

## **SCHIEDSSTELLE**

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

München, den 27.03.2024

Tel. : 089 / 2195 – (...)

Fax : 089 / 2195 – (...)

**Az.: Sch-Urh 11/22**

### **In dem Verfahren auf Durchführung einer selbstständigen empirischen Untersuchung**

der (...)

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

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

### **Beschluss:**

1. Die Anträge werden zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Der Streitwert wird auf EUR 1.000.000,00 festgesetzt.

### **Gründe:**

I.

Die Antragstellerin begehrt die Durchführung einer empirischen Untersuchung zur Erhebung des Nutzungsumfangs von Clouds für gesetzlich erlaubte Vervielfältigungen.

Unternehmensgegenstand der Antragstellerin ist die Administration der gesetzlichen Vergütungsansprüche für Vervielfältigungen von Audiowerken und von audiovisuellen Werken zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäß §§ 53 Abs. 1 bis 2 und 60a bis 60f UrhG (vgl. § 2 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrages vom 21. Dezember 1992 in seiner aktuellen Fassung, abrufbar unter (...)). Vorgenannte Ansprüche haben die Gesellschafter der Antragstellerin, die deutschen Verwertungsgesellschaften (...), in diese eingebracht. Darüber hinaus haben die VG Wort und VG Bild-Kunst der Antragstellerin mit der als Anlage (...) vorgelegten Vereinbarung von (...) die Abtretung aller Ansprüche auf Auskunft, Meldung und Vergütung nach §§ 54, 54b, 54e und 54f UrhG für Vervielfältigungen von stehendem Text bzw. stehendem Bild für alle Clouds erklärt, die in Deutschland in der Zeit ab dem 1. Januar 2008 bis zum 30. Juni 2022 in Verkehr gebracht wurden, und haben die Antragstellerin mit der Geltendmachung dieser Ansprüche beauftragt.

Die Antragstellerin macht in mehreren Verfahren vor der Schiedsstelle sowie vor dem Oberlandesgericht (OLG) München urheberrechtliche Auskunftsansprüche gegen Cloud-Anbieter für den Zeitraum 2019 bis 2021 nach den §§ 54 ff. UrhG wegen der Überlassung von Clouds im Wege des Cloud-Computing an Cloud-Kunden in der Bundesrepublik Deutschland geltend und begehrt die Feststellung, dass die Cloud-Anbieter zur Zahlung einer angemessenen Vergütung verpflichtet sind. Sie möchte einen Tarif für Clouds veröffentlichen, sobald die Voraussetzungen hierfür (empirische Untersuchung und/oder Gesamtvertrag) vorliegen.

Die **Antragstellerin beantragt** mit Schriftsatz vom 27. September 2022

die Durchführung einer empirischen Untersuchung zur Ermittlung der nach § 54a Abs. 1 UrhG maßgeblichen Nutzung von Clouds.

Hilfsweise beantragt die Antragstellerin zuletzt mit Schriftsatz vom 30. November 2023

die Durchführung einer empirischen Untersuchung zur Ermittlung der nach § 54a Absatz 1 UrhG maßgeblichen Nutzung von PCs, Tablets, Mobiltelefonen, Smartwatches und Cloud-Servern zur Vornahme von „Cloud-Kopien“, dh Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch

gemäß §§ 53 Abs. 1 oder Abs. 2 oder §§ 60a bis 60f UrhG mit einem „Cloud-Speicher“ (d.h. digitale Online-Speicherplatz, auf den der Cloud-Nutzer über das Internet zugreifen kann) als Quelle und/oder einem Cloud-Speicher als Ziel solcher Vervielfältigungen.

Cloud definiert die Antragstellerin wie folgt:

„Cloud“ im Sinne dieses Antrags ist das von einem Cloud-Anbieter einem Cloud-Kunden in der Bundesrepublik Deutschland 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 (idR ein gemischt-typischer 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 (zB 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 (zB 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, zB 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 (zB bei automatischer Synchronisation von mit der jeweiligen Cloud verbundenen Geräte/Speichermedien des Cloud-Nutzers) über das Internet, zB 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 (zB 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 bis 3 UrhG aF bzw. § 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 (zB des Cloud-Kunden/-Nutzers) heruntergeladen werden.

Die Antragstellerin schlägt vor, eine Screening- und eine Hauptbefragung durchzuführen und formuliert verschiedene in deren Rahmen zu stellende Fragen.

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.

