

## **SCHIEDSSTELLE**

nach dem Gesetz über die Wahrnehmung  
von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten  
beim Deutschen Patent- und Markenamt

München, den 25. Juli 2012

Tel.: 089 / 2195 - 2673

Fax: 089 / 2195 - 3306

**Az: Sch-Urh 223/10**

### **In dem Schiedsstellenverfahren**

(...), vertreten durch (...)

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

**gegen**

(...), gesetzlich vertreten durch (...)

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

erlässt die Schiedsstelle nach dem Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten beim Deutschen Patent- und Markenamt durch den Leitenden Regierungsdirektor (...) als Vorsitzenden und die Beisitzerinnen (...) und (...) folgenden

### **Einigungsvorschlag:**

1. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, der Antragstellerin, aufgeschlüsselt nach Kalenderhalbjahren, Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der in der Bundesrepublik Deutschland von ihr seit dem 01.01.2004 bis zum 31.12.2007 veräußerten oder in Verkehr gebrachten Mobiltelefone mit MP3-Funktion zu erteilen unter Angabe, ob diese über

- a) eine integrierte Audiospeicherungsmöglichkeit (mit Angabe der Speicherkapazität, es sei denn, Buchstabe 1. c) trifft zu)
- b) eine nicht integrierte Audiospeicherungsmöglichkeit (Steckplatz für Wechselspeicher)
- c) eine Audiospeicherungsfunktion in Gestalt einer eigenständigen, von einem PC unabhängigen Vervielfältigungsmöglichkeit von Audiodateien, wie beispielsweise eine Bluetooth-Schnittstelle und/oder eine Infrarotschnittstelle und/oder eine Line-In-Funktion und/oder eine Radioaufzeichnungsfunktion

verfügen,

es sei denn, diese Mobiltelefone mit MP3-Funktion wurden von der Antragsgegnerin als Händler im Inland bezogen oder es sich um Mobiltelefone mit MP3-Funktion handelt, welche durch nicht private Nutzer ausschließlich gewerblich genutzt werden.

Unter einem Mobiltelefon mit MP3-Funktion ist jedes Mobiltelefon zu verstehen, welches über eine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion sowie außerdem über eine Audioabspielmöglichkeit verfügt, sofern es sich hierbei nicht um eine reine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion über Mikrofon handelt, und sofern die Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion nicht auf den Umgang mit Steuerungsdaten zur Erzeugung von mono- oder polyphonen Klingeltönen, wie beispielsweise Midi-Dateien, Nokia-RTTL-Dateien oder iMelody-Dateien, beschränkt ist.

2. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, der Antragstellerin für jedes von ihr laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 1. in der Bundesrepublik Deutschland veräußerte oder in Verkehr gebrachte Mobiltelefon mit MP3-Funktion
  - a) ohne eigenständige, von einem PC unabhängige Vervielfältigungsmöglichkeit, aber mit Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten Speicher eine Vergütung in Höhe von EUR 0,0614 pro Stunde Audiospieldauer zuzüglich 7 % Umsatzsteuer zu zahlen, wobei 1 GB Speicherkapazität 1.000 Minuten Audiospieldauer entspricht,
  - b) mit eigenständiger, von einem PC unabhängiger Vervielfältigungsmöglichkeit sowie
    - aa) mit Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten Speicher eine Vergütung in Höhe von EUR 2,56 zuzüglich 7 % Mehrwertsteuer zu zahlen,

- bb) ohne Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten Speicher, aber mit Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem Wechselspeicher eine Vergütung in Höhe von EUR 1,28 zuzüglich 7 % Umsatzsteuer zu zahlen.
3. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, der Antragstellerin, aufgeschlüsselt nach Kalenderhalbjahren, Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung, Speicherkapazität) und Stückzahl der in der Bundesrepublik Deutschland von ihr seit dem 01.01.2004 bis zum 31.12.2007 gemeinsam mit Mobiltelefonen mit MP3-Funktion (in diese eingesetzt oder diesen beige packt) veräußerten oder in Verkehr gebrachten externen und zum Zwecke der Speicherung von Audiodaten geeigneten beschreibbaren Speichermedien zu erteilen, es sei denn, diese Speichermedien wurden von der Antragsgegnerin als Händler im Inland bezogen oder es handelt sich um Speichermedien, welche durch nicht private Nutzer ausschließlich gewerblich genutzt werden.
- Unter einem Mobiltelefon mit MP3-Funktion ist jedes Mobiltelefon zu verstehen, welches über eine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion sowie außerdem über eine Audioabspielmöglichkeit verfügt, sofern es sich hierbei nicht um eine reine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion über Mikrofon handelt, und sofern die Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion nicht auf den Umgang mit Steuerungsdaten zur Erzeugung von mono- oder polyphonen Klingeltönen, wie beispielsweise Midi-Dateien, Nokia-RTTL-Dateien oder iMelody-Dateien, beschränkt ist.
4. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, der Antragstellerin für jedes von ihr laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 3. in der Bundesrepublik Deutschland gemeinsam mit Mobiltelefonen mit MP3-Funktion (in diese eingesetzt oder diesen beige packt) veräußerte oder in Verkehr gebrachte externe und zum Zwecke der Speicherung von Audiodaten geeignete beschreibbare Speichermedien eine Vergütung in Höhe von EUR 0,0614 pro Stunde Audiospieldauer zuzüglich 7 % Umsatzsteuer zu zahlen, wobei 1 GB Speicherkapazität 1.000 Minuten Audiospieldauer entspricht.
5. Im Übrigen werden die Anträge zurückgewiesen.

6. Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin zu 5 % und die Antragsgegnerin zu 95 %. Die den Beteiligten entstandenen außeramtlichen Kosten tragen die Beteiligten selbst.

### **Gründe:**

#### I.

Die Antragstellerin ist ein Zusammenschluss deutscher Verwertungsgesellschaften, die Ansprüche aus § 54 Abs. 1 UrhG (a. F.) herleiten können. Mit Gesellschaftsvertrag vom 21.12.1992 haben sich die Verwertungsgesellschaften zum Zwecke der Geltendmachung ihrer Ansprüche gemäß §§ 54ff. UrhG (a. F.) zu einer BGB-Gesellschaft zusammenschlossen und die ihnen zur Wahrnehmung übertragenen Vergütungsansprüche der Urheber in die Gesellschaft eingebracht. Die Antragstellerin ist gemäß § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages dazu berechtigt, die ihr übertragenen Rechte im eigenen Namen geltend zu machen.

Die Antragsgegnerin ist Importeurin von Geräten der Unterhaltungselektronik und veräußert diese auch im Bereich der Bundesrepublik Deutschland.

