Urteilskopf

133 II 263

24. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. SWICO und Mitb. gegen ProLitteris und Mitb. sowie Eid-genössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) 2A.53/2006 etc. vom 19. Juni 2007

Regeste (de):
Art. 19, 20, 46, 60 und 74 URG; Genehmigung des Gemeinsamen Tarifs 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten).

Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen den Genehmigungsentscheid der Schiedskommission (E. 2).

Kognition des Bundesgerichts (E. 4 und 8.2-8.4).

Handelt es sich bei den Konsumentenschutzorganisationen um massgebende Nutzerverbände, die in die Tarifverhandlungen einzubeziehen sind (E. 5)?

Gesetzliche Grundlage für eine urheberrechtliche Vergütung durch einen Gemeinsamen Tarif für dauerhaft in einem Aufnahmegerät eingebaute Speicher sowie austauschbare Speicher- oder Chipkarten (E. 7).

Grundsatz der Angemessenheit eines Tarifs (E. 8.1).

Regeste (fr):
Art. 19, 20, 46, 60 et 74 LDA; approbation du tarif commun 4d (redevance sur les supports de mémoire numériques type micropuces ou disques durs pour appareils enregistreurs audio et vidéo).

Recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral à l'encontre de la décision d'approbation de la Commission arbitrale (consid. 2).

Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (consid. 4 et 8.2-8.4).

Les organismes de défense des consommateurs sont-ils des associations représentatives des utilisateurs, qui ont le droit de participer à la négociation des tarifs (consid. 5)?

Base légale pour percevoir une redevance au titre du droit d'auteur par le biais d'un tarif commun applicable tant aux supports de données intégrés de manière permanente dans un appareil enregistreur qu'aux supports amovibles tels que les cartes mémoire et les cartes à puce (consid. 7).

Principe de l'équité d'un tarif (consid. 8.1).

Regesto (it):
Art. 19, 20, 46, 60 e 74 LDA; approvazione della tariffa comune 4d (tassa sui supporti di memorizzazione digitale come microchip oppure hard disk per apparecchi registratori audio e audiovisivi).

Ammissibilità del ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale contro la decisione d'approvazione della Commissione arbitrale (consid. 2).

Potere d'esame del Tribunale federale (consid. 4 e 8.2-8.4).

Le organizzazioni di difesa dei consumatori sono associazioni di rappresentanza degli utenti che devono essere coinvolte nella negoziazione delle tariffe (consid. 5)?

Base legale per riscuotere una tassa per i diritti d'autore mediante una tariffa comune applicabile sia ai supporti di dati integrati in modo permanente in un apparecchio registratore sia a quelli amovibili quali le carte memoria e le microchip (consid. 7).

Principio dell'adeguatezza di una tariffa (consid. 8.1).

Sachverhalt ab Seite 264

BGE 133 II 263 S. 264

Am 30. September 2004 bzw. 30. September 2005 unterbreiteten die fünf Verwertungsgesellschaften ProLitteris, Société suisse des auteurs, Schweizerische Gesellschaft für die Rechte der Urheber musikalischer Werke (SUISA), Suissimage und Swissperform unter der Federführung der SUISA der Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (nachfolgend: Schiedskommission) einen neuen Gemeinsamen Tarif 4d in der Fassung vom 27. September 2004 zur Genehmigung. Der neue Tarif sieht eine Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs und ähnlichen digitalen Leerträgern für das private Kopieren von Werken und Leistungen mit reinen Tonaufnahmegeräten und kombinierten audiovisuellen Aufnahmegeräten vor. Die Verwertungsgesellschaften gaben an, mit dem Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN), dem Schweizerischen Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (SWICO) sowie dem Verband der Schweizer Unternehmen (economiesuisse) Tarifverhandlungen geführt zu haben, die jedoch erfolglos geblieben seien. Der vorgesehene Gemeinsame Tarif 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten) lautete auszugsweise wie folgt:

BGE 133 II 263 S. 265

"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 "Leer-Datenträger" genannt). Als solche gelten nach diesem Tarif alle Arten von Chipkarten und Festplattenspeicher, die - in Audioaufnahmegeräten (z.B. mp3-Walkman, mp3-Jukebox, iPod, Audio-Harddiscrecorder), oder - in Videoaufnahmegeräten (z.B. Satelliten-Receiver mit eingebauter Harddisc, Set-Top-Boxen mit eingebauter Harddisc, TV-Geräten mit eingebauter Harddisc, DVD-Recorder mit eingebauter Harddisc) enthalten sind, oder zusammen mit solchen Geräten an Konsumenten abgegeben werden. Als Audio-/Videoaufzeichnungsgeräte im Sinne dieses Tarifs gelten jene Geräte mit Aufzeichnungsfunktion, die hauptsächlich für das Aufzeichnen und Abspielen geschützter Werke und Leistungen angeboten werden. 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, CD-R data und bespielbare DVD. Die

Vergütung für das private Überspielen auf solche Leerträger ist in anderen Tarifen geregelt. 1.4 Dieser Tarif ist nicht anwendbar auf in Personalcomputer eingebaute Festplatten. 2. Hersteller und Importeure
2.1 Der Tarif richtet sich an Hersteller und Importeure von Leer-Datenträgern. 2.2 Als Hersteller und Importeur gilt, wer diese Datenträger in ihrer handelsüblichen Form dem Handel in der Schweiz oder im Fürstentum Liechtenstein anbietet. 2.3 Unter diesen Tarif fallen auch bespielte Datenträger, sofern sie im Hinblick auf eine Verwendung als Datenträger für privates Kopieren angeboten werden. (...)
4. Vergütung
Die Vergütung beträgt:

4.1 für Chipkarten (...)
4.2 für Harddisc in Audio-Aufnahmegeräten: (...)
4.3 für Harddisc in Audiovisions-Aufnahmegeräten: (...)
4.4 Alle Vergütungen werden im Verhältnis 3:1 zwischen den Inhabern von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten aufgeteilt. 4.5 Die Vergütung wird verdoppelt für Leer-Datenträger, die der SUISA nicht gemäss den Bestimmungen dieses Tarifs gemeldet werden. 4.6 Alle Vergütungen verstehen sich ohne eine allfällige MWST, die zum jeweils aktuellen Steuersatz hinzukommt. 5. Massgebender Zeitpunkt für das Entstehen der 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. (...)
9. Gültigkeitsdauer
9.1 Dieser Tarif tritt mit der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt in Kraft und gilt für alle ab dem 1. Mai 2005 von den Importeuren oder Herstellern an den Detailhandel oder direkt an den Konsumenten verkauften Leer-Datenträger. Er gilt bis zum 31. Dezember 2007. 9.2 Bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse kann er vorzeitig revidiert werden." Das Präsidium der Schiedskommission holte dazu in der Folge Stellungnahmen der bereits beteiligten Nutzerverbände sowie neu von vier Konsumentenschutzorganisationen von regionaler und nationaler Bedeutung (Konsumentenforum [kf], Stiftung für Konsumentenschutz [SKS], Fédération romande des consommateurs [FRC]und Associazione consumatrici della Svizzera italiana [acsi]) ein. Überdies wurde der Preisüberwacher konsultiert. Mit Beschluss vom 17. Januar 2006 traf die Schiedskommission den folgenden (hier auszugsweise wiedergegebenen) Entscheid (dessen Begründung in sic! 1/2007 S. 21 ff. teilweise publiziert wurde): "1. Die Konsumentenschutzorganisationen (Associazione Consumatrici della Svizzera Italiana, Fédération romande des consommateurs, Konsumentenforum, Stiftung für Konsumentenschutz) sind keine massgebenden Nutzerverbände gemäss Art. 46 Abs. 2 URG und es kommt ihnen in diesem Verfahren somit keine Parteistellung zu. 2. Der Gemeinsame Tarif 4d (Vergütung auf digitalen Speichermedien wie Microchips oder Harddiscs in Audio- und audiovisuellen Aufnahmegeräten) wird in der Fassung vom 28. September 2005 mit den folgenden

