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

München, den 13.08.2024
Tel.: 089 / 2195 – (…)
Fax: 089 / 2195 – (…)
Az.: Sch-Urh 46/22

In dem Schiedsstellenverfahren

der (…)

- **Antragstellerin** -

Verfahrensbevollmächtigte:
(…)

gegen

die (…)

- **Antragsgegnerin** -

Verfahrensbevollmächtigte:
(…)

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

Einigungsvorschlag:

1. Die Anträge werden zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens. Die den Beteiligten entstandenen außeramtlichen Kosten tragen diese jeweils selbst.

Gründe:

I.

Die in der Antragstellerin zusammengefassten Verwertungsgesellschaften begehren von der Antragsgegnerin Auskunft über die in den Jahren 2019 bis 2021 in Verkehr gebrachten Clouds und die Feststellung, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, für an Kunden in der Bundesrepublik Deutschland überlassene Clouds eine angemessene urheberrechtliche Vergütung gemäß § 54 Abs. 1 UrhG zu zahlen.

Die Antragstellerin ist ein Zusammenschluss deutscher Verwertungsgesellschaften (GEMA, GÜFA, GVL, GWFF, TWF, VG Bild-Kunst, VFF, VGF und VG Wort), die Ansprüche aus § 54 Abs. 1 UrhG herleiten können. Mit Gesellschaftsvertrag vom 21. Dezember 1992 in der Fassung der Beschlüsse der Gesellschafter vom 27. Juni 2019 (im Folgenden: Gesellschaftsvertrag, abrufbar unter: (…)) haben sich die Verwertungsgesellschaften zum Zwecke der Geltendmachung ihrer Ansprüche gemäß §§ 54 ff. UrhG zu einer BGB-Gesellschaft zusammengeschlossen und die ihnen zur Wahrnehmung übertragenen Ansprüche für Vervielfältigungen von Audiowerken und audiovisuellen Werken in die Gesellschaft eingebracht. Die Antragstellerin ist gemäß § 4.3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrages dazu berechtigt, die ihr übertragenen Rechte im eigenen Namen geltend zu machen. Sie macht außerdem im eigenen Namen auch die von der VG Wort und der VG Bild-Kunst abgetretenen Ansprüche für Vervielfältigungen von stehendem Text und stehendem Bild geltend (vgl. die als Anlage (…) vorgelegte Abtretungsvereinbarungen vom 15./20. September 2022).

Die Antragsgegnerin bietet (laut Impressum unter ihrer Zweigniederlassung (…)) Kunden die Nutzung der „(…)“ bzw. des „(…)“ an (vgl. (…) und (…) und (…)). Die „(…)“ wird als sicherer Speicherplatz beschrieben, der dem Kunden kostenlos im Postfach zur Verfügung steht. Über die Cloud könne der Kunde online auf seine Fotos und Dateien zugreifen, überall und jederzeit. Daneben bestünden weitere Vorteile wie z.B. das Teilen von Dateien mit weiteren Nutzern, die Online-Datensicherung und das Bearbeiten von Dateien online ((…)). Der „(…)“ wird als persönliche Cloud im Postfach beschrieben. Mit dem Online-Speicher habe der Kunde jederzeit Zugriff auf seine Dateien, ganz flexibel über den Browser, die App oder die kostenlose Windows-Software. Daneben könnten Dateien per Link geteilt werden, Fotos und Dokumente gesichert werden und Dokumente einfach und kostenlos online bearbeitet werden ((…)).

Die Antragstellerin forderte die Antragsgegnerin zur Auskunftserteilung auf (das Aufforderungsschreiben wurde im vorliegenden Verfahren nicht vorgelegt). Mit Schreiben vom 18. Oktober 2022 (vorgelegt als Anlage (…)) wies die Antragsgegnerin den geltend gemachten Anspruch auf Auskunftserteilung zurück.

Darüber hinaus forderte die Antragstellerin den Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) auf, Gesamtvertragsverhandlungen über die Vergütung nach §§ 54 ff. UrhG von Clouds zu führen. Dies lehnte der BITKOM mit Schreiben vom 22. Oktober 2022 (vorgelegt als Anlage (…)) ab.

Mit Schriftsatz vom 27. September 2022 beantragte die Antragstellerin bei der Schiedsstelle die Durchführung einer empirischen Untersuchung nach § 93 VGG zur Ermittlung der nach § 54a UrhG maßgeblichen Nutzung von Clouds (Verfahren Sch-Urh 11/22). Mit Beschluss vom 27. März 2024 wies die Schiedsstelle diesen Antrag zurück.

Einen Tarif für die Vergütung von Clouds oder Cloud-Diensten hat die Antragstellerin bisher nicht veröffentlicht.

Die Antragstellerin hat mit einer Vielzahl von Verbänden Gesamtverträge über die Vergütung verschiedener Geräte abgeschlossen, unter anderen von PCs, Tablets, Mobiltelefonen und Smartwatches. Der mit dem BITKOM abgeschlossene Gesamtvertrag zur Regelung der urheberrechtlichen Vergütungspflicht gemäß §§ 54 ff. UrhG für PCs für die Zeit ab dem 1. Januar 2011 regelt in Ziffer II. (2) der Anlage 1, dass dort näher definierte Server keine PCs im Sinn des Gesamtvertrages sind und die Antragstellerin während der Laufzeit des Vertrages für diese keine Vergütungen nach § 54 UrhG geltend macht.

Mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2022, der Antragsgegnerin an deren im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung (…) zugestellt am 28. Dezember 2022, hat die Antragstellerin ein Verfahren gegen die „(…) GmbH Zweigniederlassung (…)“ eingeleitet.

Die **Antragstellerin bringt** unter Berufung auf verschiedene in ihrem Auftrag durchgeführte empirische Studien vor, mit Clouds würden nach §§ 53 Abs. 1 und 2 und 60a bis 60f UrhG privilegierte Vervielfältigungen (nachfolgend „privilegierte Vervielfältigungen“) erstellt. In und mit Clouds würden Musikdateien, audiovisuelle Dateien und Dateien mit stehendem Text und stehendem Bild mit urheberrechtlich geschützten Inhalten vervielfältigt.

Im Hinblick auf die Gesamtverträge, in denen die Antragstellerin mit verschiedenen Verbänden eine Vergütung für Geräte vereinbart hat, mit denen der Befehl zur Vervielfältigung von oder in Clouds erteilt werden kann – insbesondere PCs oder Tablets –, behauptet sie, bei den Gesamtvertragsverhandlungen sei über Vervielfältigungen in oder von Clouds nicht gesprochen worden; keine der Gesamtvertragsparteien habe insoweit ihre Sach- oder Marktkompetenz eingebracht. Die Ergebnisse der im Jahr 2011 im Auftrag der Schiedsstelle durchgeführten empirischen Untersuchung über die Nutzung von PCs in dem zwischen der Antragstellerin und dem Bitkom geführten Gesamtvertragsverfahren (Sch-Urh 37/08) seien bei Abschluss des Gesamtvertrags mit dem Bitkom über die Vergütung von PCs bekannt gewesen. Allerdings hätten sich die Gesamtvertragsparteien an dem bereits seit Ende 2009 bestehendem Gesamtvertrag mit dem Bundesverband Computerhersteller e.V. (BCH) orientiert und die tatsächliche vergütungsrelevante Nutzung von PCs nicht erörtert. Die Ergebnisse der im Auftrag der Schiedsstelle im Verfahren Sch-Urh 91/12 über die Nutzung von Tablets im Jahr 2015 durchgeführten empirischen Untersuchung seien der Antragstellerin und dem Bitkom bei Abschluss des Gesamtvertrages über die Vergütung von Tablets bekannt gewesen. Clouds und Cloud-Server seien aber zu keinem Zeitpunkt – weder im Jahr 2009 noch anlässlich später abgeschlossener Gesamtverträge – Gegenstand von Gesamtvertragsverhandlungen gewesen. Die Verhandlungsparteien, jedenfalls aber die Antragstellerin hätten die gegenständlichen Vervielfältigungen von und auf Clouds und Online-Speichern nicht im Blick gehabt. Dementsprechend hätten sich solche Vervielfältigungen nicht vergütungserhöhend auf die gesamtvertraglich vereinbarten Vergütungssätze ausgewirkt. Dies zeige sich auch daran, dass die Gesamtverträge zwar verschiedene technische Details regelten, aber keine Regelungen zu Clouds und zu Cloud-Kopien enthielten. Soweit in Studien Vervielfältigungen in und von externen Servern bzw. Speicherplatz im Internet erfasst worden sei, hätten die Studienergebnisse auch wegen der geringen Anzahl der ermittelten relevanten Vervielfältigungen keine Rolle gespielt. So habe die Schiedsstelle im Verfahren Sch-Urh 37/08 von den insgesamt 18.778 Vervielfältigungen auf „externe Server / Speicherplatz im Internet“ nur 0,3 % als relevant eingestuft. „Externe Server / Speicherplatz im Internet“ als Quelle von Vervielfältigungen seien von der Schiedsstelle schon nicht erfasst worden. Bei der Tablet-Studie hätte zwar auf die Fragen „Woher stammt der Inhalt“ und „Wohin wurde der Inhalt gespeichert / gesendet“ unter anderen „Eigene Clouds (z.B. Dropbox, iCloud, Google Drive)“ und „Cloud einer anderen Person, auf die der Befragte zugreifen darf (z.B. Dropbox, iCloud, Google Drive)“ geantwortet werden können. Uploads in die Cloud seien von der Schiedsstelle aber als nicht relevant eingestuft worden und von den erfragten 45.551 Download-Vorgängen aus der Cloud habe die Schiedsstelle nur 129 Vorgänge und somit 0,28 %

als relevant eingestuft. Cloud-Vervielfältigungen seien somit von Anfang an nicht von den Gesamtverträgen abgegolten und auch nachträglich nicht in diese einbezogen worden.

