

SCHIEDSSTELLE

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

München, den 15. Juli 2013

Tel.: 089 / 2195 – (...)

Fax: 089 / 2195 – (...)

Az: Sch-Urh 94/11

In dem Schiedsstellenverfahren

der in der (...) gesamthänderisch verbundenen

(...)

vertreten durch die geschäftsführende Gesellschafterin (...), diese gesetzlich vertreten durch
die Vorstandsmitglieder (...)

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

gegen

die (...), gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer (...)

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

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

Einigungsvorschlag:

1. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der von ihr in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 veräußerten oder in Verkehr gebrachten Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion zu erteilen, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit genauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen.

Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion im Sinne dieses Einigungsvorschlags sind zum Gebrauch mit PCs oder sonstigen Geräten der Datenverarbeitung geeignete, nicht flüchtige, mehrfachbeschreibbare Massenspeicher [sowohl rotierende, magnetische Speichermedien als auch sogenannte Solid State Drives (SSDs) oder Hybridspeicher (Kombination aus SSD und magnetischem Speichermedium)], die über ein eigenes Gehäuse verfügen, und

- a. auf die Daten von einem PC über eine Kabelverbindung (z. B. USB-, FireWire-, eSATA- oder Netzwerkkabel) oder kabellos (z. B. über WLAN / WiFi) übertragen werden können, und
 - b. die über die Funktion verfügen, die auf der Festplatte befindlichen Daten (insbesondere Audio-, Video-, Text- und Bilddateien) über ein Fernsehgerät oder ein anderes Wiedergabegerät (z. B. Musikanlage) wiederzugeben, und hierzu über entsprechende Anschlüsse verfügen, und
 - c. die über die Funktion verfügen, Fernsehprogramme unabhängig von der Übertragungstechnik (z. B. Kabel, Satellit, DVB-T, IPTV) aufzuzeichnen und für diesen Zweck über die entsprechenden Anschlüsse (z.B. einen Antenneneingang) verfügen, und
 - d. deren Wiedergabe- und Aufzeichnungsfunktionen kabellos (z.B. mittels einer Infrarot-Fernbedienung) gesteuert werden können, insbesondere über eine Menüführung.
2. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der von ihr in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 veräußerten oder in Verkehr gebrachten Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungs-

funktion zu erteilen, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit genauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen.

Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion im Sinne dieses Einigungsvorschlags sind zum Gebrauch mit PCs oder sonstigen Geräten der Datenverarbeitung geeignete, nicht flüchtige, mehrfachbeschreibbare Massenspeicher [sowohl rotierende, magnetische Speichermedien als auch sogenannte Solid State Drives (SSDs) oder Hybridspeicher (Kombination aus SSD und magnetischem Speichermedium)], die über ein eigenes Gehäuse verfügen, und

- a. auf die Daten von einem PC über eine Kabelverbindung (z. B. USB-, FireWire-, eSATA- oder Netzwerkkabel) oder kabellos (z. B. über WLAN / WiFi) übertragen werden können, und
 - b. die über die Funktion verfügen, die auf der Festplatte befindlichen Daten (insbesondere Audio-, Video-, Text- und Bilddateien) über ein Fernsehgerät oder ein anderes Wiedergabegerät (z. B. Musikanlage) wiederzugeben, und hierzu über entsprechende Anschlüsse verfügen, und
 - c. deren Wiedergabe- und Aufzeichnungsfunktionen kabellos (z. B. mittels einer Infrarot-Fernbedienung) gesteuert werden können, insbesondere über eine Menüführung.
3. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der von ihr in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 veräußerten oder in Verkehr gebrachten Netzwerkfestplatten zu erteilen, und zwar gesondert für Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte und für Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit genauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen.

Netzwerkfestplatten im Sinne dieses Einigungsvorschlags sind zum Gebrauch mit PCs oder sonstigen Geräten der Datenverarbeitung geeignete, nicht flüchtige, mehrfachbeschreibbare Massenspeicher [sowohl rotierende, magnetische Speichermedien als auch sogenannte Solid State Drives (SSDs) oder Hybridspeicher (Kombination aus SSD und magnetischem Speichermedium)], die über ein eigenes Gehäuse

verfügen, und

- a. auf die Daten von einem PC über ein Netzkabel und/oder kabellos (z. B. über WLAN / WiFi) übertragen werden können, und
 - b. auf die mehrere PCs gleichzeitig zugreifen können, und
 - c. die keine Multimedia-Festplatten im Sinne von vorstehenden Ziffern 1. und 2. sind.
4. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der von ihr in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 veräußerten oder in Verkehr gebrachten externen Festplatten zu erteilen, und zwar gesondert für externe Festplatten mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte und für externe Festplatten mit einer Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit genauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen.

Externe Festplatten im Sinne dieses Einigungsvorschlags sind zum Gebrauch mit PCs oder sonstigen Geräten der Datenverarbeitung geeignete, nicht flüchtige, mehrfachbeschreibbare Massenspeicher [sowohl rotierende, magnetische Speichermedien als auch sogenannte Solid State Drives (SSDs) oder Hybridspeicher (Kombination aus SSD und magnetischem Speichermedium)], die über ein eigenes Gehäuse verfügen, und auf die Daten von einem PC über eine Kabelverbindung (z. B. USB-, FireWire-, eSATA-Kabel) übertragen werden können und die weder Multimedia-Festplatten im Sinne von vorstehenden Ziffern 1. und 2. noch Netzwerkfestplatten im Sinne von vorstehender Ziffer 3. sind.

5. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, an die Antragstellerin für jede laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 1. in der Bundesrepublik Deutschland von ihr veräußerte oder in Verkehr gebrachte Multimedia-Festplatte mit Aufzeichnungsfunktion eine Vergütung für das Jahr 2010 in Höhe von 5,77 Euro, für das Jahr 2009 in Höhe von 4,33 Euro und für das Jahr 2008 in Höhe von 2,88 Euro, jeweils zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu bezahlen, es sei denn, diese wurden von der An-

tragsgegnerin als Händlerin im Inland bezogen und/oder es handelt sich um Festplatten, welche durch nicht private Nutzer ausschließlich gewerblich genutzt werden.

6. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, an die Antragstellerin für jede laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 2. in der Bundesrepublik Deutschland von ihr veräußerte oder in Verkehr gebrachte Multimedia-Festplatte ohne Aufzeichnungsfunktion eine Vergütung für das Jahr 2010 in Höhe von 3,06 Euro, für das Jahr 2009 in Höhe von 2,30 Euro und für das Jahr 2008 in Höhe von 1,53 Euro, jeweils zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu bezahlen, es sei denn, diese wurden von der Antragsgegnerin als Händlerin im Inland bezogen und/oder es handelt sich um Festplatten, welche durch nicht private Nutzer ausschließlich gewerblich genutzt werden.
7. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, an die Antragstellerin für jede laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 3. in der Bundesrepublik Deutschland von ihr veräußerte oder in Verkehr gebrachte Netzwerkfestplatte mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte eine Vergütung für das Jahr 2010 in Höhe von 10,22 Euro, für das Jahr 2009 in Höhe von 7,67 Euro und für das Jahr 2008 in Höhe von 5,11 Euro und für jede Netzwerkfestplatte mit einer Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer eine Vergütung für das Jahr 2010 in Höhe von 27,20 Euro, für das Jahr 2009 in Höhe von 20,40 Euro und für das Jahr 2008 in Höhe von 13,60 Euro, jeweils zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu bezahlen, es sei denn, diese wurden von der Antragsgegnerin als Händlerin im Inland bezogen und/oder es handelt sich um Festplatten, welche durch nicht private Nutzer ausschließlich gewerblich genutzt werden.
8. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, an die Antragstellerin für jede laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 4. in der Bundesrepublik Deutschland von ihr veräußerte oder in Verkehr gebrachte externe Festplatte mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte eine Vergütung für das Jahr 2010 in Höhe von 4,94 Euro, für das Jahr 2009 in Höhe von 3,70 Euro und für das Jahr 2008 in Höhe von 2,47 Euro und für jede externe Festplatte mit einer Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer eine Vergütung für das Jahr 2010 in Höhe von 6,80 Euro, für das Jahr 2009 in Höhe von 5,10 Euro und für das Jahr 2008 in Höhe von 3,40 Euro, jeweils zuzüglich 7 % Umsatz-

steuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu bezahlen, es sei denn, diese wurden von der Antragsgegnerin als Händlerin im Inland bezogen und/oder es handelt sich um Festplatten, welche durch nicht private Nutzer ausschließlich gewerblich genutzt werden.

9. Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin und die Antragsgegnerin zu jeweils 50 %. Die den Beteiligten entstandenen außeramtlichen Kosten tragen die Beteiligten selbst.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin ist (...). Mit Gesellschaftsvertrag vom (...) und (...) haben sich die Verwertungsgesellschaften zum Zwecke der Geltendmachung ihrer Ansprüche gemäß §§ 54ff. UrhG zu einer BGB-Gesellschaft zusammengeschlossen und die ihnen zur Wahrnehmung übertragenen Vergütungsansprüche der Urheber in die Gesellschaft eingebracht. Die Antragstellerin ist (...) dazu berechtigt, die ihr übertragenen Rechte im eigenen Namen geltend zu machen (auf die Anlage (...) wird Bezug genommen).

Die Antragsgegnerin ist Importeurin von Multimedia-Festplatten mit und ohne Aufzeichnungsfunktion, Netzwerkfestplatten und externen Festplatten und hat diese im verfahrensgenständlichen Zeitraum (...) im Bereich der Bundesrepublik Deutschland in Verkehr gebracht. Sie ist Mitglied im (...).

Die Antragstellerin begehrt von der Antragsgegnerin für im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 in Verkehr gebrachte verschiedene Arten von Festplatten Auskunftserteilung und Zahlung einer urheberrechtlichen Abgabe nach § 54 UrhG gemäß dem im Bundesanzeiger vom 03.11.2011, S. 3833 veröffentlichten Tarif über die urheberrechtliche Vergütung von Festplatten für die Zeit ab dem 01.01.2008. Der Tarif ist anwendbar für Multimedia-Festplatten mit und ohne Aufzeichnungsfunktion, Netzwerkfestplatten und externe Festplatten. Dabei differenziert der Tarif bei Netzwerkfestplatten und externen Festplatten nach der Speicherkapazität. Der tarifliche Vergütungssatz liegt zwischen 5,00 Euro und 34,00 Euro. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Wortlaut des Tarifs Bezug genommen.