Änderungen mit einer Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 2007 genehmigt: a) Ziff. 1.1 Abs.1:
(...)
- in Audioaufnahmegeräten, namentlich mp3-Walkman, mp3-Jukebox (sowie solche mit entsprechenden Kompressionsverfahren), iPod, Audio-Harddiscrecorder oder - in Videoaufnahmegeräten, namentlich Satelliten-Receiver mit eingebauter Harddisc, Set-Top-Boxen mit eingebauter Harddisc, TV-Geräte mit eingebauter Harddisc, DVD-Recorder mit eingebauter Harddisc, Digital Video Recorder (DVR) und Personal Video Recorder (PVR) mit eingebauter Harddisc (...)

b) Ziff. 1.1 neuer Absatz:
Die Verwertungsgesellschaften erstellen in Zusammenarbeit mit den Verbänden von Herstellern und Importeuren ein Verzeichnis dieser Kategorien von Trägern. c) Ziff. 4.1 für Chipkarten
- mit weniger als 512 Megabyte (MB) Speicherkapazität Fr. 0.0253 pro MB - mit weniger als 1 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.0178 pro MB - mit 1 aber weniger als 2 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.0145 pro MB - mit 2 aber weniger als 4 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.0078 pro MB - mit 4 und mehr Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.00467 pro MB Ziff. 4.2 für Harddisc in Audio-Aufnahmegeräten:
pro 1 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.469
Ziff. 4.3 für Harddisc in Audiovisions-Aufnahmegeräten:
pro 1 Gigabyte Speicherkapazität Fr. 0.346
d) Ziff. 9.1:
Dieser Tarif tritt am 1. März 2006 in Kraft und gilt für alle ab diesem Zeitpunkt von den Importeuren oder Herstellern an den Detailhandel oder direkt an den Konsumenten verkauften Leer-Datenträger. Er gilt bis zum 31. Dezember 2007. (...)"
Gegen diesen Beschluss der Schiedskommission gingen verschiedene Verwaltungsgerichtsbeschwerden beim Bundesgericht ein.

Am 27. Januar 2006 bzw. 1. Juni 2006 reichte der Schweizerische Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (SWICO) Beschwerde ein mit dem Antrag, den Tarifgenehmigungsbeschluss aufzuheben und den beantragten Tarif zur Fortsetzung der Verhandlungen zurückzuweisen, eventuell ihn nicht zu genehmigen, subeventuell den Tarif lediglich mit bestimmten Änderungen (Senkung einzelner Tarifposten) zu genehmigen (Verfahren 2A.53/2006 und 2A.338/2006). Mit Eingabe vom 1. Juni 2006 erhob auch der Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) mit analogen Anträgen Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht (Verfahren 2A.336/2006). In ihren Stellungnahmen in der Sache schliessen sich die übrigen Nutzerorganisationen jeweils den Anträgen der beschwerdeführenden Organisation im Wesentlichen an. Die Verwertungsgesellschaften beantragen in gemeinsamen Eingaben, auf die Rückweisungsbegehren sei nicht einzutreten, eventuell seien sie abzuweisen; im Übrigen seien die Beschwerden abzuweisen. Die Schiedskommission hat in allen Verfahren auf eine Vernehmlassung in der Sache verzichtet. Am 30. Mai 2006 reichten auch die Verwertungsgesellschaften in einer gemeinsamen Eingabe Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht gegen den Beschluss der Schiedskommission vom 17. Januar 2006 ein (Verfahren 2A.322/2006). Sie beantragen, die Beschwerde gutzuheissen und den strittigen Tarif lediglich mit bestimmten Änderungen (Erhöhung einzelner Tarifposten) zu genehmigen. Economiesuisse, der Schweizerische Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (SWICO) sowie der Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Die Schiedskommission hat wiederum auf eine Vernehmlassung verzichtet. Schliesslich führen auch die vier Konsumentenschutzorganisationen Fédération romande des consommateurs (FRC), Konsumentenforum (kf), Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) und Associazione consumatrici della Svizzera italiana (acsi) Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht gegen den Beschluss der Schiedskommission vom 17. Januar 2006 (Verfahren 2A.337/2006). Sie beantragen Eintreten auf ihre Beschwerde und Aufhebung des angefochtenen Entscheids. In einer gemeinsamen Stellungnahme beantragen die Verwertungsgesellschaften, auf die neu eingereichten Beweismittel sei nicht einzutreten und die Beschwerde gegen Ziffer 1 des Beschlusses der Schiedskommission (Verweigerung der Parteistellung

für die Konsumentenschutzorganisationen im Genehmigungsverfahren) sei abzuweisen. Sodann sei auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten, sie eventuell abzuweisen, als sie sich gegen Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides (d.h. gegen die Tarifgenehmigung) richte. Mit verschiedenen Verfügungen erteilte der Abteilungspräsident allen Beschwerden mit Ausnahme derjenigen der Verwertungsgesellschaften jeweils antragsgemäss die aufschiebende Wirkung.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Nach Art. 19 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1) dürfen veröffentlichte Werke zum Eigengebrauch verwendet werden. Für bestimmte Arten des Eigengebrauchs sieht allerdings Art. 20 URG Vergütungen vor. Insbesondere schuldet dem Urheber eine Vergütung für die Werkverwendungen zum Eigengebrauch, wer Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger herstellt oder importiert (Art. 20 Abs. 3 URG). Gemäss Art. 46 URG stellen die Verwertungsgesellschaften für die von ihnen geforderten Vergütungen Tarife auf (Abs. 1); sie verhandeln über die Gestaltung der einzelnen Tarife mit den massgebenden Nutzerverbänden (Abs. 2); sie legen die Tarife der Schiedskommission zur Genehmigung vor und veröffentlichen die genehmigten Tarife (Abs. 3; vgl. auch Art. 55 URG). Sind mehrere Verwertungsgesellschaften im gleichen Nutzungsbereich tätig, so stellen sie für die gleiche Verwendung von Werken oder Darbietungen einen gemeinsamen Tarif nach einheitlichen Grundsätzen auf (Art. 47 Abs. 1 URG).

2.2 Gegen Verfügungen der Schiedskommission kann beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt werden, wobei die Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege gelten (Art. 74 Abs. 2 und 3 URG; Art. 97 Abs. 1 OG [BS 3 S. 531]in Verbindung mit Art. 5 VwVG und Art. 98 lit. e OG). Art. 99 Abs. 1 lit. b OG schliesst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zwar grundsätzlich aus gegen Verfügungen über Tarife; die Bestimmung gilt jedoch nicht auf dem Gebiet der Verwertung von Urheberrechten. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde insbesondere gegen Tarifgenehmigungsentscheide der Schiedskommission offen (vgl. etwa die Urteile des

Bundesgerichts 2A.183/2006 vom 8. September 2006, E. 1.3, 2A.245/2000 vom 27. Oktober 2000, E. 1, 2A.141/1997 vom 16. Februar 1998, E. 1a, sowie 2A.142/1994 vom 24. März 1995, publ. in: JdT 1995 I S. 277, E. 1a). (...)

4.