Die Antragstellerin meint, deutsches Recht sei unabhängig vom Sitz des in Anspruch genommenen Cloud-Anbieters anwendbar. Aufgrund der Anknüpfung der gegenständlichen Clouds an die Vertragsbeziehungen zwischen dem Cloud-Anbieter und dessen inländischen Cloud-Kunden sei gewährleistet, dass die maßgeblichen Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch im Geltungsbereich des Urheberrechtsgesetzes erstellt werden, weil Hersteller der jeweiligen Vervielfältigung der Cloud-Kunde bzw. der Cloud-Nutzer in der Bundesrepublik Deutschland sei. Die Schiedsstelle sei international und auch im Übrigen zuständig. Es liege ein Streitfall nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 VGG vor. Es gebe kein Exklusivitätsverhältnis zwischen § 92 Abs. 1 Nr. 2 VGG und § 128 Abs. 1, Abs. 2 VGG, insbesondere nicht, soweit verschiedene Antrags- und Klagegegner betroffen seien.

Eine Cloud sei ein Gerät und ein Speichermedium im Sinne von §§ 54, 54a UrhG und daher vergütungspflichtig. Die Antragsgegnerin habe als Cloud-Anbieterin nach § 54e Abs. 1, § 54f Abs. 1 UrhG, hilfsweise nach § 242 BGB Auskunft zu erteilen.

Die vom Cloud-Anbieter vorgehaltene Hard- und Software sei stets ein Konglomerat aus Speichermedium, Gerät und Software und umfasse neben den Funktionalitäten von Speichermedien auch die eines Geräts. Da der dem Cloud-Kunden überlassene Online-Speicherplatz funktional einer Festplatte entspreche, sei eine Cloud aber jedenfalls auch ein Speichermedium. Dies folge auch aus Art. 5 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2001/29/EG, der ebenso wie § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG von „beliebigen Trägern“ spreche. Der Begriff des Speichermediums des § 54 Abs. 1 UrhG entspreche dem des beliebigen Trägers in § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG. Die Cloud verfüge zudem über die Funktionen eines Geräts, weil eine marktübliche Cloud mit Prozessor, RAM, Betriebssystem und Speicherplatz ausgestattet sei. Der Qualifizierung der Cloud als Gerät und Speichermedium stehe ferner weder entgegen, dass die Cloud aus mehreren Software- und Hardware-Komponenten bestehe, noch dass diese nicht im Eigentum des Nutzers stünden, noch dass den einzelnen Kunden nur ein Teil des Cloud-Speichers und dieser nicht zur ausschließlichen, sondern zur gemeinsamen Nutzung mit anderen Cloud-Kunden überlassen werde. Letzteres sei auch bei Netzwerkfestplatten der Fall. Ein Gerät oder Speichermedium müsse nicht zwingend ein körperlicher Gegenstand sein. Denn die §§ 54 ff. UrhG verwendeten diese Begriffe funktional. Auch weiche das juristische Verständnis der Körperlichkeit insoweit vom allgemeinen Sprachverständnis ab, als die

Rechtsprechung auch Software als Sache behandele, obwohl es sich dabei nach allgemeinen Sprachverständnis nicht um etwas Körperliches handele. Auch unkörperliche Gegenstände könnten, wie § 453 BGB belege, hergestellt, (wieder)eingeführt, veräußert, in den Verkehr gebracht und gehandelt werden. Die Gesetzesbegründung zu § 54 UrhG (BT-Drs. 16/1828, S. 29) stelle ebenfalls nicht auf körperliche Gegenstände ab, weil sie Speichermedien als „physikalische“ und nicht als „physische“ Informations- und Datenträger bezeichne. Auch der dem einzelnen Cloud-Nutzer am Cloud-Server zugewiesene „Anteil“ sei ein Speichermedium, was daraus folge, dass die Cloud-Nutzer darauf ihre Daten speicherten und von diesem die dort gespeicherten Audio- und Videodateien wiedergäben. Indem die Cloud-Anbieter die Speicherkapazität der Cloud-Server partitionierten oder sonst portionierten stellten sie die gegenständlichen Clouds her. Bei der Auslegung müsse auch der Sinn und Zweck der §§ 54 ff. UrhG berücksichtigt werden, die einer flexiblen, technologieneutralen und richtlinienkonformen Vergütung aller privilegierten Vervielfältigungen dienten.

Die Antragsgegnerin sei passivlegitimiert. Sie habe im streitgegenständlichen Zeitraum Clouds i.S.d. Antrags hergestellt, in die Bundesrepublik Deutschland eingeführt und (auch) an Cloud-Kunden in der Bundesrepublik Deutschland überlassen, also im Geltungsbereich des UrhG Clouds veräußert oder auf sonstige Weise in Verkehr gebracht. Sie sei „Hersteller“ der Cloud, weil sie deren einzelne Hardware- und Softwarekomponenten kombiniert, implementiert und konfiguriert und unter ihrer Marke in der Bundesrepublik Deutschland in Verkehr gebracht habe. Soweit sich die physischen Geräte- und Speichermedien-Komponenten zumindest teilweise im Ausland befänden – wovon auszugehen sei – sei die Antragsgegnerin auch Importeurin, weil sie die Clouds in der Bundesrepublik Deutschland an Verbraucher als Endabnehmer überlasse. Bereits die Gewährung des Zugangs zu einem Cloudspeicher stelle die Einfuhr eines Speichermediums dar. Soweit die Antragstellerin die Cloud weder selbst herstelle noch importiere, hafte sie jedenfalls als Händler. Die Antragsgegnerin bringe die streitgegenständlichen Clouds auch in den Verkehr; die Übertragung von Eigentum sei insoweit nicht erforderlich.

Das Unionsrecht gebiete eine Heranziehung der Cloud-Anbieter als Vergütungsschuldner. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) sei die Verpflichtung zur Zahlung eines gerechten Ausgleichs davon abhängig, dass dem Nutzer Anlagen, Geräte und Medien zur Verfügung gestellt bzw. überlassen werden, wobei ihnen hierzu nicht der unmittelbare Besitz an einem unkörperlichen Gegenstand eingeräumt werden müsse. Die unionsrechtlich gebotene Gewährung eines gerechten Ausgleichs auch für Vervielfältigungen mit und in Clouds erfordere nötigenfalls eine richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung des nationalen Rechts in §§ 54 ff. UrhG, um es dadurch an die geänderten

Gegebenheiten anzupassen. Zumindest wäre von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen, deren Schließung im Wege der Analogie geboten sei. Für eine richtlinienkonforme Auslegung bilde auch der Wortlaut keine unüberwindbare Grenze und selbst eine dem Wortsinn widersprechende Auslegung sei nicht zwangsläufig contra legem. Die Verpflichtung zur richtlinien- und verfassungskonformen Auslegung gelte insbesondere bei andernfalls drohenden „absoluten Schutzlücken“. Solche bestünden dann, wenn innerhalb einer Cloud Vervielfältigungen vorgenommen würden oder von einer Cloud in eine andere Cloud vervielfältigt würde – beispielsweise von einer beruflichen in eine private Cloud. In diesen Fällen sei das Gerät, mit dem der Nutzer den Vervielfältigungsbefehl erteile – etwa der PC, das Tablet oder das Mobiltelefon – (lediglich) als Zubehör im Sinn des § 54 Abs. 1 UrhG anzusehen, das nicht der Vergütungspflicht unterliege, weil es bei dem fraglichen Vorgang nicht vervielfältige. Eine absolute Schutzlücke bestehe weiter auch deshalb, weil alle bisher veröffentlichten Tarife der Antragstellerin der so genannten Kappung nach § 54a Abs. 4 UrhG unterlägen und deshalb zur Kompensation des durch Vervielfältigungen in und von Clouds entstehenden Schadens nicht weiter erhöht werden könnten. Entgegen der Auffassung des Bitkom kompensiere die in diesen Gesamtverträgen vereinbarte Vergütung für unter anderem PCs, Tablets, Mobiltelefone, Unterhaltungselektronik, Smartwatches, externe Festplatten, USB-Sticks, Speicherkarten und Rohlinge weder den Schaden, der durch die Speicherung auf deutschen Cloud-Servern entstehe, noch überkompensiere sie diesen gar. Vielmehr werde derzeit weder die Vervielfältigung mit Clouds noch die Vervielfältigung von Clouds in Clouds erfasst. Einer Abgeltung der privilegierten Vervielfältigungen in Form von Up- und Downloads in bzw. aus einer Cloud, innerhalb einer Cloud und von Cloud zu Cloud über einen Aufschlag auf die Vergütung für funktionell mit der Cloud zusammenwirkende Geräte stünde neben der Kappung auch in praktischer Hinsicht entgegen, dass ein solcher Aufschlag auf absehbare Zeit nicht realisierbar sei, weil dies eine Neuberechnung der angemessenen Vergütung voraussetze, so dass neben einer umfassenden empirischen Untersuchung Verhandlungen über neue Gesamtverträge zu vielen Produktkategorien und sodann gegebenenfalls Gesamtvertragsverfahren und vermutlich auch eine Vielzahl von Einzelverfahren geführt werden müssten. Ein solcher Aufschlag würde auch Cloud-Anbieter gegenüber Herstellern und Importeuren von mit Clouds funktionell zusammenwirkenden Geräten zu deren Lasten willkürlich bevorzugen. Zudem würde ein solcher Aufschlag womöglich keinen hinreichenden Bezug zu dem nach dem Unionsrecht auszugleichenden Schaden aufweisen, weil nicht unterstellt werden könne, dass jeder Nutzer eines Endgerätes auch eine Cloud nutze; die Anknüpfung an den Cloud-Betreiber ermögliche demgegenüber eine präzisere und genauere Abbildung des Schadens. Eine Inanspruchnahme der Hersteller, Importeure und Händler von Cloud-Servern komme ebenfalls nicht in Betracht, weil die Antragstellerin von diesen bereits keine Kenntnis habe. Zudem sei der Standort der technischen Cloud-Infrastruktur meist unbekannt,

wechselnd und manchmal zufällig. Überlasse der ausländische Hersteller, Importeur oder Händler einem ausländischem Cloud-Anbieter einen Cloud-Server, scheitere die Geltendmachung eines Vergütungsanspruchs auch an der fehlenden Anwendbarkeit des (deutschen) Urheberrechts.