Die Antragstellerin begehrt Vergütungs- und Auskunftsansprüche für Mobiltelefone mit MP3-Funktion sowie für entsprechende externe Speichermedien gemäß §§ 54 Abs. 1, 53 Abs. 1 und 2, 54d Abs. 1 i. V. m. der Anlage zu § 54d Abs. 1, 54g Abs. 1 UrhG (a. F.), die von der Antragsgegnerin im Zeitraum vom 01.01.2004 bis zum 31.12.2007 in der Bundesrepublik Deutschland veräußert oder in Verkehr gebracht wurden. Dabei differenziert die Antragstellerin zwischen Geräten, die über eine eigenständige, von einem PC unabhängige Vervielfältigungsmöglichkeit von Audiodateien verfügen, wobei darunter einerseits Geräte mit integrierter Audiospeicherungsmöglichkeit und andererseits Geräte mit nicht integrierter Audiospeicherungsmöglichkeit fallen können, und Geräten, die keine eigenständige Vervielfältigungsmöglichkeit, aber eine Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten oder einem externen Speicher aufweisen.

Die Antragstellerin versteht unter einem Musik-Handy jedes Mobiltelefon, welches über eine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion sowie außerdem über eine

Audioabspielmöglichkeit verfügt, sofern es sich hierbei nicht um eine reine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion über Mikrofon handelt und sofern die Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion nicht auf den Umgang mit Steuerungsdaten zur Erzeugung von mono- oder polyphonen Klingeltönen beschränkt ist.

Die Quellen für Audiodateien, die unter Verwendung eines so genannten Musik-Handys kopiert werden können, können ein PC, eine Audio-CD, kommerzielle Musikdownloaddienste oder auch andere Musik-Handys sein.

Eigenständige von einem PC unabhängige Vervielfältigungswege von Audiodateien sind zum einen die direkte Übertragung von Mobiltelefon zu Mobiltelefon. Mittels Infrarot oder Bluetooth können diese Audiodateien drahtlos übermittelt werden. Weitere Geräte, wie z.B. ein PC, kommen hierbei nicht zum Einsatz. Für eine direkte Übertragung einer Audiodatei mittels Infrarot oder Bluetooth ist es erforderlich, die Geräte miteinander zu koppeln, die passende Datei auf dem einen Mobiltelefon auszuwählen und diese Datei an das andere Mobiltelefon zu senden. Zum anderen können Audiodateien auch unter Zuhilfenahme eines PCs auf den internen Speicher des Mobiltelefons überspielt werden. Dies ist ebenfalls auf die Speicherkarte des Mobiltelefons möglich. So verfügen ganz überwiegend die verfahrensgegenständlichen Mobiltelefone über einen Steckplatz für Speicherkarten. Auch die Stereoanlage kommt als direkte Quelle für Musikdateien in Betracht. Von dieser können Musikdateien einer Audio-CD in ein vom Mobiltelefon mit MP3-Funktion lesbares Dateiformat gewandelt und in den internen Speicher des Mobiltelefons mittels USB-Kabel übertragen werden.

Die Antragstellerin legt Werbeaussagen, Produktbeschreibungen und Bedienungsanleitungen verschiedener Hersteller von Mobiltelefonen aus dem verfahrensgegenständlichen Zeitraum vor, aus denen sich ergibt, dass viele Mobiltelefone Audiodateien speichern und vervielfältigen können, über interne Speicher sowie einen Steckplatz für externe Speichermedien und über eine Infrarot- bzw. eine Bluetooth-Schnittstelle verfügen. Auf die Anlagen AS (...) wird Bezug genommen.

Die Antragstellerin behauptet, die Antragsgegnerin sei als Importeurin von Musik-Handys gemäß § 54 Absatz 1 UrhG (a. F.) zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet. Dies ergebe sich aus dem Internetauftritt der Antragsgegnerin, wo sie sich selbst als (...) bzw. als (...) bezeichne und dem Handelsregisterauszug des Amtsgerichts (...) vom (...), in dem die Antragsgegnerin als (...) eingetragen ist. Das Produktspektrum der Antragsgegnerin umfasse neben Mobilfunktelefone aller relevanten Hersteller auch Mobilfunkzubehör. Ferner beziehe

die Antragsgegnerin ihre Geräte von weltweit über (...) Lieferanten. Auf die Anlagen AS (...) wird Bezug genommen

Die Erklärung der Antragsgegnerin, dass diese nicht wisse, ob sie im maßgeblichen Zeitraum auch streitgegenständliche Musik-Handys importiert habe, sei unzulässig und stehe dem Nichtbestreiten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO gleich. Rechtsfolge nach dieser Vorschrift sei die Geständnisfiktion. Die Antragsgegnerin habe über Jahre hinweg gegen die gesetzliche Meldepflicht aus § 54f UrhG (a. F.) verstoßen. Diese habe auch eine Pflicht zur Aufbewahrung von Geschäftsunterlagen gehabt, wie sich aus Vorschriften des Handelsgesetzbuch, der Abgabenordnung und des Umsatzsteuergesetzes ergebe.

Im Einigungsvorschlag der Schiedsstelle vom 20.09.2007, Az. Sch-Urh 65/05 (Schiedsstelle, ZUM 2007, 946ff. – MP3-Player), hat die Schiedsstelle die Auffassung vertreten, dass es zur Begründung der Geräteeigenschaft eines MP3-Players im Sinne von § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UrhG (a. F.) nicht genügt, auf eine Vervielfältigungsmöglichkeit unter Zuhilfenahme eines PCs abzustellen. Ein MP3-Player soll vielmehr nur dann als Vervielfältigungsgerät anzusehen sein, wenn er in der Lage ist, selbstständig Dateien zu vervielfältigen oder Audiodateien von einer Audioquelle (z.B. einem anderen MP3-Player, einem Radio) direkt auf den MP3-Player übertragen werden können. Ist dies nicht der Fall, ist ein MP3-Player als Tonträger im Sinne von § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UrhG (a. F.) einzuordnen und zu vergüten.

Im Hinblick auf diese Entscheidung ist die Antragstellerin der Ansicht, dass die danach geforderte eigenständige Vervielfältigungsmöglichkeit in den Fällen einer Übertragung eines Werkes von einem Mobiltelefon zum anderen Mobiltelefon, z.B. mittels Bluetooth oder Infrarot, also ohne Einsatz eines PCs, vorliegen würde. Gleiches gelte für sämtliche andere Fälle einer eigenständigen, von einem PC unabhängigen Vervielfältigungsmöglichkeit von Audiodateien, wie z.B. bei einer Radioaufzeichnungsfunktion.

