teleologischer Sicht ist es Zweck dieser Regelung, dass beim Herunterladen von Werken über elektronische Bezahlendienste zur Vermeidung einer Doppelzahlung durch den Konsumenten nicht noch eine zusätzliche Leerträgervergütung anfallen soll. Auch die Lehre geht davon aus, dass der Abs. 3^{bis} nur für die erste, mit dem bestimmungsgemässen Download vorgenommene Kopie (d.h. diejenige Vervielfältigung, die *beim Abrufen* entsteht) gilt und weitere Eigengebrauchskopien Art. 19 Abs. 3 bzw. Art. 20 URG unterliegen (*Rehbinder/Viganò*, N. 37 zu Art. 19 Abs. 3^{bis} URG; *Barrelet/Egloff*, Das neue Urheberrecht, N. 28c zu Art. 19 Abs. 3^{bis} URG). Es wird davon ausgegangen, dass für mögliche spätere Vervielfältigungen wie beispielsweise die Kopie eines Datenträgers oder eines Ausdrucks wieder die allgemeinen Vorschriften Anwendung finden (*W. Egloff*, in *medialex* 2/11, S. 75). Allerdings geht der Gesetzestext gemäss *Barrelet/Egloff* (a.a.O., N 28e) über den eigentlichen Zweck hinaus, indem jeder Abruf, ob bezahlt oder unbezahlt, von der Vergütungsregelung ausgenommen wird, soweit nur das entsprechende Werk erlaubterweise zugänglich gemacht wurde. Dies führe zum sonderbaren Ergebnis, dass eine Vergütungspflicht nur für Abrufe bestehe, die ohne Einwilligung der Urheberinnen und Urheber angeboten werden, d.h. deren Zugänglichmachung durch die Berechtigten gar nie erlaubt worden ist. Es bleibe offen wie dies tariflich umgesetzt werden könne.

- 127 Es kann jedenfalls nicht Zweck des Art. 19 Abs. 3^{bis} URG sein, dem Konsumenten beliebig viele Kopien ohne Entschädigung zuzugestehen. Selbst wenn die erste Kopie auf die Festplatte des Computers erfolgt und erst später auf das Handy übertragen wird, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Kopie auf dem Computer genutzt wird; z.B. zum Anhören des Werkes oder als Quelle für weitere Kopien und ihr damit ein eigenständiger Wert zukommt (vgl. hierzu die Expertise von AWK vom 6. Mai 2011).
- 128 Auch die teleologische Auslegung führt dazu, dass eine Befreiung von der Leerträgervergütung nach Art. 19 Abs. 3^{bis} URG nur für die erste Kopie (d.h. für diejenige Kopie, die unmittelbar mit dem Download entsteht) von einem erlaubterweise zugänglich gemachten Werk geltend gemacht werden kann.
- 129 Zudem ist der Art. 19 Abs. 3^{bis} URG auch im Kontext zu Art. 20 URG zu sehen. Der entsprechende Vergütungsanspruch kann ausschliesslich über die Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden. Besteht keine Leerträgervergütung nach Art. 20 Abs. 3 URG, ist die Verwendung nach Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG entschädigungslos. Wollte man einer anderen Auslegung folgen, so würde dies bedeuten, dass der Downloadshop hierfür allenfalls eine besondere Vergütung einfordern könnte. Es ist aber offensichtlich, dass diese Shops nicht Lizenzen erteilen können, die ihnen von Gesetzes wegen nicht zustehen und von den Rechtsinhabern bzw. den Verwertungsgesellschaften auch nicht eingeräumt worden sind. Auch dies zeigt, dass nur diejenigen Kopien erfasst werden, die beim Download selber entstehen. Die Schiedskommission kann sich damit der in der Lehre geäusserten Auffassung anschliessen, dass allfällige weitere Folgekopien von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG nicht erfasst werden. Dies entspricht auch der Rechtslage in anderen Bereichen. So darf wohl für den persönlichen Bereich gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst a URG eine CD vervielfältigt werden. Für den hierfür benötigten Leerträger muss aber gemäss dem GT 4b eine Vergütung nach Art. 20 Abs. 3 URG bezahlt werden. Würde man nun demjenigen, der ein Musikstück herunterlädt, entschädigungslose Folgekopien zugestehen, so würde hier eine ungerechtfertigte Bevorzugung stattfinden gegenüber demjenigen, der die CD physisch im Verkaufsgeschäft kauft und diese anschliessend ganz oder auszugsweise auf sein Mobiltelefon kopiert. Mit der neuen Gesetzesbestimmung kann es nur darum gehen (vgl. Votum Nationalrat Vischer, AB N 2007, S. 1200) das Gleichgewicht zwischen dem Internethandel und dem Handel mit physischen Trägern herzustellen. Derjenige der eine CD in einem Geschäft erwirbt, kann diese unmittelbar anhören, ohne dass er eine zusätzliche Kopie anfertigen muss. Art. 19 Abs. 3^{bis} URG trifft somit