Sei keine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung möglich, müsse Art. 5 Abs. 2 b) der Richtlinie 2001/29 unmittelbar angewendet werden.

Die Antragstellerin **beantragt** den Erlass folgenden Einigungsvorschlags:

1. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin Auskunft zu erteilen über die Art (Marke, Produktbezeichnung, Variante/Kategorie) und Stückzahl der im Zeitraum vom 01.01.2019 bis 31.12.2021 an Kunden in der Bundesrepublik Deutschland in Verkehr gebrachten Clouds und hierbei Folgendes anzugeben:

   - pro Cloud-Variante/Kategorie die jeweils minimale und die maximal zulässige Anzahl der Cloud-Nutzer sowie die maximale Anzahl der registrierten Nutzer (für mindestens einen Monat);

   - pro Cloud-Variante/Kategorie die Dauer der Überlassung in Monaten in Form der Summe aller Monate für alle Kunden der jeweiligen Variante/Kategorie;

   - pro Cloud-Variante/Kategorie die maximale Speicherkapazität bzw. der maximal nutzbare Speicher in GB;

   - pro Cloud-Variante/Kategorie die Höhe des Preises (netto) für den Cloud-Kunden;

   - welche dieser Clouds jeweils nachweislich gewerblichen Endabnehmern zur Verfügung gestellt wurden.

   „Gewerbliche Endabnehmer“ im Sinne dieses Antrags sind

   - Behörden im Sinne von § 1 Abs. 4 VwVfG und juristische Personen des öffentlichen Rechts,

- juristische Personen des privaten Rechts und rechtsfähige Personengesellschaften im Sinne von § 14 Abs. 2 BGB und

- natürliche Personen, die Unternehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 UStG sind, denen durch das Bundeszentralamt für Steuern eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer erteilt wurde,

und die Clouds für eigene behörden- bzw. unternehmensbezogene Zwecke erwerben.

Jede Cloud, für die die Antragsgegnerin den Nachweis für den Erwerb durch gewerbliche Endabnehmer erbringt, gilt als „Business-Cloud“. Jede Cloud, für die die Antragsgegnerin den Nachweis für den Erwerb durch gewerbliche Endabnehmer nicht erbringt, gilt als „Verbraucher-Cloud“.

„Cloud“ im Sinne dieses Antrags ist das von einem Cloud-Anbieter einem Cloud-Kunden auf schuldrechtlicher Basis im Wege des Cloud Computing zur Nutzung überlassene Produkt-/Leistungspaket mit digitalem Online-Speicherplatz.

„Cloud Computing“ im Sinne dieses Antrags ist die von einem Cloud-Anbieter gegenüber einem Cloud-Kunden auf schuldrechtlicher Basis (i.d.R. ein gemischttypischer Vertrag) erbrachte Gesamtheit an Informationstechnologie-Leistungen (Cloud-Dienste), die typischerweise die folgenden Kriterien erfüllt:

(1) Der Cloud-Anbieter verfügt über ein (virtuell) teilbares, mandantenfähiges Reservoir konfigurierbarer IT-Ressourcen (z.B. Betriebssysteme, Netzwerke, Server und sonstige Speichermedien und -geräte, Anwendungen), die er gleichzeitig einer Mehrzahl von Cloud-Kunden zur Nutzung zur Verfügung stellen kann.

(2) Der Cloud-Anbieter überlässt dem Cloud-Kunden – regelmäßig im Rahmen eines „XaaS“-Modells, z.B. als „Software-“ oder „Data Storage as a Service“ (I/P/S/DSaaS) – zumindest digitalen Speicherplatz, den Cloud-/Online-Speicher (z.B. einen Server oder eine Server-Instanz), der sich physisch nicht beim Cloud-Kunden befindet.

(3) Die IT-Ressourcen können den Cloud-Kunden auf Abruf, zeitnah und oft (nahezu) automatisch überlassen werden. Die Cloud-Computing-Leistungen sind zumindest theoretisch skalierbar, also elastisch an den Bedarf des Cloud-Kunden anpassbar.

(4) Die Bedienung und Nutzung der Cloud erfolgt in der Regel über eine Software/App und/oder eine Web- oder Programmierschnittstelle durch den Cloud-Nutzer (der Cloud-Kunde oder eine natürliche Person, die mit dem Cloud-Kunden assoziiert ist).

(5) Der Cloud-Nutzer kann auf den Cloud-Speicher mit ein oder mehreren technischen Mechanismen (Schnittstellen und Protokolle, z.B. WebDAV, (S)FTP/FTPS, rsync, SMB/CIFS, SCP, Git) über das Internet zugreifen.

(6) Die Übertragung der Daten in die Cloud und von der Cloud (Hoch- und Herunterladen) erfolgt durch den Cloud-Nutzer oder automatisch (z.B. bei automatischer Synchronisation von mit der jeweiligen Cloud verbundenen Geräte/Speichermedien des Cloud-Nutzers) über das Internet, z.B. über einen Webbrowser, mittels einer App, Desktop-Software, API oder anderen Anwendungen und Schnittstellen.

(7) Der Zugriff des Cloud-Nutzers auf den Cloud-Speicher ist nicht an einen bestimmten Ort oder an ein bestimmtes Gerät/Speichermedium (z.B. PC, Tablet, Mobiltelefon, NAS) des Nutzers gebunden.

(8) Auf dem Cloud-Speicher können digitale Originale und Vervielfältigungen urheberrechtlich geschützter Werke und Leistungen gemäß § 53 Abs. 1 und 2, §§ 60a bis 60f UrhG gespeichert (hochgeladen) werden, von dem Cloud-Speicher können die genannten Werke und Leistungen auf Geräte und Speichermedien (z.B. des Cloud-Kunden/-Nutzers) heruntergeladen werden.

2. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, für jede lt. Auskunft nach vorstehender Ziffer 1 an Kunden in der Bundesrepublik Deutschland überlassene Cloud eine angemessene Vergütung i.S.d. § 54 Abs. 1 UrhG an die Antragstellerin zu zahlen, es sei denn, die Antragsgegnerin weist nach, dass die Clouds eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch nach § 53 Abs. 1 und 2, §§ 60a bis 60f UrhG vorbehalten waren und sind und dass mit Hilfe dieser Clouds allenfalls in geringem Umfang tatsächlich solche Vervielfältigungen angefertigt worden sind und angefertigt werden.

Die Antragsgegnerin **beantragt**,

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin **bestreitet**, dass die Berechtigungs- bzw. Wahrnehmungsverträge der Gesellschafter der Antragstellerin eine Regelung zur Übertragung von Vergütungsansprüchen für Cloud-Computing enthielten, jedenfalls aber, dass sämtliche Mitglieder der betreffenden Verwertungsgesellschaften einen solchen Wahrnehmungsvertrag neuerer Fassung auch tatsächlich unterzeichnet hätten. Sie bestreitet weiter, dass die Vervielfältigungen mit Clouds, auf und von Clouds nicht vergütungserhöhend in die für PCs, Tablets, Mobiltelefone und Geräte der Unterhaltungselektronik gesamtvertraglich vereinbarten Vergütungssätze eingeflossen sind.

Die Antragsgegnerin **behauptet**, wenn überhaupt würden Musik- oder Video-Inhalte nur in sehr geringem Umfang von ca. 3 % der gespeicherten Daten in Clouds gespeichert.

Die Antragsgegnerin **meint**, die Antragstellerin müsse zunächst den Rechtsweg im Verfahren nach § 93 VGG beschreiten und einen Tarif aufstellen, bevor sie die Antragsgegnerin in Anspruch nehme. Es sei auch nicht nachvollziehbar, dass die Antragstellerin gegen Anbieter von Cloud-Computing-Dienstleistungen teilweise vor der Schiedsstelle und teilweise unmittelbar vor dem OLG München vorgehe.

Vergütungsansprüche für Cloud-Computing könne die Antragstellerin nach § 4 Satz 3 ihres Gesellschaftsvertrages nur nach erneuter Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters zum Gesellschaftsvertrag geltend machen. Dass diese Zustimmungen vorlägen, habe die Antragstellerin nicht dargetan.

Die Antragsgegnerin sei Anbieterin von Cloud-Computing Diensten, die nicht unter die §§ 54 ff. UrhG fielen und daher weder Hersteller im Sinne des § 54 UrhG, noch Händler oder Importeuer von Geräten oder Speichermedien im Sinne des § 54b UrhG. Die antragsgegenständlichen Cloud-Computing-Dienstleistungen seien weder Geräte noch Speichermedien im Sinne des Gesetzes. Allein aus der Ausstattung mit Prozessoren, RAM, Betriebssystem etc. könne nicht auf das Vorliegen eines Gerätes geschlossen werden. Ein Gerät liege nur vor, wenn mit diesem eine Vervielfältigung initiiert werden könne. Das sei bei Clouds nicht der Fall. Bei diesen könne die Vervielfältigung nur mithilfe eines Geräts wie PC, Tablet oder Smartphone gesteuert werden. Diese Geräte seien vergütungspflichtig.

Speichermedien seien nur physische Gegenstände, nicht aber die antragsgegenständlichen Dienstleistungen des Bereithaltens von Speicherplatz zur Nutzung auf vertraglicher Basis. Server könnten zwar als Speichermedien angesehen werden. Diese produziere die Antragsgegnerin aber nicht tatsächlich und stelle sie somit nicht her. Cloud-Dienste könnten schon begrifflich nicht hergestellt werden. Die Antragsgegnerin sei ferner keine Importeurin, weil sie Server nicht zum Weiterverkauf nach Deutschland einführe und keine Händlerin, weil sie Server nicht an Kunden weiterveräußere.