Die Antragstellerin ist weiterhin der Auffassung, dass Musik-Handys erkennbar zur Vornahme von Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch i. S. v. § 53 UrhG (a. F.) bestimmt seien. Bei der Frage nach einer derartigen Bestimmung eines Gerätes sei zu berücksichtigen, dass die Vervielfältigung nicht der ausschließliche Zweck zu sein brauche. Bereits die technisch-funktionale Eignung eines Geräts zu Vervielfältigungshandlungen indiziere die entsprechende Zweckbestimmung, wenn diese Nutzungsmöglichkeit – wie im vorliegenden Fall – sowohl bei Herstellern, Importeuren bzw. Händlern als auch bei einem

nicht unerheblichen Teil der tatsächlichen oder potentiellen Nutzern als bekannt voraussetzen sei. Es habe ein Substitutionsprozess insofern stattgefunden, dass bereits Anfang des streitgegenständlichen Zeitraums die Musik-Handys die Funktionen eines MP3-Playerns übernommen hätten.

Hinsichtlich der Höhe des geltend gemachten Vergütungsanspruchs führt die Antragstellerin aus, dass es sich bei Musik-Handys mit eigenständiger, von einem PC unabhängiger Vervielfältigungsmöglichkeit von Audiodateien um Geräte i. S. d. §§ 54 Abs. 1 i. V. m. 54d Abs. 1 i. V. m. Nr. 1 und Nr. 2 der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG (a. F.) handle, so dass der gesetzliche Vergütungssatz für Tonaufzeichnungsgeräte Anwendung finde. Sofern solche Musik-Handys über einen internen Speicher verfügten, sei ein Vergütungssatz von EUR 2,56 nach Nr. 2 der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG (a. F.) angemessen. Verfügten solche Musik-Handys über keinen internen Speicher, so betrage der Vergütungssatz nach Nr. 1 der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG (a. F.) lediglich EUR 1,28. Zusätzlich seien die externen Speichermedien, auf denen Musik-Handys Audiodateien speichern können, nach Ziff. I. Nr. 5 der Anlage zu § 54d UrhG (a. F.) mit EUR 0,0614 pro Spielstunde zu vergüten, wobei 1 GB Speicherkapazität 1.000 Minuten Audiospieldauer entspreche. Die Antragstellerin mache diese Vergütung nur geltend, soweit die Speichermedien gemeinsam mit Musik-Handys in Verkehr gebracht werden würden.

Wenn die Musik-Handys jedoch nicht über eine eigenständige, von einem PC unabhängige Vervielfältigungsmöglichkeit von Audiodateien verfügten, dann falle in Anlehnung an den Einigungsvorschlag der Schiedsstelle vom 20.09.2007, Az. Sch-Urh 65/05, eine Vergütung abhängig von der Kapazität des internen Speichers an, d. h. nach Ziffer I. Nr. 5 der Anlage zu § 54d UrhG (a. F.) in Höhe von EUR 0,0614 pro Spielstunde.

Die Antragstellerin trägt weiterhin vor, dass sich ihre Antragsberechtigung aus §§ 54h UrhG (a. F.) ergebe, da ihr als Inkassostelle die Wahrnehmung der Rechte aus §§ 54, 54g UrhG (a. F.) übertragen worden seien. Ferner würden die Voraussetzungen für eine Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO nicht vorliegen, da es sich bei den Parallelverfahren nicht um vorgreifliche Verfahren handle.

Die Antragstellerin beantragt festzustellen,

1. dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, der Antragstellerin, aufgeschlüsselt nach Kalenderhalbjahren, Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der in der Bundesrepublik Deutschland von ihr seit dem 01.01.2004 bis zum 31.12.2007 veräußerten oder in Verkehr gebrachten „Musik-Handys“ zu erteilen unter Angabe, ob dieses über
  - a) eine integrierte Audiospeicherungsmöglichkeit (mit Angabe der Speicherkapazität, es sei denn, Buchstabe 1. c) trifft zu)
  - b) eine nicht integrierte Audiospeicherungsmöglichkeit (Steckplatz für Wechselspeicher)
  - c) eine Audiospeicherungsfunktion in Gestalt einer eigenständigen, von einem PC unabhängigen Vervielfältigungsmöglichkeit von Audiodateien, wie beispielsweise eine Bluetooth-Schnittstelle und/oder eine Infrarotschnittstelle und/oder eine Line-In-Funktion und/oder eine Radioaufzeichnungsfunktionverfügt,  
es sei denn, diese „Musik-Handys“ wurden von der Antragsgegnerin als Händler im Inland bezogen.

Unter einem „Musik-Handy“ ist jedes Mobiltelefon zu verstehen, welches über eine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion sowie außerdem über eine Audioabspielmöglichkeit verfügt, sofern es sich hierbei nicht um eine reine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion über Mikrofon handelt, und sofern die Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion nicht auf den Umgang mit Steuerungsdaten zur Erzeugung von mono- oder polyphonen Klingeltönen, wie beispielsweise Midi-Dateien, Nokia-RTTL-Dateien oder iMelody-Dateien, beschränkt ist,

2. dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, der Antragstellerin für jedes von ihr laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 1. in der Bundesrepublik Deutschland veräußerte oder in Verkehr gebrachte „Musik-Handy“
  - a) ohne eigenständige, von einem PC unabhängige Vervielfältigungsmöglichkeit, aber mit Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten Speicher eine Vergütung in Höhe von EUR 0,0614 pro Stunde Audiospieldauer zuzüglich 7 % Umsatzsteuer zu zahlen, wobei 1 GB Speicherkapazität 1.000 Minuten Audiospieldauer entspricht,

- b) mit eigenständiger, von einem PC unabhängiger Vervielfältigungsmöglichkeit sowie
  - aa) mit Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten Speicher eine Vergütung in Höhe von EUR 2,56 zuzüglich 7 % Mehrwertsteuer zu zahlen,
  - bb) ohne Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten Speicher, aber mit Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem Wechselspeicher eine Vergütung in Höhe von EUR 1,28 zuzüglich 7 % Umsatzsteuer zu zahlen,
3. dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, der Antragstellerin, aufgeschlüsselt nach Kalenderhalbjahren, Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung, Speicherkapazität) und Stückzahl der in der Bundesrepublik Deutschland von ihr seit dem 01.01.2004 bis zum 31.12.2007 gemeinsam mit „Musik-Handy“ (in diese eingesetzt oder diesen beige packt) veräußerten oder in Verkehr gebrachten externen und zum Zwecke der Speicherung von Audiodaten geeigneten beschreibbaren Speichermedien zu erteilen, es sei denn, diese Speichermedien wurden von der Antragsgegnerin als Händler im Inland bezogen.