Die Antragstellerin meint, der Antrag sei statthaft, weil sie bisher keinen Gesamtvertrag für Clouds abgeschlossen habe und sie deshalb gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 VGG verpflichtet sei, einen Tarif auf Grundlage einer empirischen Untersuchung aus einem Verfahren nach § 93 VGG aufzustellen. Weitere Statthaftigkeitsvoraussetzungen bestünden nicht. Die Studie diene allein der Ermittlung des Maßes der tatsächlichen Nutzung von Clouds als Typen für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch. Insbesondere komme es nicht darauf an, durch wen letztlich die Vergütung für privilegierte Vervielfältigungen von und mit Clouds zu entrichten sei. Jedenfalls sei die Statthaftigkeit des Antrags von der Schiedsstelle nicht zu prüfen; sie sei nach § 113 Satz 1 Hs 2 VGG zur Durchführung der Studie verpflichtet. Zudem sei die Klärung der Frage, ob nach § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG zulässige Privatkopien in der Cloud nach § 54 UrhG zu vergüten seien, den Gerichten zugewiesen und nicht von der Schiedsstelle zu entscheiden. Auch könne erst das Ergebnis der beantragten Studie Aufschluss darüber geben, ob in und von Clouds in einem derart großen Umfang privilegierte Vervielfältigungen vorgenommen werden, dass ohne eine Vergütungspflicht der Cloud eine aus verfassungs- und europarechtlichen Gründen zu schließende „absolute Schutzlücke“ vorliege.

Unabhängig davon sei eine Cloud aber ein Gerät oder ein Speichermedium im Sinne von §§ 54, 54a UrhG. Zwar könne nicht abschließend gesagt werden, ob es sich bei einer Cloud um ein Gerät oder um ein Speichermedium handle, weil die vom Cloud-Anbieter vorgehaltene Hard- und Software aus einem Konglomerat aus Geräten und Speichermedien bestehe, welches dem Cloud-Kunden aber nicht als Ganzes überlassen werde und die Funktionen der einzelnen Clouds recht verschieden sein könnten. Da der dem Cloud-Kunden überlassene

Online-Speicherplatz sich – dies solle die Schiedsstelle zunächst im Rahmen einer Beweiserhebung verifizieren – stets auf physischen Geräten und/oder Speichermedien und damit auf körperlichen Gegenständen befinde, 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, Betriebssystem und Speicherplatz ausgestattet sei. Sie sei damit nicht nur eine Dienstleistung. Der Qualifizierung der Cloud als Gerät oder 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. Soweit es aus Sicht der Schiedsstelle darauf ankomme, ob Cloud-Anbieter den Cloud-Kunden Speicherplatz auf Geräten und/oder Speichermedien auch zu deren alleinigen Nutzung überlassen, solle sie dies im Rahmen einer Beweiserhebung ermitteln. 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 behandle, obwohl es sich dabei nach allgemeinem Sprachverständnis nicht um etwas Körperliches handle. 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 diene. Im Umkehrschluss aus § 54a Abs. 2 Fall 1 UrhG ergebe sich nicht, dass Geräte keine anderen Geräte enthalten könnten; dies sei möglich und beispielsweise bei einem PC mit eingebautem Brenner der Fall.

Auch ob eine Cloud im Eigentum oder (Mit-)Besitz des Nutzers stehe und ob diese importiert oder in Deutschland betrieben werde, sei unerheblich. Ausreichend sei alleine, dass der Cloud-Kunde auf die Cloud zugreifen könne; auf welchem Weg er auf diese zugreife, sei unerheblich.

Der Cloud-Anbieter sei „Hersteller“, er stelle das Produkt- und Leistungspaket, das die Cloud darstelle, her, indem er deren einzelne Hardware- und Softwarekomponenten kombiniere, implementiere und konfiguriere und bringe diese unter seiner Marke in der Bundesrepublik Deutschland in Verkehr. Soweit sich die physischen Geräte- und Speichermedien-Komponenten im Ausland befänden und deren Anbieter diese in der Bundesrepublik Deutschland an Verbraucher als Endabnehmer überlasse, sei der Anbieter gemäß § 54b Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 UrhG auch Importeur. Bereits die Gewährung des Zugangs zu einem Cloudspeicher stelle die Einfuhr eines Speichermediums dar. Soweit der Cloud-Anbieter die Cloud weder selbst herstelle noch importiere, hafte er jedenfalls als Händler.

Wie auch eine datenschutzrechtliche Betrachtung belege, sei Hersteller der Vervielfältigungen in und mit Clouds der Cloud-Nutzer, der die Vervielfältigungen in Form des Up- und Downloads veranlasse. Dies gelte auch für eine automatische, geräteübergreifende Synchronisierung, weil diese vom Cloud-Nutzer initiiert werden müsse.

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, 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 richtlinienkonformen 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. Würde eine Vergütungspflicht für Clouds verneint, bestehe kein Vergütungsanspruch für privilegierte Vervielfältigungen innerhalb einer Cloud oder von Cloud zu Cloud. 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 e.V. (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 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.



Bei den Gesamtvertragsverhandlungen über die Vergütung von Endgeräten, mit denen der Befehl zur Vervielfältigung von oder in Clouds erteilt werde, sei über Vervielfältigungen in oder von Clouds nicht gesprochen worden; keine der Gesamtvertragsparteien habe insoweit ihre Sach- oder Marktcompetenz eingebracht. Die Ergebnisse der im Jahr 2011 im Auftrag der Schiedsstelle durchgeführten empirischen Untersuchung in dem zwischen der Antragstellerin und dem Bitkom geführten Gesamtvertragsverfahren (Sch-Urh 37/08) seien 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 worden und eine nachträgliche Einbeziehung solcher Vervielfältigungen durch Erweiterung des Verhandlungs- und Vertragsgegenstandes durch Unterlassen sei ausgeschlossen.