Vorkehrungen, dass der Nutzer eines Onlinestores keine zusätzliche Verpflichtungen hat, aus der alleinigen Tatsache, dass er gezwungenermassen eine Kopie anfertigen muss, um das Werk zu geniessen. Die Onlinestores können somit als urheberrechtliche Entschädigung allein die den Verwertungsgesellschaften geschuldete Vergütung für die Erstkopie auf ihre Kunden überwälzen. Im Übrigen wird den Download- bzw. Online-Shops in den entsprechenden Verträgen (vgl. den Mustervertrag der SUISA mit den Online-Shops, der in Ziff. 4 die eingeräumten Rechte aufzählt) das Recht auf zusätzliche Vervielfältigungen (weitere Folgekopien) gar nicht eingeräumt. Die eingeräumte Lizenz kann somit gar nicht so umfassend sein, wie dies die Nutzerverbände vermuten (vgl. dazu auch *Ruedin/Tissot*, a.a.O., S. 425 – 426 oder auch *W. Egloff* in *medialex*, 2/11, S. 76 f., der zur Schlussfolgerung kommt, dass es im Bereich gesetzlicher Lizenzen keine vertraglichen Vereinbarungen geben kann und somit für diese Nutzungen keine individuelle Zahlungsabrede möglich ist). Die Schiedskommission kann sich daher der Auffassung von *M. Berger* (in *sic!* 10/2007 S. 733 f.) anschliessen, dass es auch im digitalen Zeitalter Online-Shops nicht erlaubt ist, urheberrechtliche Vergütungen für das private Kopieren eines heruntergeladenen Musikstücks für den Privatgebrauch zu verlangen. Allerdings muss die Tatsache, dass die Konsumenten und Konsumentinnen auf dem Speicher ihres Mobiltelefons die legal erworbene Erstkopie eines heruntergeladenen Musikstücks speichern, bei der Festlegung der Entschädigung gestützt auf Art. 19 Abs. 3^{bis} URG berücksichtigt werden.

130

Im Rahmen der zwingenden kollektiven Verwertung sind nur pauschalisierte Vergütungen möglich. Dies schliesst eine individuelle Abrechnung über das Kopierverhalten einzelner Personen aus. Der Nachweis, dass ausschliesslich über legale Downloadshops heruntergeladen wird, dürfte für den einzelnen Konsumenten - abgesehen von persönlichkeitsrechtlichen Überlegungen - nur schwerlich zu erbringen sein. Zudem würde dies den Aufwand für die Verwertungsgesellschaften wesentlich erhöhen, was wohl nicht nur unpraktikabel, sondern auch mit ihrer Pflicht, die Geschäfte nach den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Verwaltung zu führen (Art. 45 Abs. 1 URG), unvereinbar wäre. Der vermehrte Download über Internet-Shops kann daher nur einen tieferen Gesamttarif für die kollektive Verwertung zur Folge haben (vgl. hierzu auch Ausführungen von BR Blocher im Ständerat im Rahmen der URG-Revision, AB SR 2006, S. 1214). Damit lehnt die Schiedskommission die generelle Entlastung einzelner Nutzer von der Vergütungspflicht gemäss dem vorliegenden *GT 4e* ab, selbst wenn diese geltend machen, sie würden nur beim Online-Shop einkaufen und hätten damit bereits eine individuelle Vergütung bezahlt.

Dies gilt auch für diejenigen, die ihr Handy zusammen mit einem Musikabonnement kaufen (vgl. vorne Ziff. II/12). Wie das von Swisstream zu den Akten gegebene Beispiel (Beilage 4 der Vernehmlassung vom 25. Mai 2009) zeigt, wird ein solches Abonnement nur zeitlich beschränkt für sechs Monate ohne weitere Zusatzkosten zur Verfügung gestellt. Der Schiedskommission liegen indessen keine Angaben vor, in welchem Umfang diese Abonnemente weitergeführt werden. Dies bedeutet aber auch, dass die fraglichen Mobiltelefone nach Ablauf des Abonnements mindestens teilweise wie normale 'Musikhandys' genutzt werden, da nicht davon auszugehen ist, dass sämtliche Verträge verlängert werden. Eine besondere Regelung für die mit einem Musikabonnement gekauften Handys drängt sich nicht auf.

131 Abgelehnt wird auch die vom SWICO vertretene Auffassung, dass der illegale Download nicht unter die Vergütungspflicht fallen soll. Aus Rücksicht auf den Konsumenten oder die Konsumentin hat der Gesetzgeber anlässlich der Revision den Download von illegalen über das Internet erhältlichen Musikstücken nicht verboten (vgl. hierzu die Diskussion im NR zu Art. 19 URG; AB NR 2007, S. 1202 ff.) und damit ist dieser Anspruch der Berechtigten weder zivil- noch strafrechtlich einklagbar. Dies hat aber keine Enteignung der Rechtsinhaber bzw. Rechtsinhaberinnen zur Folge. Diese können ihre Rechte trotzdem - soweit ihnen möglich - wahrnehmen. Wenn der Urheber oder die Urheberin diesen illegalen Download nicht verhindern kann, darf ihm oder ihr nicht auch noch zugemutet werden, dass er oder sie hierfür keine Entschädigung erhalten. Die Argumentation des SWICO würde nämlich darauf hinaus laufen, dass der Download von erlaubterweise ins Netz gestellten Werken über Art. 19 Abs. 3^{bis} URG keine tarifliche Vergütung zur Folge hat und auch der Download illegalerweise ins Netz gestellter Werke nicht zu entschädigen ist. Damit würde für einen *GT 4e* kaum noch Raum bleiben; dies kann aber offensichtlich nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Im Gegensatz zum Download erlaubterweise ins Netz gestellter Werke kommt hier nämlich der Art. 19 Abs. 3^{bis} URG gar nicht zur Anwendung, womit grundsätzlich eine Leerträgervergütung nach Art. 20 Abs. 3 geschuldet ist (vgl. hierzu die Botschaft des Bundesrates, BBl 2006 3430). Jedenfalls ist nicht ersichtlich, inwiefern die tarifliche Erfassung des 'illegalen' Downloads gegen internationale Abkommen und insbesondere den Dreistufentest verstossen soll (vgl. vorne Ziff. I/10 bzw. Ziff. II/7).