Unter einem „Musik-Handy“ ist jedes Mobiltelefon zu verstehen, welches über eine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion sowie außerdem über eine Audioabspielmöglichkeit verfügt, sofern es sich hierbei nicht um eine reine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion über Mikrofon handelt, und sofern die Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion nicht auf den Umgang mit Steuerungsdaten zur Erzeugung von mono- oder polyphonen Klingeltönen, wie beispielsweise Midi-Dateien, Nokia-RTTL-Dateien oder iMelody-Dateien, beschränkt ist,

4. dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, der Antragstellerin für jedes von ihr laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 3. in der Bundesrepublik Deutschland gemeinsam mit „Musik-Handys“ (in diese eingesetzt oder diesen beige packt) veräußerte oder in Verkehr gebrachte externe und zum Zwecke der Speicherung von Audiodaten geeignete beschreibbare Speichermedium eine Vergütung in Höhe von EUR 0,0614 pro Stunde Audiospieldauer zuzüglich 7 % Umsatzsteuer zu zahlen, wobei 1 GB Speicherkapazität 1.000 Minuten Audiospieldauer entspricht.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Einigungsvorschlag abzuweisen und das vorliegende Verfahren auszusetzen,

für den Fall, dass das Verfahren nicht ausgesetzt werden sollte, eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

Die Antragsgegnerin bestreitet die Antragsberechtigung der Antragstellerin. Des Weiteren bestreitet sie, dass eine wirksame Übertragung von Rechten auf die Antragstellerin stattgefunden habe.

Ferner wird von ihrer Seite bestritten, dass sie Herstellerin bzw. Importeurin der streitgegenständlichen Produkte in dem maßgeblichen Zeitraum war. Die Antragsgegnerin trägt vor, dass sie grundsätzlich auch Gegenstände importiere, diese würden jedoch überwiegend wieder ins Ausland verkauft werden, so dass der Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes nicht eröffnet sei. Auch sei es nach dieser langen Zeit unmöglich, festzustellen, ob unter den verkauften Produkten auch Musik-Handys waren. So finde weder im Einkauf noch im Verkauf eine Differenzierung nach Musik-Handys statt. Darüber hinaus sei auch anhand von Firmenunterlagen nicht nachzuvollziehen, welche Mobiltelefone die maßgeblichen technischen Eigenschaften gehabt hätten. Die Antragsgegnerin sei auch nicht gesetzlich verpflichtet, entsprechende Geschäftsunterlagen aufzubewahren.

Sowohl die im Antrag zu Ziffer 2. des Einigungsvorschlags genannten Vergütungssätze als auch die im Antrag zu Ziffer 4. genannte Vergütungshöhe seien unangemessen. Die Antragsgegnerin ist weiterhin der Meinung, dass eine Gleichstellung von MP3-Playern mit Musik-Handys unzulässig sei. Ein Substitutionsprozess dergestalt, dass sogenannte Musik-Handys die Funktionen eines MP3-Players übernommen hätten, habe nicht stattgefunden. Eine Vergütungspflicht bestehe nur dann, wenn die betreffenden Geräte in erkennbarer Weise zu urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen bestimmt seien. Allein die Eignung zur Vervielfältigung sei nicht ausreichend. Im streitgegenständlichen Zeitraum seien jedoch Mobiltelefone zur Vervielfältigung geschützter Inhalte nicht erkennbar bestimmt gewesen. Auch sei damals eine Übertragung und Aufnahme von Musikdateien auf Handys nur mittels PC erfolgt.

Die Antragsgegnerin trägt des Weiteren vor, dass es zur Durchsetzung der verfahrensgegenständlichen Ansprüche von Bedeutung sei, dass die Antragstellerin keinen konkreten Fall eines Imports oder Verkaufs der verfahrensgegenständlichen Produkte durch die Antragsgegnerin dargestellt bzw. nachgewiesen habe.

## II.

Die Anrufung der Schiedsstelle ist gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 UrhWG statthaft, da der Streitfall die Nutzung von Werken oder Leistungen betrifft, die nach dem Urheberrechtsgesetz geschützt sind und an dem Rechtsstreit eine Verwertungsgesellschaft beteiligt ist. Die Anrufung der Schiedsstelle ist auch formgerecht erfolgt (§ 14 Abs. 5 UrhWG i. V. m. § 1 Abs. 1 Urh-SchiedsV).

Die Anträge der Antragstellerin sind zulässig, insbesondere ist die Antragstellerin aktivlegitimiert. Die Ansprüche nach § 54 Abs. 1 UrhG (a. F.) und § 54g Abs. 1 UrhG (a. F.) können gemäß § 54h Abs. 1 UrhG (a. F.) nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Die Verwertungsgesellschaften dürfen die nach § 54h Abs. 1 UrhG nur von ihnen wahrzunehmenden urheberrechtlichen Vergütungsansprüche allerdings auf von ihnen gegründete Gesellschaften bürgerlichen Rechts zur Geltendmachung übertragen, die selbst keine Verwertungsgesellschaften, sondern lediglich Inkassogesellschaften sind (vgl. BGH I ZR 62/06, GRUR 2009, 480 Rn. 10 – Kopierläden II). Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine solche Inkassostelle. Die Aktivlegitimation ergibt sich daher für die Auskunftsansprüche aus § 13c Abs. 1 UrhWG i. V. m. § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der Zentralstelle für private Überspielungsrechte vom 21.12.1992, für die Vergütungsansprüche aus § 13c Abs. 2 UrhWG i. V. m. § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der Zentralstelle für private Überspielungsrechte vom 21.12.1992.

Die Antragsgegnerin ist auch passivlegitimiert. Der sich dem Grunde nach aus § 54 Abs. 1 S. 1 UrhG (a. F.) ergebende Anspruch auf Vergütung richtet sich primär gegen die Hersteller von bestimmten Geräten oder Bild- und Tonträgern. Daneben haften gemäß § 54 Abs. 1 S. 2 UrhG (a. F.) gesamtschuldnerisch nach §§ 421 ff. BGB die Importeure sowie die Händler, sofern sie nicht nach § 54 Abs. 1 S. 3 UrhG (a. F.) von der Haftung ausgenommen sind oder eine Haftung gemäß § 54b Nr. 1 und 2 UrhG (a. F.) entfällt.

Die Antragsgegnerin ist Importeurin der verfahrensgegenständlichen Produkte. Ihre Erklärung, dass sie mit Nichtwissen bestreite, dass sie im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Mobiltelefone mit MP3-Funktion importiert hat, ist nicht substantiiert. Gemäß § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Vorgänge im eigenen Geschäfts- oder Verantwortungsbereich werden von der Rechtsprechung den „eigenen“ Handlungen oder Wahrnehmungen im Sinne von § 138 Abs. 4 ZPO gleichgestellt (Zöller/Greger, ZPO, 28. Auflage, § 138 Rn. 16). Da die Frage, ob in dem maßgeblichen Zeitraum die streitgegenständlichen Produkte importiert wurden, den eigenen Geschäftsbereich der Antragsgegnerin betrifft, hat diese eine Erkundigungspflicht. Die Antragsgegnerin kann aufgrund ihrer Geschäftsunterlagen, die sie nach § 257 HGB, §§ 143-147 AO und §§ 14, 14 b UStG 10 Jahre lang aufbewahren muss, Auskunft darüber geben, ob sie in dem maßgeblichen Zeitraum die streitgegenständlichen Produkte importiert hat. Anhand von Artikelbezeichnungen und Artikelnummern kann herausgefunden werden, welche konkrete technische Ausstattung bzw. welche Funktionen die betreffenden Mobiltelefone im verfahrensgegenständlichen Zeitraum aufgewiesen haben und damit die Frage klären, ob es sich um ein streitgegenständliches Produkt handelt.

