



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 1. Mai 2012 betreffend den Gemeinsamen Tarif 4d (GT 4d)

Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahme-
geräten

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

1. Die Gültigkeitsdauer des *Gemeinsamen Tarifs 4d* (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddisks in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten), den die Schiedskommission mit Beschluss vom 18. November 2010 genehmigt hat, läuft am 30. Juni 2012 ab. Mit Eingabe vom 28. November 2011 beantragen die an diesem Tarif beteiligten fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs (SSA), SUISA, Suissimage und Swissperform unter der Federführung der

SUISA den bestehenden *GT 4d* um 18 Monate bis zum 31. Dezember 2013 zu verlängern.

2. Gemäss Angaben der Verwertungsgesellschaften betragen die Einnahmen aus dem *GT 4d* im Jahr 2010 Fr. 6'866'911 und im Jahr 2011 (per 30.09.2011) Fr. 3'625'282.

Hinsichtlich der Verhandlungen geben die Verwertungsgesellschaften an, die Tarife *GT 4d* und *GT 4e* anfänglich gemeinsam verhandelt zu haben, da der Kreis der Verhandlungspartner für diese beiden Tarife identisch sei (vgl. vorne S. 2). An den drei Sitzungen im Frühjahr 2011 sei hinsichtlich des *GT 4d* hauptsächlich die Erhebung neuer Nutzungsdaten durch das Forschungsinstitut GfS Verhandlungsgegenstand gewesen. Für weitere materielle Diskussionen habe das Ergebnis dieser neuen Erhebung abgewartet werden müssen, weshalb die Verhandlungen bis zum Herbst 2011 sistiert worden seien. Nach Wiederaufnahme der Gespräche forderten die Verwertungsgesellschaften eine Erhöhung der Vergütungen, während die Nutzerverbände eine Senkung verlangten. Schliesslich hätten die Verwertungsgesellschaften den Vorschlag von Swisstream akzeptiert und einer Verlängerung des bestehenden Tarifs zugestimmt. Dies allerdings unter der Voraussetzung, dass sich alle Verbände dem Vorschlag von Swisstream anschliessen, was im Nachgang zur Sitzung vom 2. November 2012 auch der Fall gewesen sei (vgl. die Zustimmungserklärungen von DUN, economiesuisse, SWICO, Swisstream und SKS [auch für Kf, ACSI und FRC] gemäss Gesuchsbeilage 9).

3. Zur Angemessenheit des *GT 4d* im Rahmen der beantragten Verlängerung verweisen die Verwertungsgesellschaften auf die ständige Rechtsprechung der Schiedskommission und des Bundesgerichts, wonach die ausdrückliche und stillschweigende Zustimmung der Verhandlungspartner zu einem neuen Tarif es erlaube, auf die Überprüfung der Angemessenheit nach Art. 59 f. URG zu verzichten. Im vorliegenden Fall gebe es auch keine Umstände, die der Annahme widersprechen würden, wonach der Tarif einer unter einem Konkurrenzverhältnis zustande gekommenen Einigung gleichkomme. Die Verwertungsgesellschaften halten indessen fest, dass die Einigung nur für die Dauer der beantragten Verlängerung gilt und ohne Präjudiz für einen künftigen Tarif ist. Zudem weisen sie darauf hin, dass die Verhandlungspartner uneinig waren, wie der Abzug gemäss Art. 19 Abs. 3^{bis} URG zu berücksichtigen ist und man sich grundsätzlich

nicht über die Art der Berechnung der Tarifsätze einigen konnte. Die Verwertungsgesellschaften erläutern daher in ihrer Eingabe ihre Berechnungsweise.

Diese Berechnungen stützen sie auf Angaben zum Nutzerverhalten aus einer GfS-Umfrage vom Mai/Juni 2011 sowie auf die seitens der Nutzerverbände zur Verfügung gestellten GfK-Daten zu Verkaufsmengen und Preisen. Gemäss dem von ihnen angewandten Berechnungsmodell kommen die Verwertungsgesellschaften auf Tarifbeträge von Fr. 1.7745 pro Gigabyte Speicherkapazität für den Bereich Audio und von Fr. 0.1526 für den Bereich Video. Da es aber nicht für jede Werkkategorie möglich gewesen sei, die erforderlichen Detailangaben zum Anteil nicht urheberrechtlich geschützter Werke bzw. freier Werke sowie zum Anteil der direkt aus dem Internet gegen Bezahlung bezogener Werke zu ermitteln, erachten sie diese Vergütungen tendenziell als zu niedrig.