Die Schiedsstelle hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 24. November 2022 und 2. Mai 2023, in einem Besprechungstermin am 15. Juni 2023 und mit Hinweisbeschluss vom 24. Oktober 2023 darauf hingewiesen, dass der Antrag voraussichtlich als unstatthaft zurückzuweisen sein wird.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die Schriftsätze der Antragstellerin und die vorgeannten Hinweise Bezug genommen.

## II.

Sowohl der Haupt- als auch der Hilfsantrags sind nicht statthaft und deshalb zurückzuweisen.

1. Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Gemäß § 93 VGG können Verwertungsgesellschaften die Schiedsstelle anrufen, um eine selbständige empirische Untersuchung zur Ermittlung der nach § 54a Abs. 1 UrhG maßgeblichen Nutzung durchführen zu lassen. 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 § 93 VGG - entsprechend anzuwenden sind. Mit der Einreichung eines Antrags nach § 93 VGG übt die Antragstellerin die Tätigkeit einer Verwertungsgesellschaft aus.
2. Die Anrufung der Schiedsstelle ist mit dem schriftlichen Antrag vom (...) auch formgerecht erfolgt (§ 97 Abs. 1 Satz 1 VGG).
3. Der Hauptantrag der Antragstellerin ist nicht statthaft.
  - a) Der Schiedsstelle ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin weder generell die Prüfung von Rechtsfragen verwehrt (nachfolgend aa)) noch ist im Verfahren nach § 93 VGG eine derartige Beschränkung der Prüfungskompetenz anzunehmen (unten bb) bis dd)).

aa) Zu Unrecht macht die Antragstellerin geltend, die Schiedsstelle sei zur Prüfung von Rechtsfragen nicht befugt. Die Antragstellerin führt keine gesetzliche Bestimmung an, aus der sich eine derartige Beschränkung ergeben soll. Sie ist auch nicht ersichtlich. Vielmehr ist es jeder Gesetzesanwendung immanent, dass dabei die durch den konkreten Einzelfall aufgeworfenen Rechtsfragen durch Auslegung des Gesetzes beantwortet werden müssen. Nur diese Auslegung ermöglicht dem Anwender des Gesetzes überhaupt, eine Entscheidung zu treffen.

Ohne Erfolg macht die Antragstellerin auch geltend, aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) ergebe sich eine Beschränkung der Prüfungsbefugnis der Schiedsstelle. In seinem Urteil vom 9. Oktober 2018 (KZR 47/15, GRUR 2018, 1277 – PC mit Festplatte III) führt der BGH aus, die Schiedsstelle könne und dürfe die im Streitfall aufgeworfenen spezifischen kartellrechtlichen Fragen nicht prüfen. Die vorherige Anrufung der Schiedsstelle sei nach dem Zweck des § 16 Abs. 1 WahrnG (nunmehr: § 128 Abs. 1 VGG) aber gleichwohl erforderlich, wenn damit zu rechnen sei, dass ihre „sachkundige Stellungnahme in urheberrechtlichen Fragen“ für die kartellrechtliche Beurteilung des Falls Bedeutung erlangen kann“ (a.a.O., Rdn. 29; Hervorhebung nur hier). Der BGH geht damit ausdrücklich davon aus, dass die Schiedsstelle Stellung zu urheberrechtlichen Fragen – wie sie auch vorliegend in Rede stehen – nehmen darf und verneint lediglich eine Befugnis der Schiedsstelle zur Prüfung – vorliegend nicht relevanter – kartellrechtlicher Fragen. Auch dem Urteil des BGH vom 26. November 2013 (X ZR 3/13, NZA-RR 2014, 305 – Profilstrangpressverfahren) lässt sich nur entnehmen, dass die Schiedsstelle nach dem Gesetz über Arbeitnehmererfindungen keine Entscheidung trifft, sondern den Parteien einen Vorschlag für eine gütliche Einigung macht (a.a.O., Rdn. 23). Diese Ausführungen lassen sich schon nicht auf das vorliegende Verfahren vor der Schiedsstelle nach dem Verwertungsgesellschaftengesetz nach § 93 VGG übertragen, das einen Sonderfall der Beweisaufnahme regelt, die unabhängig von einem streitigen Verfahren durchgeführt wird. Folglich unterbreitet die Schiedsstelle in einem Verfahren nach § 93 VGG auch keinen Vorschlag für eine gütliche Einigung zwischen zwei Beteiligten. Unabhängig hiervon lässt sich daraus, dass die Schiedsstelle in Verfahren zwischen zwei Beteiligten (lediglich) einen Vorschlag zu einer gütlichen Einigung unterbreitet, nicht ableiten, dass sie nicht zur Prüfung von Rechtsfragen befugt ist. Im Gegenteil werden die Beteiligten einen Vorschlag für eine gütliche Einigung nur annehmen und die Streitfrage nicht vor Gericht weiterverfolgen, wenn die Schiedsstelle ihren Einigungsvorschlag überzeugend begründet. Das setzt notwendig die Prüfung der im Streitfall aufgeworfenen Rechtsfragen voraus.