4.1 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, gerügt werden (Art. 104 lit. a OG). Die Feststellung des Sachverhalts bindet das Bundesgericht, wenn eine richterliche Behörde als Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensicht-

lich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Da es sich bei der Schiedskommission im Tarifgenehmigungsverfahren um eine richterliche Behörde handelt, greift die Einschränkung von Art. 105 Abs. 2 OG (Urteile 2A.491/1998 vom 1. März 1999, E. 1b, teilweise publ. in: sic! 3/1999 S. 264, sowie 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 2a). Ausgeschlossen ist schliesslich die Rüge, der angefochtene Entscheid sei unangemessen (Art. 104 lit. c OG).

4.2 Mit der Anwendbarkeit von Art. 105 Abs. 2 OG wird die Möglichkeit, vor Bundesgericht neue Tatsachen vorzubringen und neue Beweismittel einzureichen, weitgehend eingeschränkt. Das Bundesgericht lässt diesfalls nur solche neue Tatsachen und Beweismittel zu, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte berücksichtigen müssen und deren Nichtbeachtung eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 97 E. 1c S. 99 f., BGE 121 II 110 E. 2c S. 114).

5.

5.1 Nach Art. 46 Abs. 2 URG verhandeln die Verwertungsgesellschaften über die Gestaltung der einzelnen Tarife mit den massgebenden Nutzerverbänden. Nachdem die Schiedskommission im Rahmen der Verfahrensinstruktion zunächst von einem Einbezug der grossen schweizerischen Konsumentenschutzorganisationen ins vorliegende Genehmigungsverfahren abgesehen hatte, wurde diesen später auf Empfehlung des Preisüberwachers doch noch die Gelegenheit erteilt, sich zur Sache zu äussern. Im angefochtenen Entscheid sprach ihnen die Schiedskommission dann allerdings die Parteistellung wiederum im Wesentlichen deshalb ab, weil sie nicht belegt hatten, vom fraglichen Tarif besonders betroffen zu sein; eine Mitwirkung der Konsumentenschutzorganisationen im Sinne einer

Anhörung vom Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei ohne Anspruch auf rechtliches Gehör schloss die Schiedskommission jedoch nicht aus.

5.2 Im Unterschied zur Ausgangslage bei anderen Tarifen wird der hier für die Leerträgertarife massgebliche Eigengebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG unmittelbar vom Endverbraucher (”Konsumenten”) vorgenommen. Der Gesetzgeber erklärte aber in Art. 20 Abs. 3 URG den Importeur oder Hersteller zum Schuldner der Vergütung. Diese Schuldnerverpflichtung führt konsequenterweise dazu, dass die Hersteller und Importeure bzw. deren repräsentative Verbände in Anwendung von Art. 46 Abs. 2 URG als Verhandlungspartner für die Bestimmung der Tarife beigezogen werden müssen. Sie erscheinen grundsätzlich auch geeigneter als reine Konsumentenschutzorganisationen, die den Werknutzern obliegende Pflicht zu erfüllen, bei den Verhandlungen alle Angaben und Zahlen zu unterbreiten, die erst die Überprüfung der Angemessenheit eines Tarifs erlauben (vgl. Art. 60 Abs. 1 URG in Verbindung mit Art. 51 URG sowie das Urteil des Bundesgerichts 2A.539/1996 vom 20. Juni 1997, E. 6b, publ. in: sic! 1/1998 S. 33 ff.). Immerhin werden die für die Vergütung anfallenden Kosten regelmässig auf die Endverbraucher überwälzt, weshalb es nicht ausgeschlossen ist, auch repräsentative Konsumentenschutzorganisationen als Verhandlungspartner anzuerkennen. Das Bundesgericht hat denn auch bereits festgehalten, Nutzer im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a URG seien die Verbraucher, die Leerträger (damals: Leerkassetten) für ihren eigenen Gebrauch kaufen und bespielen; dass es einen repräsentativen Verband der privaten Nutzer von Leerträgern (damals: Leerkassetten) gebe, der zur erforderlichen Interessenvertretung geeignet erscheine, sei jedoch nicht bekannt (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 1b/cc). An dieser Einschätzung ist grundsätzlich festzuhalten: Es ist nicht ersichtlich, weshalb repräsentative Konsumentenschutzorganisationen von vornherein nicht als Verhandlungspartner mit eigenen Parteirechten nach Art. 46 Abs. 2 URG in Frage kommen sollten. Voraussetzung wäre indessen, dass ihre Repräsentativität für den in Frage stehenden Tarif belegt ist.

5.3 Nach der Feststellung der Schiedskommission haben diejenigen Konsumentenschutzorganisationen, die im vorliegenden Verfahren eine Stellungnahme einreichten, es unterlassen, ihre Repräsentativität zu belegen bzw. insbesondere ihre Statuten einzureichen. Es lasse sich daher nicht beurteilen, inwiefern sie bzw. ihre

Mitglieder durch den strittigen Tarif besonders betroffen seien und inwiefern es zu ihren statutarischen Aufgaben gehöre, die Interessen von Urheberrechtsnutzern in fraglicher Hinsicht zu vertreten. Der allgemeine Anspruch, Konsumenteninteressen zu verfolgen, rechtfertige für sich allein eine Teilnahme an (auf spezifische Produkte ausgerichtete) Tarifverhandlungen noch nicht.

5.4 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht im Tarifgenehmigungsverfahren eine im Vergleich zum gewöhnlichen Verwaltungsverfahren erhöhte Mitwirkungspflicht der Parteien (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 8d). Dies muss auch für diejenigen Organisationen gelten, die für sich eine Parteistellung in Anspruch nehmen wollen. Die Frage des allfälligen Einbezugs von Konsumentenschutzorganisationen in das urheberrechtliche Tarifgenehmigungsverfahren ist nicht neu. Namentlich weist die Schiedskommission im angefochtenen Entscheid darauf hin, sich bereits im Jahre 2002 bei der Genehmigung der Gemeinsamen Tarife GT 4b und GT 4c damit befasst zu haben. Unter diesen Umständen oblag es in erster Linie den Konsumentenschutzorganisationen selbst, ihre Repräsentativität zu belegen, und war es nicht Aufgabe der Schiedskommission, hierzu von Amtes wegen die erforderlichen Abklärungen vorzunehmen. Die Konsumentenschutzorganisationen haben die einschlägigen Unterlagen bei der Vorinstanz indessen nicht eingereicht. Dies lässt sich auch nicht vor Bundesgericht nachholen, da es sich bei der Schiedskommission um eine gerichtliche Instanz handelt, die Abklärungen nicht von Amtes wegen zu treffen waren und keine wesentlichen Verfahrensvorschriften verletzt wurden. Die entsprechenden vor Bundesgericht nachgereichten Unterlagen erweisen sich demnach als unzulässige neue Beweismittel und sind aus dem Recht zu weisen (vgl. E. 4.2). Zwar kann es als notorisch gelten, dass die betreffenden Organisationen in allgemeiner Weise Konsumenteninteressen vertreten. Dass sie aber auch konkret im hier fraglichen Zusammenhang repräsentativ sind, wurde vor der Vorinstanz nicht belegt. Unter diesen Umständen verletzt es Bundesrecht nicht, dass die Schiedskommission den vier Konsumentenschutzorganisationen im vorliegenden Verfahren die Parteistellung abgesprochen hat. Deren Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher insoweit abzuweisen.

5.5 Daraus ergibt sich auch, dass die Konsumentenschutzorganisationen nicht legitimiert sind, den Tarifgenehmigungsentscheid der

Schiedskommission in der Sache anzufechten, weshalb insofern auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden kann. (...)