Eine unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 54 ff. UrhG sei nicht geboten, weil die Geräte, mit denen auf Inhalte einer Cloud zugegriffen werden – z.B. PCs und Mobiltelefone – bereits der Vergütungspflicht unterlägen. Der Rechtsprechung des EuGH könnten keine Vorgaben entnommen werden, wie der gerechte Ausgleich zu gewähren sei. Eine über die Vergütungspflicht von Herstellern von physischen Speichermedien und Geräten nach den §§ 54 ff. UrhG hinausgehende Vergütung sei für einen gerechten Ausgleich nicht erforderlich. Die Ergebnispflicht sei bereits erfüllt. Einer analogen Anwendung der §§ 54 ff. UrhG stehe entgegen, dass keine planwidrige Regelungslücke bestehe, da der Gesetzgeber weder in § 54 UrhG noch in § 54c UrhG eine Vergütungspflicht vorgesehen habe, obwohl im Zeitpunkt der letztmaligen Novellierung dieser Vorschriften im Jahr 2018 die Nutzung von Cloud-Computing verbreitet gewesen und dem Gesetzgeber somit bekannt gewesen sei. Einem Anspruch auf Auskunft bzw. Vergütung direkt aus Art. 5 Abs. 2 b der Richtlinie 2001/29/EG stehe entgegen, dass dieser nicht unmittelbar anwendbar sei. Die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs durch die Antragstellerin widerspreche schließlich ihrer in dem mit dem BITKOM abgeschlossenen „Gesamtvertrag zur Regelung der urheberrechtlichen Vergütungspflicht für PCs“ eingegangenen Verpflichtung, für Server keine Vergütung nach § 54 UrhG geltend zu machen.

Die **Antragstellerin erwidert**, die Regelungen in den Berechtigungs- und Wahrnehmungsverträgen ihrer Gesellschafter bezögen sich nicht auf konkrete Geräte und Speichermedien, sondern allgemein auf die gesetzlichen Vergütungsansprüche und Nebenansprüche hierzu. Eine erneute Zustimmung der Gesellschafter der Antragstellerin zur Wahrnehmung der gegenständlichen Ansprüche sei nicht erforderlich, weil die geltend gemachten Ansprüche nicht neu i.S.v. § 4 Nr. 1 Satz 3 ihres Gesellschaftsvertrages seien. Die Ausnahme für Server in dem PC-Gesamtvertrag gelte nicht für Server, auf die über das Internet zugegriffen werde. Jedenfalls könne die Antragsgegnerin aus der gesamtvertraglichen Regelung keine Rechte herleiten.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2024 hat die Schiedsstelle die Beteiligten darauf hingewiesen, dass sich der Antrag gegen die Zweigniederlassung (…) der (…) GmbH und damit gegen eine Filiale

ohne Rechtspersönlichkeit richtet und angeregt, dass die Antragstellerin erklärt, dass sich der Antrag gegen die (…) GmbH richtet und dass diese dem Parteiwechsel zustimmt. Die Antragstellerin hat hierauf erwidert, der Antrag habe sich von Anfang an gegen die die (…) GmbH gerichtet und es liege somit kein Parteiwechsel vor. Hilfsweise für den Fall, dass die Schiedsstelle von einem Parteiwechsel ausgehe, erkläre sie, dass sich der Antrag nunmehr gegen die die (…) GmbH richtet. Die (…) PartGmbB teilte mit Schriftsatz vom 13. August 2024 mit, es werde kein Einverständnis zu dem hilfsweise erklärten Parteiwechsel erklärt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten samt Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Anträge sind zulässig, aber unbegründet.

1. Die Anträge sind zulässig.

   a) Die Schiedsstelle legt den Antrag dahin aus, dass er sich nicht gegen die Zweigniederlassung (…) der (…) GmbH, sondern gegen die (…) GmbH richtet und dieser lediglich unter deren in (…) errichteten und im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung zugestellt werden soll. Zwar hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin im Rubrum der Antragsschrift als „(…) GmbH Zweigniederlassung (…)“ bezeichnet und Rdn. 5 der Antragsschrift ausgeführt, bei der Antragsgegnerin handele es sich um eine Zweigniederlassung der (…) GmbH. Ein gegen eine Zweigniederlassung gerichteter Antrag wäre jedoch unzulässig, weil eine Filiale keine Rechtspersönlichkeit ist und damit nicht selbst Beteiligte eines Schiedsstellenverfahrens sein kann (vgl. BGHZ 4, 62, 65). Die Antragstellerin kann das von ihr verfolgte Rechtschutzziel einer Inanspruchnahme des Anbieters des „(…)“ und der „(…) Cloud“ (s. Rdn. 122 ff. der Antragsschrift und Anlage (…)) deshalb nur durch eine Inanspruchnahme der (…) GmbH erreichen. Sie hat demgemäß auch zuletzt erklärt, dass sich das Verfahren von Anfang an gegen die Antragsgegnerin gerichtet habe.

   Auch die Antragsgegnerin hat zunächst nicht geltend gemacht, dass das Verfahren gegen eine nicht rechtsfähige Zweigniederlassung geführt wird. Soweit die (…) PartGmbB zuletzt geltend gemacht hat, sie sei nur für ein Verfahren gegen die (…) GmbH Zweigniederlassung (…) mandatiert und nicht für sonstige Verfahren, legt sie nicht dar, durch wen sie mandatiert wurde. Dies kann zur Überzeugung der Schiedsstelle nur die (…) GmbH, an deren Zweigstelle in (…) die Antragsschrift zugestellt wurde, sein. Auch die Antragsgegnerin hat den Antrag somit als gegen sich gerichtet angesehen.

   Der Antrag ist deshalb dahin auszulegen und das Rubrum dahin zu berichtigen, dass sich das Verfahren gegen diese richtet. Auch die Antragsgegnerin hat den Antrag offenbar als gegen sich gerichtet verstanden und sich auf das Verfahren eingelassen, ohne die fehlende Rechtspersönlichkeit der Zweigniederlassung zu rügen.

b) Die Anrufung der Schiedsstelle ist entsprechend § 92 Abs. 1 Nr. 2 VGG statthaft. Die Antragstellerin stützt den von ihr geltend gemachten Auskunftsanspruch auf § 54e Abs. 1 und § 54f Abs. 1 UrhG sowie hilfsweise auf § 242 BGB und begehrt die Feststellung, dass die Antragsgegnerin zur Zahlung einer angemessenen Vergütung nach § 54 Abs. 1 UrhG verpflichtet ist. Der Streitfall betrifft somit die Vergütungspflicht nach § 54 UrhG.

Zwar ist die Antragstellerin keine Verwertungsgesellschaft im Sinne des § 2 VGG, da sie nicht unmittelbar treuhänderisch für mehrere Rechtsinhaber tätig wird, sondern die Ansprüche nach §§ 54 ff. UrhG für die ihr angehörenden Gesellschafter-Verwertungsgesellschaften geltend macht. Sie erfüllt aber die Voraussetzungen für eine „abhängige Verwertungseinrichtung“ nach § 3 Abs. 1 VGG, da alle ihre Gesellschafter Verwertungsgesellschaften sind, so dass nach § 3 Abs. 2 Satz 1 VGG die für diese Tätigkeit geltenden Bestimmungen des VGG – und somit auch § 92 Abs. 1 Nr. 2 VGG – entsprechend anzuwenden sind. Mit der Geltendmachung der Ansprüche nach §§ 54 ff. UrhG übt die Antragstellerin die Tätigkeit einer Verwertungsgesellschaft aus.

c) Der Zuständigkeit der Schiedsstelle steht auch nicht entgegen, dass die Antragstellerin noch keinen Tarif aufgestellt hat. Eine entsprechende Einschränkung lässt sich dem Wortlaut des § 92 Abs. 1 Nr. 2 VGG nicht entnehmen.

Steht die Anwendbarkeit und die Angemessenheit eines Tarifs nicht in Streit, muss zwar nach § 128 Abs. 2 Satz 1 VGG vor der gerichtlichen Geltendmachung kein Schiedsstellenverfahren durchgeführt werden. Eine solche Durchführung ist aber freiwillig möglich (Schricker/Loewenheim/Reinbothe, 6. Aufl. 2020, VGG § 128 Rn. 6). Der Antragstellerin steht somit ein Wahlrecht zu, ob sie zunächst ein Schiedsstellenverfahren durchführt oder unmittelbar Klage erhebt.

d) Die Anrufung der Schiedsstelle ist auch formgerecht erfolgt (§ 97 Abs. 1 Satz 1 VGG).

e) Der Antragstellerin steht aufgrund drohender Verjährung auch ein Feststellungsinteresse für den geltend gemachten Antrag auf Feststellung der Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung für jede laut Auskunft an Kunden in der Bundesrepublik Deutschland überlassene Cloud zu. Die Antragstellerin kann entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin mit Blick auf die andernfalls drohende Verjährung auch nicht darauf verwiesen werden, vor Einleitung des vorliegenden Verfahrens zunächst den Rechtsweg im Verfahren nach § 93 VGG zu beschreiten und in diesem die nach § 54a Abs. 1 UrhG maßgebliche Nutzung ermitteln zu lassen. Zudem lässt sich eine derartige Subsidiarität des Verfahrens nach § 92 Abs. 1 Nr. 2 VGG dem Gesetz nicht entnehmen.

2. Sowohl der geltend gemachte Auskunfts- als auch der Feststellungsantrag sind unbegründet.

   a) Die Antragstellerin ist als abhängige Verwertungseinrichtung hinsichtlich der geltend gemachten Auskunftsansprüche aktivlegitimiert, § 48 VGG i.V.m. § 3 Abs. 1, Abs. 2 VGG, §§ 54f Abs. 1, 54h Abs. 1 UrhG i.V.m. § 4.1 Satz 1 und § 4.3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags (ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, z.B. BGH, Urteil vom 16. März 2017, Az.: I ZR 39/15 – „PC mit Festplatte I“, Rz. 21 ff., GRUR 2017, 716 ff.). Hinsichtlich des mit dem Feststellungsantrag geltend gemachten gesetzlichen Vergütungsanspruchs aus § 54 Abs. 1 UrhG folgt die Aktivlegitimation der Antragstellerin aus § 49 Abs. 1, Abs. 2 VGG i.V.m. § 3 Abs. 1, Abs. 2 VGG i.V.m. § 4.1 Satz 1 und § 4.3 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags. Die VG Bild-Kunst und die VG Wort haben mit der als Anlage (…) vorgelegten Vereinbarung vom 15./20. September 2022 die Abtretung ihrer stehendes Bild und stehenden Text betreffenden Ansprüche erklärt, so dass die Antragstellerin die Ansprüche aller berechtigter Verwertungsgesellschaften geltend macht, § 49 Abs. 2 VGG.