132 Aus dieser Auslegung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG ergibt sich die praktische Konsequenz, dass nur die unmittelbar beim Download entstehende Kopie als Erstkopie vergütungsfrei

ist und dies somit bei der tariflichen Festlegung der urheberrechtlichen Entschädigung zu berücksichtigen ist.

133 Gestützt auf die GfS-Studie 2005 mp3-Player gingen die Verwertungsgesellschaften zunächst davon aus, dass 3,2 Prozent der gespeicherten Musikstücke aus Download-Shops stammen, für die bereits eine Entschädigung bezahlt worden ist. Im vorliegenden Tarif waren sie zunächst bereit, mit 8 Prozent denjenigen Abzug zuzugestehen, wie ihn die Schiedskommission bei der Berechnung des GT 4d verwendet hat. Swisstream ging damals (vgl. die am 12. März 2010 eingereichte GfK-IHA-Studie vom 11. März 2010) davon aus, dass der Anteil der unmittelbar von einem Download-Shop auf das Handy übertragenen Musik 16,1 Prozent und dieser Anteil bei den Videos 15,3 Prozent beträgt.

134 Gemäss der neueren GfS-Studie 2010 betreffend das Aufnahmeverhalten der Besitzer von Handys (S. 17 f.) stammen zwischen 9 und 11 Prozent der Kopien auf Mobiltelefonen direkt ab dem Internet. Es handelt sich hier also um Erstkopien, da diejenigen Kopien, die zuerst auf dem PC gespeichert und anschliessend auf das Handy transferiert werden, als so genannte Folgekopien in diesem Modell unberücksichtigt geblieben sind. Von diesen 9 bis 11 Prozent sind rund ein Viertel Vervielfältigungen ab Online-Shops oder einem Abosystem. Die Verwertungsgesellschaften gehen gestützt darauf davon aus, dass bei Musik und Hörbüchern sowie bei Filmen und Videos 2,5 Prozent (10 % der Vervielfältigungen werden aus dem Internet bezogen; davon 12 % über Online-Shops und 13 % über Download-Abonnemente, somit 25 % von 10 %) der Kopien unter Art. 19 Abs. 3^{bis} URG fallen und ein entsprechender Abzug vorzunehmen ist. Dazu führen sie aus, dass die Internetmusikplattformen so organisiert seien, dass der Konsument ein Interesse daran habe, die Werke zuerst auf den Computer zu laden, was es ihm erlaube, seine Bibliothek zu verwalten, die wiederum als Quelle für weitere Kopien genutzt werden könne. Das direkte Herunterladen auf Mobiltelefone habe dagegen eher eine mässige Bedeutung. Dies sei anders bei den Klingeltönen. Hier gehen sie von einem Abzug von 38,5 Prozent aus.

135 Dagegen ist der DUN - gestützt auf die von ihm vorgenommene Auslegung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG - der Auffassung, dass hier erhebliche höhere Abzüge vorzunehmen sind (63,1 % für Musik, 42,7 % für Videos sowie 50 % für Klingeltöne). Wie oben ausgeführt, hat die Schiedskommission die vom DUN vorgenommene Auslegung nicht übernommen, womit auch nicht von diesen Abzügen auszugehen ist. Der DUN weist aber in seiner Stellungnahme vom 15. September 2011 (S. 20, Rz. 44) bezüglich der Berechnung der Ver-

wertungsgesellschaften darauf hin, dass dieser Anteil nicht 2,5 Prozent, sondern 7,5 Prozent betragen müsse, in dem er auf eine Unstimmigkeit in der Berechnung der Verwertungsgesellschaften aufmerksam macht. So geht er davon aus, dass der Anteil der Speicherungen aus dem Internet korrekterweise ins Verhältnis zu den tarifrelevanten Speichervorgängen zu setzen ist.

136 Die Schiedskommission kann sich diesen Überlegungen des DUN anschliessen. Aufgrund der den Studien von GfS und GfK anhaftenden Unsicherheiten beschliesst sie von einem Wert von 7,5 Prozent (d.h. 25 % gemäss GfS-Studie von 30 % massgeblicher Anteil der Speicherungen ab Internet) auszugehen. Es ist deshalb eine entsprechende Korrektur vorzunehmen. In der Folge legt sie den Abzug für den Download gemäss Art. 19 Abs. 3^{bis} URG auf 7,5 Prozent fest. Damit liegt dieser Abzug annähernd in der Mitte zwischen dem Begehren von Swisstream (16,1 %) und demjenigen der Verwertungsgesellschaften (2,5 %).