7.

7.1 Nach Art. 20 Abs. 3 URG schuldet, wer Leerkassetten und andere zur Aufnahme von Werken geeigne-

te Ton- und Tonbildträger herstellt oder importiert, dem Urheber eine Vergütung für Werkverwendungen zum Eigengebrauch. Über Art. 38 URG findet Art. 20 Abs. 3 URG auch Anwendung auf die verwandten Schutzrechte. Die beteiligten Nutzerverbände bestreiten, dass Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende gesetzliche Grundlage für den GT 4d darstellt, und zwar sowohl hinsichtlich der dauerhaft in einem Aufnahmegerät eingebauten Speicher (so genannte "Harddiscs") als auch der austauschbaren Speicher- oder Chipkarten (so genannte "Flash Memories"). Nach ihrer Auffassung stellt der fragliche Tarif eine verkappte Geräteabgabe dar bzw. enthält er zumindest Elemente einer solchen. Eine Gerätevergütung sehe das Gesetz aber gerade nicht vor und dürfe nur durch eine Gesetzesrevision eingeführt werden.

7.2 Ob Art. 20 Abs. 3 URG eine genügende Grundlage für den hier strittigen GT 4d abgibt, ist durch Auslegung zu bestimmen. Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Vom Wortlaut kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (vgl. BGE 131 II 13 E. 7.1 S. 31 mit Hinweisen).

7.2.1 Nach dem Wortlaut unterstehen alle zur Aufnahme von Werken geeignete Ton- und Tonbildträger der Vergütungspflicht. Der Gesetzestext ist insofern recht weit gefasst. Harddiscs und Flash Memories sind zur Aufnahme von Werken geeignet, und sie können, nebst anderen Funktionen, auch als Ton- und Tonbildträger dienen. Rein vom Wortlaut her fallen sie daher, wenn auch nicht ohne weiteres im Rahmen einer Prima-facie-Prüfung (vgl. die Präsidialverfügung vom 20. Februar 2006, E. 3.2.1, im Verfahren 2A.53/2006), so doch aufgrund einer vertieften Analyse in den Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 3 URG.

7.2.2 Mit der ausdrücklichen Beschränkung der Leerträgervergütung auf geeignete Träger wollte der Gesetzgeber einzig Tonträger von der Abgabe ausschliessen, die nicht für Werkverwendungen bestimmt sind. Im Übrigen war die gesetzliche Regelung zwar von der - damals vorrangigen - Frage der Leerkassetten geleitet, im Parlament wurde aber auf mögliche neue digitale Speichermedien hingewiesen (vgl. AB 1992 N S. 41 f.). Wie die Schiedskommission zu Recht erwägt, wollte der Gesetzgeber solche technischen Änderungen offenbar nicht von der Vergütungspflicht ausschliessen, hätte er doch sonst nicht eine derart offene gesetzliche Bestimmung zu erlassen brauchen. Erfasst werden somit Träger, die wegen des ihnen zugedachten Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungs- oder Wiedergabeeigenschaften für die Aufzeichnung geschützter Werke bestimmt sind und wahrscheinlich dafür verwendet werden (CHRISTOPH GASSER, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, S. 166 f.). Dazu zählen auch neue digitale Speichermedien (vgl. GASSER, a.a.O., S. 168).

7.2.3 Eine solche Auslegung von Art. 20 Abs. 3 URG entspricht dem Gesetzeszweck. Ziel des Gesetzgebers war es, einen umfassenden Schutz der Rechteinhaber für ihre Werke und Leistungen und insbesondere auch für die Nutzung derselben einzurichten bzw. ihnen eine angemessene Entgeltung zu garantieren, soweit die Nutzung gesetzlich freigegeben wurde (vgl. etwa BBl 1 BGE 984 III 173 ff. und 1 BGE 989 III 477 ff.). Die Abgabe für digitale Leerträger, die sich in Geräten befinden, welche zur Aufnahme von Musik- und Filmwerken geeignet sind, dient der Vergütung für die private und persönliche Verwendung eines urheberrechtlich geschützten Werkes durch Kopieren, wodurch die Kosten für die Anschaffung eines Werkexemplars eingespart werden (vgl. BGE 108 II 475 ff., insbes. E. 3 S. 480 ff.). Genau solche Vorgänge sollen mit der Abgabe für die Verwendung zum Eigengebrauch abgegolten werden. Digitale Vervielfältigungen bieten denn auch eine besondere Qualität und vermögen grundsätzlich noch mehr Personen vom Kauf der auf dem Markt angebotenen Werkexemplare abzuhalten als analoge Kopien (GASSER, a.a.O., S. 177).

7.3 Damit fallen solche neuen digitalen Speichermedien, die zusammen mit einem Aufnahmegerät bzw. für einen entsprechenden Einsatz angeboten werden, grundsätzlich unter den Begriff der Leerträger nach Art. 20 Abs. 3 URG. Zu prüfen bleibt, ob allenfalls zwischen auswechselbaren Flash Memories oder Speicherchips und fest

eingebauten Speichern (Harddiscs) zu unterscheiden ist. Der im Gesetz ausdrücklich erwähnte Fall der Leerkassetten könnte nämlich allenfalls nahelegen, nur solche Speicher als abgabebelastete Leerträger anzuerkennen, die vom Lesegerät abgelöst und gegebenenfalls wiederum in einem anderen Lesegerät eingesetzt werden können. In der Literatur werden denn auch teilweise lediglich solche auswechselbare Trägersysteme (wie Ton- und Videokassetten, Tonbänder, compact discs und DVD) als Beispiele für die Vergütungspflicht aufgeführt (vgl. etwa DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N. 10 zu Art. 20 URG). Allerdings hinkt auch das Schrifttum der technologischen Entwicklung zwangsläufig hinterher.

7.3.1 Im Jahr 2004 lehnte der Ständerat eine Motion zur Einführung einer Vergütung für Geräte mit eingebauten Speichern ab, nachdem sie zuvor vom Nationalrat angenommen worden war (AB 2004 N S. 1224 und 2005 S S. 835 f.). Nach entsprechendem Widerstand in der Vernehmlassung sah in der Folge auch der Bundesrat von der Einführung einer allgemeinen Geräteabgabe ab (BBl 2006 S. 3389 ff., insb. S. 3406). Einerseits wird dazu in der Literatur ausgeführt, damit würden unter anderem die (hier interessierenden) MP3-Geräte anvisiert (so wohl IVAN CHERPILLOD, Schranken des Urheberrechts, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1, 2. Aufl., Bern/Genf/München 2006, S. 283 Anm. 84). Andererseits fällt auf, dass selbst der Dachverband der Urheber- und Nachbarrechtsnutzer (DUN) die Geräteabgabe unter anderem mit dem Argument bekämpfte, dass das Vervielfältigen von Werken zum Eigengebrauch bereits heute über ein Vergütungssystem entschädigt werde, das sowohl im analogen als auch im digitalen Bereich zur Anwendung komme (vgl. BBl 2006 S. 3405). Zu beachten ist denn auch, dass sich die Geräteabgabe vor allem auf grössere Speichermedien wie Festplatten in Personal Computern bezogen hätte. Solche Speichermedien werden in der Regel nur nebenbei auch für das Kopieren geschützter Werke verwendet und dienen in erster Linie anderen Nutzungen (wie der Verwendung von Schreib-, Mail- und Internetprogrammen oder Computerspielen). Der Verzicht auf eine allgemeine Geräteabgabe kann daher nicht bedeuten, dass davon potentiell miterfasste 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 vornherein nach dem bisherigen System der Leerträgerabgabe

von einer Vergütung nach Art. 20 Abs. 3 URG ausgenommen sind, solange es keine Geräteabgabe gibt.