      Soweit die Antragsgegnerin bestreitet, dass den Gesellschaftern der Antragstellerin von deren Berechtigten die streitgegenständlichen Ansprüche auch in Bezug auf Clouds eingeräumt worden seien, kann sie dadurch die Vermutung der §§ 48 und 49 Abs. 1 VGG nicht widerlegen. Die Antragstellerin hat diesen Einwand ausgeräumt, indem sie unter Bezugnahme auf die betreffende Klausel im Wahrnehmungsvertrag der GEMA erwidert hat, ihren Gesellschaftern würden die Ansprüche aus §§ 54 ff. UrhG allgemein und nicht in Bezug auf einzelne Geräte- und Speichermedientypen eingeräumt.

      Auch mit ihrem weiteren Einwand, die Wahrnehmung der vorliegend geltend gemachten Ansprüche durch die Antragstellerin habe gem. § 4 Nr. 1 Satz 3 des Gesellschaftsvertrages der Antragstellerin der Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters bedurft, dringt die Antragsgegnerin nicht durch. Diese Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gilt ihrem Wortlaut nach nur, „sofern in Zukunft Vergütungsansprüche oder Rechte bestehen oder geschaffen werden, welche die genannten gesetzlichen Bestimmungen ergänzen oder erweitern“. Vorliegend macht die Antragstellerin aber Ansprüche aus §§ 54 und 54e bzw. 54f UrhG geltend und nicht neue, diese Bestimmungen ergänzende oder erweiternde Ansprüche.

b) Auf den Streitfall findet gem. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 (Rom-II-VO) deutsches Recht Anwendung, da die Antragstellerin Schutz für Deutschland beansprucht (sog. Schutzlandprinzip).

c) Der Antragstellerin steht der geltend gemachte Auskunftsanspruch aus § 54f Abs. 1 UrhG nicht zu.

aa) Nach § 54f Abs. 1 Satz 1 UrhG kann von dem zur Zahlung der Vergütung Verpflichteten Auskunft über Art und Stückzahl der im Geltungsbereich des UrhG veräußerten oder in Verkehr gebrachten Geräte und Speichermedien verlangt werden. Bei den antragsgegenständlichen Clouds handelt es sich jedoch entgegen der Auffassung der Antragstellerin weder um Geräte noch um Speichermedien.

(1) Cloud im Sinn des Antrags ist

„das von einem Cloud-Anbieter einem Cloud-Kunden auf schuldrechtlicher Basis im Wege des Cloud Computing zur Nutzung überlassene Produkt-/Leistungspaket mit digitalem Online-Speicherplatz“.

Als „Cloud Computing“ im Sinne des Antrags versteht die Antragstellerin die von einem Cloud-Anbieter gegenüber einem Cloud-Kunden erbrachten Informationstechnologie-Leistungen, die typischerweise unter anderen die folgenden Kriterien erfüllen: Der Cloud-Anbieter verfügt über ein Reservoir von IT-Ressourcen wie z.B. Betriebssysteme, Netzwerke, Server und sonstige Speichermedien und -geräte, die er gleichzeitig einer Mehrzahl von Cloud-Kunden zur Nutzung zur Verfügung stellen kann. Der Cloud-Anbieter überlässt dem Cloud-Kunden digitalen Speicherplatz, der sich physisch nicht beim Cloud-Kunden befindet und auf den dieser nur über das Internet zugreifen kann. Auf dem Cloud-Speicher kann der Kunde u.a. privilegierte Vervielfältigungen urheberrechtlich geschützter Werke anfertigen und solche von dort auf Geräte und Speichermedien herunterladen. Die Übertragung der Daten in die Cloud und von der Cloud erfolgt durch den Cloud-Nutzer oder automatisch, z.B. bei automatischer Synchronisation von mit der jeweiligen Cloud verbundenen Geräten oder Speichermedien des Cloud-Nutzers. Der Zugriff des Cloud-Nutzers auf den Cloud-Speicher ist nicht an einen bestimmten Ort oder an ein bestimmtes Gerät oder an ein Speichermedium des Nutzers gebunden (vgl. Ziffern (1), (2), (5), (6), (7) und (8) der Definition des Cloud-Computing durch die Antragstellerin).

Bei einer Cloud handelt es sich somit definitionsgemäß um ein zur Nutzung überlassenes Produkt-/Leistungspaket, nicht hingegen um die vom Cloud-Anbieter vorgehaltene Cloud-Infrastruktur selbst. Auf letztere stellt die Antragstellerin nur zur Definition des Cloud-Computing ab und mithin zur näheren Beschreibung der Art und Weise der Nutzungsüberlassung des Produkt/Leistungspakets. Folglich kommt es auf das Vorbringen der Antragstellerin nicht an, die Cloud-Infrastruktur, auf der sich der dem Cloud-Kunden überlassene Speicherplatz befindet, bestehe aus einem Konglomerat von Geräten und Speichermedien. Denn die Antragstellerin begehrt vorliegend keine Vergütung für die Cloud-Infrastruktur als solche oder für deren Komponenten, sondern für die dem einzelnen Cloud-Kunden eröffnete Nutzungsmöglichkeit.

(2) Eine Cloud im Sinn des Antrags stellt weder ein Gerät noch ein Speichermedium im Sinn der §§ 54 ff. UrhG dar. Unter Geräten und Speichermedien sind nur körperliche Gegenstände zu verstehen. Die bloße dem Nutzer vermittelte Möglichkeit, die von dem Cloud-Anbieter bereitgehaltenen IT-Ressourcen zu nutzen, ist deshalb weder ein Gerät noch ein Speichermedium.

(aa) Dies ergibt sich zunächst aus der Auslegung nach dem Wortlaut der §§ 54 ff UrhG. Als Gerät wird ein Gegenstand bezeichnet, mit dessen Hilfe etwas bearbeitet, bewirkt oder hergestellt wird, als Speichermedium ein Datenträger (Munzinger Online/Duden - Deutsches Universalwörterbuch; 9., überarbeitete und erweiterte Auflage). Beide Begriffe bezeichnen somit körperliche Gegenstände (so auch OLG München, Urteil vom 2. Februar 2024, 38 Sch 60/22 WG e, GRUR-RS 2024, 2011, Rdn. 77; ähnlich Stieper, ZUM 2019, 1, 5, der darauf hinweist, dass ein Inverkehrbringen von Geräten und Speichermedien die Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt voraussetzt). Der gegen dieses Verständnis von der Antragstellerin vorgebrachte Einwand, auch Software werde von der Rechtsprechung als körperliche Sache angesehen, obwohl es sich bei Computerprogrammen nicht um etwas körperliches handele, überzeugt nicht. Die Antragstellerin verkennt, dass auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Software als solche keine Sache ist und die Anwendung der für Sachen geltenden schuldrechtlichen Regelungen auf Software auf der Sachqualität der Datenträger fußt, auf dem die Software verkörpert ist (OLG München, a.a.O., GRUR-RS 2024, 2011, Rdn. 84 m.w.N. zur höchstrichterlichen Rechtsprechung).

(bb) Auch die amtliche Gesetzesbegründung zu § 54 UrhG spricht für dieses Sprachverständnis, weil sie unter dem Begriff „Speichermedien“ alle physikalischen Informations- und Datenträger mit Ausnahme von Papier oder ähnlichen Trägern versteht und als Beispiele alle elektronischen (z.B. Smartcard, Memory Stick), magnetischen (z.B. Musikkassette, Magnetband, Festplatte, Diskette) und optischen (z.B. Film, DVD, CD-ROM, CD-R, CD-RW, Laserdisk) Speicher nennt (BT-Drs. 16/1828, S. 29). Hiergegen wendet die Antragstellerin zwar im Ausgangspunkt zutreffend ein, der Begriff physikalisch sei als die Gesetze der Physik betreffend bzw. auf ihren Gesetzen beruhend zu verstehen und bezeichne damit anders als der Begriff physisch nicht nur körperliche Gegenstände. Insoweit liegt aber – wie die Antragsgegnerin zutreffend geltend macht – ein offensichtlicher redaktioneller Fehler der Gesetzesbegründung vor. Es liegt fern, dass der Gesetzgeber den ausgesprochen weiten und damit notwendig konturschwachen Begriff „physikalisch“ zur Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals „Speichermedien“ heranziehen wollte und weitaus näher, dass physische Informations- und Datenträger gemeint waren.

(cc) Die systematische Auslegung ergibt ebenso, dass es sich bei Geräten und Speichermedien um körperliche Gegenstände handelt. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Geräte und Speichermedien hergestellt (§§ 54 Abs. 1, 54a Abs. 4 UrhG), aus- (§ 54 Abs. 2 UrhG), (wieder) eingeführt (§§ 54b, 54e UrhG), veräußert und in den Verkehr gebracht (§§ 54d, 54f UrhG) werden können und dass mit ihnen gehandelt werden kann (§§ 54b, 54f UrhG). All dies setzt voraus, dass an Geräten und Speichermedien Eigentum und Besitz bestehen kann, was wiederum nur bei Sachen und mithin gemäß § 90 BGB nur bei körperlichen Gegenständen der Fall ist (so zum Inverkehrbringen i.E. auch Stieper, a.a.O., S. 5). Auch aus der in § 453 BGB angeordneten entsprechenden Geltung der schuldrechtlichen Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen ergibt sich entgegen dem Einwand der Antragstellerin nichts Gegenteiliges. Nur weil auf den Rechtekauf die Vorschriften über den Kauf von Sachen anwendbar sind, kann ein Recht nicht etwa hergestellt oder importiert werden.