137 16. Für die Berechnung der Vergütungshöhe wendet die Schiedskommission ihr eigenes Berechnungsmodell an, das sich an jenem von Swisstream orientiert (Berechnungsmodell Swisstream vom 28.06.2010). Die Anteile der einzelnen Werkarten an der gesamten Speicherbelegung werden getrennt ausgewiesen (vgl. vorne Ziff. II/10), um nicht relevanten Speicherungen und den je nach Werkart anwendbaren Entschädigungssätzen Rechnung zu tragen. Ausgehend von einem Verkaufspreis pro GB von CHF 39.94 und einem Überspielanteil von 5,6 Prozent betragen die totalen Kosten für das private Überspielen CHF 2.237. Diese Kosten sind um den Anteil eigener Filme und Fotos am belegten Speicher sowie die Abzüge für Art. 19 Abs. 3^{bis} URG zu reduzieren. Unter Berücksichtigung der Entschädigungssätze von neun Prozent für Musik und zehn Prozent für die weiteren urheberrechtlich geschützten Werke (Film, Hörbücher usw.) sowie drei Prozent für die verwandten Schutzrechte ergibt sich - wie der folgenden tabellarischen Übersicht zu entnehmen ist - eine vorläufige Leerträgervergütung pro GB von CHF 0.25:

138

								CHF
Preis pro GB								39.94
Kosten für privates Überspielen						5.60%		2.237
		Anteil am Speicher	Anteil am belegten Speicher	Anteil am belegten Speicher ohne Eigenes	Anteil relativ am belegten Speicher ohne Eigenes			
Musik		13.20%	42.86%	42.86%	87.33%			1.953
Abzug für Art. 19 Abs. 3bis URG					7.50%			-0.146
								1.807
Filme		1.80%	5.84%					
davon fremde	22.80%			1.33%	2.72%			0.061
Abzug für Art. 19 Abs. 3bis URG					7.50%			-0.005
								0.056
Bilder/Fotos		12.10%	39.29%					
davon fremde	8.30%			3.26%	6.64%			0.149
								0.149
Sketches/Cabaret		0.30%	0.97%	0.97%	1.98%			0.044
								0.044
Gesprochener Text/Hörbuch		0.20%	0.65%	0.65%	1%			0.022
								0.022
Geschriebene Texte/Anderes		3.20%	10.39%	0%	0%			0.000
								0.000
Total		30.80%		49.07%				
Kostenbasis								2.078
								2.078
Urheberrechte Musik					9%			0.163
Sonstige					10%			0.027
Verwandte Schutzrechte					3%			0.062
Total Leerträgervergütung pro GB								0.252

139

17. Da es sich beim *GT 4e* um einen ersten Tarif für Musikhandys handelt, ist die Schiedskommission im Rahmen ihrer Praxis, die Tarifobergrenze nicht von Anfang an voll auszunutzen, mit einer Reduktion der Entschädigung für die Gültigkeitsdauer dieses Tarifs einverstanden. Diese Reduktion wird zusammen mit dem Abzug für Geschäftshandys auf 5 Rappen festgelegt. Dies ergibt eine totale Reduktion von 20 Prozent; d.h. 9 Prozent Ermässigung für die Geschäftshandys (gemäss GfS-Studie verfügen 9 Prozent der Befragten über zwei Handys, vgl. dazu vorne Ziff. II/9) und die restlichen 11 Prozent werden als 'Einführungsrabatt' gewährt. Dies ergibt eine Vergütung von CHF 0.20 pro GB. Mit der Berücksichtigung der Anteile geschützter Werke und Leistungen im Verhältnis zum gesamten Speicher kann im Übrigen die Frage der Potentialbesteuerung offen gelassen werden (vgl. vorne Ziff. 11).

140

Von Nutzerseite wird zudem verlangt, dass die Entschädigung gemäss *GT 4e* nach halber Tarifdauer um die Hälfte zu reduzieren sei. Dies erscheint der Schiedskommission indessen nicht opportun, da bei der vorliegenden Prüfung der Angemessenheit auf die aktuellsten beigebrachten Zahlen abgestellt wurde. Dies gilt vor allem auch für die Durch-

schnittspreise pro GB des effektiven Verkaufspreises der Geräte. Damit wird der zwischenzeitlich eingetretene Preiszerfall berücksichtigt. Es gibt somit keinen Grund diesen Tarif nach der Hälfte der Gültigkeitsdauer weiter zu senken, zumal die Gültigkeitsdauer den Zeitraum vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 abdecken soll.

