



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 35/15

vom

13. Juli 2017

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 13. Juli 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Koch, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

beschlossen:

Die Anhörungsrüge gegen das Senatsurteil vom 16. März 2017 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Gründe:

1 I. Die gemäß § 321a ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Anhörungsrüge ist nicht begründet.

2 1. Die Klägerin rügt ohne Erfolg, der Senat habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil er ihren Vortrag nicht zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen habe, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bei einem System der indirekten Realisierung des gerechten Ausgleichs die Hersteller, Händler, Importeure und Business-Endnutzer jedenfalls nicht diejenigen sein dürften, die diese Belastung am Ende tatsächlich tragen müssten (EuGH, Urteil vom 9. Juni 2016 - C-470/14, GRUR 2016, 687 Rn. 36 und 41 - EGEDA), und ein System, das nicht gewährleiste, dass die Kosten des gerechten Ausgleichs letztlich allein von den Nutzern von Privatkopien getragen würden, mit dem Unionsrecht unvereinbar sei (EuGH,

Urteil vom 22. September 2016 - C-110/15, GRUR 2017, 155 Rn. 33 = WRP 2016, 1482 - Microsoft u.a./MIBAC u.a.; Schlussanträge des Generalanwalts Wahl vom 4. Mai 2016 - C-110/15, juris Rn. 63).

3

Der Senat hat sich mit dem Vorbringen der Klägerin auseinandergesetzt, die Erhebung der Vergütung bei Dritten setze voraus, dass diese die Möglichkeit zur Einpreisung und Weitergabe der Vergütung haben (BGH, Urteil vom 16. März 2017 - I ZR 35/15, GRUR 2017, 684 Rn. 31 = WRP 2017, 815 - externe Festplatten). Er hat berücksichtigt, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die Hersteller, Importeure und Händler nicht anstelle der Nutzer als eigentlichen Schuldner des gerechten Ausgleichs mit einer Abgabe zugunsten der Rechtsinhaber belastet werden dürfen und daher die Möglichkeit haben müssen, eine von ihnen für die Privatkopie zu entrichtende Abgabe in den Preis für die Überlassung der vergütungspflichtigen Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung einfließen zu lassen (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 32 - externe Festplatten, unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2010 - C-467/08, Slg. 2010, I-10055 = GRUR 2011, 50 Rn. 48 - Padawan/SGAE; Urteil vom 16. Juni 2011 - C-462/09, Slg. 2011, I-5331 = GRUR 2011, 909 Rn. 23 und 29 - Stichting/Opus; Urteil vom 11. Juli 2013 - C-521/11, GRUR 2013, 1025 Rn. 23 bis 25 = WRP 2013, 1169 - Amazon/Austro-Mechana I; Urteil vom 10. April 2014 - C-435/12, GRUR 2014, 546 Rn. 52 = WRP 2014, 682 - ACI Adam/Thuiskopie). In den von der Klägerin herangezogenen Entscheidungen „EGEDA“ und „Microsoft“ hat der Gerichtshof der Europäischen Union insoweit keine abweichenden Grundsätze aufgestellt; vielmehr hat er darin lediglich die von ihm bereits in früheren Entscheidungen entwickelten Grundsätze wiederholt und auf die entsprechenden - auch vom Generalanwalt und im Senatsurteil zitierten - Entscheidungen verwiesen.

4 Entgegen der Ansicht der Klägerin sind die weiteren Ausführungen des Senatsurteils mit diesen Grundsätzen vereinbar. Der Senat hat zwar für den Fall, dass die Hersteller, Importeure oder Händler damit rechnen mussten, dass die Geräte oder Speichermedien vergütungspflichtig sind, angenommen, eine rückwirkende Geltendmachung und Durchsetzung des Vergütungsanspruchs sei auch dann nicht ausgeschlossen, wenn eine nachträgliche Weiterbelastung der Gerätevergütung durch Hersteller, Importeure oder Händler an den eigentlichen Vergütungsschuldner nicht mehr möglich sei (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 33 - externe Festplatten). Diese Annahme steht jedoch mit der vorgenannten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in Einklang. Mussten die Hersteller, Importeure oder Händler damit rechnen, dass die Geräte oder Speichermedien vergütungspflichtig sind, hatten sie die Möglichkeit, eine von ihnen für die Privatkopie zu entrichtende Vergütung in den Preis der Geräte oder Speichermedien einfließen zu lassen. Sie können sich dann im Falle ihrer späteren Inanspruchnahme nicht mit Erfolg darauf berufen, jetzt sei es ihnen nicht mehr möglich, die Belastung durch die von ihnen zu entrichtende Vergütung auf die Nutzer der Geräte oder Speichermedien abzuwälzen.