(dd) Auch aus den Gründen, die den Gesetzgeber bewogen haben, neben dem Hersteller und dem Importeur auch den Händler der Vergütungspflicht zu unterwerfen, wird ersichtlich, dass als Geräte und Speichermedien nur körperliche Gegenstände anzusehen sind. Die Einführung der Haftung des Händlers sah der Gesetzgeber als erforderlich an, nachdem die zuvor in § 27a der Außenwirtschaftsver-

ordnung in der durch die 58. Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung vom 1. Juli 1985 (BGBl. I S. 1258) geänderten Fassung geregelte Verpflichtung des Importeurs, eine Einfuhrkontrollmeldung für eingeführte Bild- und Tonaufzeichnungsgeräte, Leerkassetten und Fotokopiergeräte abzugeben, weggefallen war (vgl. BR-Drs. 218/94, S. 18). Aufgrund der damit verbundenen Erschwerung der Importerfassung hielt der Gesetzgeber eine Einbeziehung des Handels in die gesamtschuldnerische Haftung für gerechtfertigt und angezeigt (vgl. BR-Drucks. 218/94, S. 18). Der Gesetzgeber war hierbei erkennbar von der Vorstellung geleitet, die gesamte Vertriebskette in die Vergütungspflicht einzubeziehen (BGH GRUR 2023, 479, Rdn. 20 – rakuten.de – unter Verweis auf BR-Drucks. 218/94, S. 19: „…bezieht sich auf jede Handelsstufe, also auch auf die Großhändler“). Über mehrere Handelsstufen vertrieben werden können nur körperliche Gegenstände, nicht aber auch die dem Nutzer vermittelte Möglichkeit, die von dem Cloud-Anbieter bereitgehaltene IT-Ressourcen zu nutzen. Auch die zuvor in § 27a der Außenwirtschaftsverordnung geregelte Verpflichtung zur Abgabe einer Einfuhrkontrollmeldung bezog sich nur auf Waren und damit ebenfalls nur auf körperliche Gegenstände.

(ee) Es bedarf auch keiner europarechtskonformen Auslegung der § 54 ff. UrhG dahin, dass die antragsgegenständlichen Clouds als Gerät oder Speichermedien anzusehen sind.

Dabei kann dahinstehen, ob eine solche Auslegung bereits unzulässig wäre. Das wäre der Fall, wenn sie den Wortlaut des Gesetzes hintanstellen und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen und damit unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingreifen würde (OLG München, ZUM 2019, 266, 267 f. unter Berufung auf BVerfG NJW-RR 2016, 1366). Auch die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im Auslegungswege findet ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten (BVerfG, NJW-RR 2016, 1366 Rn. 41 – Richterliche Rechtsfortbildung). Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist eine solche Auslegung schon nicht geboten. Dazu im Einzelnen:

(aaa) Soweit die Antragstellerin sich darauf beruft, die privilegierte Vervielfältigung eines Cloud-Nutzers stelle eine Vervielfältigung auf einem beliebigen Träger i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/29/EG dar, trifft dies zwar zu. Sie verkennt aber, dass hieraus nur folgt, dass eine solche Vervielfältigung erlaubt ist und hierfür ein gerechter Ausgleich zu gewähren ist, nicht aber auch, dass ein

solcher Ausgleich durch Einführung einer Abgabe auf bestimmte oder sämtliche beliebige Träger zu gewähren ist. Auch die von der Antragstellerin angeführten Entscheidungen des EuGH besagen nichts anderes. So führt der EuGH in Rdn. 19 ff. der Entscheidung in der Rechtssache C-433/20 (GRUR 2022, 558 – Austro-Mechana/Strato) aus, dass ein Server, auf dem der Anbieter von Cloud-Computing-Dienstleistungen einem Nutzer Speicherplatz zur Verfügung stellt, ein beliebiger Träger i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/29/EG ist, nicht aber auch, dass der Anbieter von Cloud-Computing-Dienstleistungen deshalb verpflichtet ist, einen gerechten Ausgleich zu zahlen. Entsprechendes gilt für die Rdn. 35 der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-265/16 (Urteil v. 29. November 2017 – VCAST/RTI). Auch dort ging es (nur) um die Frage, ob die Vervielfältigung in einer Cloud eine gesetzlich erlaubte Nutzung ist, nicht hingegen auch um die Frage, ob und durch wen eine solche Nutzung zu vergüten ist.

(bbb) Zu Unrecht beruft sich die Antragstellerin auch darauf, derjenige, der über Anlagen, Geräte und Medien verfüge und diese den Nutzern zur Verfügung stelle und damit der Cloud-Anbieter, sei nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur Zahlung des gerechten Ausgleichs verpflichtet und deshalb müsse der von dem Cloud-Anbieter zur Verfügung gestellte Speicherplatz als Gerät oder Speichermedium angesehen werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH steht es den Mitgliedsstaaten frei, zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs eine „Abgabe für Privatkopien“ einzuführen, die nicht die betroffenen Privatpersonen, sondern diejenigen belastet, die über Anlagen, Geräte und Medien zur Vervielfältigung verfügen und Privatpersonen diese rechtlich oder tatsächlich zur Verfügung stellen (EuGH, Urt. v. 22. September 2016, C-110/15, GRUR 2017, 155 – Microsoft Mobile Sales International/MIBAC, Rn. 31 m.w.N.). Dies greift der deutsche Gesetzgeber auf, indem er die Hersteller, Importeure und Händler von Geräten und Speichermedien in Anspruch nimmt, die für Vervielfältigungen genutzt werden. Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich aber keine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten entnehmen, bestimmte oder sämtliche Personen mit einer Abgabe zu belasten, die Privatpersonen Anlagen, Geräte und Medien zur Verfügung stellen.

(ccc) Auch die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten aus Art. 5 Abs. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/29/EG, Ausnahmen oder Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts nur unter der Bedingung vorzusehen, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten, gebietet keine zwingende Auslegung der § 54 ff.

UrhG dahingehend, dass es sich bei Clouds um Geräte oder Speichermedien handelt. Die Mitgliedsstaaten haben bei der Festlegung der verschiedenen Elemente des gerechten Ausgleichs ein weites Ermessen. Insbesondere bestimmen sie, welche Personen diesen Ausgleich zu zahlen haben und legen dessen Form, Einzelheiten und Höhe fest (EuGH – Austro-Mechana/Strato, a.a.O., Rn. 41 m.w.N. zur ständigen Rechtsprechung). Die Grenzen dieses weiten gesetzgeberischen Ermessens werden durch die Anknüpfung der Vergütungspflicht an Geräte und Speichermedien nicht überschritten. Da der Nutzer einer Cloud-Computing-Leistung stets auch ein Endgerät – wie etwa einen PC, ein Tablet oder ein Smartphone – benötigt, um Privatkopien erstellen zu können, ist die Vergütung nach dem nationalen Recht unter Anknüpfung an diese Geräte zu entrichten.

(ddd) Eine solche Anknüpfung führt auch nicht zu einer unionsrechtswidrigen Schutzlücke, weil – wie die Antragstellerin weiter geltend macht – Vervielfältigungen innerhalb einer Cloud oder von einer Cloud in eine andere nicht berücksichtigt werden könnten. Maßgeblich für die Vergütungshöhe ist nach § 54a Abs. 1 Satz 1 UrhG, in welchem Maß Geräte und Speichermedien als Typen für privilegierte Vervielfältigungen genutzt werden. Wie auch die Antragstellerin annimmt, wird der Befehl, ein Werk innerhalb einer Cloud oder von einer Cloud in eine andere zu vervielfältigen, stets mit einem Endgerät erteilt. In diesem Fall lässt sich dies unschwer als Nutzung des Geräts für Vervielfältigungen unter den Wortlaut des § 54a Abs. 1 Satz 1 UrhG subsumieren.

Ohne Erfolg wendet die Antragstellerin insoweit ein, wenn mit einem Endgerät ein Befehl zur Vervielfältigung in einer Cloud erteilt werde, sei dieses nicht als ein (vergütungspflichtiges) Gerät, sondern als ein nicht der Vergütungspflicht unterfallendes Zubehör anzusehen. Denn § 54 UrhG regelt das Bestehen der Vergütungspflicht dem Grunde nach und bejaht diese für Geräte und Speichermedien, die als Typ zur Vornahme privilegierter Vervielfältigungen benutzt werden können, während Zubehör dort zwar erwähnt, aber keiner Vergütungspflicht unterworfen wird. Dieser Unterscheidung ist immanent, dass ein Produkt entweder ein Gerät ist oder ein Zubehör. Nicht vereinbar mit dem auf den Gerätetypus abstellenden Wortlaut des § 54 Abs. 1 UrhG ist hingegen, die Qualifizierung eines Produkts als Gerät oder als Zubehör von dessen konkreter Verwendung im Einzelfall abhängig zu machen. Etwa ein Mobiltelefon kann deshalb nicht einerseits als Gerät zu qualifizieren sein, wenn auf diesem ein Musikwerk gespeichert wird und andererseits als Zubehör, wenn mit diesem der Befehl erteilt wird, ein Musikwerk von einer Cloud in eine andere Cloud zu speichern. Denn die Vergütungspflicht des Mobiltelefons kann dem Grunde nach

nur entweder bestehen oder nicht bestehen. Insoweit unterscheiden sich die hier in Rede stehenden Endgeräte auch von dem in der von der Antragstellerin zitierten Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/1828, S. 29) beispielhaft genannten und als Zubehör qualifizierten externen Prozessor, wie er auf dem Chip einer Smartcard enthalten ist.

Weil es sich bei den Endgeräten, mit denen der Befehl zu Vervielfältigungen in Clouds erteilt wird, nicht um Zubehör handelt, kommt es auch nicht auf die weitere von der Antragstellerin aufgeworfene Frage an, ob mit Zubehör angestoßene Vervielfältigungen nach § 54a Abs. 2 UrhG bei der Bemessung der Vergütungshöhe berücksichtigt werden können.

(eee) Eine unionsrechtswidrige Schutzlücke ist ferner auch nicht deshalb anzunehmen, weil – wie die Antragstellerin geltend macht – eine Vergütung der Cloud-Vervielfältigungen unter Anknüpfung an die Endgeräte, mit denen die Vervielfältigung von Werken in und von Clouds bewirkt werden, aufgrund der so genannten „Kappung“ nach § 54a Abs. 4 UrhG nicht möglich ist. Insoweit spricht vielmehr eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die von der Antragstellerin für sämtliche in Betracht kommende Endgeräte gesamtvertraglich vereinbarten Vergütungen der angemessenen Vergütung nach § 54a UrhG entsprechen. Diese Vermutung hat die Antragstellerin vorliegend nicht widerlegt.