- 141 18. Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen und nachdem die Schiedskommission den Antrag der Verwertungsgesellschaften grundsätzlich gutgeheissen hat, verzichtet sie auf Ausführungen zu den Überlegungen der Verwertungsgesellschaften bezüglich der Ersparnisse der Konsumenten, falls die Berechnung gestützt auf die Einnahmen gemäss Art. 60 Abs. 1 Bst. a URG i.V.m. Art. 60 Abs. 2 URG erfolgen würde. Einer derartigen Berechnung könnte ohnehin - so wie es die Verwertungsgesellschaften zutreffend feststellen - lediglich eine Kontrollfunktion zukommen.
- 142 19. Die von den Verwertungsgesellschaften beigebrachte Übersicht (Beilage 3 vom 16.03.2010) belegt, dass sich auch im europäischen Ausland keine gefestigte Situation hinsichtlich der Vergütungshöhe zeigt und die meisten dieser ausländischen Regelungen noch nicht definitiv beschlossen sind. Der neu eingereichten Beilage 5 (Tarifübersicht Europa) der Eingabe der Verwertungsgesellschaften vom 12. September 2011 kann zudem entnommen werden, dass in etlichen europäischen Ländern solche Entschädigungen zwar erlassen, aber rechtlich noch nicht definitiv umgesetzt sind, bzw. dass solche Tarife erst in Planung sind. Dabei wird grundsätzlich unterschieden zwischen Tarifen für Speicherkarten und Tarifen für Mobiltelefone. Bei den Handys werden die Tarife pro Handy (z.B. mit oder ohne Touchscreen) oder nach Gigabyte Speicher erhoben. Eine Untergrenze lässt sich mit Ausnahme von Rumänien nicht feststellen. Weiter lässt sich dieser Übersicht entnehmen, dass die Schweiz nicht das teuerste Land, aber auch nicht das günstigste ist, sich somit in der Bandbreite der europäischen Länder bewegt.
- 143 Nebst der Tatsache, dass es hinsichtlich der Entschädigung für Mobiltelefone in Europa noch keine gefestigte Situation gibt, ist die rechtliche Situation in der Schweiz hinsichtlich einer Urheberrechtsvergütung auf Mobiltelefone nur schwerlich mit den unterschiedlichen Regelungen im europäischen Ausland vergleichbar. Aus diesen Gründen verzichtet die Schiedskommission auf die Vornahme eines Auslandvergleichs, wie sie dies ausnahmsweise im Verfahren betreffend den GT 4 (heute GT 4a; vgl. den Entscheid der Schiedskommission vom 21.12.1993, Ziff. II/d) getan hat.

144 20. In seinen Stellungnahmen vom 25. Mai 2009 bzw. vom 12. März 2010 verlangt Swisstream, dass sich der in Ziff. 2.4 des Tarifs enthaltene Begriff des Importeurs nach den zollrechtlichen Bestimmungen (MWST auf der Einfuhr von Gegenständen) richten soll.

145 Die Schiedskommission stellt fest, dass dieses Begehren von Swisstream nicht begründet wird. Es ist denn auch völlig unklar, was mit dieser Änderung bezweckt wird. Dieselbe Regelung wie sie im *GT 4e* vorgeschlagen wird, findet sich zudem auch in anderen Leerträgerтарifen wie insbesondere im *GT 4d*. Wie die Verwertungsgesellschaften geltend machen, müssten sie mit der von der Nutzerseite beantragten Regelung jedem einzelnen Nutzer nachweisen, dass er entsprechend der abgaberechtlichen Bestimmungen als Importeur gilt, was ohne Zugang zu den Zollunterlagen nur schwerlich möglich wäre. Die Schiedskommission hält die bisherige Regelung für praktikabel und bewährt und belässt somit den von den Verwertungsgesellschaften vorgeschlagenen Begriff des Importeurs im Tarif.

146 21. Mit der vorgenommenen Senkung der Vergütung bleibt die Schiedskommission unterhalb der Empfehlung des Preisüberwachers vom 29. Juni 2009. Im Übrigen geht sie davon aus, dass sie der Empfehlung 1 des Preisüberwachers in seiner Stellungnahme weitgehend nachgekommen ist. Wegen der erheblichen zeitlichen Verzögerung im Tarifgenehmigungsverfahren ist die Empfehlung 2 nicht realisierbar. Die Empfehlungen 3 und 4 richten sich an die Tarifpartner. Gemäss der dritten Empfehlung sollen diese angehalten werden, zu erheben, wie sich die Angebote unlimitierter Musik-Downloads entwickeln und wie stark diese genutzt werden. Die vierte Empfehlung fordert sie auf, eine Erhebung durchzuführen, wie hoch der Anteil der Musik ist, der von einem Vorgängerhandy direkt übernommen wird.

147 Wie sich der legale Musik Download in nächster Zeit entwickelt, dürfte im Rahmen weiterer Verhandlungsrunden ein zentraler Punkt sein und es ist davon auszugehen, dass die Parteien hierzu die erforderlichen statistischen Erhebungen vornehmen werden. Inwieweit die vierte Empfehlung sich auf die Angemessenheit des Tarifs auswirken kann, muss gegenwärtig offen bleiben und kann allenfalls Gegenstand einer künftigen Prüfung sein. Die Schiedskommission verzichtet gegenwärtig darauf, gestützt auf diese Empfehlungen weitere Massnahmen einzuleiten.

148 22. Eine Genehmigung der von den Verwertungsgesellschaften beantragten Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 führt zu einer rückwirkenden Inkraftsetzung des *GT 4e*. Eine rückwirkende Inkraftsetzung eines Tarifs im Rahmen der kollektiven Verwertung von Urheberrechten wurde bisher von der ESchK nicht vorgenommen, aber weder von ihr noch vom Bundesverwaltungsgericht oder vom Bundesgericht ausdrücklich ausgeschlossen.