7.3.2 Zu berücksichtigen sind ferner die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz. Diese hat sich sowohl im Rahmen der Berner Übereinkunft (Art. 9 Abs. 2 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971 [RBÜ; SR 0.231.15]) als auch im TRIPS-Abkommen (Art. 13 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum [SR 0.632.20 Anhang 1C S. 362 ff.]) verpflichtet, weder die normale Auswertung eines Werks zu beeinträchtigen, noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar zu verletzen. Das ruft nach einer Auslegung von Art. 20 Abs.

3 URG, welche die Rechte der Urheber im Sinne dieser Bestimmungen wahrt. Die Vergütung hat sich dabei technologieneutral auf alle Trägersysteme zu erstrecken, die sich für Ton- und Tonbildaufnahmen eignen und vorrangig dafür Anwendung finden. Es rechtfertigt sich daher nicht, nur diejenigen Leerträger zu belasten, die austauschbar sind, nicht aber diejenigen, die fest eingebaut werden, sich aber ebenfalls zur Aufnahme urheberrechtlich geschützter Werke eignen und dafür tatsächlich auch vorrangig verwendet werden.

7.3.3 Wie die Schweiz ihren staatsvertraglichen Verpflichtungen nachkommen will, ist ihr grundsätzlich selbst überlassen. Wenig hilfreich sind daher rechtsvergleichende Erwägungen. Wie die vorliegenden Rechtsschriften belegen, finden sich in verschiedenen Staaten gestützt auf differierende gesetzliche Grundlagen unterschiedliche Rechtsprechungen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Rechtslage in einem bestimmten Land mit derjenigen in der Schweiz besonders vergleichbar wäre, weshalb rechtsvergleichende Überlegungen nicht weiter helfen. Dass die Schweiz sich grundsätzlich verpflichtet hat, die Rechte der Urheber umfassend zu schützen, wird dadurch nicht relativiert.

7.3.4 Insgesamt fallen damit fest eingebaute Speicher (Harddiscs) ebenfalls unter den Begriff der Leerträger im Sinne von Art. 20 Abs. 3 URG, soweit sie derselben bzw. einer vergleichbaren Nutzung dienen wie auswechselbare Speichermedien (Flash Memories) in den vom GT 4d erfassten Verwendungsformen. Die von den Verwertungsgesellschaften und der Schiedskommission insoweit angebrachten Präzisierungen gewährleisten grundsätzlich eine Beschränkung der Anwendbarkeit des fraglichen Tarifs GT 4d auf Leerträger, die

nicht nur wegen des ihnen zugedachten Nutzungszwecks und ihrer Aufzeichnungs- oder Wiedergabeeigenschaften für die Aufzeichnung geschützter Werke bestimmt sind, sondern auch wahrscheinlich dafür gebraucht werden.

7.4 Fraglich erscheint einzig, ob die Verwendung des Begriffs "namentlich" im angefochtenen Entscheid den Zweck erfüllt, den ihm die Schiedskommission zuzumessen scheint. Nach der Begründung des angefochtenen Entscheids dient er der Einschränkung der Aufzählung. "Namentlich" ist jedoch im Wesentlichen ein Synonym zu "insbesondere" und hat gerade nicht ausschliessliche, sondern lediglich beispielhafte Wirkung. Die Schiedskommission hat indessen in den Erwägungen und im Dispositiv (Ziff. 2b) klargestellt, dass künftige technische Neuerungen nicht automatisch unter die Vergütungspflicht fallen, sondern dieser nur durch die Aufnahme in eine gemeinsam von den Verwertungsgesellschaften und Nutzerorganisationen geführten Liste unterstellt werden dürfen. Damit genügt die Eingrenzung der erfassten Leerträger, um das Vorliegen einer genügend bestimmten gesetzlichen Grundlage für den fraglichen Tarif GT 4d zu bejahen.

8.

8.1 Art. 60 URG schreibt für die Tarife den Grundsatz der Angemessenheit fest (dazu BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 1 f. zu Art. 60 URG; CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern/Genf/München 2006, S. 496 ff.). Konkretisierend wird in Art. 60 Abs. 1 URG ausgeführt, dass bei der Festlegung der Entschädigung die folgenden Kriterien zu berücksichtigen sind: 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 (lit. a); die Art und Anzahl der benutzten Werke, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen (lit. b); das Verhältnis geschützter zu ungeschützten Werken, Darbietungen, Ton- oder Tonbildträger oder Sendungen sowie zu anderen Leistungen (lit. c). Nach Art. 60 Abs. 2 URG beträgt die Entschädigung in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands für

die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte; sie ist jedoch so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten.

BGE 133 II 263 S. 278

8.2 Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei den in Art. 60 URG genannten Kriterien um verbindliche Vorgaben für die Schiedskommission und nicht um blosse Ermessensrichtlinien. Dabei ist davon auszugehen, dass Art. 60 URG unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, deren Auslegung und Anwendung grundsätzlich vom Bundesgericht überprüft werden können. Allerdings auferlegt sich das Bundesgericht, auch soweit Rechtsfragen streitig sind, bei der Überprüfung von Entscheiden spezialisierter Behörden eine gewisse Zurückhaltung, wenn besondere fachtechnische Fragen anstehen (vgl. etwa BGE 132 II 257 E. 3.2 S. 262 f.; BGE 131 II 13 E. 3.4 S. 20; BGE 126 II 111 E. 3b; BGE 125 II 591 E. 8a S. 604). Der Gesetzgeber hat die Beurteilung der Tarife einem besonders sachkundigen Gremium, der Schiedskommission, übertragen, in der sowohl die Urheber als auch die Werknutzer vertreten sind. Die von Art. 60 URG vorgegebenen Kriterien sind zum Teil sehr offen formuliert und lassen der Schiedskommission bei ihrer Anwendung und Gewichtung einen grossen Beurteilungsspielraum. Dieser ist auch vom Bundesgericht zu respektieren: Es muss zwar im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde überprüfen, ob die in Art. 60 URG genannten Kriterien von der Schiedskommission richtig ausgelegt und in ihrem Entscheid berücksichtigt wurden; dagegen ist die Prüfungsdichte einzuschränken, soweit es um die nur beschränkt justiziable Frage geht, wie diese Faktoren im konkreten Fall zu gewichten sind und sich zahlenmässig auf den zu genehmigenden Tarif auswirken. Im Ergebnis läuft dies, wie bei Vorliegen eines Ermessensspielraums, auf die Frage hinaus, ob die Schiedskommission ihren Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht hat (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 2b).

8.3 Lässt sich bei der Festlegung eines Tarifs Gesetz und Verordnung keine Vorschrift für eine bestimmte Methode entnehmen, steht es sodann in der Gestaltungsfreiheit der zuständigen Behörde, hier der Schiedskommission, methodisch so vorzugehen, wie ihr dies am geeignetsten erscheint. Dabei muss sie freilich die gesetzlichen Grundsätze - bzw. den entsprechend vorgegebenen Rahmen - einhalten, eine für die Wahrung dieser Vorgaben taugliche und in sich konsistente Vorgehensweise wählen und diese Methode konsequent und in nachvollziehbarer Weise umsetzen. Die Behörde hat dabei eine unabhängige, neutrale und möglichst objektive Haltung einzunehmen (vgl. BGE 132 II 257 E. 6.3 S. 276).