Die Antragstellerin hat die Antragsgegnerin auf der Grundlage des Tarifs unter Fristsetzung bis zum (...) schriftlich aufgefordert, Auskunft nach § 54f Abs.1 UrhG zu erteilen.

Anfang Dezember 2007 haben die Antragstellerin sowie die (...) und (...) mit dem (...) Sondierungsgespräche über die Umsetzung der zum 01.01.2008 in Kraft tretenden urheberrechtlichen Vorschriften aufgenommen. Weitere Gespräche hierzu fanden am (...), (...), (...) und am (...) statt. Gegenstand des fünften Sondierungsgesprächs am (...) waren auch Ansprüche für konkrete Produkte, u. a. für verschiedene Arten von Festplatten. Im Lauf der weiteren Verhandlungen mit dem (...) als einem Branchenverband der Hersteller und Importeure für Festplatten hat die Antragstellerin im Rahmen eines Gesamtangebots mit Schreiben vom (...) ihre Vergütungsforderungen für eine Reihe von Produkten, darunter auch verschiedene Festplatten wie z. B. „Festplatte 500 GB“ und „Multimedia-Festplatte 500 GB“, gegenüber dem (...) beziffert (auf die Anlage (...) wird Bezug genommen). Im Mai 2008 wurden die Verhandlungen der Antragstellerin und des (...) übereinstimmend für gescheitert erklärt.

Auf ein mit Antragschrift vom (...) eingeleitetes Gesamtvertragsverfahren zur Regelung der urheberrechtlichen Vergütungspflicht nach § 54 UrhG für verschiedene Arten von Festplatten sowie weitere Produkte durch die Antragstellerin, die (...) und die (...) hat sich der (...) gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 UrhSchiedsV nicht eingelassen. Daraufhin wurde das Verfahren durch Beschluss der Schiedsstelle vom 25.02.2009 eingestellt, Az. Sch-Urh 59/08.

Am 13.07.2010 nahm die Antragstellerin mit dem Gesamtverband (...) Verhandlungen in Bezug auf eine urheberrechtliche Abgabe für Festplatten auf, die im Juni 2011 für gescheitert erklärt wurden.

Zwischen den Beteiligten ist nicht streitig, dass Festplatten für Vervielfältigungen im Sinne des § 54 UrhG benutzt werden können. Strittig ist, ob dies in dem verfahrensgegenständlichen Zeitraum in einem vergütungsrelevanten Umfang erfolgt ist.

Nach einer von der Firma (...) im Jahr 2009 für Multimedia-Festplatten und im Jahr 2011 für Netzwerk- und externe Festplatten im Auftrag der Antragstellerin durchgeführten empirischen Untersuchung werden Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion, Netzwerkfestplatten und externe Festplatten genutzt, um urheberrechtlich geschützte Werke zu speichern und zu vervielfältigen (auf die Anlagen (...) und (...) wird Bezug genommen).

Nach Angaben der (...) betrug im Jahr 2008 der durchschnittliche Endverkaufspreis für Multimedia-Festplatten mit und ohne Aufzeichnungsfunktion 169,00 Euro. Eine Unterscheidung der Endverkaufspreise zwischen Festplatten mit und ohne Aufzeichnungsfunktion war nicht möglich. Im Jahr 2010 betrug der durchschnittliche Endverkaufspreis für externe Festplatten mit einer Speicherkapazität geringer als 1 Terabyte (TB) 65,21 Euro, für externe Festplatten mit einer Speicherkapazität größer als 1 TB 89,90 Euro, für Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität geringer als 1 TB 135,08 Euro und für Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität größer als 1 TB 553,43 Euro.

Die Antragsgegnerin legt eine Nutzungsstudie der (...) vom (...) vor. Daraus ergibt sich, dass weniger als 3 % der auf externen Festplatten gespeicherten Daten urheberrechtlich relevant sind und dass 58 % der Festplatten ausschließlich für Sicherungskopien verwendet werden. Im Übrigen wird auf die Nutzungsstudie der (...) in Anlage (...) Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 30.11.2010 an den (...) hat die Staatsaufsicht über die Verwertungsgesellschaften beim Deutschen Patent- und Markenamt festgestellt, dass es aus ihrer Sicht nicht zu beanstanden sei, wenn § 13a Abs. 1 S. 3 UrhWG dahingehend ausgelegt wird, dass die Verwertungsgesellschaften Tarife ohne eine von der Schiedsstelle eingeholte empirische Untersuchung auch dann aufstellen können, wenn die Verbände keine Gesamtvertragsverhandlungen führen bzw. am Schiedsstellenverfahren nicht teilnehmen (auf die Anlage (...) wird Bezug genommen).

Die Beteiligten stimmen dahingehend überein, dass die Einholung einer empirischen Untersuchung über die urheberrechtlich relevante Nutzung von Festplatten für den streitgegenständlichen Zeitraum im vorliegenden Fall nicht erforderlich ist.

Die Schiedsstelle hat in der mündlichen Verhandlung vom 12.12.2012 darauf hingewiesen, dass sie, falls die Beteiligten von der gemeinsamen Beauftragung zur Durchführung einer empirischen Untersuchung entsprechend § 14 Abs. 5a UrhWG absehen und auch keine der Beteiligten die Kosten einer von der Schiedsstelle in Auftrag gegebenen empirischen Untersuchung übernimmt, hinsichtlich der Berechnung der Vergütung gegebenenfalls Rückgriff auf bereits zu vergleichbaren Produkten durchgeführte empirische Untersuchungen im Sinne des § 14 Abs. 5a UrhWG nehmen werde. Die Schiedsstelle hat in diesem Zusammenhang auf ihren in dem Gesamtvertragsverfahren mit dem Az. Sch-Urh 19/08 ergangenen Eini-

gungsvorschlag vom 11.10.2010 hingewiesen (ZUM-RD 2011, 46ff.). In diesem Verfahren wurde für eine Mehrzahl von Vervielfältigungsgeräten die angemessene Vergütung ermittelt und bei allen Geräten eine Kappung gemäß § 54a Abs. 4 UrhG vorgenommen, die je nach urheberrechtlich relevanter Nutzung zwischen 9 % und 13,5 % des bereinigten Endverkaufspreises lag. Auf die weiteren Ausführungen im Einigungsvorschlag vom 11.10.2010, Az. Sch-Urh 19/08, ZUM-RD 2011, 46 wird Bezug genommen.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, eine Vergütungspflicht für die streitgegenständlichen Festplatten bestehe dem Grunde nach bereits ab dem 01.01.2008. Maßgeblich für die Vergütungspflicht als solche sei § 54 Abs. 1 UrhG, dessen Voraussetzungen hier erfüllt seien. Nach dem Ergebnis der empirischen Untersuchung der (...) stehe fest, dass Festplatten im verfahrensgegenständlichen Zeitraum auch zu Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG in vergütungsrelevantem Umfang genutzt worden seien.

Der Tarif sei hinsichtlich der zu Grunde gelegten Vergütung angemessen. Die angemessene Vergütungshöhe sei nach den Kriterien des § 54a UrhG zu ermitteln. Die Höhe der Vergütung dürfe dabei nicht davon abhängig gemacht werden, in welchem Maß ein Produkt noch zu anderen Zwecken als zur privaten Vervielfältigung genutzt werde. Wenn nach § 54a Abs. 1 UrhG die tatsächliche Nutzung eines Produkts für die Vergütungshöhe bestimmend sei, dann könne nicht auf die Nutzung in Relation zu anderen Nutzungen abgestellt werden, sondern es sei die absolute, nämlich tatsächliche Nutzung für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG maßgeblich. Anderenfalls würde die Vergütungshöhe dadurch beeinflusst, ob die technische Ausstattung der Produkte es zulässt, dass diese auch für sonstige Zwecke benutzt werden können. Nach dem Berechnungsmodell der Schiedsstelle in früheren Verfahren würde nach Auffassung der Antragstellerin dann, wenn das absolute Ausmaß der mit einem Produkt vorgenommenen Vervielfältigungen hoch sei, die Vergütung dennoch niedrig ausfallen, wenn das Produkt nicht nur für Vervielfältigungen nach § 53 UrhG, sondern in hohem zeitlichen Umfang auch für andere, urheberrechtlich irrelevante Zwecke benutzt werde; dies decke sich nicht mit der Gesetzesbegründung zu § 54a Abs. 1 UrhG (Begründung zum Regierungsentwurf, Bundesdrucksache 16/1828, Seite 29).

Nach dem von der Antragstellerin angewandten Berechnungsmodell ergebe sich durch die Multiplikation der Spielstunden, die mit einer Festplatte während der gesamten Lebensdauer in vergütungsrelevanter Weise vervielfältigt werden, für eine Multimedia-Festplatte mit und ohne Aufzeichnungsfunktion ein Vergütungssatz in Höhe von 381,84 Euro, für externe Fest-

platten mit einer Speicherkapazität geringer als 1 TB 58,50 Euro, für externe Festplatten mit einer Speicherkapazität größer als 1 TB 62,25 Euro, für Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität geringer als ein 1 TB 9,00 Euro und für Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität größer als 1 TB 234,00 Euro. Das Vergütungsmodell der Antragstellerin stelle dabei nicht auf veraltete Vorschriften ab. Die einzelnen Berechnungsschritte des Berechnungsmodells der Antragstellerin kämen vollständig ohne einen solchen Rückgriff aus. Lediglich bei der Anwendung dieses Modells habe die Antragstellerin Rückgriff auf die Bewertungsmaßstäbe des bis zum 31.12.2007 geltenden Rechts genommen. Zu den Einzelheiten des Berechnungsmodells der Antragsgegnerin wird u. a. auf die Ausführungen im Schriftsatz vom (...), Seiten (...) bis (...) und im Schriftsatz vom (...), Seiten (...) bis (...) Bezug genommen.

Die tariflich geforderten Vergütungssätze in Höhe von 5,00 Euro bis 34,00 Euro würden unter Berücksichtigung des § 54a Abs. 4 UrhG geltend gemacht. Dabei setze die Kappung nach § 54a Abs. 4 UrhG am Endverkaufspreis an, da nach dem eindeutigen Wortlaut der gesetzlichen Regelungen allein auf den Gesamtpreis des vergütungspflichtigen Geräts abzustellen sei. Der Gesetzgeber habe erkennbar nicht auf das Preisniveau einzelner Funktionen eines vergütungspflichtigen Gerätes, sondern auf dessen Endverkaufspreis abgestellt, und auch von einer starren Obergrenze der Vergütung für multifunktionale Geräte in Abhängigkeit vom Endverkaufspreis des Gerätes abgesehen. Die vorgenommene Kappung bei bis zu 20 % des Endverkaufspreises sei angemessen.