Auch daraus, dass das Oberlandesgericht (OLG) München in seinem Beschluss vom 22. Dezember 2022 (38 Sch 45/22 WG) unter Rdn. 25 ausgeführt hat, dass reine Rechtsfragen von dem OLG und dem BGH eigenständig zu beantworten sind, ergibt sich keine Beschränkung der Prüfungskompetenz der Schiedsstelle. Denn damit wird lediglich ausgedrückt, dass das OLG und der BGH nicht an die Rechtsauffassung der Schiedsstelle gebunden sind, nicht jedoch, dass die Schiedsstelle nicht zur Prüfung von Rechtsfragen befugt ist. Das OLG führt zwar aus, die Schiedsstelle sei bei der Auslegung der Gesetze an die Auslegung der Gerichte gebunden; auch habe die Schiedsstelle die Rechtsprechung des OLG und des BGH bei der Ausarbeitung von Einigungsvorschlägen zu beachten und dürfe ihr Ermessen nur innerhalb der vom Gesetzgeber gezogenen und von der Rechtsprechung ausgelegten Grenzen ausüben (a.a.O., Rdn. 25).

Eine solche Bindung an in anderen Verfahren ergangene Gerichtsentscheidungen lässt sich dem Gesetz aber nicht entnehmen. Vielmehr widerspräche eine solche Bindung der Weisungsunabhängigkeit der Mitglieder der Schiedsstelle nach § 125 Abs. 1 VGG. Es ist anerkannt, dass aus der Unabhängigkeit des Richters dessen fehlende Bindung an die Rechtsauffassung übergeordneter Gerichte folgt (Pieroth in Jarass/Pieroth, GG, 15. Auflage, Art. 97, Rdn. 7). Nichts anderes kann aus der Weisungsunabhängigkeit der Mitglieder der Schiedsstelle folgen. Diese wird im Gegensatz zur richterlichen Unabhängigkeit zwar nicht durch die Verfassung, sondern nur einfachgesetzlich gewährt. Sie könnte deshalb auch durch ein einfaches Gesetz eingeschränkt werden. Ein solches einschränkendes Gesetz existiert indes nicht.

Unabhängig davon gereicht die oben dargestellte Auffassung des OLG München der Antragstellerin aber vorliegend ohnehin nicht zum Vorteil, weil das OLG München jüngst eine Vergütungspflicht des Cloud-Anbieters mit der Begründung verneint hat, eine Cloud sei weder ein Gerät noch ein Speichermedium (Urteile vom 2. Februar 2024, 38 Sch 59/22 WG e und 38 Sch 60/22 WG e, GRUR-RS 2024, 2011). Nähme man eine Bindung der Schiedsstelle an die Auslegung durch die Gerichte in anderen Verfahren an, müsste der Antrag deshalb bereits aus diesem Grund und ohne weitere inhaltliche Prüfung abgelehnt werden.

bb) Die Prüfung der Statthaftigkeit des Antrags auf eine selbständige empirische Untersuchung nach § 93 VGG ist der Schiedsstelle nicht durch § 113 Satz 1 Hs 2 VGG verwehrt. Hiernach gilt „für die Durchführung der empirischen Untersuchung gemäß § 93 [VGG]“ der § 104 VGG mit der Maßgabe, dass die Schiedsstelle die Durchführung der empirischen Untersuchung nicht ablehnen kann. Empirische Untersuchungen nach § 93 VGG sind aber solche, die der „Ermittlung der nach §54a Absatz 1 des Urheberrechtsgesetzes maßgeblichen Nutzungen“ dienen und damit Untersuchungen, mit denen das Maß der Nutzung von Geräten oder Speichermedien als Typen ermittelt werden soll. Tatbestandlich setzt § 113 Satz 1 VGG somit durch die Bezugnahme auf § 93 VGG und damit auf § 54a Abs. 1 UrhG voraus, dass eine empirische Untersuchung über das Maß der Nutzung von Geräten oder Speichermedien beantragt wurde. Ist dies nicht der Fall, liegt schon keine empirische Untersuchung gemäß § 93 VGG vor, so dass auch die Rechtsfolge des § 113 Satz 1 VGG – nämlich die Anwendbarkeit des § 104 VGG mit der Maßgabe, dass die Schiedsstelle die Durchführung der empirischen Untersuchung nicht ablehnen kann – nicht eintritt.