Die Anträge der Antragstellerin sind auch teilweise begründet.

Die Schiedsstelle hat den Begriff „Musik-Handys“ durch den Begriff „Mobiltelefon mit MP3-Funktion“ ersetzt. Unter der Berücksichtigung der im Tenor befindlichen Definitionen ist ein solcher Begriff hinreichend bestimmt. Die Bezeichnung „mit MP3-Funktion“ entspricht den Produktbeschreibungen vieler Hersteller.

Mobiltelefone mit MP3-Funktion sowie die in die Mobiltelefone eingesetzten oder ihnen beigefügten Speichermedien sind erkennbar dazu bestimmt, durch Aufnahme von Audiowerken oder durch Übertragung von Audiowerken im Sinne des § 53 Abs. 1 UrhG (a. F.) vergütungspflichtige Vervielfältigungen vorzunehmen. Die Speicherung eines Audiowerks auf dem Speicher bzw. auf der Speicherkarte eines Mobiltelefons mit MP3-Funktion stellt einen von der gesetzlichen Vergütungsregelung des § 54 Abs. 1 UrhG (a. F.) erfassten Vervielfältigungsvorgang dar.

Zwar genügt es nach § 54 Abs. 1 UrhG (a. F.) nicht, dass die Geräte lediglich für die Vornahme der betreffenden Vervielfältigungen geeignet sind. Erforderlich ist vielmehr eine ent-

sprechende erkennbare Zweckbestimmung. Eine solche erkennbare Zweckbestimmung ist jedoch gegeben. Mobiltelefone mit MP3-Funktion sind erkennbar dazu bestimmt, Audiowerke zum privaten Gebrauch – je nach technischer Ausstattung – entweder zu speichern oder zu vervielfältigen. Mit dem Erfordernis der Erkennbarkeit der Zweckbestimmung hat der Gesetzgeber bewusst einen engen Begriff gewählt, so dass die bloße Eignung zur Vervielfältigung entgegen der vor 1985 geltenden Rechtslage nicht ausreicht (BGH GRUR 1999, 928, 929 – Telefaxgeräte). Die erkennbare Zweckbestimmung richtet sich danach, ob mit Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass urheberrechtlich geschütztes Material mit den verfahrensgegenständlichen Mobiltelefonen vervielfältigt wird (vgl. OLG München ZUM 2006, 239, 244 – Kopiervergütung auf PCs gemäß § 54a Abs. 1; Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, § 86 Rn. 8).

Das Tatbestandsmerkmal der erkennbaren Zweckbestimmung zur Vervielfältigung braucht nicht der ausschließliche Zweck eines vergütungspflichtigen Geräts zu sein. Eine nur teilweise bestehende erkennbare Zweckbestimmung reicht aus, um die Voraussetzungen des § 54 Abs. 1 UrhG (a. F.) zu erfüllen (Amtl. Begr. BT-Drucks. 10/837, S. 19; BGH ZUM 2002, 218, 220 – Scanner; BGH GRUR 1993, 553, 554 – Readerprinter; Schiedsstelle, ZUM 2007, 767, 772 – PCs; Dreier/Schulze, Kommentar zum UrhG, 2. Auflage, § 54 Rn. 5). Damit wird verhindert, dass multifunktionale Geräte und Speichermedien, die nicht primär zu den relevanten Vervielfältigungen bestimmt sind, von der Vergütungspflicht gemäß § 54 UrhG ausgeschlossen sind. Entscheidend ist auch nicht eine tatsächlich erfolgende Nutzung, sondern die Nutzungsmöglichkeit. Da es auf den konkreten Umfang der urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen nicht ankommt, besteht eine Vergütungspflicht dem Grunde nach somit auch dann, wenn die betreffenden Geräte tatsächlich nicht oder nur in geringem Umfang zur Vervielfältigung nach § 53 Abs. 1 oder 2 UrhG (a. F.) verwendet werden (BGH ZUM 1999, 649, 651 – Telefaxgeräte; BGH GRUR 1993, 553, 555 – Readerprinter; BGH GRUR 1981, 355, 359 – Video-Rekorder; Dreier/Schulze, a. a. O., § 54 Rn. 5). Diese Folge hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen (Amtl. Begr. Bundestagsdrucksache 10/837 Seite 18; BGH ZUM 1999, 649, 651 – Telefaxgeräte). Daher ist es vorliegend nicht entscheidungserheblich, ob ein Substitutionsprozess dergestalt stattgefunden hat, dass die Mobiltelefone mit MP3-Funktion die Funktionen eines MP3-Players übernommen haben.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Erkennbarkeit der Zweckbestimmung von Mobiltelefonen im Sinne des § 54 Abs. 1 UrhG (a. F.) zur Speicherung bzw. Vervielfältigung von Audiowerken zu bejahen. Dies folgt bereits aus den Werbeaussagen der Hersteller, Import-

eure bzw. Händler solcher Geräte, die nach der Rechtsprechung und Literatur bei der Frage nach der entsprechenden Zweckbestimmung maßgeblich heranzuziehen sind (BGH GRUR 1993, 553, 555 – Readerprinter; LG Stuttgart ZUM 2001, 614, 617 – Gerätevergütung für CD-Brenner). Die von der Antragstellerin vorgebrachten Werbeaussagen, Produktbeschreibungen und Bedienungsanleitungen der Hersteller, Importeure und der Antragsgegnerin lassen keinen Zweifel, dass Mobiltelefone im streitgegenständlichen Zeitraum eine MP3-Funktion aufwiesen und damit eine erkennbare Zweckbestimmung zur Speicherung bzw. Vervielfältigung von Audiodateien. Auf die Anlagen AS (...) zum Schriftsatz der Antragstellerin vom (...) wird verwiesen.