Hilfsweise geht die Antragstellerin bei Ermittlung des Umfangs der urheberrechtlich relevanten Nutzung von einer Parallele zu CD- und DVD-Rohlingen aus. Es handele sich jeweils um Speichermedien, so dass die Sachverhalte vergleichbar seien. Diese Produkte würden nach der im Verfahren Sch-Urh 15/08, Einigungsvorschlag vom 21.03.2010, ZUM-RD 2010,575 eingeholten empirischen Untersuchung im Durchschnitt zu 55,5 % für urheberrechtlich relevante Vervielfältigungen genutzt. Lege man die Rechtsauffassung der Schiedsstelle im Einigungsvorschlag vom 11.10.2010 (Az. Sch-Urh 19/08) zum vorgenannten Verfahren zugrunde, sei eine Kappung in Höhe von 12 % des bereinigten Endverkaufspreises angemessen.

Hinsichtlich der Berechnung des durchschnittlichen Endverkaufspreises für Multimedia-Festplatten mit und ohne Aufzeichnungsfunktion bezieht sich die Antragstellerin auf den von der (...) ermittelten Durchschnittswert in Höhe von 169,00 Euro sowie auf die Angaben in der von ihr selbst in Auftrag gegebenen Studie der von (...) befragten Personen zum geschätz-

ten Kaufpreis ihrer Multimedia-Festplatten. Daraus folge, dass bei Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion von einem durchschnittlichen Endverkaufspreis in Höhe von 215,05 Euro und bei Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion von einem durchschnittlichen Endverkaufspreis in Höhe von 123,36 Euro auszugehen sei (auf die Berechnungen auf Seiten (...) bis (...) des Schriftsatzes der Antragstellerin vom (...) und Anlage (...) wird Bezug genommen). Wenn man für Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion von einem Gerätepreis in Höhe von 169,00 Euro ausgehe, werde ein unzulässig niedriger Wert zugrunde gelegt. Entsprechendes gelte, wenn für Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion der durchschnittliche Endverkaufspreis einer externen Festplatte mit einem Speichervolumen von größer als 1 TB in Höhe von 89,90 Euro zugrunde gelegt werde.

Die von der Antragsgegnerin als Anlage (...) eingereichte Nutzungsstudie sei nicht verwertbar. Der Umfang der genutzten bzw. nicht genutzten Speicherkapazität von Festplatten sei unerheblich. Zudem seien Sicherungskopien urheberrechtlich relevant. Dies werde durch die Nutzungsstudie nicht berücksichtigt.

Die Antragstellerin ist des Weiteren der Ansicht, dass eine Vergütungspflicht von Festplatten, die nicht privaten Nutzern überlassen werden, nicht gegen die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte zum Urheberrecht und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft verstoße. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu „Padawan“ (ZUM RD 2011, 1) mache klar, dass für eine differenzierende Anwendung der Vergütungspflicht Voraussetzung sei, dass die Geräte nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten seien. Daher sei die Vergütungspflicht bei einem Verkauf an Gewerbetreibende, Freiberufler, Behörden und sonstige nicht private Käufer nicht von vornherein ausgeschlossen. Dies sei nur dann der Fall, wenn diese Geräte eindeutig und ausschließlich gewerblich genutzt werden. Da nur auf die Möglichkeit einer privaten Nutzung und nicht auf die tatsächliche Nutzung abzustellen sei, seien auch solche Geräte und Leermedien vergütungspflichtig, bei denen die Möglichkeit einer auch privaten Nutzung nicht ausgeschlossen werden könne. Eine Widerlegung der Vermutung der Anfertigung von Privatkopien sei dabei allenfalls bei einer Überlassung an andere als natürliche Personen möglich. Bei einer Überlassung an natürliche Personen werde nämlich unwiderleglich vermutet, dass die Geräte zur Anfertigung von Privatkopien verwendet werden. Die Darlegungs- und Beweispflicht trage insoweit die vergütungspflichtige Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin verweist hierzu auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30.11.2011, ZUM 2012, 567 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät.

Für die gestellten Anträge bedeute dies, dass den Auskunftsanträgen der Antragstellerin in vollem Umfang stattzugeben sei, da sich die Auskunftspflicht auf alle Geräte erstrecke, für die grundsätzlich eine Vergütungspflicht in Betracht komme (BGH, Entscheidung vom 29.10.2009, ZUM-RD 2010,1 – Scannertarif, und BGHZ 140, 326, 335 – Telefaxgeräte). Eine Einschränkung des Zahlungsanspruchs würde dann nur hinsichtlich solcher Geräte eintreten, für die die Antragsgegnerin konkret und im Einzelfall die Vermutung der Nutzung für relevante Vervielfältigungen durch entsprechende Nachweise widerlege.

Weiter sei der Tarif, auf den die Antragstellerin ihre Anträge stützt, rechtmäßig zustande gekommen. Die rechtmäßige Aufstellung eines Tarifs setze nicht in jedem Fall die Durchführung einer empirischen Untersuchung voraus. Nur in dem Fall, in dem Gesamtvertragsverhandlungen gescheitert sind und deshalb ein Gesamtvertragsverfahren vor der Schiedsstelle geführt wird, sei eine empirische Untersuchung zwingend erforderlich. Wenn die Verbände jedoch keine Gesamtvertragshandlungen führen bzw. wie im vorliegenden Fall der (...) und der (...) nach dem Scheitern der Verhandlungen am Schiedsstellenverfahren nicht teilnehmen, könne ein Tarif von der Verwertungsgesellschaft auch ohne eine von der Schiedsstelle eingeholte empirische Untersuchung aufgestellt werden. Diese Rechtsauffassung der Antragstellerin werde auch vom Deutschen Patent- und Markenamt bestätigt.

Die Rückwirkung des Tarifs könne ebenfalls keine Rechtswidrigkeit begründen, da das Gesetz eine solche Rückwirkung nicht untersage. Eine Tarifaufstellung dürfe sich auf den Zeitpunkt beziehen, in dem vergütungspflichtige Geräte oder Speichermedien in Verkehr gebracht werden, da sich die Vergütungspflicht schon aus dem Gesetz ergebe; der Tarif wirke daher nur scheinbar zurück. Eine Grenze für die rückwirkende Durchsetzbarkeit sei lediglich in den Vorschriften der Verjährung zu sehen. Nach den vom Gesetzgeber mit dem Zweiten Korb vorgenommenen Änderungen für die Festsetzung von Vergütungen für private Vervielfältigungen sei ein Zusammenwirken der Verbände und der Verwertungsgesellschaften bei der Tarifaufstellung vorgesehen. Damit treffe auch die Verbände eine Fürsorgepflicht, durch schnelle Verhandlungen und abgekürzte Verfahren bei der Tarifaufstellung für ihre Mitglieder Rechts- und Planungssicherheit herzustellen. Tarife der Verwertungsgesellschaften seien für die Vergütungspflicht nach den §§ 54ff. UrhG nicht konstitutiv. Damit seien die vergütungspflichtigen Unternehmen regelmäßig gezwungen, Vergütungen nach § 54 UrhG in die Pro-

duktpreise einzukalkulieren, ohne die endgültige Vergütungshöhe zu kennen. Den Unternehmen stünde es dabei frei, selbst die Vergütungshöhe nach §§ 54 Abs. 1, 54a UrhG zu berechnen.

Der Gesetzgeber habe die Vergütungspflicht nicht an das Vorliegen eines Tarifs geknüpft. Die Verpflichtung gemäß § 13 Abs. 2 UrhWG, Tarife „unverzüglich“ aufzustellen, gelte nicht im Falle der Tarife für Geräte und Speichermedien, da gemäß § 13a Abs. 1 UrhWG zunächst Verhandlungen vorgeschrieben seien. Danach müsse die Schiedsstelle eine empirische Untersuchung gemäß § 14 Abs. 5a UrhWG einholen. Erst dann könne die Antragstellerin einen Tarif aufstellen. Zudem durfte die Antragstellerin vor der Tarifaufstellung für verschiedene Festplatten die Ergebnisse zu anderen Produkten geführten Verhandlungen bzw. Schiedsstellenverfahren abwarten, da insbesondere mit einem PC oder einem Festplattenrecorder gewisse Vergleichbarkeiten vorhanden seien, die Rückschlüsse auf die Höhe des Tarifs für Festplatten zulassen könnten. Weiterhin habe die Antragsgegnerin wegen Gesamtvertragsverhandlungen mit dem (...) erstmals nach deren Scheitern im Juni 2011 gemäß § 13a Abs. 1 UrhWG einen Tarif aufstellen können.

Die Antragsgegnerin befinde sich seit dem (...) in Verzug. Der Anspruch auf Verzugszinsen folge aus §§ 286 Abs. 1 i. V. m. 288 Abs. 1 BGB.

Die Antragstellerin beantragt festzustellen:

1. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der von ihr in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 veräußerten oder in Verkehr gebrachten Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion zu erteilen, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit genauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen.

Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion im Sinne dieses Antrags sind zum Gebrauch mit PCs oder sonstigen Geräten der Datenverarbeitung geeignete, nicht flüchtige, mehrfachbeschreibbare Massenspeicher [sowohl rotierende, magnetische Speichermedien als auch sogenannte Solid State Drives (SSDs) oder Hybridspeicher

(Kombination aus SSD und magnetischem Speichermedium)], die über ein eigenes Gehäuse verfügen, und

- a. auf die Daten von einem PC über eine Kabelverbindung (z. B. USB-, FireWire-, eSATA- oder Netzwerkkabel) oder kabellos (z. B. über WLAN / WiFi) übertragen werden können, und
 - b. die über die Funktion verfügen, die auf der Festplatte befindlichen Daten (insbesondere Audio-, Video-, Text- und Bilddateien) über ein Fernsehgerät oder ein anderes Wiedergabegerät (z. B. Musikanlage) wiederzugeben, und hierzu über entsprechende Anschlüsse verfügen, und
 - c. die über die Funktion verfügen, Fernsehprogramme unabhängig von der Übertragungstechnik (z. B. Kabel, Satellit, DVB-T, IPTV) aufzuzeichnen und für diesen Zweck über die entsprechenden Anschlüssen (z. B. einen Antenneneingang) verfügen, und
 - d. deren Wiedergabe- und Aufzeichnungsfunktionen kabellos (z. B. mittels einer Infrarot-Fernbedienung) gesteuert werden können, insbesondere über eine Menüführung.
2. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der von ihr in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 veräußerten oder in Verkehr gebrachten Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion zu erteilen, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit genauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen.

Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion im Sinne dieses Antrags sind zum Gebrauch mit PCs oder sonstigen Geräten der Datenverarbeitung geeignete, nicht flüchtige, mehrfachbeschreibbare Massenspeicher [sowohl rotierende, magnetische Speichermedien als auch sogenannte Solid State Drives (SSDs) oder Hybrid-speicher (Kombination aus SSD und magnetischem Speichermedium)], die über ein eigenes Gehäuse verfügen, und

- a. auf die Daten von einem PC über eine Kabelverbindung (z. B. USB-, FireWire-, eSATA- oder Netzwerkkabel) oder kabellos (z. B. über WLAN / WiFi) übertragen werden können, und

- b. die über die Funktion verfügen, die auf der Festplatte befindlichen Daten (insbesondere Audio-, Video-, Text- und Bilddateien) über ein Fernsehgerät oder ein anderes Wiedergabegerät (z. B. Musikanlage) wiederzugeben, und hierzu über entsprechende Anschlüsse verfügen, und
 - c. deren Wiedergabe- und Aufzeichnungsfunktionen kabellos (z. B. mittels einer Infrarot-Fernbedienung) gesteuert werden können, insbesondere über eine Menüführung.
3. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der von ihr in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 veräußerten oder in Verkehr gebrachten Netzwerkfestplatten zu erteilen, und zwar gesondert für Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte und für Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit genauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen.

Netzwerkfestplatten im Sinne dieses Antrags sind zum Gebrauch mit PCs oder sonstigen Geräten der Datenverarbeitung geeignete, nicht flüchtige, mehrfachbeschreibbare Massenspeicher [sowohl rotierende, magnetische Speichermedien als auch sogenannte Solid State Drives (SSDs) oder Hybridspeicher (Kombination aus SSD und magnetischem Speichermedium)], die über ein eigenes Gehäuse verfügen, und

- a. auf die Daten von einem PC über ein Netzkabel und/oder kabellos (z.B. über WLAN / WiFi) übertragen werden können, und
 - b. auf die mehrere PCs gleichzeitig zugreifen können, und
 - c. die keine Multimedia-Festplatten im Sinne der Anträge zu 1. und zu 2. sind.
4. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin aufgeschlüsselt nach Kalenderjahren Auskunft über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der von ihr in der Bundesrepublik Deutschland im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 veräußerten oder in Verkehr gebrachten externen Festplatten zu erteilen, und zwar gesondert für externe Festplatten mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte und für externe Festplatten mit einer Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit ge-

nauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen.

Externe Festplatten im Sinne dieses Antrags sind zum Gebrauch mit PCs oder sonstigen Geräten der Datenverarbeitung geeignete, nicht flüchtige, mehrfachbeschreibbare Massenspeicher [sowohl rotierende, magnetische Speichermedien als auch sogenannte Solid State Drives (SSDs) oder Hybridspeicher (Kombination aus SSD und magnetischem Speichermedium)], die über ein eigenes Gehäuse verfügen, und auf die Daten von einem PC über eine Kabelverbindung (z. B. USB-, FireWire-, eSATA-Kabel) übertragen werden können und die weder Multimedia-Festplatten im Sinne der Anträge zu 1. und zu 2. noch Netzwerkfestplatten im Sinne des Antrags zu 3. sind.

5. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, an die Antragstellerin für jede laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 1. in der Bundesrepublik Deutschland von ihr veräußerte oder in Verkehr gebrachte Multimedia-Festplatte mit Aufzeichnungsfunktion eine Vergütung von EUR 34,00 zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu bezahlen, es sei denn, diese wurden von der Antragsgegnerin als Händlerin im Inland bezogen.
6. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, an die Antragstellerin für jede laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 2. in der Bundesrepublik Deutschland von ihr veräußerte oder in Verkehr gebrachte Multimedia-Festplatte ohne Aufzeichnungsfunktion eine Vergütung von EUR 19,00 zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu bezahlen, es sei denn, diese wurden von der Antragsgegnerin als Händlerin im Inland bezogen.
7. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, an die Antragstellerin für jede laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 3. in der Bundesrepublik Deutschland von ihr veräußerte oder in Verkehr gebrachte Netzwerkfestplatte mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte eine Vergütung von EUR 5,00 und für jede Netzwerkfestplatte mit einer Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer eine Vergütung von EUR 17,00, jeweils zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten

über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu bezahlen, es sei denn, diese wurden von der Antragsgegnerin als Händlerin im Inland bezogen.

8. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, an die Antragstellerin für jede laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 4. in der Bundesrepublik Deutschland von ihr veräußerte oder in Verkehr gebrachte externe Festplatte mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte eine Vergütung von EUR 7,00 und für jede externe Festplatte mit einer Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer eine Vergütung von EUR 9,00, jeweils zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu bezahlen, es sei denn, diese wurden von der Antragsgegnerin als Händlerin im Inland bezogen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Einigungsvorschlag der Antragstellerin zurückzuweisen und einen Einigungsvorschlag zu erlassen, der folgendes feststellt:

1. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, der Antragstellerin für von ihr zwischen dem 1.1.2008 und dem 31.12.2010 in der Bundesrepublik Deutschland veräußerte oder in Verkehr gebrachte Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion eine Vergütung von EUR 34,00 zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu zahlen.
2. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, der Antragstellerin für von ihr zwischen dem 1.1.2008 und dem 31.12.2010 in der Bundesrepublik Deutschland veräußerte oder in Verkehr gebrachte Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion eine Vergütung von EUR 19,00 zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu zahlen.
3. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, der Antragstellerin für von ihr zwischen dem 1.1.2008 und dem 31.12.2010 in der Bundesrepublik Deutschland veräußerte oder in Verkehr gebrachte Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte eine Vergütung von EUR 5,00 und für jede Netzwerkfestplatte mit einer

Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer eine Vergütung von EUR 17,00 jeweils zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu zahlen.

4. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, der Antragstellerin für von ihr zwischen dem 1.1.2008 und dem 31.12.2010 in der Bundesrepublik Deutschland veräußerte oder in Verkehr gebrachte externe Festplatten mit einer Speicherkapazität von weniger als 1 Terabyte eine Vergütung von EUR 7,00 und für jede externe Festplatte mit einer Speicherkapazität von 1 Terabyte und größer eine Vergütung von EUR 9,00 jeweils zuzüglich 7 % Umsatzsteuer sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem (...) zu zahlen.
5. Da Ansprüche der Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin auf Zahlung von Geräteabgaben für diese Geräte in dem Zeitraum von 1.1.2008 bis 31.12.2010 nicht bestehen, ist die Antragsgegnerin insofern der Antragstellerin auch nicht zur Auskunft über den Umfang des Vertriebs dieser Geräte verpflichtet.
6. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass für Festplatten im streitgegenständlichen Zeitraum dem Grunde nach keine Vergütungspflicht bestehe. Ebenso sei der geltend gemachte Auskunftsanspruch unbegründet; dieser setze nach § 54f Abs.1 UrhG voraus, dass ein Vergütungsanspruch dem Grunde nach gegeben ist.

Die Antragstellerin habe nicht hinreichend dargelegt, dass die in Rede stehenden Festplatten typischerweise für Vervielfältigungen im Sinne des § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG benutzt werden. Bei den streitgegenständlichen Festplatten handele es sich zu einem ganz erheblichen Teil um Produkte zur Datensicherung. Dies werde durch die Studie der (...) (Anlage (...)) bestätigt. Diese Studie könne auf den streitgegenständlichen Zeitraum bezogen werden, da nicht davon auszugehen sei, dass sich das Nutzerverhalten geändert habe.

Die von der Antragstellerin vorgelegte empirische Untersuchung sei nicht aussagekräftig. Sie sei nicht repräsentativ und unterscheide nicht zwischen privaten und beruflichen Vervielfälti-

gungen. Das von der Antragstellerin vorgelegte Vergütungsmodell sei unklar und gehe von falschen Ausgangswerten aus.

Darüber hinaus sei eine Vervielfältigung auf digitale Speichermedien gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und 4 UrhG in Verbindung mit § 53 Abs. 2 S. 3 UrhG in Verbindung mit S. 2 Nr. 1 und 2 UrhG nicht vergütungspflichtig, da sie nicht auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger fotomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung erfolge.

Netzwerkfestplatten würden im privaten Bereich regelmäßig nicht genutzt und seien daher nicht vergütungspflichtig. Hinsichtlich Multimediafestplatten sei je nach Ausstattung mit einer Aufzeichnungsfunktion von einem unterschiedlichen Nutzungsverhalten auszugehen. Dies hätte im Rahmen der empirischen Untersuchung berücksichtigt werden müssen.

Die Antragsgegnerin trägt hilfsweise vor, dass die geforderte Vergütung der Höhe nach nicht angemessen sei. Dem Berechnungsmodell der Antragstellerin könne nicht gefolgt werden. Zur Bestimmung des Umfangs der tatsächlichen Nutzung von Festplatten sei auf die durchschnittliche Dauer der Vervielfältigungen abzustellen. Weiterhin müssten die relevanten Vervielfältigungen ins Verhältnis zu den sonstigen Nutzungen der Festplatten gesetzt werden. Entscheidend sei zudem, ob technische Schutzmaßnahmen auf die vervielfältigten Werke angewendet werden. Weiterhin müsse der funktionale Zusammenhang mit anderen Geräten, wie z. B. mit einem PC, gemäß § 54a Abs. 2 UrhG berücksichtigt werden. Zudem würden die von der Antragstellerin begehrten Vergütungssätze zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigung gemäß § 54a Abs. 4 UrhG führen.

Die Richtigkeit der von der Antragstellerin ermittelten durchschnittlichen Endverkaufspreise wird von der Antragsgegnerin bestritten. Zudem seien diese Preise nicht verwertbar, da sie nur einzelne Jahre des streitgegenständlichen Zeitraums betreffen. Es müsse gemäß dem allgemeinen Trend davon ausgegangen werden, dass sich die Gerätepreise aus dem Jahr 2008 in der Folgezeit verbilligt hätten. Die in Bezug auf externe Festplatten und Netzwerkfestplatten stammenden Endverkaufspreise aus dem Jahr 2010 könnten nicht auf die Jahre 2008 und 2009 bezogen werden. Jedenfalls könne aufgrund der unterschiedlichen Funktionalität von Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion und Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion nicht ein einheitlicher Endverkaufspreis in Höhe von 169,00 Euro festgesetzt werden. Zudem sei nicht auf den Endverkaufspreis, sondern auf den berei-

nigten Netto-Händlerabgabepreis abzustellen. Hierzu müsse neben der gesetzlichen Mehrwertsteuer eine Händlermarge in Höhe von 30 % abgezogen werden. Die urheberrechtliche Abgabe dürfe maximal 10 % des bereinigten Netto-Händlerabgabepreises betragen, sofern das Produkt zu 100 % urheberrechtlich relevant genutzt wird.