5 2. Die Klägerin rügt vergeblich, der Senat habe sich nicht mit ihrem Vortrag auseinandergesetzt, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die Vermutung einer ausgleichspflichtigen Nutzung bei einer Abgabe der Geräte und Medien an gewerbliche Abnehmer oder juristische Personen nicht Platz greife (EuGH, Urteil vom 5. März 2015 - C-463/12, GRUR 2015, 478 Rn. 47 = WRP 2015, 706 - Copydan/Nokia; EuGH, GRUR 2017, 155 Rn. 36 ff. - Microsoft u.a./MIBAC u.a.; Schlussanträge des Generalanwalts Wahl vom 4. Mai 2016 - C-110/15, juris Rn. 45 f.) und die Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten (unter anderem Österreich, Spanien und

Italien) die nationalen Regelungen dementsprechend als nicht unionsrechtskonform und damit ungültig angesehen oder in dem Sinne angewandt habe, dass bei einer Überlassung von Geräten oder Medien an gewerbliche Abnehmer oder juristische Personen ein gerechter Ausgleich nicht zu entrichten sei.

6

Der Senat ist davon ausgegangen (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 39 - externe Festplatten), dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die unterschiedslose Anwendung der Vergütung für Privatkopien auf Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung, die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind, mit der Richtlinie unvereinbar ist (EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 52 und 53 - Padawan/SGAE; GRUR 2013, 1025 Rn. 28 - Amazon/Austro-Mechana I; EuGH, GRUR 2015, 478 Rn. 47 und 50 - Copydan/Nokia), es mit der Richtlinie aber in Einklang steht, für den Fall, dass diese Geräte oder Trägermaterialien nicht eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind, eine widerlegbare Vermutung für eine vergütungspflichtige Nutzung aufzustellen (vgl. EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 54 und 55 - Padawan/SGAE; GRUR 2013, 1025 Rn. 41 bis 43 - Amazon/Austro-Mechana I).

7

Der Senat hat ausgeführt, dass nach diesen Vorgaben eine solche Vermutung nicht nur dann aufgestellt werden darf, wenn die Geräte oder Medien natürlichen Personen überlassen werden, sondern grundsätzlich auch dann, wenn sie - wie im Streitfall - gewerblichen Zwischenhändlern überlassen werden, weil eine solche Überlassung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge keine Weiterveräußerung an Endnutzer ausschließt, die die Geräte oder Medien zur Vornahme vergütungspflichtiger Vervielfältigungen verwenden (BGH,

GRUR 2017, 684 Rn. 39 - externe Festplatten). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist es zulässig, Hersteller oder Importeure, die Geräte oder Speichermedien mit dem Wissen an Gewerbetreibende verkaufen, dass sie von diesen weiterverkauft werden sollen, ohne aber Kenntnis davon zu haben, ob es sich bei den Endabnehmern um private oder gewerbliche Kunden handelt, zur Zahlung einer Privatkopievergütung zu verpflichten, sofern diese Hersteller oder Importeure im Falle des Nachweises, dass die in Rede stehenden Geräte oder Speichermedien an andere als natürliche Personen zu eindeutig anderen Zwecken als zur Vervielfältigung zum privaten Verkauf geliefert worden sind, von der Zahlung der Vergütung befreit werden und ein Anspruch auf Erstattung einer gleichwohl geleisteten Privatkopievergütung besteht, der durchsetzbar ist und die Erstattung der gezahlten Vergütung nicht übermäßig erschwert (vgl. BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 41 - externe Festplatten, unter Hinweis auf EuGH, GRUR 2013, 1025 Rn. 31 und 37 - Amazon/Austro-Mechana I; GRUR 2015, 478 Rn. 45 und 55 - Copydan/Nokia).

8

Demnach hat sich der Senat mit dem Vorbringen der Klägerin und der insoweit maßgeblichen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union befasst. Das rechtliche Gehör der Klägerin ist nicht deshalb verletzt, weil der Senat ihrer Rechtsauffassung nicht gefolgt und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union davon ausgegangen ist, dass die Vermutung einer ausgleichspflichtigen Nutzung grundsätzlich auch bei einer Abgabe von Geräten oder Medien an gewerbliche Zwischenhändler aufgestellt werden darf. Die Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten geht gleichfalls davon aus, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bei einer Überlassung von Geräten oder Medien an gewerbliche

Zwischenhändler ein gerechter Ausgleich zu entrichten sein kann (vgl. öOGH, Urteil vom 21. Februar 2017 - 4 Ob 62/16, MMR 2017, 388 Rn. 46 und 59).