149 So hat die Schiedskommission von Anfang an die Praxis verfolgt, für vergangene aufgrund eines tariflosen Zustands nicht vergütete Verwertungen urheberrechtlich geschützter Werke in einem nachfolgenden Tarif einen entsprechenden Ausgleich vorzunehmen (vgl. den Entscheid zur Leerträgervergütung vom 21. Dezember 1993). Damals prüfte die Schiedskommission zwar die Möglichkeit einer Rückwirkung, entschied sich aber letztlich für den Zuschlag und behielt diese Praxis in der Folge bei. Es ist nicht aussergewöhnlich, dass die Praxis des Tarifzuschlags ihren Ausgangspunkt bei den sogenannten Leerträgerтарifen hatte, da im Falle einer Rückwirkung bei diesen Tarifen die Vergütungen grundsätzlich nicht mehr auf die eigentlichen Nutzer bzw. die Konsumenten überwältzt werden können. Das indirekte Abgabesystem gemäss Art. 20 Abs. 3 URG zur Erfassung des Privatgebrauchs beruht auf der Überlegung, dass die vom Hersteller oder Importeur geschuldete Vergütung über den Kaufpreis auf den eigentlichen Nutzer überwältzt wird, welcher Werke und Leistungen zu seinem eigenen persönlichen Gebrauch aufnimmt oder überspielt.

150 Im vorliegenden Tarif verhandelten die Verwertungsgesellschaften bereits seit Mai 2008 mit den Nutzerverbänden über einen neuen Tarif für Mobiltelefone. In der Tarifeingabe vom 27. Februar 2009 war eine Gültigkeitsdauer vom 1. Oktober 2009 bis zum 31. Dezember 2010 vorgesehen. Gemäss dem vom Bundesverwaltungsgericht aufgehobenen Beschluss der ESchK vom 18. März 2010 sollte der *GT 4e* vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 gültig sein, wobei ein Zuschlag von CHF 0.05 für die verspätete Inkraftsetzung vorgesehen war.

151 Die Schiedskommission ist der Auffassung, dass die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in der Zeitspanne zwischen dessen vorgesehener Inkraftsetzung und der späteren Genehmigung des Tarifs nicht entschädigungslos sein kann. Im vorliegenden Fall würde aber die Erhebung eines Zuschlags in einer künftigen Tarifperiode für den Ausgleich einer derart langen Zeitspanne faktisch zu einer Verdoppelung der Vergütung füh-

ren. Eine derart massive Erhöhung ist aber weder angemessen noch den Konsumenten einer kommenden Tarifperiode zumutbar.

152

Eine rückwirkende Inkraftsetzung des GT 4e auf den 1. Juli 2010 könnte somit einen Teil dieser tariflosen Periode ausgleichen (vgl. dazu auch *Barrelet/Egloff*, a.a.O., N. 11 zu Art. 46 URG). Gemäss der Praxis des Bundesgerichts ist eine echte Rückwirkung allerdings nur ausnahmsweise zulässig. Die Rückwirkung ist nämlich nur rechtmässig, wenn sie ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist, zeitlich mässig und durch triftige Gründe gerechtfertigt ist, keine stossenden Rechtsungleichheiten zur Folge hat und keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte darstellt (*Häfelein/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Rz. 331; BGE 125 I 182 E. 2.b cc). Art. 83 Abs. 2 URG sieht vor, dass Vergütungen für das Vermieten von Werkexemplaren, für den Eigengebrauch sowie die Verwendung von Ton- und Tonbildträgern seit Inkrafttreten des Gesetzes geschuldet sind, auch wenn sie erst mit der Aufstellung der entsprechenden Tarife geltend gemacht werden können. Die rückwirkende Inkraftsetzung eines Urheberrechtstarifs beruht in diesen Fällen auf einer gesetzlichen Grundlage. Im Beschluss vom 17. Januar 2006 betreffend den GT 4d hielt die Schiedskommission dazu fest, dass Art. 83 Abs. 2 URG eine Übergangsbestimmung ist und grundsätzlich nur Vergütungen, die ab Inkrafttreten des Gesetzes geschuldet waren, aber erst mit der Genehmigung des entsprechenden Tarifes geltend gemacht werden konnten, betreffe. In diesem Entscheid verneinte die ESchK die Anwendung von Art. 83 Abs. 2 URG auf nach dem Inkrafttreten des URG entstandene Vergütungen und sprach sich gegen eine analoge Anwendung dieser Bestimmung aus. An dieser Auffassung ist festzuhalten, obwohl gestützt auf Art. 83 Abs. 2 URG eine Rückwirkung des Tarifs nicht von vorneherein ausgeschlossen erscheint (vgl. dazu auch *Govoni/Stebler* in SIWR, 2. Aufl., S. 509 bzw. *Brem/Salvadé/Wild* in Stämpflis Handkommentar zum URG, N 8 zu Art. 46, S. 424). Sinn und Zweck von Art. 83 Abs. 2 URG ist es namentlich zu verhindern, dass zwischen dem Inkrafttreten des URG und der Genehmigung des Tarifs eine Lücke entsteht, während der die Berechtigten leer ausgehen (*Barrelet/Egloff*, a.a.O., N. 3 zu Art. 83 URG). Dieser Grundgedanke könnte grundsätzlich auch auf den vorliegenden Sachverhalt, in dem der tariflose Zustand durch die Entstehung einer neuen Nutzungsart urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen und nicht durch eine Gesetzesrevision begründet wird, übertragen werden. Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass eine entschädigungslose Verwertung von urheberrechtlich geschützten Werken und Leistungen nur im Ausnahmefall und lediglich während einer kurzen Übergangsphase zulässig ist.