Des Weiteren sei der Tarif rechtswidrig zustande gekommen, da die Antragstellerin bei seiner Aufstellung nicht das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren eingehalten habe. Gemäß § 13 Abs. 1 UrhWG hätten die Verwertungsgesellschaften Tarife über die Vergütung der von ihnen wahrgenommenen Rechte und Ansprüche aufzustellen. In Bezug auf Geräteabgaben für Vervielfältigungsgeräte sei die Verwertungsgesellschaft seit 01.01.2008 dazu verpflichtet gewesen, Tarife aufzustellen und zu veröffentlichen. Um die durch Tarife garantierte Transparenz und Rechtssicherheit zu gewährleisten, müsse gemäß § 13a Abs. 1 S. 3 UrhWG vor Aufstellung eines neuen Tarifs eine empirische Untersuchung durchgeführt werden. Nach § 14 Abs. 5a UrhWG müsse es sich dabei um eine Untersuchung durch die Schiedsstelle zur maßgeblichen Nutzung handeln. Die im vorliegenden Fall vorgelegte empirische Untersuchung erfülle diese gesetzlichen Voraussetzungen nicht. Zudem beanstandet die Antragsgegnerin sowohl die Systematik als auch die Aussagekraft der von der Antragstellerin vorgelegten empirischen Untersuchung (auf Seiten (...) – (...) des Schriftsatzes der Antragsgegnerin vom (...) wird Bezug genommen).

Weiterhin differenziere der Antrag der Antragstellerin nicht hinreichend zwischen privat und gewerblich genutzten Geräten. Die unterschiedslose Anwendung einer Abgabe auf digitale Geräte unabhängig von ihrem Verwendungszweck verstoße gegen die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte zum Urheberrecht und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft. Ein Tarif, der rückwirkend gelte, könne nicht zwischen Produkten, welche zu privaten Zwecken gekauft werden einerseits und Produkten, welche eindeutig zu anderen als der privaten Vervielfältigung erworben werden andererseits, unterscheiden. Da es jedoch zwingend sei, festzustellen, welche der verkauften Produkte an private Endverbraucher und welche an Geschäftskunden verkauft wurden, laufe eine rückwirkende Anwendung der Abgabe den vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Anforderungen zuwider. Den Unternehmen sei es aufgrund der rückwirkenden Anwendbarkeit des Tarifs unmöglich, die geltend gemachte Geräteabgabe auf private Endverbraucher abzuwälzen. Auch das Abwälzen der Geräteabgaben auf Privatpersonen sei im System der Geräteabgaben immanent und nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zwingend vorausgesetzt. Zudem sei es den

Herstellern und Importeuren nicht möglich, entsprechende Rückstellungen für die geltend gemachte Geräteabgabe zu bilden, zumal es zuvor keinen Tarif für Festplatten gegeben habe. Es könne von den Unternehmen nicht erwartet werden, die von den Verwertungsgesellschaften in Bezug auf bestimmte Geräte und bestimmte Nutzungen möglicherweise geltend gemachten Geräteabgaben vorzusehen, abzuschätzen oder zu erraten.

Die Geltendmachung von urheberrechtlichen Abgaben durch rückwirkende Tarifaufstellung sei rechtswidrig. Die Antragstellerin habe spätestens Anfang 2008 gewusst, dass nach Auffassung der Industrie für die streitgegenständlichen Festplatten nach neuem Recht keine Abgabe geschuldet sei. Dennoch habe die Antragstellerin die Industrie darüber im Ungewissen gelassen, welche ganz erheblichen Geräteabgaben sie zu verlangen beabsichtige, und den Tarif erst fast vier Jahre nach Inkrafttreten der jetzigen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes aufgestellt. Der Übergangsregelung in § 27 UrhWG könne entnommen werden, dass nach der Intention des Gesetzgebers eine Zweijahresfrist ausreichend sein würde, um nach durchgeführten Verhandlungen Tarife aufzustellen und zu veröffentlichen. Die Antragsgegnerin könne insbesondere aufgrund ihrer Eigenschaft als Distributorin keine rückwirkenden Vergütungsansprüche an ihre Kunden weiter geben. Die Gewinnmargen seien derart gering, dass erhebliche wirtschaftliche Schäden entstehen würden. Zudem sei es gerade einzelnen Distributoren wegen zu geringer Margen nicht möglich, Preiserhöhungen wegen urheberrechtlichen Abgaben vorzunehmen, ohne gleichzeitig wichtige Marktanteile zu verlieren. Das Einpreisen der maximal zu erwartenden Vergütungshöhe führe zwangsläufig zu Wettbewerbsnachteilen. Ein Verstoß der Antragsgegnerin gegen die kaufmännische Sorgfaltspflicht liege daher nicht vor. Das Verhalten des (...) könne auch nicht zu Lasten der Antragsgegnerin als eines von vielen Verbandsmitgliedern gehen. Vielmehr habe die Antragstellerin ihre Pflicht zur zügigen Tarifaufstellung verletzt.

Am 12.12.2012 fand eine mündliche Verhandlung statt. Auf den Inhalt des Protokolls sowie die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen wird Bezug genommen.

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).

Der Antrag auf Auskunftserteilung und Zahlung einer Vergütung für Festplatten, die über die Möglichkeit verfügen, urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen zu speichern und teilweise auch wiederzugeben und die die Antragsgegnerin im Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 in Deutschland veräußert oder in Verkehr gebracht hat, ist teilweise begründet (§§ 54 Abs. 1, 54f UrhG).

Die Antragstellerin stützt die geltend gemachte Vergütung für Festplatten für den Zeitraum 01.01.2008 bis 31.12.2010 dem Grunde nach zu Recht auf den von der Antragstellerin, der (...) und der (...) gemeinsam aufgestellten Tarif vom 03.11.2011 mit Wirkung ab dem 01.01.2008.

Der im Bundesanzeiger vom 03.11.2011, S. 3833 veröffentlichte Tarif nach §§ 54, 54a UrhG ist für die Zeit vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 auf den Geschäftsbetrieb der Antragsgegnerin anwendbar. Die Antragsgegnerin war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Importeurin von Festplatten. Diese sind in diesem Zeitraum als vergütungspflichtige Speichermedien bzw. Vervielfältigungsgeräte anzusehen. Hierfür spricht zum einen die Lebenserfahrung, dass Festplatten unstreitig zur Vornahme privater Vervielfältigungen durch das Speichern bzw. Aufzeichnen von urheberrechtlich relevanten Inhalten wie z.B. urheberrechtlich geschützte Musikwerken und Musikvideos genutzt werden. Zum anderen ergibt sich dies – wenn auch mit sehr unterschiedlichen Ergebnissen – aus den von den Beteiligten jeweils vorgelegten Nutzungsstudien.

Wenn die Antragsgegnerin darauf hinweist, dass die urheberrechtlich relevante Nutzung einer Festplatte, die überwiegend zur Datensicherung verwendet wird, gegenüber den sonstigen Nutzungen zu gering sei, um eine Vergütungspflicht zu begründen, so kann dies nur für die Bemessung der Vergütungshöhe nach § 54a Abs. 1 UrhG eine Rolle spielen (vgl. Dreier/Schulze, Kommentar zum UrhG, 4. Auflage, § 54 Rn. 10). Für die Vergütungspflicht dem Grunde nach ist gemäß § 54 Abs. 1 UrhG allein maßgeblich, ob ein Speichermedium oder Vervielfältigungsgerät dem Typ nach allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme von Vervielfältigungen gemäß § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG benutzt wird. Dies ist hier der Fall.

Der Tarif der Antragstellerin wurde rechtmäßig aufgestellt. Soweit die Antragsgegnerin darauf hinweist, dass vor Aufstellung des Tarifs keine empirische Untersuchung durch die Schiedsstelle in Auftrag gegeben wurde, führt dies nicht zur Rechtswidrigkeit. Nach der seit dem 01.01.2008 geltenden Rechtslage hinsichtlich der Vergütung für Geräte und Speichermedien sind die Verwertungsgesellschaften verpflichtet, vor einer Tarifaufstellung mit den Verbänden der betroffenen Hersteller über die angemessene Vergütungshöhe und den Abschluss eines Gesamtvertrages zu verhandeln (§ 13a Abs. 1 S. 2 UrhWG). Sinn und Zweck dieser im Zusammenhang mit § 54a UrhG und § 14 Abs. 5a UrhWG zu sehenden Vorschrift ist es, die Vergütungshöhe für Geräte und Speichermedien durch Konsultation mit der Geräteindustrie im Sinne eines partnerschaftlichen Zusammenwirkens zu bestimmen (Dreier/ Schulze, a. a. O., § 13a UrhWG Rn. 1). Können sich die Verhandlungspartner nicht auf den Abschluss eines Gesamtvertrages einigen, dürfen die Verwertungsgesellschaften gemäß § 13a Abs. 1 S. 3 UrhWG Tarife grundsätzlich erst nach Vorliegen der empirischen Untersuchungen nach § 14 Abs. 5a UrhWG aufstellen.

Eine von der Schiedsstelle im Sinne des § 14 Abs. 5a UrhWG in Auftrag zu gebende empirische Untersuchung ist jedoch nicht vor jeder Aufstellung eines Tarifs zwingend erforderlich. Vielmehr dürfen die Verwertungsgesellschaften Tarife einseitig aufstellen, wenn ein möglicher Gesamtvertragspartner zwar vorhanden ist, dieser aber entweder nicht zu ernsthaften Gesamtvertragsverhandlungen bereit ist oder sich nicht auf ein Gesamtvertragsverfahren vor der Schiedsstelle einlässt. Dies ergibt sich daraus, dass § 14 Abs. 5a UrhWG, auf den die Vorschrift des § 13a Abs. 1 S. 3 UrhG Bezug nimmt, lediglich auf § 14 Abs. 1 Nr. 1c) UrhWG und damit auf Gesamtvertragsverfahren verweist. Ebenso kommt die Staatsaufsicht über die Verwertungsgesellschaften zum Schluss, dass die Verwertungsgesellschaften Tarife ohne eine von der Schiedsstelle eingeholte empirische Untersuchung auch dann aufstellen können, wenn die Verbände keine Gesamtvertragsverhandlungen führen bzw. am Schiedsstellenverfahren nicht teilnehmen (auf Anlage (...) wird Bezug genommen).