9

3. Die Klägerin macht ohne Erfolg geltend, der Senat habe ihr Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen und nicht in Erwägung gezogen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH, GRUR 2013, 1025 Rn. 36 - Amazon/Austro-Mechana I; GRUR 2015, 478 Rn. 47 und 55 - Copydan/Nokia; GRUR 2017, 155 Rn. 36 f. - Microsoft u.a./MIBAC u.a.) nationale Systeme, die die Realisierung des gerechten Ausgleichs über eine Inanspruchnahme der Hersteller, Importeure und Händler vorsähen, nur dann als mit der Richtlinie 2001/29/EG vereinbar ansehe, wenn ein transparentes, einfach zu handhabendes Rückerstattungssystem bestehe, das keine übermäßige Erschwernis mit sich bringe, und nationale Regelungen in anderen Mitgliedstaaten deswegen als mit dem Unionsrecht unvereinbar angesehen habe oder diese Regelungen von den nationalen Gerichten für nichtig erklärt worden seien.

10

Der Senat hat sich mit dem Vorbringen der Klägerin auseinandergesetzt, Hersteller und Importeure von Speichermedien, die - wie die Klägerin - lediglich über einen indirekten Vertrieb verfügten, also die Speichermedien ausschließlich Zwischenhändlern überließen und die Endabnehmer der Speichermedien nicht kennen, dürften nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union jedenfalls nur dann mit einer Speichermedienvergütung belastet werden, wenn ein Rückerstattungssystem bestehe (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 38 - externe Festplatten).

11 Der Senat hat angenommen, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sei es nur dann zulässig, Hersteller oder Importeure, die Geräte oder Speichermedien mit dem Wissen an Gewerbetreibende verkaufen, dass sie von diesen weiterverkauft werden sollen, ohne aber Kenntnis davon zu haben, ob es sich bei den Endabnehmern um private oder gewerbliche Kunden handelt, zur Zahlung einer Privatkopievergütung zu verpflichten, wenn diese Hersteller oder Importeure im Falle des Nachweises, dass die in Rede stehenden Geräte oder Speichermedien an andere als natürliche Personen zu eindeutig anderen Zwecken als zur Vervielfältigung zum privaten Verkauf geliefert worden sind, von der Zahlung der Vergütung befreit werden und ein Anspruch auf Erstattung einer gleichwohl geleisteten Privatkopievergütung besteht, der durchsetzbar ist und die Erstattung der gezahlten Vergütung nicht übermäßig erschwert (vgl. BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 41 - externe Festplatten, unter Hinweis auf EuGH, GRUR 2013, 1025 Rn. 31 und 37 - Amazon/Austro-Mechana I; GRUR 2015, 478 Rn. 45 und 55 - Copydan/Nokia).

12 Der Senat hat ausgeführt, im Streitfall komme es nicht darauf an, ob der nach nationalem Recht bestehende Anspruch auf Erstattung einer ohne Rechtsgrund geleisteten Vergütung - wie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erforderlich - die Erstattung der gezahlten Vergütung nicht übermäßig erschwere. Da der Anspruch der Beklagten auf eine nachträgliche Entrichtung der Speichermedienvergütung gerichtet sei, erfasse er von vornherein keine Speichermedien, die nachweislich nicht zur Anfertigung von Privatkopien verwendet worden seien, so dass sich die Frage einer Rückerstattung überzahlter Vergütungen nicht stelle (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 42 - externe Festplatten).

13 4. Die Klägerin macht weiter ohne Erfolg geltend, der Senat habe bei seiner Annahme, ihr seien die Forderungen der Beklagten bekannt gewesen oder ihr hätten diese Forderungen im Hinblick auf die Verhandlungen zwischen der ZPÜ und den Industrieverbänden seit dem Ende des Jahres 2007 bekannt sein müssen, ihr Vorbringen nicht berücksichtigt, sie sei jedenfalls bis Mai 2008 nicht Mitglied des BITKOM und bis Juli 2011 nicht Mitglied des IM gewesen.

14 Der Senat hat seine Beurteilung, die Klägerin könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, sie habe weder gewusst noch wissen können, dass die von ihr im Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2010 in Deutschland hergestellten oder nach Deutschland eingeführten und im Inland in Verkehr gebrachten Festplatten vergütungspflichtige Speichermedien seien, in erster Linie und selbständig tragend damit begründet, dass es sich bei diesen Festplatten zweifellos um Speichermedien handelt, deren Typ zur Vervielfältigung von Audiowerken und audiovisuellen Werken zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch benutzt wird (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 35 - externe Festplatten). Bereits aus diesem Grund musste der Klägerin deren Vergütungspflichtigkeit bekannt sein. Seiner weiteren Begründung, der Klägerin sei darüber hinaus im Hinblick auf die zwischen der Beklagten und den Industrieverbänden seit dem Ende des Jahres 2007 bis in das Jahr 2011 geführten Verhandlungen über den Abschluss eines Gesamtvertrags zur Vergütung der hier in Rede stehenden Festplatten bekannt gewesen oder ihr hätte bekannt sein müssen, dass die Verwertungsgesellschaften für diese Festplatten eine Vergütung fordern (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 35 - externe Festplatten), steht das Vorbringen der Klägerin nicht entgegen, sie sei jedenfalls bis Mai 2008 nicht Mitglied des BITKOM und bis Juli 2011 nicht Mitglied des IM gewesen.