153

Bei der Beurteilung der zeitlichen Verhältnismässigkeit ist insbesondere die Voraussehbarkeit entscheidend (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., Rz. 331). Am 18. März 2010 fällte die ESchK den ersten Beschluss betreffend den *GT 4e*. Da die Rückweisung des Bundesverwaltungsgerichts aus einem formellen Grund und damit ohne materielle Überprüfung des Tarifs erfolgte, mussten die Nutzer spätestens seit diesem Datum mit der Möglichkeit der Einführung des umstrittenen Tarifs rechnen (vgl. dazu auch BGE 133 II 263 E. 11.3). Ausserdem hat das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren betreffend *GT 4e* in der Zwischenverfügung vom 16. Juli 2010 (Ziff. 6.3) bezüglich der Gewährung der aufschiebenden Wirkung explizit festgehalten, dass die Abrechnung der während der von der ESchK genehmigten Gültigkeitsdauer geschuldeten Vergütungen auch später erfolgen kann. Obwohl die gesetzliche Grundlage des Tarifs umstritten war, mussten die Nutzer somit davon ausgehen, dass im Falle einer Tarifgenehmigung Vergütungen für die Gesamtheit der ursprünglich vorgesehenen Gültigkeitsdauer geschuldet sind. Unter diesen Voraussetzungen kann die Verhältnismässigkeit der Rückwirkung in zeitlicher Hinsicht nicht verneint werden, auch wenn sich die Rückwirkung auf einen Zeitraum von 18 Monaten erstreckt.

154

Weiter ist zu prüfen, ob triftige Gründe vorliegen, die eine rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifs rechtfertigen. Für die Schiedskommission steht fest, dass die Rechteinhaber für die lange tariflose Zeit entschädigt werden müssen, da andernfalls die gemäss Art. 20 Abs. 3 URG geschuldete Vergütung jahrelang hinausgezögert werden könnte. Dabei hat sich die Schiedskommission erneut mit der Möglichkeit des Zuschlags auseinandergesetzt. Wollte man indessen mit einem Zuschlag auf dem Nachfolgetarif des vorliegenden *GT 4e* den Vergütungen, die den Rechteinhabern seit dem 1. Oktober 2009 entgangen sind, vollumfänglich Rechnung tragen, müsste angesichts der erheblichen Verzögerung die Tarifhöhe beinahe verdoppelt werden. Bei den Leerträgertarifen wird die Vergütung über ein indirektes Abgabesystem entrichtet. Vergütungspflichtig ist der Hersteller oder Importeur des Leerträgers. Dabei ist es ihm überlassen, ob und in welchem Umfang er die Vergütung mittels eines Preisaufschlags auf den eigentlichen Nutzer, d.h. den Käufer des Musikhandys, überwälzt. Da der Nutzer und die vergütungspflichtige Person nicht identisch sind, hat ein Tarifzuschlag für vergangene nicht entschädigte Verwertungen zur Folge, dass der Käufer eines neuen Musikhandys für Nutzungen bezahlen muss, die er selber nie vorgenommen hat. Solche Zuschläge bewegten sich bis anhin im Rappenbereich. So erhob die ESchK im Beschluss vom 18. März 2010 mit der Genehmigung des *GT 4e* einen Zuschlag von CHF 0.05 für die Tarifverzögerung. Dagegen erscheint ein Zu-

schlag unverhältnismässig, wenn er nahezu zu einer Verdoppelung des Tarifs führt. Dies würde aber auch zu einem ungerechten Ergebnis für den künftigen Konsumenten führen, was es zu vermeiden gilt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die vergütungspflichtigen Personen in diesem Fall nicht selber für die Vergütungen der tariflosen Periode aufkommen müssen.