Im vorliegenden Fall sind zunächst Gesamtvertragsverhandlungen zwischen der Antragstellerin und dem (...) geführt worden. Diese sind im Mai 2008 übereinstimmend für gescheitert erklärt worden. Auf die im Dezember 2008 von der Antragstellerin beantragte Durchführung eines Schiedsstellenverfahrens gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1c) UrhWG hat sich der (...) nicht eingelassen. Auch die später aufgenommenen Gesamtvertragsverhandlungen mit dem (...) wurden im Juni 2011 für gescheitert erklärt.

Weiterhin begründet die Rückwirkung des Tarifs zum 01.01.2008 nicht dessen Rechtswidrigkeit. Das Gesetz untersagt keine Rückwirkung von Tarifen. Eine zeitliche Grenze für die Geltendmachung von Vergütungsansprüchen bildet nur die Verjährung. Die Vergütungspflicht dem Grunde nach entsteht aufgrund der gesetzlichen Vorschrift des § 54 Abs. 1 UrhG mit dem Inverkehrbringen der Speichermedien bzw. Vervielfältigungsgeräte im Inland. Die Antragsgegnerin musste im verfahrensgegenständlichen Zeitraum daher von einer Vergütungspflicht ihrer Produkte dem Grunde nach ausgehen. Zum einen ergibt sich erkennbar schon aus dem Gesetz, dass es sich bei Produkten, die über die Möglichkeit verfügen, urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen zu speichern und teilweise wiederzugeben, um vergütungspflichtige Speichermedien bzw. Vervielfältigungsgeräte handelt. Die Vervielfältigungsfunktion von Festplatten ist offensichtlich. Zum anderen waren der Antragsgegnerin die seit 2008 zwischen der Antragstellerin und dem (...), dessen Mitglied sie ist, laufenden Verhandlungen bzw. das angestrebte Schiedsstellenverfahren hinsichtlich der Vergütungspflicht von Festplatten bekannt. Sie musste daher wissen, dass die Antragstellerin eine Vergütung für die streitgegenständlichen Festplatten forderte. Eine Tarifaufstellung darf sich dann auf den Zeitpunkt beziehen, in dem die vergütungspflichtigen Geräte oder Speichermedien im Inland in den Verkehr gebracht wurden.

Die Auffassung der Schiedsstelle wird auch von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestätigt (vgl. BGH, ZUM 2012, 567 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät). Diese Entscheidung bezieht sich zwar auf Vergütungsansprüche für PCs mit eingebauter Festplatte nach bis zum 31.12.2007 geltenden Recht. Der hier maßgebliche, die rückwirkende Erhebung der Gerätevergütung auf abgeschlossene Geschäfte betreffende Teil der Entscheidung ist jedoch auf Vergütungsansprüche nach neuem Recht übertragbar. Der Antragsgegnerin war als Mitglied des (...) – vergleichbar dem im genannten Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt – bekannt, dass die Antragstellerin für Festplatten eine Vergütung forderte und deshalb u. a. mit dem (...) verhandelte. Die Antragsgegnerin hätte bei der Bemessung ihrer Kaufpreise eine Vergütung daher einkalkulieren können und handelte, insoweit sie dies nicht getan hat, auf eigenes unternehmerisches Risiko.

Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ergibt sich nicht, dass die Antragstellerin den Vergütungsanspruch für die verfahrensgegenständlichen Produkte nicht für die Vergangenheit geltend machen kann. Der Europäische Gerichtshof hat lediglich entschieden, dass eine Belastung der Hersteller und Importeure von vergütungspflichtigen Geräten und Speicherträgern zulässig ist, da diese die Möglichkeit haben, die von der Antrag-

stellerin geltend gemachte Vergütung auf die Nutzer umzulegen (EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 43-50 – Padawan/SGAE). Auf eine etwaige Rückwirkung von Vergütungsansprüchen ist der Europäische Gerichtshof nicht eingegangen. Die auch von § 54 Abs. 1 UrhG (a. F.) intendierte Weiterbelastung an die Endabnehmer mag zwar für bereits verkaufte Festplatten faktisch unmöglich sein. Jedoch ist die Antragsgegnerin verpflichtet, die im Zusammenhang mit ihrem Gewerbe stehenden gesetzlichen und vertraglichen Regelungen einzuhalten. Es erfordert die kaufmännische Sorgfaltspflicht, vor dem Inverkehrbringen der Festplatten die urheberrechtlich relevante Rechtslage zu klären. Die Antragsgegnerin hätte bis dahin entweder entsprechende Rücklagen bilden oder eine Interimsvereinbarung mit der Antragstellerin treffen müssen.

Der verfahrensgegenständliche Tarif ist jedoch der Höhe nach nicht angemessen.

Die angemessene Vergütung ist nach den Kriterien des § 54a UrhG zu bestimmen. Insbesondere ist für die Vergütungshöhe nach § 54a Abs. 1 Satz 1 UrhG das tatsächliche Maß der mit den verfahrensgegenständlichen Festplatten vorgenommenen Vervielfältigungen gemäß § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG entscheidend. Maßgeblich ist zum einen, inwieweit ein nach § 54 UrhG vergütungspflichtiges Gerät bzw. Speichermedium überhaupt zur Vervielfältigung urheberrechtlich geschützten Materials genutzt wird, und zum anderen, welcher Prozentsatz dieser Vervielfältigungen § 53 Abs. 1-3 UrhG unterfällt (Dreier/ Schulze, a. a. O., § 54a UrhG Rn. 4). Dabei ist das Nutzungsmaß gemäß § 13a Abs. 1 S. 3 UrhWG durch empirische Untersuchungen zu ermitteln. Wie oben bereits ausgeführt, ist eine von der Schiedsstelle in Auftrag zu gebende empirische Untersuchung jedoch nicht zwingend erforderlich, da ein Gesamtvertragsverfahren nicht zustande kam.

Die Beteiligten waren zudem nicht bereit, im vorliegenden Verfahren durch die Schiedsstelle eine empirische Untersuchung in Auftrag geben zu lassen. Von Amts wegen hält die Schiedsstelle die Durchführung einer empirischen Untersuchung nicht für geboten. Zum einen entstehen hierdurch sehr erhebliche Kosten, deren Auferlegung in Einzelverfahren regelmäßig nicht verhältnismäßig ist. Zum anderen würde sich die in einem Einzelverfahren erhobene empirische Untersuchung rechtlich nur auf dieses konkrete Einzelverfahren auswirken, also nicht wie in einem Gesamtvertragsverfahren auf eine Vielzahl von gesamtvertraglich gebundenen Importeuren oder Herstellern. Der Aufwand und die Kosten wären unverhältnismäßig, da dann auch in anderen Einzelverfahren eine empirische Untersuchung erforderlich werden könnte.

Zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung kann allerdings auf eine neutrale, von der Schiedsstelle in einem früheren Gesamtvertragsverfahren in Auftrag gegebene empirische Untersuchung zurückgegriffen werden. Die Schiedsstelle hat in diesem Zusammenhang auf ihren in dem Gesamtvertragsverfahren mit dem Az. Sch-Urh 19/08 ergangenen Einigungsvorschlag vom 11.10.2010 hingewiesen (ZUM-RD 2011, 46ff.). In diesem Verfahren wurde für eine Vielzahl von Vervielfältigungsgeräten, zum Teil mit integrierter Festplatte, die angemessene Vergütung ermittelt und bei allen Vervielfältigungsgeräten eine Kappung gemäß § 54a Abs. 4 UrhG entsprechend der urheberrechtlichen Relevanz der Brenn- oder Aufnahmepvorgänge vorgenommen.

Die Kappung staffelte sich wie folgt:

Urheberrechtlich relevante Nutzung bis zu 25 %:	Kappungsgrenze 9 %
Urheberrechtlich relevante Nutzung zwischen 25 und 49,99 %:	Kappungsgrenze 10,5 %
Urheberrechtlich relevante Nutzung zwischen 50 und 74,99 %:	Kappungsgrenze 12 %
Urheberrechtlich relevante Nutzung zwischen 75 und 100 %:	Kappungsgrenze 13,5 %.

Auf die weiteren Ausführungen im Einigungsvorschlag vom 11.10.2010, Az. Sch-Urh 19/08, ZUM-RD 2011, 46 wird Bezug genommen.

Es kann auch im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass eine Kappung gemäß § 54a Abs. 4 UrhG erforderlich ist, da eine im Hinblick auf das Nutzungsmaß angemessene Vergütung eine unzumutbare Beeinträchtigung der Hersteller und Importeure von Festplatten darstellen würde. Die Vornahme von Vervielfältigungen ist bei externen Festplatten und Netzwerkfestplatten der einzige sowie bei Multimedia-Festplatten ebenso wie bei den im Schiedsstellenverfahren mit dem Az. Sch-Urh 19/08 streitgegenständlichen Geräten ein zentraler Verwendungszweck. Zwar ist unstrittig, dass ein beachtlicher Teil der Vervielfältigungen Sicherungskopien sind. Diese sind jedoch grundsätzlich als urheberrechtlich relevanter Vervielfältigungsvorgang zu bewerten. Es handelt sich bei Sicherungskopien weitgehend um Vervielfältigungen zu privaten Zwecken, die durch die Schranke des § 53 Abs. 1 UrhG erfasst werden, also erlaubt und damit vergütungspflichtig sind. Auf den Sinn und Zweck der Vervielfältigung kommt es nach dem Gesetzeswortlaut nicht an. Allerdings sind nach Ansicht der Schiedsstelle Sicherungskopien nur zu 80 % als urheberrechtlich relevante Nutzung anzusehen (Einigungsvorschlag vom 15.02.2012, Az. Sch-Urh 37/08, S. 58 - nicht veröffentlicht). Denn es ist davon auszugehen, dass ein Teil der Verkehrskreise regelmäßige Back-

Ups der gesamten Festplatte macht, bei der die Gesamtheit aller vorhandenen Daten automatisch neu überschrieben wird, so dass in diesen Fällen keine Vervielfältigung, sondern eine Überschreibung stattfindet. Diesen Teil der Sicherungskopien schätzt die Schiedsstelle auf 20 %. Im Ergebnis liegt der urheberrechtlich relevante Nutzungsanteil nach Überzeugung der Schiedsstelle daher insbesondere unter Berücksichtigung der Sicherungskopien bei allen streitgegenständlichen Festplatten derart hoch, dass der Anwendungsbereich der Kappung gemäß § 54a Abs. 4 UrhG eröffnet ist.