15 5. Die Klägerin rügt vergeblich, der Senat habe bei der Zurückweisung ihres Einwands, sie habe die Höhe der für die Festplatten zu zahlenden Vergütung nicht kennen können, ihr Vorbringen nicht berücksichtigt, externe Festplatten seien nach altem Recht nicht Gegenstand des gerechten Ausgleichs gewesen, weshalb die Übergangsregelung des § 27 UrhWG für diese Medien daher nicht gegolten habe, und der erst im Jahr 2010 veröffentlichte Tarif für PCs mit eingebauter Festplatte habe nicht maßgeblich auf die eingebaute Festplatte oder deren Speicherkapazität abgestellt.

16 Der Senat hat dieses Vorbringen der Klägerin berücksichtigt, aber nicht für durchgreifend erachtet. Darin liegt keine Verletzung des Anspruchs der Klägerin auf rechtliches Gehör. Der Senat hat den Vortrag der Klägerin, sie habe die Höhe der für die Festplatten zu zahlenden Vergütung nicht kennen können, bereits deshalb als nicht durchgreifend erachtet, weil der Klägerin die gesetzlichen Kriterien des § 54a UrhG zur Ermittlung der Vergütungshöhe bekannt waren (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 36 - externe Festplatten). Den Einwand der Klägerin, für die hier in Rede stehenden Festplatten habe kein Tarif und kein nach § 27 Abs. 1 Satz 1 UrhWG als Tarif weitergeltender Gesamtvertrag bestanden, hat er als unerheblich angesehen, weil sich die Klägerin hinsichtlich der Höhe der Vergütung auch an den nach altem Recht in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF gesetzlich bestimmten Vergütungssätzen oder an den bestehenden Tarifen für PCs mit eingebauter Festplatte hätte orientieren können (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 36 - externe Festplatten). Da hinreichender Grund für die Annahme bestand, dass für Vervielfältigungen, die mit PCs oder anderen Geräten auf externen Festplatten vorgenommen werden, eine Vergütung in vergleichbarer Höhe wie für Vervielfältigungen anfällt, die mit PCs auf eingebauten Festplatten vorgenommen werden (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 36

- externe Festplatten), kam es für eine Orientierung an den Tarifen für PCs mit eingebauter Festplatte nicht darauf an, ob diese Tarife auf die eingebaute Festplatte oder deren Speicherkapazität abstellten.

17

6. Die Klägerin macht ohne Erfolg geltend, der Senat habe sich in seiner Entscheidung nicht mit ihrem Vorbringen eines kartellrechtswidrigen Verhaltens der Beklagten auseinandergesetzt.

18

Der Senat hat den Einwand der Klägerin, es fehle gemäß § 134 BGB an einer wirksamen Anspruchsgrundlage für die mit der Widerklage erhobenen Ansprüche, weil das Verhalten der Beklagten in mehrfacher Hinsicht gegen deutsches und europäisches Kartellrecht verstoße, berücksichtigt (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 48 - externe Festplatten). Er hat ausgeführt, dass es für die Frage, ob die Beklagte von der Klägerin eine Speichermedienvergütung fordern kann und wie hoch diese gegebenenfalls ist, nicht darauf ankommt, ob der Tarif der Beklagten wegen Verstoßes gegen Kartellrecht gemäß § 134 BGB unwirksam ist, weil Grundlage der von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche nicht der Tarif, sondern allein die gesetzliche Regelung in § 54 Abs. 1, § 54b Abs. 1 UrhG ist (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 49 - externe Festplatten). Er hat ferner darauf hingewiesen, dass in der gerichtlichen Geltendmachung eines gesetzlichen Anspruchs durch eine Verwertungsgesellschaft kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt (BGH, GRUR 2017, 684 Rn. 50 - externe Festplatten). Da die von der Klägerin aufgeworfenen kartellrechtlichen Fragen nicht entscheidungserheblich waren, war die Sache nicht - wie von der Klägerin angeregt - an den Kartellsenat (§ 94 GWB) abzugeben.

19 II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Büscher

Schaffert

Koch

Schwonke

Feddersen

Vorinstanz:

OLG München, Entscheidung vom 15.01.2015 - 6 Sch 2/13 WG -