BGE 133 II 263 S. 279

8.4 Das Bundesgericht hat schon im Leerkassetten-Entscheid (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, insb. E. 5 ff.) die damals von der Schiedskommission verwendete Methode zur Bestimmung des Gemeinsamen Tarifs in Anwendung von Art. 20 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 60 URG geprüft und grundsätzlich für zulässig und insbesondere gesetzmässig erklärt. Im vorliegenden Zusammenhang hat sich die Schiedskommission erneut weitgehend auf die gleiche Methode abgestützt. Was die Parteien dagegen einwenden, ist nur dahingehend zu prüfen, ob die Schiedskommission das ihr bei der Festlegung des Tarifs zustehende Ermessen und den entsprechenden Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht hat. Dabei ist nicht auf alle Details einzugehen, sondern es genügt, das methodische Vorgehen der Vorinstanz in grundsätzlicher Weise unter Berücksichtigung der hauptsächlichen Kritikpunkte zu prüfen.

9.

9.1 Die Nutzerorganisationen machen im Wesentlichen geltend, das auf austauschbare Leerträger zugeschnittene Vorgehen sei insbesondere im Hinblick auf fest eingebaute Harddiscs sachfremd und unpassend. Die Vorin-

stanz hat freilich das bereits bei früheren Tarifen angewandte Berechnungsmodell nicht unbesehen auf den hier fraglichen Tarif übertragen. Sie hat sich mit den Einwänden der Nutzerorganisationen auseinandergesetzt und die Ergebnisse durch Quervergleiche überprüft. In für das Bundesgericht verbindlicher Weise ging sie davon aus, dass auch eingebaute Speicher teilweise separat im Handel erhältlich und ersetzbar sind und dass Festspeicher verhältnismässig günstiger sind als auswechselbare Datenträger. Die Schiedskommission hat diese Umstände bei der Tarifberechnung berücksichtigt. Sie stellte allerdings für ihre Berechnungen vorwiegend auf die Angaben der Verwertungsgesellschaften sowie auf Gutachten von dritter Seite ab. Dazu war sie indessen berechtigt, weil die Nutzerorganisationen keine Zahlen vorgelegt hatten und insoweit ihrer Mitwirkungspflicht (dazu E. 5.4) nur mangelhaft nachgekommen waren.

9.2 Die Nutzerorganisationen beanstanden, wie die Schiedskommission die Speichereinheit bei den Festplatten definierte und gestützt darauf den massgeblichen Preis bestimmte. Entscheidend sind dafür jedoch, wovon die Vorinstanz zu Recht ausgeht, die Blickwinkel des Konsumenten und des Händlers. Danach wird als Speichereinheit verstanden, was zwecks Speicherfunktion im Handel erhältlich und gekauft bzw. ausgetauscht wird. Eine Aufteilung in reines

Speichermaterial und ergänzende Bestandteile, wie dies die Nutzerorganisationen vorziehen würden, erscheint wenig sinnvoll; dies entspricht nämlich nicht dem Angebot im Handel, wo die Speichereinheit bereits aus technischen Gründen, weil der normale Konsument die einzelnen aufgespaltenen Bestandteile gar nicht nutzen könnte, als Ganzes vermarktet wird.

9.3 Die Nutzerorganisationen erachten ein angepasstes Berechnungsmodell als sinnvoller, wonach der Leerträger nicht als separate Komponente auszuscheiden und gesondert zu kalkulieren sei, sondern die Anschaffungskosten des Gesamtgeräts in die Berechnung der Amortisationskosten miteinbezogen werden müssten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehören zur Bestimmung des Nutzungsaufwandes gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. a URG unter anderem die Amortisationskosten (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 6). Es mag zutreffen, dass diese im vorliegenden Zusammenhang auch anders ermittelt werden könnten, als das die Vorinstanz tat. Die Schiedskommission hat auf die Amortisation der Speichereinheit selbst abgestellt, was der rechtlichen Ausgangslage, wonach es sich um eine Leerträger- und nicht um eine Geräteabgabe handelt, aber entspricht und insofern in sich konsequent erscheint. Es steht auch mit der bisher angewandten Methode bei Leerträgerabgaben im Einklang und ist demnach insgesamt nicht zu beanstanden.

9.4 Die Nutzerorganisationen sehen sodann darin eine Verletzung von Bundesrecht, dass die Schiedskommission nicht habe abklären lassen, wieweit die vom Tarif erfasste Speicherkapazität auch tatsächlich genutzt werde; der Tarif laufe nämlich im Wesentlichen auf eine Belastung der gesamten Kapazität hinaus (so genannte unrechtmässige Belastung des Nutzungspotenzials bzw. Potenzialbesteuerung), was unzulässig sei. Auch hier ist die Vorinstanz indessen im Wesentlichen nach der bereits früher verwendeten und vom Bundesgericht geschützten Methode vorgegangen. Gemäss der Rechtsprechung ist die Höhe der Leerträgervergütung nach dem Aufwand des Konsumenten, d.h. nach den Kosten der privaten Kopie von Werken und Leistungen zu bestimmen (Urteil 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 5). Die Schiedskommission hat die ungenutzte Speicherkapazität immerhin insoweit berücksichtigt, als sie sich in den relevanten Kosten des privaten Kopierens niederschlägt. Etwas anderes verlangt das Gesetz nicht.

9.5 Die Nutzerorganisationen stossen sich auch an den von der Schiedskommission vorgenommenen Quervergleichen. Sie erachten solche zwar grundsätzlich als sinnvoll, halten insbesondere aber einen Vergleich des vorliegenden, für digitale Speichermedien geltenden Tarifs GT 4d mit dem für analoge Videokassetten geltenden GT 4a für fragwürdig. Einzig zulässig sei ein Vergleich mit anderen für digitale Speichermedien festgelegten Vergütungssätzen (wie die Gemeinsamen Tarife GT 4b und GT 4c). Die Vorinstanz hat vorliegend indessen eine breit abgestützte mehrfache Gegenüberstellung verschiedener Tarife vorgenommen. Dabei stellte sie vornehmlich auf einen Vergleich mit wiederbeschreibbaren Trägern ab, wie sie vom hier interessierenden Vergütungssatz erfasst werden. Überdies hat die Schiedskommission die Unterschiede detailliert herausgearbeitet und dargelegt, wie sie sich begründen lassen. Das Vorgehen der Vorinstanz ist nachvollziehbar. Was die Nutzerorganisationen dagegen vorbringen, belegt die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Tarifs nicht. Auch ein Vergleich mit ausländischen Tarifen erscheint nicht unzulässig (Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 11d und e).

9.6 Schliesslich erachten die Nutzerorganisationen die von der Schiedskommission vorgenommenen Tarifreduktionen als nicht nachvollziehbar, obwohl damit die Abgabe gesenkt wird, was an sich im Interesse der Nutzer steht. Sie leiten daraus jedoch die Ungeeignetheit des von der Vorinstanz verwendeten Berechnungsmodells als Ganzes ab. Die Schiedskommission hat die Abzüge indessen als Korrekturfaktoren verwendet, um im Wesentlichen eine Überhöhung der Belastung zu vermeiden. Sie berücksichtigte dabei drei Umstände: erstens Unsicherheiten beim Festplattenpreis, zweitens den rechtmässigen Erwerb von rund acht Prozent der Musiktitel über legale Online-Shops und drittens die Schaffung einer Art Reserve, indem sie die gesetzliche Belastungshöchstgrenze von 13 Prozent nicht bereits zu Beginn des neuen Tarifs voll ausschöpfen wollte. Diese drei Korrekturfaktoren erscheinen sinnvoll und belegen das methodische Bemühen der Vorinstanz, bei der Festlegung des Tarifs alle Umstände und Interessen zu berücksichtigen und dabei eine gewisse Ausgewogenheit des Ergebnisses zu gewährleisten. Weshalb dies nicht angemessen im Sinne des Gesetzes sein sollte, ist unerfindlich.