Die Festsetzung einer Vergütung für Geräte oder Speichermedien in einem Gesamtvertrag kann einen gewichtigen Anhaltspunkt für die Angemessenheit dieser Vergütung bieten. Dies gilt insbesondere, wenn diese Verträge zwischen den Parteien des Verfahrens oder unter Beteiligung einer der Parteien – vorliegend der Antragstellerin – geschlossen worden sind (vgl. BGH, Urteil v. 10. September 2020, I ZR 66/19, Rn. 20, GRUR 2021, 604 – Gesamtvertragsnachlass, m.w.N.). Dabei ist zu vermuten, dass eine solche vereinbarte Vergütung eher der angemessenen Vergütung im Sinne von § 54a UrhG entspricht als eine Vergütung, die auf der Grundlage empirischer Studien errechnet worden ist (BGH, Urteil v. 16. März 2017, I ZR 36/15, Rn. 60 – Gesamtvertrag PCs).

Hiergegen wendet die Antragstellerin ohne Erfolg ein, die Gesamtverträge würden die hier gegenständlichen Cloud-Vervielfältigungen nicht abgelten. Die Antragstellerin verkennt, dass die Vergütung für alle mit den betreffenden Geräten als Typen an-

gefertigten privilegierten Vervielfältigungen zu zahlen ist und demgemäß die gesamtvertragliche Regelung auch nicht vorsehen kann, dass die vereinbarte Vergütung nur bestimmte privilegierte Vervielfältigungen abgilt. Ein Wille der Parteien des Gesamtvertrages, darin nur eine eingeschränkte Abgeltung vorzusehen, kann – abgesehen davon, dass ein solcher Wille wie aufgezeigt rechtlich ohnehin unbeachtlich wäre – zudem entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht daraus abgeleitet werden, dass die Gesamtverträge keine Regelung zur Abgeltung von Cloud-Vervielfältigungen enthalten. Weil die vereinbarte Vergütung wie dargelegt sämtliche privilegierten Vervielfältigungen abgilt, finden sich regelmäßig in den Gesamtverträgen keine Regelungen zum Umfang der Abgeltung. Die von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang erwähnten detaillierten technischen Regelungen in den Gesamtverträgen regeln demgemäß auch nicht den Abgeltungsumfang, sondern beziehen sich vielmehr regelmäßig auf die Definition der von dem Gesamtvertrag umfassten Geräte und deren Abgrenzung von anderen, nicht vertragsgegenständlichen und nicht zu vergütenden Geräten.

Unerheblich ist weiter, dass die empirisch ermittelte Nutzung von PCs bei Abschluss des Gesamtvertrages mit dem Bitkom nach dem Vorbringen der Antragstellerin nicht erörtert worden sein soll, weil sich die Gesamtvertragsparteien an dem bereits bestehendem Gesamtvertrag mit dem BCH orientiert hätten. Denn es genügt, dass die Gesamtvertragsparteien Kenntnis von den entsprechenden Studien hatten und diese so in den Interessenausgleich eingeflossen sind (OLG München, Urteil vom 12. Januar 2024, 38 Sch 1/21 WG, S. 30; BGH, Beschluss vom 4. November 2021, I ZR 138/20, MMR 2022, 935, Rdn. 26). Dies ist vorliegend der Fall.

Aus diesem Grund dringt die Antragstellerin auch mit ihrem weiteren Vorbringen, empirisch ermittelte Cloud-Vervielfältigungen hätten aufgrund der geringen Zahl der von der Schiedsstelle als relevant eingestuften Vervielfältigungen bei der gesamtvertraglichen Vereinbarung einer Vergütung für PCs und Tablets keine Rolle gespielt, nicht durch.

Es mag zutreffen, dass der Umfang der mit den verfahrensgegenständlichen Clouds vorgenommenen privilegierten Vervielfältigungen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Gesamtverträge gering gewesen ist und seither deutlich zugenommen hat. Hierdurch kann aber die Indizwirkung der Angemessenheit der gesamtvertraglich vereinbarten Vergütungssätze nicht erschüttert werden. Die technische Entwicklung be-

dingt, dass sich die Art der Nutzung von Geräten zur Anfertigung privilegierter Vervielfältigungen fortlaufend ändert. So liegt beispielsweise nahe, dass die vermehrte Nutzung von Audio- und Video-Streamingdiensten zu einem sinkenden Bedürfnis führt, privilegierte Vervielfältigungen von Musik- und Filmwerken auf Endgeräten vorzunehmen, um diese wiederholt anhören bzw. ansehen zu können. Umgekehrt liegt aber auch nahe, dass das Aufkommen neuer Nutzungsmöglichkeiten wie der hier gegenständlichen Clouds zu einem Anstieg der insoweit durch deren Nutzer vorgenommenen Vervielfältigungen geführt hat. Halten die fachkundigen Vertragsparteien der Gesamtverträge auch in Ansehung des geänderten Nutzungsverhaltens an den darin vereinbarten Vergütungssätzen fest, wird deren Angemessenheit deshalb weiterhin trotz des geänderten Nutzungsverhaltens indiziert. Darin liegt keine – wie die Antragstellerin meint – nachträgliche konkludente Erweiterung des Abgeltungsumfangs der Gesamtverträge. Vielmehr wird aufgrund der Tatsache, dass die Parteien der Gesamtverträge diese auch in Ansehung des geänderten Nutzungsverhaltens weder einvernehmlich angepasst haben noch eine der Parteien die Gesamtverträge gekündigt hat, vermutet, dass die darin vereinbarten Vergütungen weiterhin den den Rechtsinhabern durch die privilegierten Vervielfältigungen entstehenden Schaden angemessen abgelten.

Die Antragstellerin hat somit die Vermutung der Angemessenheit der von ihr für die Endgeräte, mit denen Vervielfältigungen in Clouds veranlasst werden, vereinbarten Vergütung nicht widerlegt. Sie dringt deshalb auch mit ihrem Einwand, die für diese Geräte zu zahlende Vergütung sei in Ansehung der damit angestoßenen Vervielfältigungen in und von Clouds unangemessen und unionsrechtswidrig zu niedrig, nicht durch.

(fff) Der Gesetzgeber kann ferner – wie in §§ 54 ff. UrhG geschehen – vorsehen, dass nur die Hersteller, Importeure und Händler von Geräten oder Speichermedien zur Zahlung eines gerechten Ausgleichs für die angefertigten privilegierten Vervielfältigungen herangezogen werden, nicht aber auch die Cloud-Betreiber. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegt hierin keine unzulässige Ungleichbehandlung. Der EuGH hält eine mitgliedsstaatliche Regelung dann mit dem in Art. 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatz für unvereinbar, wenn diese dazu führt, dass verschiedene Kategorien von Wirtschaftsteilnehmern, die vergleichbare, von der für Privatkopien geltenden Ausnahme erfasste Güter (gemeint offenbar: Güter, die für Privatkopien verwendet werden können) vermarkten, ungleich behandelt werden (Urt. v. 5. März

2015 – C-463/12, GRUR 2015, 478 Rn. 33, Copydan/Nokia). Vorliegend fehlt es bereits an der Vergleichbarkeit der Güter. Der Vertrieb von physischen Endgeräten, der nach geltendem Recht eine Vergütungspflicht begründet, ist nicht mit der Überlassung von Speicherplatz im Internet vergleichbar. Insoweit handelt es sich um zwei grundlegend unterschiedliche und damit nicht vergleichbare Geschäftsmodelle.

(ff) Anders als die Antragstellerin meint, erfordert auch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG keine verfassungskonforme Auslegung der §§ 54 ff. UrhG in ihrem Sinn. Zwar nimmt die Antragstellerin im Ausgangspunkt rechtlich zutreffend an, dass eine tatsächliche oder rechtliche Entwicklung eine bis dahin eindeutige und vollständige Regelung lückenhaft, ergänzungsbedürftig und zugleich ergänzungsfähig werden lassen kann und die Gerichte – bzw. vorliegend die Schiedsstelle – in diesem Fall befugt und verpflichtet sind, zu Lasten der Urheber entstandene absolute Schutzlücken zu schließen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. August 2010 – 1 BvR 1631/08 GRUR 2010, 999, Rdn. 64 – Drucker und Plotter). Einer solchen Lückenschließung bedarf es vorliegend aber deshalb nicht, weil – wie aufgezeigt – Vervielfältigungen von und in Clouds bei der Festlegung der Vergütung für die Endgeräte, mit denen der Vervielfältigungsbefehl erteilt wird, zu berücksichtigen sind. Eine absolute Schutzlücke und mithin das Bedürfnis, diese im Wege der verfassungskonformen Auslegung zu schließen, besteht vorliegend somit nicht.