Mit einem weiteren Berechnungsmodell, welches auf der Ersparnis der Konsumenten beruht, ergeben sich gemäss den Verwertungsgesellschaften Tarifbeträge von Fr. 1.27 pro Gigabyte für den Audibereich und Fr. 0.22 pro Gigabyte für den Videobereich, wobei auch diese Beträge tendenziell zu niedrig seien, da in der GfS-Umfrage nur nach gratis aus dem Internet bezogenen Werken gefragt worden sei, aber im audiovisuellen Bereich auch Aufnahmen aus dem Fernsehen zu berücksichtigen wären.

Daraus schliessen die Verwertungsgesellschaften, dass sich nach beiden Berechnungsmodellen Vergütungen ergeben, die weit über den heutigen - zur Verlängerung beantragten - Tarifbeträgen liegen. Das Einverständnis der Verwertungsgesellschaften zum *GT 4d* gelte daher ausschliesslich und ohne Präjudiz für den Zeitraum vom 1. Juli 2012 bis 31. Dezember 2013. Für künftige Tarifperioden wird eine genauere Überprüfung der Angemessenheit vorbehalten.

4. Mit Präsidialverfügung vom 15. Dezember 2011 wurde gestützt auf Art. 10 Abs. 2 URV die Tarifeingabe den Verhandlungspartnern zur Stellungnahme zugestellt. Den Vernehmlassungsadressaten wurde eine Frist bis zum 30. Januar 2012 angesetzt, um sich zum Antrag zu äussern; dies unter Hinweis darauf, dass im Säumnisfall Zustimmung zum Verlängerungsantrag angenommen werde.

Mit Schreiben vom 30. Januar 2012 bestätigte SWICO sein Einverständnis zur Tarifverlängerung, wies aber gleichzeitig - wie in seiner an die Verwertungsgesellschaften gerichteten Zustimmungserklärung vom 8. November 2011 - darauf hin, dass das Einverständnis des SWICO unpräjudizierlich für die Zukunft erfolge. Der SWICO behält sich im Hinblick auf die Angemessenheitsprüfung ausdrücklich vor, bei künftigen Verhandlungen zum vorliegenden wie auch zu verwandten Tarifen neue Berechnungsgrundlagen und aktualisiertes Zahlenmaterial vorzubringen.

Die Konsumentenorganisationen wiederholten mit Schreiben vom 30. Januar 2012 ebenfalls ihre Zustimmung zur Verlängerung des *GT 4d*. Von den übrigen Nutzerverbänden, die im Rahmen der Vernehmlassung keine Stellungnahme einreichten, liegen ihre gegenüber den Verwertungsgesellschaften abgegebenen Zustimmungserklärungen zur Verlängerung des *GT 4d* bei den Akten (vgl. Beilage 9 der Tarifeingabe).

5. Mit Präsidialverfügung vom 9. Februar 2012 wurde gestützt auf Art. 57 Abs. 2 URG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 URV die Spruchkammer zur Behandlung der Tarifeingabe eingesetzt. Gleichzeitig wurde dem Preisüberwacher gemäss Art. 15 Abs. 2^{bis} des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG) die Tarifvorlage zur Stellungnahme unterbreitet.

Mit Antwort vom 14. Februar 2012 verzichtete der Preisüberwacher auf die Abgabe einer formellen Empfehlung zur beantragten Tarifverlängerung. Dies begründet er mit dem Umstand, dass sich die Verwertungsgesellschaften mit den massgebenden Nutzerverbänden auf eine Verlängerung des bisherigen Tarifs einigen konnten.

6. Da die unmittelbar vom *GT 4d* betroffenen Nutzerverbände und -organisationen der beantragten Tarifverlängerung ausdrücklich zugestimmt haben und gestützt auf die Präsidialverfügung vom 16. Februar 2012 seitens der Mitglieder der Spruchkammer kein Antrag auf Durchführung einer Sitzung gestellt wurde, erfolgt die Behandlung der Tarifeingabe der Verwertungsgesellschaften gemäss Art. 11 URV auf dem Zirkulationsweg.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1. Der Antrag der fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs, SUISA, Suissimage und Swissperform auf Verlängerung des bisherigen *Gemeinsamen Tarifs 4d* (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten) um 18 Monate, d.h. vom 1. Juli 2012 bis zum 31. Dezember 2013 ist am 28. November 2011 und somit innert der in Art. 9 Abs. 2 URV festgelegten siebenmonatigen Frist eingereicht worden. Aus den entsprechenden Gesuchsunterlagen geht zudem hervor, dass die Verhandlungen im Sinne von Art. 46 Abs. 2 URG ordnungsgemäss durchgeführt worden sind.
2. Die Schiedskommission genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG), wobei sich die Angemessenheit der Entschädigung nach Art. 60 URG richtet.