Doch selbst wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 113 Satz 1 VGG bejaht würden, verpflichtet der dann entsprechend anwendbare § 104 Abs. 1 S. 1 VGG die Schiedsstelle (lediglich) zur Erhebung erforderlicher Beweise. Hieraus folgt, dass – wie allgemein im Prozessrecht – nur über beweisbedürftige Tatsachen Beweis zu erheben ist. Ist dies nicht der Fall, ist die Erforderlichkeit der Beweiserhebung zu verneinen. Dem ist so, wenn der Antrag nicht auf die empirische Ermittlung der Nutzung eines Gerätes oder eines Speichermediums als Typ abzielt.

cc) Die Schiedsstelle ist auch nicht wegen der Verpflichtung der Antragstellerin, gem. § 40 Abs. 1 Satz 2 VGG Tarife auf der Grundlage von empirischen Untersuchungen aus einem Verfahren nach § 93 VGG aufzustellen, an der Prüfung der Statthaftigkeit gehindert. Denn diese Verpflichtung gilt für Tarife über die Höhe der Vergütung für Geräte und Speichermedien, § 40 Abs. 1 S. 1 VGG. Betrifft die beabsichtigte Tarifaufstellung keine solchen Geräte oder Speichermedien, besteht insoweit auch keine Verpflichtung der Antragstellerin zur Tarifaufstellung auf Grundlage einer empirischen Studie.

dd) Es besteht auch deshalb eine umfassende Prüfungskompetenz der Schiedsstelle, ob ein Antrag nach § 93 VGG statthaft ist, weil die Schiedsstelle nach § 114 Abs. 1 VGG verpflichtet ist, entweder festzustellen, dass das Ergebnis der empirischen Un-

tersuchung den Anforderungen entspricht, die im Hinblick auf die Aufstellung eines Tarifs gemäß § 40 VGG zu stellen sind (§ 114 Abs. 1 S. 1 VGG) oder eine Ergänzung oder Änderung der Studie zu veranlassen (§ 114 Abs. 1 S. 2 VGG). Betrifft der empirisch zu untersuchende Sachverhalt keine Nutzung von Geräten oder Speichermedien im Sinne des § 54a UrhG, kann die Schiedsstelle weder die gesetzlich geforderte Feststellung treffen noch diesen Mangel durch eine Ergänzung oder Änderung der Studie heilen. Soweit die Antragstellerin hiergegen einwendet, diese Argumentation beruhe auf einem Zirkelschluss, weil die Schiedsstelle zu Unrecht ihre materiell-rechtliche Prüfungskompetenz in Rechtsfragen unterstelle, überzeugt dies nicht. Denn der in § 114 Abs. 1 VGG in Bezug genommene § 40 VGG regelt die Gestaltung der Tarife für Geräte und Speichermedien und verweist seinerseits auf § 54a UrhG. Die Feststellung, dass das Ergebnis der empirischen Untersuchung den Anforderungen des § 40 VGG entspricht, erfordert somit eine Prüfung der dort und in § 54a UrhG genannten Anforderungen und mithin eine materiell-rechtliche Prüfung derselben.

- b) Der Hauptantrag der Antragstellerin ist unstatthaft, weil mit der von ihr begehrten empirischen Untersuchung entgegen § 93 VGG nicht eine nach § 54a UrhG maßgebliche Nutzung ermittelt werden kann. Nach § 54a UrhG ist maßgeblich, in welchem Maß die Geräte und Speichermedien als Typen tatsächlich für Vervielfältigungen nach § 53 Absatz 1 oder 2 oder den §§ 60a bis 60f UrhG genutzt werden. Vorliegend begehrt die Antragstellerin mit ihrem Hauptantrag aber gerade nicht die Ermittlung des Umfangs der Nutzung von Geräten oder Speichermedien.

- aa) Antragsgemäß soll untersucht werden, in welchem Umfang der Cloud-Kunde von der Möglichkeit Gebrauch macht, auf und von dem ihm durch den Cloud-Anbieter überlassenen Speicherplatz privilegierte Vervielfältigungen durchzuführen (sogleich (1)). Dagegen soll die Nutzung der Cloud-Infrastruktur als solcher zu privilegierten Vervielfältigungen nicht untersucht werden (unten (2)).

- (1) Die Antragstellerin begehrt, die „nach § 54a Abs. 1 UrhG maßgebliche Nutzung von Clouds“ empirisch zu untersuchen. Cloud definiert die Antragstellerin als

*„das von einem Cloud-Anbieter einem Cloud-Kunden in der Bundesrepublik Deutschland 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 des Antragstellers).

Somit soll nicht die Nutzung der Speichermedien und -geräte, die der Cloud-Anbieter neben anderen IT-Ressourcen bereithält, insgesamt untersucht werden, sondern vielmehr, in welchem Umfang ein Nutzer – der Cloud-Kunde – von der Möglichkeit Gebrauch macht, auf und von dem ihm überlassenen Speicherplatz privilegierte Vervielfältigungen durchzuführen.