(gg) Die Antragstellerin kann sich auch nicht darauf berufen, ein Vergütungsanspruch ergebe sich unmittelbar aus der RL 2001/29/EG. Richtlinien kommt grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu. Einzelnen Bestimmungen kann im Ausnahmefall dennoch eine unmittelbare Wirkung zukommen, wenn ein Mitgliedstaat die Richtlinie nicht fristgerecht oder ordnungsgemäß umgesetzt hat (König/Kleinlein, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, 4. Aufl., 2020, § 2 Rn. 58). Die Verpflichtung aus Art. 5 Abs. 2 Buchst. b) der RL 2001/29/EG, einen gerechten Ausgleich vorzusehen, wurde in §§ 54 ff. UrhG fristgerecht und ordnungsgemäß umgesetzt. Selbst wenn man mit der Antragstellerin eine nicht ordnungsgemäße Umsetzung annähme, könnte diese daraus gleichwohl keine Rechte ableiten, weil Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV nur die Mitgliedsstaaten verpflichten. Dem Einzelnen kann durch eine Richtlinienbestimmung somit allenfalls ein subjektives Recht oder eine Begünstigung gegenüber dem Mitgliedstaat eingeräumt werden, nicht aber gegenüber einem Dritten (König/Kleinlein, a.a.O., Rn. 60). Eine Richtlinie kann deshalb nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen – vorliegend die Antragsgegnerin – begründen, so dass diesen gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche vor dem nationalen Gericht – bzw. vorliegend der

Schiedsstelle – nicht möglich ist (EuGH, Urt. v. 18. Januar 2022 – C-261/20, NJW 2022, 927 – Thelen Technopark Berlin GmbH/MN, Rn. 32).

bb) Der geltend gemachte Auskunftsanspruch aus § 54f Abs. 1 Satz 1 UrhG steht der Antragstellerin zudem auch deshalb nicht zu, weil die Antragsgegnerin nicht zu dem nach § 54 oder § 54b UrhG zur Zahlung der Vergütung verpflichteten Personenkreis zählt. Dies sind Hersteller, Importeure und u.U. auch Händler von Geräten und von Speichermedien. Die Antragsgegnerin ist indes weder Hersteller noch Importeur noch Händler von Geräten oder Speichermedien.

(1) Als Hersteller ist derjenige anzusehen, der das Gerät tatsächlich produziert (BGH, Urteil vom 22.02.1984 – I ZR 200/81, GRUR 1984, 518, 519 – "Herstellerbegriff"). Soweit die Antragstellerin geltend macht, der Cloud-Anbieter stelle das Produkt-/Leistungspaket, das die Cloud darstelle, her, indem er dessen Komponenten konfiguriere, dringt die Antragstellerin nicht durch. Denn aus diesem Vorbringen ergibt sich lediglich, dass der Cloud-Anbieter die Cloud-Infrastruktur herstellt. Hierauf kommt es aber vorliegend wie dargelegt nicht an, weil die Antragstellerin keine Vergütung für die physische Cloud-Infrastruktur als solcher oder für deren Komponenten begehrt, sondern für die dem einzelnen Cloud-Kunden eröffnete Nutzungsmöglichkeit. Eine derartige Nutzungsmöglichkeit kann indes nicht „hergestellt“ werden.

(2) Nicht gefolgt werden kann auch der Auffassung der Antragstellerin, die Antragsgegnerin importiere Clouds, indem sie Cloud-Kunden Zugang zu diesen gewähre. Nach der Legaldefinition des § 54b Abs. 2 Satz 1 UrhG ist Einführer, wer die Geräte und Speichermedien in den Geltungsbereich des UrhG verbringt oder verbringen lässt. Ein Verbringen bzw. ein Verbringenlassen im Sinn dieser Definition setzt voraus, dass die betreffenden Geräte oder Speichermedien physisch in die Bundesrepublik Deutschland eingeführt werden. Das ergibt sich sowohl aus dem allgemeinen Sprachverständnis als auch aus der Erwähnung des Spediteurs und Frachtführers sowie der zollrechtlichen Freizonen und Freilager in § 54b Abs. 2 Satz 3 und 4 UrhG. Daneben spricht auch die Meldepflicht des Importeurs in § 54e UrhG von „Art und Stückzahl der eingeführten Gegenstände“ und somit ausschließlich von körperlichen Gegenständen. Die im Rahmen der Cloud angebotene Nutzungsmöglichkeit ist hierunter nicht zu fassen. Mit der bloßen Einräumung einer Befugnis bzw. Nutzungsmöglichkeit, über das Internet auf einen im Ausland belegenen Speicherplatz zuzugreifen, geht keine Einfuhr eines physischen Gegenstandes einher. Eine solche Einräumung einer Befugnis stellt daher keinen Import dar.

(3) Die Antragsgegnerin ist schließlich auch nicht Händlerin. Händler iSd § 54b Abs. 1 UrhG ist, wer gewerblich Geräte und Speichermedien erwirbt und weiterveräußert, also Kaufverträge über diese Produkte abschließt (BGH, Urteil vom 10.11.2022 – I ZR 10/22, GRUR 2023, 479, Rn. 14 – rakuten.de). Vorliegend eröffnet die Antragsgegnerin ihren Kunden (nur) die Möglichkeit, die von ihr bereitgehaltene Cloud-Infrastruktur virtuell zu nutzen, bietet diese aber nicht zum Erwerb an. Sie ist somit keine Händlerin. Für ein „Handeln“ mit Clouds wäre zwingend ein Gewahrsamsübergang im Sinne des Übergangs der tatsächlichen Sachherrschaft erforderlich (OLG München, Urteil vom 2. Februar 2024, 38 Sch 59/22 WG e, S. 22).

(4) Gegen eine Qualifizierung der Antragsgegnerin als Hersteller, Importeur oder Händler spricht in systematischer Hinsicht schließlich auch, dass § 54c UrhG eine Dienstleistung, nämlich das Betreiben von Ablichtungsgeräten, einer gesonderten Vergütungspflicht unterwirft. Der Regelung des § 54c UrhG hätte es nicht bedurft, wenn bereits die kurzzeitige Zurverfügungstellung eines Geräts ein Handeltreiben oder ein Importieren oder ein Herstellen eines Geräts darstellen würde (OLG München, Urteile vom 2. Februar 2024, 38 Sch 59/22 WG e, S. 22, und 38 Sch 60/22 WG e, GRUR-RS 2024, 2011 Rn. 80; Stieper, a.a.O., S. 5).

d) Auch ein Auskunftsanspruch aus § 54e Abs. 1 UrhG steht der Antragstellerin nicht zu. Denn wie ausgeführt sind die antragsgegenständlichen Clouds weder Geräte noch Speichermedien noch führt die Antragsgegnerin diese (wieder) ein.

e) Ein Auskunftsanspruch der Antragstellerin ergibt sich auch nicht aus § 242 BGB, weil der Gesetzgeber die Auskunfts- und Meldepflichten in §§ 54e, 54f UrhG abschließend geregelt hat. Darüber hinaus würde ein Anspruch aus § 242 BGB das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraussetzen. Wie gesehen, schuldet die Antragsgegnerin der Antragstellerin jedoch keine Vergütung für Clouddienstleistungen (OLG München, a.a.O., GRUR-RS 2024, 2011 Rn. 117 f.).

f) Mangels planwidriger Regelungslücke kommt auch die von der Antragstellerin begehrte analoge Anwendung der §§ 54 ff. UrhG auf den vorliegenden Sachverhalt nicht in Betracht. Denn die Speichermöglichkeit in einer Cloud war dem Gesetzgeber jedenfalls bei der Änderung durch das Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft vom 1. September 2017 (BGBl. 2017, 3346) bekannt, ohne dass dieser Anlass zu einer Änderung gesehen hat (OLG München, a.a.O., GRUR-RS 2024, 2011 Rn. 121 f. unter Verweis auf den dritten Zwischenbericht der En-

quete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, Bt-Drs. 17/7889 vom 23. November 2011; vgl. auch BGH, Urteil vom 10. November 2022 – I ZR 10/22, GRUR 2023, 479 Rn. 21 – rakuten.de).

g) Der auf Feststellung der Vergütungspflicht nach §§ 54 ff. UrhG gerichtete Antrag der Antragstellerin ist unbegründet, weil - wie dargelegt - die antragsgegenständlichen Clouds weder Geräte noch Speichermedien sind noch die Antragsgegnerin diese herstellt, importiert oder mit diesen handelt.

h) Weil die von der Antragstellerin geltend gemachten Ansprüche aus den vorgenannten Gründen nicht bestehen, kann dahinstehen, ob die Antragstellerin durch die gegenüber dem BITKOM eingegangene Verpflichtung, für Server während der Laufzeit des PC-Gesamtvertrages keine Vergütung geltend zu machen, an der Geltendmachung der hier gegenständlichen Ansprüche gehindert ist.

III.

Die Amtskosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin (§ 121 Abs. 1 Satz 1 VGG). Dies entspricht dem Ausgang des Verfahrens.

Die Anordnung zur Erstattung notwendiger Auslagen ist nicht angezeigt, denn es liegen keine besonderen Umstände vor, die hier im Rahmen der Ermessensentscheidung abweichend vom gesetzlichen Regelfall des § 121 Abs. 1 Satz 2 VGG aus Billigkeitsgründen eine Kostenauferlegung rechtfertigen würden. Der Kostenbegriff des VGG ist enger als der des § 91 ZPO, nach dessen Abs. 1 auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung notwendigen Kosten zu den Kosten des Rechtsstreits gehören. Kosten des Schiedsstellenverfahrens sind nach § 117 Abs. 1 VGG dagegen nur die Gebühren und Auslagen. Dieser Systematik folgend erwähnen §§ 98 Abs. 2 und 123 Abs. 1 VGG neben den Kosten des Verfahrens auch die notwendigen Auslagen und § 121 Abs. 1 S. 2 VGG regelt die Voraussetzungen, unter denen die Schiedsstelle deren Erstattung anordnen kann. Dieser Gesetzessystematik ist immanent, dass die Schiedsstelle nicht aufgrund der Billigkeitserwägungen, die sie ihrer Kostenentscheidung nach § 121 Abs. 1 S. 1 VGG zu Grunde legt, auch verpflichtet ist, ihr Ermessen nach § 121 Abs. 1 S. 2 VGG dahin auszuüben, dass der unterliegende Beteiligte die notwendigen Auslagen der Gegenseite zu tragen hat. Deshalb muss die Antragstellerin besondere Gründe vortragen, die eine Kostenauferlegung aus Billigkeitsgründen rechtfertigen (so auch AG Mün-

chen, Beschluss vom 28. Mai 2024, Az.: 142 C14000/24). Es verbleibt somit bei dem in bisherigen Schiedsstellenverfahren angewandten Grundsatz, dass die Beteiligten die ihnen erwachsenen notwendigen Auslagen jeweils 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
durch Verwertungsgesellschaften
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.

(…) (…) (…)

Beschluss:

Der Streitwert wird entsprechend der unwidersprochenen Schätzung der Antragstellerin auf EUR 100.000,00 festgesetzt.

(…) (…) (…)