Nach Auffassung der Schiedsstelle handelt es sich bei Mobiltelefonen mit MP3-Funktion, die nicht selbstständig MP3-Dateien vervielfältigen können, es also nicht möglich ist, MP3-Dateien durch direktes Verbinden mit einem Kabel auf ein anderes vergleichbares Mobiltelefon zu übertragen und auch Dateien von sonstigen Datenträgern nicht ohne Einsatz eines PCs auf diese Mobiltelefone kopiert werden können, nicht um ein Vervielfältigungsgerät (vgl. Schiedsstelle, ZUM 2007, 946ff. – MP3-Player und Einigungsvorschlag vom 15.10.2008, Az. Sch-Urh 53/07, nicht veröffentlicht). In einem solchen Fall ist der PC das vergütungspflichtige Gerät. Der PC kopiert die Audiodateien in der Regel entweder durch einen Downloadvorgang aus dem Internet oder durch Übertragung von einem Tonträger (z. B. CD oder DVD) auf seine Festplatte. Sollten die Audiodateien nicht von vornherein im MP3-Format zur Verfügung stehen, wandelt der PC diese entsprechend um. Anschließend werden die MP3-Dateien auf der Festplatte des PCs abgespeichert, so dass sie gegebenenfalls wieder verwendet werden können. Dies ist gemäß § 16 Abs. 2 UrhG (a. F.) ein Vervielfältigungsvorgang, nämlich die „Aufnahme einer Wiedergabe des Werkes“ oder die „Übertragung .... von einem .... Tonträger auf einen anderen“. Bei diesem Vervielfältigungsvorgang sind solche Mobiltelefone nicht beteiligt. Vielmehr handelt es sich um Produkte, die in Hinsicht auf die MP3-Funktion mit einer CD oder DVD, die nicht nur bespielt, sondern auch überspielt werden kann, vergleichbar sind. Folglich ist für diese Geräte eine Vergütung für Tonträger gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG Ziff. I. Nr. 5 (a. F.) in Höhe von 0,0614 Euro pro Stunde Audiospieldauer zu zahlen. Bei der Berechnung der Vergütungshöhe entspricht 1 GB Speicherkapazität auf einem internen oder externen Speicher 1.000 Minuten Audiospieldauer. Eine entsprechende Umrechnung entspricht nach Kenntnis der Schiedsstelle der langjährigen Praxis, die sich insbesondere auch in Gesamtverträgen wieder findet.

Bei einem Mobiltelefon mit MP3-Funktion, das so ausgestattet ist, dass es selbstständig MP3-Dateien vervielfältigen kann, es also MP3-Dateien durch direktes Verbinden mit einem Kabel auf ein anderes vergleichbares Handy übertragen und Dateien von sonstigen Datenträgern ohne Einsatz eines PCs auf diese Mobiltelefone vervielfältigen kann, handelt es sich um ein Vervielfältigungsgerät (vgl. Einigungsvorschlag vom 15.10.2008, Az. Sch-Urh 53/07, nicht veröffentlicht). Eine Vergütungspflicht besteht in diesem Fall gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG Ziff. I Nr. 1 oder 2 (a. F.). Der Antragstellerin ist dann darin zu folgen, dass in dem Fall, in dem solche Mobiltelefone über einen internen Speicher verfügen, ein Vergütungssatz von 2,56 Euro gemäß Nr. 2 der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG (a. F.) angemessen ist. Wenn solche Mobiltelefone keinen internen Speicher besitzen, aber eine Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem Wechselspeicher haben, beträgt der Vergütungssatz nach Nr. 1 der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG (a. F.) 1,28 Euro.

Zusätzlich sind die externen Speichermedien, auf denen Mobiltelefone mit MP3-Funktion Audiodateien speichern können, vergütungspflichtig. Bei den externen Speichermedien handelt es sich um Tonträger, die erkennbar zur Vornahme der Vervielfältigungen bestimmt sind. Tonträger im Sinne des § 16 Abs. 2 UrhG können sowohl analoge als auch elektronische Speichermedien sein (Dreier/Schulze, a. a. O., § 54 Rn. 6). Unter elektronischen Datenträgern sind z.B. beispielbare CDs oder DVDs oder andere Datenträger in Form von Speicherchips und -karten zu verstehen, die in Geräte eingelegt oder eingeschoben werden können. Nach Ziff. I. Nr. 5 der Anlage zu § 54d UrhG (a. F.) sind diese Speichermedien mit 0,0614 Euro pro Spielstunde zu vergüten, wobei 1 GB Speicherkapazität 1.000 Minuten Audiospielzeit entspricht. Wie bereits oben ausgeführt wurde, entspricht diese Umrechnung nach Kenntnis der Schiedsstelle der langjährigen Praxis, die sich insbesondere auch in Gesamtverträgen wieder findet.

Eine nicht angemessene Ausdehnung der Vergütungspflicht auf Speicherkarten, die beispielsweise in Kameras verwendet werden, ist nicht zu erwarten, da die Antragstellerin die Vergütung für Speicherkarten nur geltend macht, soweit diese gemeinsam mit Mobiltelefonen in Verkehr gebracht werden.

Die in Nr. 2 der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG (a. F.) geregelten Vergütungssätze für die verfahrensgegenständlichen Mobiltelefone mit MP3-Funktion sind auch angemessen. Bei der Frage, welcher Vergütungssatz im konkreten Fall angemessen ist, sind zunächst diejenigen Regelungen zu berücksichtigen, die für technisch ähnliche Sachverhalte gefunden wurden. Anschließend ist den Unterschieden zwischen den bereits geregelten Sachverhalten und

dem verfahrensgegenständlichen Sachverhalt durch Anpassung der Vergütungssätze Rechnung zu tragen (so auch OLG München ZUM 2006, 239, 246 - Vergütungspflicht für PCs gemäß § 54a Abs. 1). Unter Berücksichtigung der konkreten Eigenart vergütungspflichtiger Geräte sind nach Ansicht der Schiedsstelle mitunter Abschläge von dem gesetzlichen Vergütungssatz vorzunehmen (ZUM 2000, 599, 606 – CD-Brenner; Schiedsstelle, ZUM 2007, 767, 772. - PCs). Im vorliegenden Fall ist jedoch von den gesetzlichen Vergütungssätzen auszugehen. Dies ergibt sich aus dem Verhalten der Rechteinhaber und der Geräteindustrie betreffend MP3-Aufnahmegeräte und MP3-Player.

Die Antragstellerin und (...) haben am (...) einen Gesamtvertrag „zur Regelung der urheberrechtlichen Vergütungspflicht für Tonaufzeichnungsgeräte“ vereinbart. Als Vertragsprodukte wurden MP3-Recorder und MP3-Player festgelegt. Die Vertragsparteien haben geregelt, dass – entsprechend den in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG (a. F.) bestimmten Sätzen – für Geräte ohne fest eingebauten Speicher 1,28 Euro und für Geräte mit fest eingebauten Speicher 2,56 Euro zu zahlen sind, jeweils zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer und unter Berücksichtigung eines Gesamtvertragsnachlasses von 6 %. Mobiltelefone mit MP3-Funktion haben aus technischer Sicht die Eigenschaften eines MP3-Recorders bzw. eines MP3-Players. Was die verfahrensgegenständliche Nutzungsmöglichkeit betrifft, sind MP3-Recorder bzw. MP3-Player und Mobiltelefone mit MP3-Funktion vergleichbar. Dies ergibt sich auch aus den Produktbeschreibungen der Hersteller. Vor dem Hintergrund, dass die Höhe der in Gesamtverträgen vereinbarten Vergütungssätze regelmäßig durch gegenseitiges Nachgeben der Vertragsparteien zustande kommen, die Vertragsparteien aber die Vergütungssätze der Anlage zu § 54d UrhG (a. F.) in ihrer Höhe nicht verändert haben, sondern darauf einen Gesamtvertragsnachlass gewähren, spricht vieles dafür, dass bei Geräten mit gleicher Nutzungsmöglichkeit diese gesetzlich festgelegte Höhe ebenfalls zugrunde zu legen ist. Die langjährig praktizierte vertragliche Regelung zeigt, dass die gesetzlich festgesetzten Vergütungssätze bei MP3-Recordern und MP3-Playern nicht zu einer unbilligen Belastung seitens der Geräteindustrie geführt haben.