- (2) Es kommt deshalb entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht darauf an, dass die hinter dem Angebot stehende Cloud-Infrastruktur aus einem Konglomerat von Geräten und Speichermedien besteht und sich der dem Kunden überlassene Speicherplatz auf physischen Geräten befindet. Denn wie ausgeführt soll antragsgemäß gerade nicht die Nutzung der Cloud-Infrastruktur als solcher zu privilegierten Vervielfältigungen untersucht werden, sondern es soll die individuelle Nutzung des überlassenen Produkt-/Leistungspakets mit digitalem Online-Speicherplatz untersucht werden.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin muss auch nicht darüber Beweis erhoben werden, ob einzelne Cloud-Anbieter ihren Kunden den Speicherplatz auf Gerä-

ten und/oder Speichermedien der Cloud-Infrastruktur auch zu deren alleinigen Nutzung überlassen. Denn nach Ziffer (1) der Definition des Cloud-Computing durch die Antragstellerin verfügt der Cloud-Anbieter typischerweise über ein (virtuell) teilbares, mandantenfähiges Reservoir konfigurierbarer IT-Ressourcen, die er gleichzeitig einer Mehrzahl von Cloud-Kunden zur Nutzung zur Verfügung stellen kann. Somit könnte allenfalls darüber Beweis erhoben werden, ob einzelne Cloud-Anbieter ihre IT-Ressourcen mehreren Nutzern zur Verfügung stellen könnten, diese tatsächlich aber nur einem einzelnen Nutzer zur Verfügung stellen. Auf diese Frage kommt es aber nicht an. Denn selbst wenn zu Gunsten der Antragstellerin unterstellt wird, dass es einzelne Cloud-Anbieter gibt, die so verfahren, handelt es sich doch jedenfalls um einen atypischen Fall, der bei der nach § 54a Abs. 1 Satz 1 UrhG gebotenen typisierenden Betrachtung außer Betracht zu bleiben hat.

- bb) Eine Cloud im Sinn des Antrags stellt weder ein Gerät noch ein Speichermedium im Sinn des § 54a Abs. 1 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.
- (1) 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, Urteile vom 2. Februar 2024, 38 Sch 59/22 WG e und 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 handle, überzeugt nicht. Die Antragstellerin verkennet, 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, auf dem die Software verkörpert ist, fußt (OLG München, a.a.O., GRUR-RS 2024, 2011, Rdn. 84 m.w.N. zur höchstrichterlichen Rechtsprechung).



- (2) 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 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.
- (3) 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.

Auch mit ihrem weiteren Einwand, 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. Antragsgemäß soll

aber nicht deren Nutzung untersucht werden, sondern in welchem Umfang ein Nutzer von der Möglichkeit Gebrauch macht, auf und von dem ihm überlassenen Speicherplatz privilegierte Vervielfältigungen durchzuführen.

Soweit die Antragstellerin weiter geltend macht, der Cloud-Anbieter importiere Clouds, indem er Cloud-Kunden Zugang zu dieser gewähre, überzeugt dies ebenfalls nicht. 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. Mit der bloßen Einräumung einer Befugnis, 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.

- (4) Dass § 54c UrhG die Vergütungspflicht des Betreibers von Ablichtungsgeräten davon abhängig macht, dass dieser solche Geräte bereithält, belegt ferner, dass das Bereithalten und Zurverfügungstellen von Vervielfältigungsgeräten nicht schon einer Vergütungspflicht nach § 54 UrhG unterfällt (Stieper, a.a.O., S. 5). Der Regelung des § 54c UrhG hätte es nicht bedurft, wenn bereits die Zurverfügungstellung eines Geräts ein Handeltreiben oder ein Importieren oder ein Herstellen eines Geräts darstellen würde (OLG München, a.a.O., GRUR-RS 2024, 2011 Rn. 80; Stieper, a.a.O., S. 5).
- (5) 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 Außenwirtschaftsverordnung 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.

- (6) Es bedarf auch keiner europarechtskonforme Auslegung des § 54a 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:

(aa) 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 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 (Austro-Mechana/Strato, a.a.O.) 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.

(bb) 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, sämtliche Personen mit einer Abgabe zu belasten, die Privatpersonen Anlagen, Geräte und Medien zur Verfügung stellen.

(cc) 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 des § 54a Abs. 1 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 GRUR 2022, 558 Rn. 41 – Austro-Mechana/Strato 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.

(dd) Eine solche Anknüpfung führt auch nicht zu einer unionsrechtswidrigen Schutzlücke, weil – wie die Antragstellerin 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 und verneinte Frage an, ob mit Zubehör angestoßene Vervielfältigungen nach § 54a Abs. 2 UrhG bei der Bemessung der Vergütungshöhe berücksichtigt werden können.

(ee) Eine unionsrechtswidrige Schutzlücke ist ferner auch nicht deshalb anzunehmen, weil – wie die Antragstellerin weiter 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 abgelden. Die Antragstellerin verkennt, dass die Vergütung für alle mit den betreffenden Geräten als Typen angefertigte privilegierte 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 bestehenden 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 eingestuftem 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 bedingt, 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 unangemessen und unionsrechtswidrig zu niedrig, nicht durch.

(ff) Der Gesetzgeber kann – 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 mitgliedstaatliche 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.

- (7) Anders als die Antragstellerin meint, erfordert auch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG keine verfassungskonforme Auslegung des § 54a Abs. 1 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.