155

Es bleibt somit zu klären, ob es den Herstellern und Importeuren von Musikhandys nicht zuzumuten war, während der ursprünglich genehmigten Gültigkeitsdauer vorsorglich eine Vergütung auf den Verkaufspreis zu schlagen und entsprechende Rückstellungen zu tätigen. Zwar ist es gemäss dem Entscheid des Bundesgerichts vom 19. Juni 2007 i.S. *GT 4d* den Nutzern bei Unklarheiten zu einem neuen Tarif, insbesondere bezüglich der gesetzlichen Grundlage, nicht zuzumuten, Rückstellungen zu tätigen (vgl. BGE 133 II 263 E. 11.3). Eine Rückwirkung wurde in casu indessen lediglich verneint, weil sie auf Grund der vorliegenden Situation wenig sinnvoll war. Andererseits verlangte aber auch das Bundesgericht, dass weitere Verzögerungen zu vermeiden sind, weshalb der Tarif mit einer minimalen Umsetzungsfrist in Kraft gesetzt wurde (BGE 133 II 263 E. 11.3). Wie bereits dargelegt, mussten die Nutzerverbände nicht nur mit der Möglichkeit der Einführung des *GT 4e* rechnen, sondern auch einer Abrechnung für die Nutzungen, die seit Beginn der im aufgehobenen Entscheid der ESchK vorgesehenen Gültigkeitsdauer erfolgt sind (gemäss Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juli 2010, E. 6.3). Es ist daher davon auszugehen, dass die Vornahme von Rückstellungen im vorliegenden Fall durchaus zumutbar und auch durchführbar war. Im Wissen um das indirekte Tarifabgabesystem bei Leerträgern, das eine nachträgliche Einforderung der Vergütung beim ursprünglichen Nutzer ausschliesst, musste den Nutzerorganisationen bewusst sein, dass die einzige praktikable Möglichkeit zur möglichen Begleichung der Entschädigungen für vergangene Nutzungen eine vorsorgliche Tariferhebung bei den Konsumenten und die Bildung von Rückstellungen ist. Die Nutzer mussten damit zwar das Risiko tragen, im Falle einer Nichtgenehmigung des Tarifs die vorsorglich erhobenen Vergütungen an die Konsumenten rückerstatten zu müssen. Eine solche Rückabwicklung ist durchaus durchführbar, auch wenn sie mit einem gewissen Aufwand verbunden ist. Die Möglichkeit mittels Rückstellungen die Entschädigung für vergangene Nutzungen sicherzustellen, ist jedenfalls höher zu gewichten als das Risiko der Nutzerorganisationen, im Falle einer Nichtgenehmigung des Tarifs Rückerstattungen ausführen zu müssen. Folglich rechtfertigen diese Gründe eine rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifs. Aus der vorgehenden Interessensabwägung geht auch hervor, dass die Rückwirkung zu keinen stossenden

Rechtsungleichheiten oder Wettbewerbsverzerrungen führt. Damit sind die Voraussetzungen für eine rückwirkende Inkraftsetzung des *GT 4e* erfüllt. Die Schiedskommission beschliesst daher den *GT 4e* rückwirkend auf den 1. Juli 2010 mit einer Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2011 in Kraft zu setzen.

- 156 23. Gestützt auf die vorangehenden Berechnungen (Ziff. 17) ergibt sich eine Vergütung von CHF 0.25 pro GB. Da der Tarif erst auf Mitte 2010 in Kraft gesetzt werden kann, anstatt im Oktober 2009, wie dies die Verwertungsgesellschaften in ihrem ursprünglichen Antrag verlangten, wird ein Zuschlag von CHF 0.05 als gerechtfertigt erachtet. Gleichzeitig wird ein Abzug für Geschäftshandys und dafür vorgenommen, dass es sich hier um einen Einführungstarif handelt. Diese Abzüge wurden von der Schiedskommission mit CHF 0.05 bewertet (vgl. vorne Ziff. II/18). Damit ergibt sich im Resultat eine Entschädigung von CHF 0.25 pro Gigabyte.
- 157 24. Nach Anhörung der Verwertungsgesellschaften beschliesst die Spruchkammer den *GT 4e* mit der geänderten Ziff. 4.1 (Vergütung von CHF 0.25 statt CHF 0.38) zu genehmigen. Die Gültigkeitsdauer wird mit Zustimmung der Verwertungsgesellschaften vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 festgelegt.
- 158 25. Auf die Auferlegung von Kosten für die Sitzungen vom 24. August 2009 sowie vom 2. September 2009, an denen vorwiegend ein Ausstandsgesuch behandelt werden musste, wird verzichtet. Die Schiedskommission hat geprüft, ob den beiden Nutzerverbänden Swisstream und SWICO die durch ihre Ausstandsbegehren vom 13. bzw. vom 26. September 2011 entstandenen Kosten gestützt auf Art. 16b Abs. 3 URV aufzuerlegen sind. Dies wäre insbesondere möglich, falls ein Begehren trölerisch oder unnötig ist. Die Ausstandsgesuche wurden von der restlichen Spruchkammer indessen intensiv beraten (vgl. die Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2011) und nicht als offensichtlich unbegründet erachtet. Die entsprechenden Kosten werden damit zur Hauptsache geschlagen. Die Gebühren und Auslagen dieses Verfahrens richten sich nach Art. 16a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a und d URV (in der Fassung vom 1. Juli 2008) und sind gemäss Art. 16b URV unter solidarischer Haftung von den am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaften unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlungen zu tragen. Auf die Erhebung einer weiteren Spruchgebühr (zusätzlich zu derjenigen, die mit Beschluss vom 18. März 2010 erhoben wurde) wird verzichtet, dagegen werden die zusätzlichen Verfahrenskosten in Rechnung gestellt.

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Der *Gemeinsame Tarif 4e* (Vergütung auf digitalen Speichern in Mobiltelefonen, die zum privaten Überspielen verwendet werden) wird in der Fassung vom 16. März 2010 mit der von den Verwertungsgesellschaften am 12. September 2011 bzw. am 6. Oktober 2011 beantragten Änderung der Gültigkeitsdauer vom 1. Juli 2010 bis zum 31. Dezember 2011 (Ziff. 9.1 *GT 4e*) sowie der folgenden gestützt auf Art. 15 Abs. 1 URV vorgenommenen Änderung genehmigt:

1.1. Die Vergütung gemäss Ziff. 4.1 *GT 4e* wird auf CHF 0.25 je Gigabyte (GB) festgelegt.

[...]