Entsprechendes gilt für Mobiltelefone, die lediglich mit Hilfe eines PCs Musikwerke vervielfältigen können und für die den Mobiltelefonen beigelegten Speicherkarten. Diese Produkte sind mit MP3-Playern, die lediglich über einen USB-Anschluss mit Hilfe eines PCs Musikwerke vervielfältigen können, vergleichbar. Der zwischen der Antragstellerin und (...) Herstellern bzw. Importeuren angenommene Einigungsvorschlag der Schiedsstelle vom 20.09.2007 (ZUM 2007, 946ff. – MP3-Player) betreffend MP3-Player, die nur über einen

USB-Anschluss mit Hilfe eines PCs Musikwerke vervielfältigen können, zeigt, dass die gesetzlichen Vergütungsregelungen angemessene Bedingungen enthalten.

Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass sich die gesetzlich festgesetzte Vergütung für Mobiltelefone mit MP3-Funktion in einem angemessenen Rahmen hält. Mobiltelefone mit MP3-Funktion ohne Vertragsbindung kosteten im verfahrensgegenständlichen Zeitraum regelmäßig weit über 100,00 Euro, so dass die vorgeschlagene urheberrechtliche Vergütung einen unteren einstelligen Prozentbereich des Gerätepreises ausmacht und damit noch keinen beachtlichen Wettbewerbsnachteil zur Folge haben kann. Die Antragsgegnerin hat über einen Verband jederzeit die Möglichkeit, in einem Gesamtvertrag mit der Antragstellerin eine Reduzierung in Form eines Gesamtvertragsnachlasses zu erlangen oder eine weitergehende vom Gesetz abweichende Vereinbarung zu treffen.

Die nach § 54 Abs. 1 UrhG (a. F.) erforderliche erkennbare Zweckbestimmung der Geräte zur Vornahme von Speicherungen bzw. Vervielfältigungen im Sinne des § 53 Abs. 1 oder 2 UrhG (a. F.) begründet eine gesetzliche Vermutung, dass die Geräte auch entsprechend ihrer Zweckbestimmung genutzt werden. Es handelt sich dabei jedoch um eine widerlegbare Vermutung im Sinne des § 292 ZPO, die den Gegenbeweis in vollem Umfang zulässt (BGH GRUR 1993, Seite 553, 554 – Readerprinter; BGH GRUR 1981, 355, 356 – Video-Rekorder). Dieser Gegenbeweis kann durch den Nachweis der Voraussetzungen des § 54c UrhG (a. F.) erbracht werden. Die Darlegungspflicht und Beweislast hierfür trifft den Hersteller bzw. den Importeur oder Händler. Der Anwendungsbereich des § 54c UrhG (a. F.) ist nicht nur auf Exportfälle beschränkt. Der Gesetzgeber hatte zwar in erster Linie Exportgeräte von der Vergütungspflicht ausnehmen wollen. Dieser Fall ist aber nur beispielhaft genannt (BGH GRUR 1999, 928, 930 – Telefaxgeräte; BGH GRUR 1993, 553, 554f. – Readerprinter; BGH GRUR 1981, 355, 358 – Video-Rekorder). Entsprechende Nachweise hat die Antragsgegnerin jedoch nicht vorgelegt.

Allerdings war im Tenor zugunsten der Antragsgegnerin festzustellen, dass durch nicht private Nutzer ausschließlich gewerblich genutzte Mobiltelefone mit MP3-Funktion und die gemeinsam mit diesen in Verkehr gebrachten externen beschreibbaren Speichermedien nicht vergütungspflichtig sind. Soweit bei gewerblich genutzten Mobiltelefonen mit MP3-Funktion eine teilweise private Nutzung zur Vervielfältigung erlaubt ist, besteht die Vergütungspflicht unbeschränkt fort und zwar unabhängig vom Verhältnis zwischen der privaten und der gewerblichen Nutzung. Dies entspricht der Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001 zur Harmo-

nisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft in Verbindung mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs Padawan/SGAE vom 21.10.2010 (EuGH, ZUM-RD 2011, 1ff.; vgl. auch BGH, Urteil vom 30. November 2011, S. 14f, I ZR 59/10 - im Hinblick auf PC als Tonaufzeichnungsgerät).

Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist es zur Annahme der Vergütungspflicht nicht Voraussetzung, dass eine ausschließlich private Nutzung stattfindet. Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass „die unterschiedslose Anwendung der Abgabe für Privatkopien auf Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung, die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind, nicht mit der Richtlinie 2001/29 vereinbar“ ist (Rn. 59 des Urteils). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist ein Vergütungsanspruch der Antragstellerin nur für ausschließlich gewerblich genutzte Mobiltelefone mit MP3-Funktion und für die gemeinsam mit diesen in Verkehr gebrachten externen beschreibbaren Speichermedien ausgeschlossen. Bei den Mobiltelefonen, die nicht oder nur teilweise gewerblich genutzt werden, handelt es sich nicht um Vervielfältigungsgeräte, die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind. Ein mutmaßlicher Gebrauch eines an einen Freiberufler oder an einen Gewerbebetrieb gelieferten Mobiltelefons für private Vervielfältigungen ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn ein Freiberufler entsprechend der allgemeinen Lebenserfahrung das Mobiltelefon auch zur privaten Vervielfältigung nutzt oder wenn den Mitarbeitern eines Gewerbebetriebs eine private Vervielfältigung gestattet ist. Auch das Bundesverfassungsgericht sieht eine Abgabepflicht für Geräte, die an Gewerbetreibende oder Freiberufliche geliefert werden, durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs durchaus nicht als ausgeschlossen an (BVerfG, Beschluss vom 21.12.2010 – 1 BvR 506/09 Tz. 26 in ZUM 2011, 309, 311 und Beschluss vom 21.12.2010 – 1 BvR 2742/08 Tz. 25 in ZUM 2011, 311, 313). So führt das Bundesverfassungsgericht in diesen Entscheidungen aus, dass es dem Bundesgerichtshof unbenommen bleibe, darauf abzustellen, ob die fraglichen Geräte mutmaßlich für private Vervielfältigungen gebraucht werden, was auch bei einem Verkauf an Gewerbetreibende oder Freiberufler nicht ausgeschlossen erscheint.