4. Der Hilfsantrag der Antragstellerin ist ebenfalls unstatthaft.

Mit ihrem Hilfsantrag möchte die Antragstellerin die nach § 54a Absatz 1 UrhG maßgeblichen Nutzung von PCs, Tablets, Mobiltelefonen, Smartwatches und Cloud-Servern zur Vornahme von „Cloud-Kopien“ ermitteln lassen.

- a) Der auf die Ermittlung der Nutzung von PCs, Tablets, Mobiltelefonen und Smartwatches gerichtete Antrag ist unzulässig, weil damit nicht die Nutzung dieser Geräte zu privilegierten Vervielfältigungen insgesamt, sondern lediglich zur Vornahme von privilegierten Cloud-Kopien untersucht werden soll. Eine derartige Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes ist gesetzlich nicht vorgesehen. Vielmehr ist nach dem von § 93 VGG in Bezug genommenen § 54a Abs. 1 Satz 1 UrhG maßgeblich, in welchem Maß Geräte als Typ tatsächlich für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 und 2 UrhG oder den §§ 60a bis 60f UrhG genutzt werden. Indem der Gesetzeswortlaut einschränkungslos auf die tatsächliche Nutzung abstellt, sieht er nur eine empirische Untersuchung zur umfassenden Ermittlung der mit dem betreffenden Gerätetypus vorgenommenen privilegierten Vervielfältigungen vor. Dies folgt auch ohne Weiteres aus dem Normzweck der §§ 93 VGG und 54a UrhG. Letztgenannte

Vorschrift regelt, wie die Vergütungshöhe für einen Gerätetypus zu bestimmen ist. Eine solche Bestimmung ist aber nur möglich, wenn die mit dem betreffenden Gerätetypus angefertigten privilegierten Vervielfältigungen umfassend ermittelt werden. Wird hingegen – wie vorliegend beantragt – lediglich die Nutzung zur Vornahme von „Cloud-Kopien“ untersucht, kann das Untersuchungsergebnis nicht abschließend zur Bestimmung der für den untersuchten Gerätetypus angemessenen Vergütung beitragen. Auf Grundlage einer solchen, nur einen Teil der maßgeblichen Nutzung des Geräts abbildenden Studie, kann entgegen § 40 Abs. 1 Satz 2 VGG auch kein Tarif für die betreffenden Geräte aufgestellt werden.

- b) Soweit mit dem Hilfsantrag die empirische Ermittlung der Nutzung von Cloud-Servern zu privilegierten Vervielfältigungen begehrt wird, ist dieser ebenfalls unstatthaft.

Bei Cloud-Servern handelt es sich um keinen im Verhältnis zu „normalen“ Servern eigenständigen Gerätetypus i.S.d. § 54a Abs. 1 Satz 1 UrhG. Diese Vorschrift stellt darauf ab, in welchem Maß die Geräte bzw. Speichermedien als Typen zu privilegierten Vervielfältigungen genutzt werden. Server können in den unterschiedlichsten Verwendungsbereichen eingesetzt werden. Die Antragstellerin hat weder dargelegt noch ist ersichtlich, dass sich Cloud-Server in technischer Hinsicht von anderen Servern unterscheiden. Unterscheidet sich ein Cloud-Server aber nur durch den Zweck, zu dem er betrieben wird, von einem sonstigen Server, macht dies den Cloud-Server nicht zu einem eigenständigem Gerätetyp. Denn die in § 54a Abs. 1 Satz 1 UrhG angelegte typisierende Betrachtung erfordert eine Abgrenzung unterschiedlicher Gerätetypen nach objektiven Kriterien. Eine bestimmte subjektive Bestimmung des Gerätebetreibers oder -herstellers, ein Gerät zu einem bestimmten Zweck nutzen zu wollen oder tatsächlich zu nutzen – vorliegend zur Zurverfügungstellung an Cloud-Kunden –, begründet hingegen keinen gesonderten Gerätetypus. Demgemäß ist die Schiedsstelle auch in Fällen, in denen seitens der Vergütungsschuldner vorgebracht wurde, bestimmte Mobiltelefone würden lediglich von bestimmten Personengruppen benutzt (alleine arbeitenden Personen zur Absicherung in eventuellen Notfällen, vgl. Einigungsvorschlag vom 26. September 2023, Sch-Urh 72/20; Senioren, vgl. Einigungsvorschlag vom 14. September 2023, Sch-Urh 48/20), aufgrund dieser Zweckbestimmung nicht von dem Vorliegen eines gesonderten Gerätetypus ausgegangen und hat der Antragstellerin die nach ihrem Tarif für Mobiltelefone zu zahlende Vergütung zugesprochen.