Nach ständiger Rechtsprechung der Schiedskommission wird die Zustimmung der unmittelbar Betroffenen als Indiz für die Angemessenheit und damit die Genehmigungsfähigkeit eines Tarifes aufgefasst. Im Falle der Zustimmung der hauptsächlichen Nutzerverbände verzichtet sie demnach auf eine eingehende Prüfung gemäss Art. 59 f. URG. Die Schiedskommission stützt ihre diesbezügliche Praxis auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 7. März 1986, in dem festgestellt wurde, dass im Falle der Zustimmung der Nutzerseite zu einem Tarif davon ausgegangen werden kann, dass dieser Tarif annähernd einem unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertrag entspricht (Entscheide und Gutachten der ESchK, Bd. III, 1981-1990, S. 190). Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Entscheid vom 21. Februar 2011 betr. den GT 3c (E. 6.2., S. 17f.) befunden, dass eine solche Vermutung nicht bedeuten kann, dass gewichtige Anzeichen, die gegen eine solche Annahme sprechen, ausser Acht gelassen werden dürfen. Die Zustimmung der Nutzerverbände sei gemäss dem Entscheid des Bundesgerichts nicht als Anlass für eine formelle Kognitionsbeschränkung, sondern bloss als Indiz für die wahrscheinliche Zustimmung aller massgeblichen Berechtigten unter Konkurrenzverhältnissen anzusehen. Gewichtige Indizien, die gegen diese Annahme sprechen, dürften darum nicht ausgeklammert werden. Allerdings kann dies nach Auffassung der ESchK nicht bedeuten, dass sie nach Gründen suchen muss, weshalb der Tarif allenfalls nicht angemessen sein könnte, wenn keinerlei Indizien für eine Unangemessenheit nach Art. 59 f. URG vorliegen.

3. Die massgebenden Verhandlungspartner haben einer Verlängerung des *GT 4d* zugestimmt. Ihre Zustimmung gilt für die Dauer der Verlängerung auch hinsichtlich der Tariffhöhe, die während den Verhandlungen umstritten war. Unter Berücksichtigung des Einverständnisses der beteiligten Nutzerorganisationen zur beantragten Verlängerung des *GT 4d* und des Umstandes, dass der Schiedskommission keine weiteren Anhaltspunkte vorliegen, die dagegen sprechen würden, dass der Tarif nicht annähernd einem unter Konkurrenzverhältnissen zustande gekommenen Vertrag entspricht, ist beim *GT 4d* von einem Einigungstarif auszugehen. Die Schiedskommission kann deshalb davon ausgehen, dass der Tarif in seinem Aufbau und in seinen einzelnen Bestimmungen angemessen ist. Dass der Zustimmung der massgebenden Nutzerverbände und -organisationen anlässlich eines Tarifverfahrens ein hoher Stellenwert beizumessen ist, ergibt sich auch daraus, dass in diesem Fall gemäss Art. 11 URV keine Sitzung zur Behandlung der Vorlage einberufen werden muss, sondern die Genehmigung auf dem Zirkulationsweg erfolgen kann.

Die Schiedskommission nimmt zur Kenntnis, dass die Verwertungsgesellschaften und der Nutzerverband SWICO davon ausgehen, dass ihre Zustimmungen zu dieser Verlängerung künftige Tarifverhandlungen nicht präjudizieren sollen und dass insbesondere Vorbehalte zur Angemessenheit des Tarifs sowie dem Berechnungsmodell und der Berechnungsgrundlagen geäussert wurden. Zudem entnimmt die Schiedskommission der Tarifeingabe, dass zwischen den Verhandlungspartnern Uneinigkeit über den Abzug zur Berücksichtigung von Art. 19 Abs. 3^{bis} URG besteht. Da die Parteien trotz dieser Differenzen den *GT 4d* der Schiedskommission als Einigungstarif vorgelegt haben und der Preisüberwacher auf die Abgabe einer Empfehlung verzichtet hat, gibt die Tarifeingabe der Verwertungsgesellschaften zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Insbesondere muss sich die Schiedskommission in diesem Verfahren nicht zu den von den Verwertungsgesellschaften vorgelegten Berechnungsmodellen äussern. Eine entsprechende Prüfung ist aber bei Vorlage eines umstrittenen *GT 4d* nachzuholen. Der *GT 4d* wird daher antragsgemäss bis Ende 2013 verlängert.

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

III. Demnach beschliesst die Eidg. Schiedskommission:

1. Die Gültigkeitsdauer des mit Beschluss vom 18. November 2010 genehmigten *GT 4d* (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten) wird bis zum 31. Dezember 2013 verlängert.

[...]