Soweit die Antragsgegnerin darauf hinweist, dass nach der von ihr vorgelegten Nutzungsstudie der (...) der Anteil urheberrechtlich relevanter Vervielfältigungen weniger als 3 % beträgt, ist dem entgegenzuhalten, dass es sich um eine Parteistudie handelt. Weiterhin berücksichtigt die Nutzungsstudie nicht die Ansicht der Schiedsstelle, dass Sicherungskopien zu 80 % urheberrechtlich relevant sind.

Allerdings kann das Vergütungsmodell der Schiedsstelle aus dem Einigungsvorschlag vom 11.10.2010, Az. Sch-Urh 19/08, ZUM-RD 2011, 46 nicht ohne weiteres übernommen werden, da sich die Höhe der Kappungsgrenze nach dem vorliegend nicht genau bekannten Umfang der urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen richtet. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass der Anteil der urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen in Bezug auf alle getätigten Vervielfältigungen bei den streitgegenständlichen Festplatten zwischen 25 % und 74,99 % liegen. Auf der einen Seite ist eine höhere urheberrechtlich relevante Nutzung nahezu auszuschließen, da viele Festplatten dazu verwendet werden, z. B. eigene Bilder und eigene Videos zu speichern. Solche Vervielfältigungen sind offensichtlich nicht urheberrechtlich relevant. Auf der anderen Seite kann man auf Festplatten fremde Audio- und Videodateien (Musikwerke und Musikvideos) und andere urheberrechtlich relevante Dokumente speichern und damit vervielfältigen. Der Anteil urheberrechtlich relevanter Vervielfältigungen liegt dann nach Schätzung der Schiedsstelle nicht unter 25 % und nicht über 75 %. Daher würde die Kappungsgrenze entweder bei 10,5 % liegen (wenn die urheberrechtlich relevante Nutzung zwischen 25 % und 49,99 % beträgt) oder bei 12 % (wenn die urheberrechtlich relevante Nutzung zwischen 50 % und 74,99 % beträgt).

Die Schiedsstelle sieht einen Mittelwert in Höhe von 11,25 % als angemessen an. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass eine empirische Untersuchung zumindest für die Zukunft Klarheit hinsichtlich der urheberrechtlich relevanten Nutzung hätte bringen können. Die Beteiligten waren sich allerdings einig, dass im vorliegenden Verfahren eine solche

empirische Untersuchung nicht eingeholt werden soll. Auch auf ein Gesamtvertragsverfahren ließen sich die Verbände (...) und (...) für den streitgegenständlichen Zeitraum nicht ein. Für eine solche Fallkonstellation besteht eine Gesetzeslücke, die dadurch geschlossen werden kann, dass auf eine neutrale, von der Schiedsstelle in einem früheren Gesamtvertragsverfahren in Auftrag gegebene empirische Untersuchung zu anderen vergleichbaren Produkten zurückgegriffen wird (vgl. auch Einigungsvorschlag vom 06.06.2013, Az. Sch-Urh 82/11 – Mobiltelefone, nicht veröffentlicht). Einer solchen Vorgehensweise ist gegenüber einer reinen Schätzung der angemessenen Vergütung der Vorzug zu geben, da zumindest weitgehend eine Gleichbehandlung der Importeure und Hersteller von Speichermedien und Vervielfältigungsgeräten gewährleistet ist.

Wenn die Antragstellerin hilfsweise bei Ermittlung des Umfangs der urheberrechtlich relevanten Nutzung von einer Parallele zu CD- und DVD-Rohlingen ausgehen will, ist ihr zwar darin zuzustimmen, dass es sich bei Netzwerk- und externen Festplatten ebenso wie im Schiedsstellenverfahren Az. Sch-Urh 15/08 um Speichermedien handelt, bei denen Vervielfältigungen die einzige Nutzungsmöglichkeit darstellen. Bei Multimedia-Festplatten ist dies jedoch nicht der Fall, da diese zusätzlich eine Wiedergabe- und teilweise eine Aufzeichnungsfunktion aufweisen. Darüber hinaus kann die Rechtsauffassung der Schiedsstelle im Einigungsvorschlag vom 21.03.2010 (Az. Sch-Urh 15/08) zur Höhe der Kappungsgrenzen ohnehin nicht herangezogen werden, da Festplatten nicht wie CD- oder DVD-Rohlinge als Massenwaren gekauft und verwendet werden. Vielmehr ist für viele Nutzer ausreichend, über ein oder zwei Festplatten zu verfügen. Es handelt sich also nicht um ein mit CD- oder DVD-Rohlingen vergleichbares Massenprodukt. Hinsichtlich der Kappung sind Festplatten daher als vergleichbar mit den im Verfahren Sch-Urh 19/08 streitgegenständlichen Vervielfältigungsgeräten anzusehen.

Es ist nicht entscheidungserheblich, ob eine Vervielfältigung auf digitale Speichermedien gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und 4 vergütungspflichtig ist, da auch Vervielfältigungen nach § 53 Abs 1 UrhG vergütet werden müssen.

Wenn die Antragsgegnerin hinsichtlich der Ermittlung einer angemessenen Vergütung vorträgt, dass auf die durchschnittliche Dauer der Vervielfältigungen abzustellen sei, dass technische Schutzmaßnahmen berücksichtigt werden müssten, dass die Besonderheiten von Geräteketten gemäß § 54a Abs. 2 UrhG auf die Höhe des Vergütungssatzes Einfluss hätten, dass Netzwerkfestplatten im Bereich der privaten Vervielfältigung regelmäßig nicht benutzt

würden und dass die Aufzeichnungsfunktion bei Multimediafestplatten Auswirkungen auf das Nutzerverhalten habe, ist dem aus Sicht der Schiedsstelle entgegenzuhalten, dass die Auswirkungen solcher Umstände auf das urheberrechtlich relevante Maß nicht geschätzt, sondern nur durch eine neutrale empirische Untersuchung festgestellt werden können. Eine solche kommt jedoch nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten nicht in Betracht.

Nach Auffassung der Schiedsstelle kommt als Bezugsgröße für den Lizenzsatz in Höhe von 11,25 % nicht der bereinigte Netto-Händlerabgabepreis, sondern nur der durchschnittliche Netto-Endverkaufspreis der jeweiligen Geräte in Betracht. Einzig dieser ist objektiv und neutral feststellbar. Zudem lässt sich der Wert eines Produkts für den Zweck der Bestimmung des urheberrechtlichen Nutzens nur am Endverkaufspreis bemessen. Die im Endverkaufspreis enthaltenen weiteren Kosten, wie z. B. Rabatte oder Gewinnmargen von Händlern, erhöhen den Kaufpreis und damit den Wert des entsprechenden Produkts. Sie müssen folglich bei Festsetzung einer angemessenen Vergütung hinzugerechnet werden. Auch die gesetzlichen Regelungen sprechen dafür, als Bezugsgröße den Netto-Endverkaufspreis zugrunde zu legen. Berechnungsgrundlage für die Vergütung ist grundsätzlich der geldwerte Vorteil aus der Nutzung des Werks, an dem der Urheber angemessen beteiligt werden soll (§ 13 Abs. 3 S. 1 UrhWG). Der geldwerte Vorteil bei der Nutzung entspricht dem Preis, den der Endverbraucher als eigentlicher Nutzer für das Gerät oder das Speichermedium zahlt. Dementsprechend bindet auch der Gesetzgeber in § 54a Abs. 4 UrhG den Nutzungswert für den Endnutzer letztlich an den Geräte- bzw. Speichermedienpreis (vgl. auch Dreier/Schulze, a. a. O., § 54a UrhG, Rn. 7).

Die von der (...) ermittelten durchschnittlichen Endverkaufspreise haben zwar nur für einen Teil des verfahrensgegenständlichen Zeitraums Gültigkeit. Der Antragsgegnerin ist auch darin zuzustimmen, dass die Endverkaufspreise Schwankungen unterliegen können und dass elektronische Produkte mit der Zeit erfahrungsgemäß oft preiswerter werden. Allerdings stammen nur die Endverkaufspreise für Multimedia-Festplatten aus dem Jahr 2008, während die Endverkaufspreise für die übrigen Festplatten im Jahr 2010 ermittelt wurden.

Zudem ist der Endverkaufspreis für Multimedia-Festplatten vorliegend nicht verwertbar, da nicht zwischen Multimedia-Festplatten mit und ohne Aufzeichnungsfunktion unterschieden werden konnte. Der Antragstellerin als Verwertungsgesellschaft obliegt es jedoch, die tariflichen Vergütungssätze schlüssig zu begründen. Daher geht die Schiedsstelle bei Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion von einem Gerätepreis in Höhe von 169,00 Euro aus.

Für Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion legt die Schiedsstelle den durchschnittlichen Endverkaufspreis einer externen Festplatte mit einem Speichervolumen von größer als 1 TB in Höhe von 89,90 Euro zugrunde. Diese Werte mögen zwar niedriger sein als die tatsächlichen durchschnittlichen Endverkaufspreise, da Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion preiswerter sind als Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion. Die von der Antragstellerin vorgeschlagene Berechnungsweise geht allerdings von einem Parteigutachten aus und ist daher nicht verwertbar.

Für externe Festplatten und Netzwerkfestplatten ist die Vervielfältigungsfunktion der einzige Verwendungszweck, so dass ebenso wie bei Speichermedien eine etwaige Multifunktionalität nicht vergütungsmindernd zu berücksichtigen ist.

Die angemessene Vergütung für die streitgegenständlichen externen und Netzwerkfestplatten beträgt damit wie folgt:

Externe Festplatten mit einer Speicherkapazität geringer als 1 TB:

65,21 Euro, abzüglich 19 % Mehrwertsteuer ergibt 54,80 Euro x 11,25 % x 100 % ergibt 6,17 Euro.

Externe Festplatten mit einer Speicherkapazität höher als 1 TB:

89,90 Euro, abzüglich 19 % Mehrwertsteuer ergibt 75,55 Euro x 11,25 % x 100 % ergibt 8,50 Euro.

Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität geringer als 1 TB:

135,08 Euro, abzüglich 19 % Mehrwertsteuer ergibt 113,51 Euro x 11,25 % x 100 % ergibt 12,77 Euro.

Netzwerkfestplatten mit einer Speicherkapazität größer als 1 TB:

553,43 Euro, abzüglich 19 % Mehrwertsteuer ergibt 465,07 Euro x 11,25 % x 100 % ergibt 52,32 Euro. Da die Antragstellerin aber insoweit einen Vergütungssatz von 34,00 Euro geltend macht, hat es aufgrund des Antragsgrundsatzes dabei zu verbleiben.

Hinsichtlich der ebenfalls streitgegenständlichen Multimedia-Festplatten ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese zusätzliche Funktionen aufweisen und es sich damit um multifunktionale Geräte handelt. Insofern stimmt die Schiedsstelle mit der Antragsgegnerin überein,

dass der Umfang der Nutzung zu Vervielfältigungen ins Verhältnis zum Umfang der Nutzung zu den sonstigen Funktionen der Multimedia-Festplatten gesetzt werden muss. Da hier im Gegensatz zu Speichermedien, worunter auch externe Festplatten und Netzwerkfestplatten fallen, der Nutzungsumfang der Vervielfältigungsfunktion nicht 100 % beträgt, ist entsprechend des anteiligen Umfangs der Vervielfältigungshandlungen an der Gesamtnutzung der jeweiligen Geräte eine Reduzierung vorzunehmen. Dieses Verhältnis ist grundsätzlich – ebenso wie das Verhältnis der urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen zu urheberrechtlich nicht relevanten Vervielfältigungen – durch eine neutrale empirische Untersuchung zu bestimmen. Eine solche kommt hier jedoch wie oben ausgeführt nicht in Betracht.

Es kann allerdings wiederum auf die im Verfahren 19/08 im Auftrag der Schiedsstelle bereits durchgeführte Studie zurückgegriffen werden. Dort wurde der Umfang der Nutzung zu Vervielfältigungen im Verhältnis zum Umfang der Nutzung zu den sonstigen Funktionen bei verschiedenen Geräte der Unterhaltungselektronik ermittelt, die vergleichbar mit den gegenständlichen Multimedia-Festplatten zum einen zum Speichern bzw. Vervielfältigen urheberrechtlich relevanter Inhalte und zum anderen zum Wiedergeben von u. a. Audio- und Videowerken genutzt werden. Es erscheint daher angemessen, mangels einer empirischen Untersuchung den Mittelwert aus den Prozentsätzen für die Geräte zu bilden, die den hier relevanten Multimedia-Festplatten am ehesten vergleichbar sind. Dies sind DVD-Recorder (41,7 %), DVD-Video-Kombinationsgeräte mit integrierter Festplatte (47,3 %), DVD-Video-Kombinationen ohne integrierte Festplatte (42,1 %), Videorekorder (48,5 %), MP3-Player ohne Videofunktion (47,8 %) und MP3-Player mit Videofunktion (43,05 %). Als Mittelwert ergibt sich daraus ein Vervielfältigungsanteil von 45,1 %, der für die angemessene Vergütung maßgeblich ist.

Die angemessene Vergütung für die streitgegenständlichen Multimedia-Festplatten beträgt daher wie folgt:

Multimedia-Festplatten ohne Aufzeichnungsfunktion:

89,90 Euro, abzüglich 19 % Mehrwertsteuer ergibt 75,55 Euro x 11,25 % x 45,1 % ergibt 3,83 Euro.

Multimedia-Festplatten mit Aufzeichnungsfunktion:

169,00 Euro, abzüglich 19 % Mehrwertsteuer ergibt 142,02 Euro x 11,25 % x 45,1 % ergibt 7,21 Euro.

Für Ansprüche aus der Vergangenheit ist zudem eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Zwar begründet die Rückwirkung des Tarifs zum 01.01.2008 wie oben ausgeführt nicht dessen Rechtswidrigkeit. Die Antragsgegnerin weist allerdings zu Recht darauf hin, dass die Antragstellerin erstmals am 03.11.2011 einen Tarif für Festplatten veröffentlichte. Die tatsächliche Höhe der angemessenen Vergütung ergibt sich nicht bereits aus dem Gesetz. Daher konnte die Antragsgegnerin erst ab diesem Zeitpunkt die Vergütungssätze kennen, die die Antragstellerin bei Festplatten als urheberrechtliche Vergütung für angemessen hält. Zuvor war es tatsächlich nicht möglich, diese konkreten Vergütungssätze in den Gerätepreis einzupreisen und – wie vom Gesetzgeber gewollt – an die Käufer der Festplatten weiter zu geben.

Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob die lange Dauer der Tariffindung der Antragstellerin vorzuwerfen ist bzw. ob sie eine Obliegenheit gegenüber der Antragsgegnerin schuldhaft verletzt hat oder ob das Verhalten der Importeure und Hersteller zu der späten Tarifaufstellung beigetragen hat. Diese Fragen fallen nicht in den Zuständigkeitsbereich der Schiedsstelle. Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Vergütung sind die Folgen dieser langen Verfahrensdauer allerdings zu berücksichtigen. Es ist nicht angemessen, dass allein die Antragstellerin oder allein die Antragsgegnerin die Probleme zu tragen haben, die sich durch die späte Tarifveröffentlichung ergeben.

Daher ist es nach Ansicht der Schiedsstelle erforderlich, für die Jahre 2008, 2009 und 2010 einen Abschlag vorzunehmen. Dieser Abschlag muss umso höher ausfallen, je länger die Rückwirkung andauert. In Anlehnung an die Vorschrift des für Gesamtverträge geltenden § 14c Abs. 1 S. 2 UrhWG ist es unproblematisch, wenn ein Tarif aufgestellt wird, der Rückwirkung bis zum 1. Januar des Jahres hat, in dem der Tarif veröffentlicht wurde. Sollte der Tarif eine längere Rückwirkung haben, hat sich für jedes weitere Jahr der angemessene Lizenzsatz um jeweils 20 % zu verringern. Hierdurch wird zum einen berücksichtigt, dass das Gesetz die Rückwirkung von Tarifen nicht untersagt. Zum anderen wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die Importeure und Hersteller vor der Tarifveröffentlichung nicht wissen konnten, in welcher Höhe sie die urheberrechtliche Abgabe einpreisen müssen, um sie so an die Käufer der Festplatten weiterzugeben. Auch der Antragstellerin musste klar gewesen sein, dass ein solches Einpreisen vor einer Tarifaufstellung schon tatsächlich nicht möglich ist.

Somit ergeben sich für das Jahr 2011 die vorstehend dargestellten Vergütungssätze. Für das Jahr 2010 ist ein Abschlag von 20 %, für das Jahr 2009 ein Abschlag von 40 % und für das Jahr 2008 ein Abschlag von 60 % auf die vorstehend dargestellten Vergütungssätze vorzunehmen.

Zudem war im Tenor zugunsten der Antragsgegnerin festzustellen, dass durch nicht private Nutzer ausschließlich gewerblich genutzte Festplatten nicht vergütungspflichtig sind. Soweit bei gewerblich genutzten Festplatten 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 Harmonisierung 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, 1). 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 Festplatten ausgeschlossen. Bei den Festplatten, die nicht oder nur teilweise gewerblich genutzt werden, handelt es sich nicht um Festplatten, die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind.

Die Antragsgegnerin ist jedoch 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 und vertriebenen Festplatten zu eindeutig anderen Verwendungen als zur privaten Nutzung bestimmt sind. Der Umstand, dass auch diesbezüglich eine Weiterbelastung an die Endabnehmer für bereits verkaufte Festplatten faktisch unmöglich ist, kann kein anderes Ergebnis rechtfertigen. Denn auch insoweit ist die Antragsgegnerin verpflichtet, die im Zusammenhang mit ihrem Gewerbe stehenden gesetzlichen Regelungen einzuhalten. Wie oben dargelegt erfordert die kaufmännische Sorgfaltspflicht, vor dem Inverkehrbringen der Produkte die urheberrechtlich relevante Rechtslage zu klären.

Die Auskunftspflicht der Antragsgegnerin nach § 54f UrhG erstreckt sich auf sämtliche Festplatten, die im streitgegenständlichen Zeitraum im Inland veräußert oder in Verkehr gebracht wurden. Denn entsprechend der in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, ZUM-RD 2011, 1 – Padawan/SGAE) aufgestellten Vermutung, dass von natürlichen Personen zu privaten Zwecken erworbene Gerätschaften auch zu Privatkopien genutzt werden, wird man ebenso von einer – allerdings widerleglichen – Vermutung ausgehen können, dass von gewerblichen Abnehmern erworbene Gerätschaften auch zur Anfertigung von Privatkopien genutzt werden (vgl. Dreier/Schulze, a. a. O., § 54a UrhG Rn. 5 m. w. N.). Ein mutmaßlicher Gebrauch einer an einen Freiberufler oder an einen Gewerbebetrieb gelieferten Festplatte für private Vervielfältigungen ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn ein Freiberufler entsprechend der allgemeinen Lebenserfahrung die Festplatte 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 Freiberufler geliefert werden, durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs durchaus nicht als ausgeschlossen an (BVerfG, Beschluss vom 21.12.2010, ZUM 2011, 311 und Beschluss vom 21.12.2010, ZUM 2011, 313). Für die Auskunftspflicht nach § 54f UrhG bedeutet dies, dass zunächst zugunsten der Antragstellerin von einer Vergütungspflicht sämtlicher im Inland veräußerter oder in Verkehr gebrachter Festplatten auszugehen ist. Nur wenn im Einzelfall die Vermutung der urheberrechtlich relevanten Nutzung durch entsprechende Nachweise widerlegt wird, ist die Antragsgegnerin von der konkreten Zahlungspflicht befreit.

Die Voraussetzungen des Verzugs sind gemäß der Mahnung der Antragstellerin vom (...) mit Fristsetzung zum (...) gegeben (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Höhe der Verzugszinsen entspricht der Regelung in § 288 Abs. 1 BGB.

III.

Die Amtskosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin und die Antragsgegnerin zu jeweils 50 %. 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 Satz 2 UrhSchiedsV). Es verbleibt somit bei dem in bisherigen Schieds-

stellenverfahren angewandten Grundsatz, dass die Beteiligten die ihnen entstandenen 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, 80097 München, zu richten.

(...)

(...)

(...)