5. Über die Anträge konnte ohne vorherige Beteiligung des von der Antragstellerin benannten Bitkom und der bundesweiten Dachorganisationen der mit öffentlichen Mitteln geförderten Verbraucherverbänden sowie ohne vorherige Veröffentlichung der Anträge entschieden werden. § 112 Abs. 2 Satz 1 und 2 und § 116 Satz 1 VGG sind in dem hier vorliegenden

Fall, dass der Antrag als unstatthaft zurückzuweisen ist, teleologisch zu reduzieren. Die Vorschriften sollen den darin genannten Verbänden ausweislich der Gesetzesbegründung (RegE VGG, BT-Drs. 18/7223, S. 103) die Möglichkeit geben, sich an dem Verfahren zu beteiligen. Die Möglichkeit der Dachorganisationen der Verbraucherverbände, sich auch an dem Verfahren nach § 93 VGG zu beteiligen, trägt der Tatsache Rechnung, dass die Geräte und Speichermedienabgabe von den zahlungspflichtigen Herstellern, Importeuren und Händlern letztlich auf ihre Endkunden umgelegt wird und deshalb Verbraucher von Änderungen bei der Vergütung regelmäßig betroffen sind (RegE VGG, a.a.O.). Ist der Antrag unstatthaft, bedarf es der Möglichkeit der Verbände, sich in das Verfahren einzubringen und so auf die Bestimmung des Vergütungssatzes Einfluss zu nehmen, hingegen nicht. Eine Verbändebeteiligung wäre dann eine bloße Förmerei. Der Gesetzgeber hat erkennbar den hier vorliegenden Fall, dass die Anträge als unstatthaft abzuweisen sind, nicht in Betracht gezogen. Dies zeigt sich insbesondere auch daran, dass er im VGG keinen Rechtsbehelf gegen eine den Antrag nach § 93 VGG zurückweisende Entscheidung der Schiedsstelle vorgesehen hat.

### III.

Bei der Festsetzung des Streitwerts orientiert sich die Schiedsstelle an den Grundsätzen, die für die Streitwertfestsetzung in einem außerhalb eines Streitverfahrens durchgeführten selbstständigen Beweisverfahren gelten (§§ 485 ff. ZPO). Denn das Verfahren nach § 93 VGG ähnelt diesem Verfahren. In einem solchen selbstständigen Beweisverfahren ist der Wert nach § 3 Hs. 1 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzen, weil die Durchführung eines Hauptverfahrens noch nicht feststeht. Maßgebend ist das Interesse des Antragstellers an der Durchführung der Maßnahme zur Beweissicherung. Insoweit ist auf den zu schätzenden Hauptsachewert abzustellen (Musielak/Voit/Heinrich, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 3 Rn. 34). Für den Hauptsachewert ist der Anspruch maßgeblich, der Gegenstand eines Hauptsacheverfahrens sein soll. Denn in einem selbstständigen Beweisverfahren sollen bestimmte tatsächliche Fragen geklärt werden, um eine mögliche Hauptsacheklage vorzubereiten. Bei der Schätzung des für die Wertfestsetzung maßgeblichen Hauptsachewerts ist entscheidend, welche Vorstellungen der Antragsteller selbst zu den Ansprüchen hat, deren Geltendmachung er durch die Beweiserhebung vorbereiten will (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11.02.2016, Az 9 W 3/16, BeckRS 2016, 9012, Rdn. 13 f.).

In Anwendung dieser Grundsätze schätzt die Schiedsstelle den Hauptsachewert auf EUR 1.000.000,00. Die Antragstellerin hat sechs Verfahren vor der Schiedsstelle gegen Cloud-Anbieter anhängig gemacht, in denen sie von diesen Auskunftsansprüche geltend macht und die

Feststellung begehrt, dass die Cloud-Anbieter zur Zahlung einer angemessenen Vergütung verpflichtet sind. In diesen Verfahren hat die Antragstellerin den Streitwert vorläufig mit je EUR 100.000,00 angegeben. Außerdem hat die Antragstellerin Verfahren gegen weitere Cloud-Anbieter vor dem OLG München anhängig gemacht. Die Schiedsstelle legt deshalb der Streitwertfestsetzung zu Grunde, dass die Antragstellerin in der Hauptsache gegen zehn Cloud-Anbieter vorgeht und geht, den Wertangaben der Antragstellerin folgend, von Streitwerten von je EUR 1000.000,00 in der Hauptsache aus. Daraus ergibt sich der hier festgesetzte Streitwert von EUR 1.000.000,00.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung oder schriftlicher Bekanntgabe ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt werden (§§ 23 ff. EGGVG i.V.m. Art. 12 Nr. 3 BayAGGVG).

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung muss schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle des Bayerischen Obersten Landesgerichts oder eines Amtsgerichts gestellt werden und ist zu richten an:

Bayerisches Oberstes Landesgericht  
Schleißheimer Straße 141  
80797 München

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nur zulässig, wenn die Antragstellerin geltend macht, durch die Maßnahme oder ihre Ablehnung oder Unterlassung in ihren Rechten verletzt zu sein.

Die Streitwertfestsetzung kann durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung angefochten werden, § 120 S. 1 VGG. Der Antrag ist an die Schiedsstelle zu richten, § 120 S. 2 VGG.

(...)

(...)

(...)