9.7 Was die Nutzerorganisationen vorbringen, ist insgesamt somit nicht geeignet, das methodische Vorgehen der Schiedskommission

in Frage zu stellen. Diese hat ihr entsprechendes Ermessen und ihren Beurteilungsspielraum weder überschritten noch missbraucht, weshalb sich der angefochtene Tarif insofern als angemessen im Sinne des Gesetzes und daher nicht als bundesrechtswidrig erweist.

10.

10.1 Die Verwertungsgesellschaften wenden sich ihrerseits gegen den von der Schiedskommission festgelegten Abzug für die Berücksichtigung legaler Downloads. Dabei geht es um die über so genannte Digital Rights Management-Systeme (DRM-Systeme bzw. DRMS) bezahlten Beträge für das Herunterladen eines Werkes oder einer Leistung über ein Netzwerk, mit denen es unter anderem den Rechteinhabern ermöglicht werden soll, jede Art der Verwendung von Werken und geschützten Leistungen in der Online-Umgebung direkt zu kontrollieren (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 418). Die rechtliche Behandlung der Digital Rights Management-Systeme bildet auch ein Thema der Revision des Urheberrechtsgesetzes (vgl. etwa BBl 2006 S. 3405). Unter dem geltenden Recht sind die Verwertungsgesellschaften im Wesentlichen der Ansicht, bei legalen Downloads aus dem Internet verhalte es sich hinsichtlich der urheberrechtlichen Vergütungspflicht nicht anders als bei im

Handel erworbenen Werken auf Compact Discs und ähnlichen Trägern, bei deren Erwerb mit dem Kaufpreis bereits eine Vergütung für das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte bezahlt werde. Das Kopieren eines Werks von einem solchen Träger auf einen MP3-Player oder auf ein ähnliches Gerät stelle einen neuen abgabepflichtigen Vorgang dar, was nicht anders sei, wenn ein Werk legal aus dem Internet heruntergeladen werde.

10.2 Entgegen der Ansicht der Verwertungsgesellschaften steht bei der Beurteilung der legalen Downloads nicht die technische Abwicklung im Vordergrund, sondern der Zweck des Vorgangs. Dieser besteht hier darin, das Werk überhaupt erstmalig verwenden zu können, dies im Unterschied zu bespielten Leerträgern, wo es um eine Zweitnutzung durch Kopieren geht. Der Online-Anbieter bezahlt dafür den Urhebern bzw. den Verwertungsgesellschaften eine Vergütung, die auf die Kunden, welche die Werke online benutzen oder herunterladen, überwälzt wird. Die von den Verwertungsgesellschaften aufgrund technischer Überlegungen beim Download behauptete Doppelnutzung erscheint somit künstlich und ist ohnehin dann nicht zwingend, wenn das Herunterladen nicht über einen Computer, sondern direkt auf einen Kleinspeicher wie denjenigen eines

MP3-Gerätes erfolgt, was offenbar vereinzelt möglich ist. Die hier fraglichen Speichermedien stellen bisher, im Unterschied zu herkömmlichen Leerträgern wie Compact Discs oder DVDs, nur ausnahmsweise eine Handelsware dar, die auch in bespieltem Zustand wegen ihres Inhaltes und nicht bloss als unbespielter Leerträger verkauft wird und selbst nach erstmaliger Beschaffung oder Benutzung weitergehandelt oder allenfalls vermietet werden kann. Der Tarif erfasst im Übrigen nur dann auch bespielte Leerträger, wenn diese trotz des bereits bespielten Zustandes im Hinblick auf eine Verwendung als Datenträger für privates Kopieren angeboten werden (Ziff. 2.3 des GT 4d). Überhaupt ist strittig, ob bei legalen Downloads ein Privatgebrauch nach Art. 19 Abs. 1 lit. a URG vorliegt, nachdem die Werknutzung ja im Einverständnis des Urhebers und nicht aufgrund einer gesetzlichen Lizenz erfolgt, wobei immerhin insofern eine gewisse Parallele zum Kauf einer bespielten Compact Disc besteht. Wie es sich damit verhält, kann aber offenbleiben. Jedenfalls handelt es sich beim Herunterladen über Digital Rights Management-Systeme um einen urheber- bzw. verwertungsrechtlich eigenständig zu beurteilenden Vorgang. Dabei geniesst bei solchen legalen Downloads die individuelle Verwertung gegenüber der kollektiven Vorrang. Die Rechteinhaber werden bereits über die individuelle Verwertungskette, d.h. über die Gebühr, die für das Herunterladen zu begleichen ist, vollständig abgegolten. Diese enthält auch die Vergütung für eine bestimmte Anzahl von Folgekopien, bzw. es steht den Rechteinhabern und ihren Verwertungsgesellschaften sowie den Online-Anbietern frei, entsprechende Regelungen zu treffen. Insgesamt rechtfertigt sich eine zusätzliche Entschädigung daher nicht. Das parallele Bestehen von individuellen und kollektiven Verwertungssystemen erscheint im Übrigen auch durchaus angebracht und dürfte noch einige Zeit sinnvoll bleiben (vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 418 f.).

10.3 Künftig soll nach dem Vorschlag des Bundesrates im Gesetz ausdrücklich festgehalten werden, dass Vervielfältigungen, die beim Abrufen von erlaubterweise zugänglich gemachten Werken hergestellt werden, vom Vergütungsanspruch nach Art. 20 Abs. 3 URG ausgenommen sind (neuer Art. 19 Abs. 5 URG; vgl. BBl 2006 S. 3429 f.). Das lässt aber nicht den zwingenden Schluss zu, dass eine solche Ausnahme bisher ausgeschlossen ist. Die neue Regelung, so sie in Kraft treten sollte, dient einerseits der Klarstellung. Andererseits ist sie allgemein formuliert. Im geltenden Recht ist

demgegenüber auf die jeweils konkreten Zusammenhänge und Besonderheiten eines Kopiervorganges abzustellen, die allenfalls gewisse rechtliche Unterschiede zu rechtfertigen vermögen. Für die hier fraglichen Digital Rights Management-Systeme ergibt sich schon heute, dass sich eine doppelte Vergütung nicht rechtfertigt und mit der gesetzlichen Regelung der Verwertungsabgabe nicht im Einklang steht. Soweit somit die Leerträgervergütung Speichermedien erfasst, die beim erlaubten Herunterladen von Werken über On-Demand-Dienste Verwendung finden, ist dies bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen, was zu einem entsprechenden Abzug führt.

10.4 Inwiefern der angefochtene Entscheid in diesem Zusammenhang gegen Staatsvertragsrecht verstossen sollte, ist unerfindlich. Die Urheber verfügen über sämtliche gesetzlichen Möglichkeiten, sich ihre Rechte über ihre Verträge mit den - hier einzig interessierenden - legalen Online-Anbietern vollumfänglich zu sichern, womit die staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz als erfüllt zu gelten haben.