Nur für die Geräte, die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien dienen, hält der Europäische Gerichtshof die unterschiedslose Anwendung der Vergütung für die Privatkopie mit der Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001 für nicht vereinbar (so zur Vergütungspflicht auch *Dreier*,

Padawan und die Folgen für die deutsche Kopiervergütung, ZUM 2011, 281, 288). Angesichts der Vielzahl entsprechender Kombinationen von privater und gewerblicher Nutzung der Geräte hinsichtlich der Vervielfältigungsfunktion wäre eine weitere Differenzierung auch nicht praktikabel. Denn es ist davon auszugehen, dass eine Mischnutzung zwischen privater und gewerblicher Nutzung in den unterschiedlichsten Verhältnissen stattfindet.

Eine Vergütungspflicht für ausschließlich beruflich genutzte Mobiltelefone mit MP3-Funktion ist auch nach § 53 Abs. 2 und 3 UrhG (a. F.) nicht gegeben. Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 2 Nr. 1 UrhG (a. F.) sind wegen der Beschränkung der Zulässigkeit auf den eigenen und gebotenen wissenschaftlichen Gebrauch mengenmäßig allenfalls sehr gering und damit nicht relevant und Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 3 und 4 und Abs. 3 UrhG (a. F.) sind wegen den noch deutlich weitergehenden Beschränkungen (wie z. B. auf analoge Vervielfältigungen) bei der Vervielfältigung von Audiodateien schon technisch nicht möglich.

Die Antragsgegnerin ist allerdings nur dann von der Verpflichtung zur Zahlung einer urheberrechtlichen Abgabe befreit, wenn der Antragstellerin entsprechende Nachweise erbracht werden. Denn die Antragsgegnerin trägt die Beweislast, dass die von ihr importierten Mobiltelefone mit MP3-Funktion zu eindeutig anderen Verwendungen als zur privaten Nutzung bestimmt sind.

Der Vortrag der Antragsgegnerin, dass sie die von ihr importierten Mobilfunkgeräte überwiegend wieder ins Ausland verkaufe, so dass der Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes nicht eröffnet sei, ist unbeachtlich. Nach der Vorschrift des § 54c UrhG (a. F.) entfällt zwar die Vergütungspflicht, soweit nach den Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, dass die Geräte nicht zu Vervielfältigungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes benutzt werden. Die Darlegungspflicht und Beweislast hierfür treffen jedoch den Hersteller bzw. den Importeur (Schricker/ *Loewenheim*, Kommentar zum Urheberrecht, 3. Auflage, § 54c Rn. 1). Die Antragsgegnerin hat jedoch keine entsprechenden Nachweise vorgelegt, dass ihre Geräte überwiegend ins Ausland verkauft werden.

Die Antragsgegnerin ist nach § 54g Abs. 1 UrhG (a. F.) i. V. m. § 54h UrhG (a. F.) für den Zeitraum vom 01.01.2004 bis 31.12.2007 verpflichtet, der Antragstellerin Auskunft über Art und Stückzahl der von ihr im Geltungsbereich des Urheberrechtsgesetzes veräußerten oder in Verkehr gebrachten Mobiltelefone mit MP3-Funktion sowie gemeinsam mit diesen veräußerten oder in Verkehr gebrachten externen und zum Zwecke der Speicherung von Audioda-

ten geeigneten beschreibbaren Speichermedien zu erteilen, da sie – wie oben dargelegt – nach § 54 Abs. 1 UrhG (a. F.) der Antragstellerin insofern zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet ist. Von der Auskunftspflicht sind nur solche Mobiltelefone mit MP3-Funktion ausgenommen, die nachweislich von nicht privaten Nutzern ausschließlich gewerblich genutzt werden.

Wie bereits ausgeführt wurde, hat die Antragsgegnerin nicht substantiiert bestritten, dass sie im maßgeblichen Zeitraum keine vergütungspflichtigen Mobiltelefone mit MP3-Funktion importiert hat und daher als Vergütungsschuldner nicht in Betracht kommt. Wenn dies so sein sollte, kann sie der in Ziffer 1. genannte Auskunftsverpflichtung insoweit nachkommen, als sie die Stückzahl der in der Bundesrepublik Deutschland von ihr seit dem 01.01.2004 bis zum 31.12.2007 veräußerten oder in Verkehr gebrachten Mobiltelefone mit MP3-Funktion mit „0“ angibt.

Der Antrag der Antragsgegnerin auf Aussetzung des Verfahrens ist zurückzuweisen, da die Voraussetzungen des § 148 ZPO nicht gegeben sind. Bei den erwähnten Parallelverfahren handelt es sich nicht um vorgreifliche Verfahren (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 148 Rn. 5).

### III.

Die Entscheidung konnte ohne mündliche Verhandlung ergehen, da die Parteien dies nicht übereinstimmend beantragt haben und die Schiedsstelle eine solche zur Aufklärung des Sachverhaltes nicht für erforderlich gehalten hat (§ 4 UrhSchiedsV).

Die Amtskosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin zu 5 % und die Antragsgegnerin zu 95 %. Dies entspricht dem Ausgang des Verfahrens. Die Anordnung einer Kostenerstattung für die notwendigen Auslagen erscheint nicht angemessen, insbesondere liegen keine Anhaltspunkte vor, die hier aus Billigkeitsgründen eine Kostenauflegung rechtfertigen würden (§ 14 Abs. 1 S. 2 UrhSchiedsV). Es verbleibt somit bei dem in bisherigen Schiedsstellenverfahren angewandten Grundsatz, dass die Beteiligten die ihnen erwachsenen notwendigen Auslagen selbst zu tragen haben.

### IV.

Die Beteiligten haben die Möglichkeit, innerhalb eines Monats gegen diesen Einigungsvorschlag Widerspruch einzulegen.

Die Widerspruchsfrist beginnt mit dem Tag der Zustellung zu laufen. Der Widerspruch ist schriftlich zu richten an:

Schiedsstelle  
nach dem Gesetz über die Wahrnehmung  
von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten  
beim Deutschen Patent- und Markenamt,  
80297 München.

Wird kein Widerspruch eingelegt, gilt der Einigungsvorschlag als angenommen und eine dem Inhalt des Vorschlags entsprechende Vereinbarung als zustande gekommen.

V.

Die Entscheidung über die Kosten kann durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung angefochten werden, auch wenn der Einigungsvorschlag angenommen wird. Der Antrag ist an das Amtsgericht München, 80333 München, zu richten.

(...)

(...)

(...)