10.5 Der Entscheid der Vorinstanz, einen Abzug für legale Downloads vorzunehmen, ist demnach nicht zu beanstanden. Die Schiedskommission hat ihren entsprechenden Beurteilungsspielraum und ihr Ermessen weder überschritten noch missbraucht. Vielmehr beruht das Ergebnis auf einer nachvollziehbaren tatsächlichen Grundlage, entspricht den gesetzlichen Vorgaben und verletzt weder Bundesrecht noch Staatsvertragsrecht.

11.

11.1 Insgesamt ist der Tarif, wie er von der Schiedskommission festgelegt wurde, somit inhaltlich zu schützen. Offen ist allerdings, wann er in Kraft treten und wie lange er gelten soll. Die entsprechende Regelung der Vorinstanz wurde von den Nutzerorganisationen mitangefochten. Sie wenden sich vor allem gegen den Zeitpunkt der Inkraftsetzung. Durch den Präsidialentscheid des Bundesgerichts, einzelnen Beschwerden die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, was sich aufgrund der vorliegenden Interessenlage rechtfertigte, wurde nun aber die Bestimmung über die Geltung des Tarifs (Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids und darin insbesondere die Neuregelung von Ziff. 9.1. des Gemeinsamen Tarifs GT 4d) weitgehend obsolet. Es ist nicht möglich, die fragliche Regelung unverändert bestehen zu lassen, da der Tarif, der am 1. März 2006 mit Geltungsdauer bis zum 31. Dezember 2007 hätte in Kraft treten sollen, während der

Hängigkeit des bundesgerichtlichen Verfahrens keine Anwendung fand und keine Vergütungen erhoben wurden. Es ist daher unausweichlich, das Inkrafttreten und die Geltungsdauer des Tarifs neu zu bestimmen. Soweit die Nutzerorganisationen den damaligen Zeitpunkt des Inkrafttretens anfechten, sind sie allerdings nicht mehr beschwert. Im Übrigen sind ihre Beschwerden im fraglichen Punkt aber gutzuheissen und muss der angefochtene Entscheid im Hinblick auf das Inkrafttreten und die Geltungsdauer des Tarifs aufgehoben und angepasst werden.

11.2 Eine Rückweisung der Sache an die Schiedskommission für die Neuregelung des Inkrafttretens und der Geltungsdauer des Tarifs rechtfertigt sich nicht. Einerseits ist inzwischen ohnehin schon viel Zeit verstrichen und eine Rückweisung hätte eine erneute (unerwünschte) Verzögerung zur Folge (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 2A.142/1994 vom 24. März 1995, E. 16). Andererseits verläuft die technische und preisliche Entwicklung im fraglichen Markt sehr schnell. Die Berechnungsgrundlagen sind bereits heute nicht mehr in jeder Beziehung uneingeschränkt aktuell und drohen mit jeder zeitlichen Verzögerung zusätzlich zu veralten. Das rechtfertigt, dass das Bundesgericht direkt entscheidet (Art. 114 Abs. 2 OG). Dabei kommen zwangsläufig

verschiedene Lösungen in Frage. Zu treffen ist diejenige, die der Sach-, Rechts- und Interessenlage am besten entspricht.

11.3 Hinsichtlich des Inkrafttretens des Tarifs verlangen die Nutzerorganisationen eine zwei- bis dreimonatige Einführungsfrist, währenddem die Verwertungsgesellschaften eine rückwirkende Inkraftsetzung auf den 1. März 2006 oder eventuell eine solche auf den Beginn des zweiten Monates nach Eintritt der Rechtskraft der Tarifgenehmigung beantragen. Unabhängig davon, wieweit eine Rückwirkung rechtlich zulässig ist (vgl. dazu BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N. 11 zu Art. 46 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 509 f.), erscheint eine solche im vorliegenden Fall wenig sinnvoll. Wegen der gewährten aufschiebenden Wirkung wurde die Vergütung, soweit bekannt, nicht erhoben und nicht auf die Konsumenten überwälzt; auch wären entsprechende Rückstellungen angesichts der bestehenden Unklarheiten, insbesondere bezüglich der gesetzlichen Grundlage, nicht zumutbar gewesen. Andrerseits ist erneut zu berücksichtigen, dass eine weitere Verzögerung vermieden werden muss. Die Nutzerorganisationen und ihre Mitglieder bzw. die Hersteller und Importeure hatten inzwischen genügend Zeit, sich auf die Einführung des

Tarifs vorzubereiten und die entsprechenden erforderlichen Massnahmen zu treffen. Auch wenn ihren Beschwerden die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, mussten sie spätestens seit dem Entscheid der Schiedskommission mit der Möglichkeit der Einführung des vorliegenden Tarifs rechnen. Es rechtfertigt sich daher nicht, ihnen zulasten der Rechteinhaber nochmals einen Aufschub zu gewähren. Der Gemeinsame Tarif GT 4d ist somit nicht rückwirkend, aber mit einer minimalen Umsetzungsfrist gemäss dem Eventualantrag der Verwertungsgesellschaften auf den Beginn des zweiten Monats nach Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses, d.h. nach Rechtskraft des bundesgerichtlichen Urteils, in Kraft zu setzen.

11.4 Was die Geltungsdauer des Tarifs betrifft, so ist einerseits klar, dass dieser angesichts der Dynamik der Berechnungsgrundlagen von vornherein nur beschränkt Anwendung finden kann. Er wird nach relativ kurzer Zeit durch einen neuen Tarif abzulösen sein, der die dannzumal massgeblichen Verhältnisse berücksichtigt, die tendenziell vermutlich zu einer Verbilligung führen dürften. Andererseits stehen den Rechteinhabern seit einer gewissen Zeit Vergütungen zu. Es kann hier offenbleiben, ob es zulässig war, den Tarif auf den 1. März 2006 einzuführen, wie dies die Schiedskommission vorgesehen hatte, oder ob dafür ein späterer Zeitpunkt hätte gewählt werden müssen, wie die Nutzervertreter geltend machen. Jedenfalls hat ein gewisser Ausgleich stattzufinden für den verfahrensrechtlich verpassten Bezug von rund einem Jahr. Der Vorschlag der Verwertungsorganisationen, den Tarif für zwei Jahre in Kraft zu setzen, erscheint insofern durchaus sachgerecht. Er verstösst allerdings, da die Verwertungsgesellschaften die fragliche Tarifbestimmung nicht selbst angefochten haben, gegen das Verbot der reformatio in peius. Dies trifft nicht deshalb zu, weil die Vorinstanz für den Tarif lediglich eine Geltungsdauer bis Ende 2007 vorgesehen hat, denn eine darüber hinausreichende Gültigkeit ist einzig die Folge des gewährten Suspensiveffekts und stellt daher keine reformatio in peius dar. Hingegen hat die Schiedskommission die Geltungsdauer auf 22 Monate (vom 1. März 2006 bis zum 31. Dezember 2007) festgesetzt, womit dem Bundesgericht verwehrt bleibt, eine längere Frist festzulegen. Es muss daher bei einer maximalen Geltungsdauer von 22 Monaten sein Bewenden haben. Dabei erscheint ein Zuschlag auf dem Tarif, wie das die Verwertungsgesellschaften zusätzlich beantragen, nicht erforderlich. Die relativ lange Dauer des inzwischen auf eher überholter sachlicher Grundlage berechneten Tarifs führt zu nach

aktuellem Stand wohl zunehmend überhöhten Vergütungen, was den Rechteinhabern einen gewissen Ausgleich für die erlittenen bisherigen Ausfälle ermöglicht. Für die Zeit nach Ablauf der Geltungsdauer wird der Tarif durch eine neue Version abzulösen sein, die den dannzumal massgeblichen Verhältnissen Rechnung trägt.