



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 255/14

Verkündet am:
21. Juli 2016
Führinger,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Musik-Handy

UrhG § 54 Abs. 1, § 54d Abs. 1 (in der Fassung vom 25. Juli 1994)

- a) In den Jahren 2004 bis 2007 in Verkehr gebrachte Mobiltelefone, die über einen eingebauten Speicher verfügten oder in die ein Speicher eingebaut werden konnte, und zum Einbau in Mobiltelefone bestimmte Speicherkarten zählen zu den nach § 54 Abs. 1 UrhG (in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung vom 25. Juli 1994) vergütungspflichtigen Geräten oder Tonträgern, wenn die eingebauten oder einbaubaren Speicher über eine Mindestspeicherkapazität von 5 MB verfügten und auf die Eignung dieser Geräte oder Tonträger zum Speichern und Abspielen von Musikwerken beispielsweise in der Werbung, in Bedienungsanleitungen, Testberichten oder Presseveröffentlichungen hingewiesen wurde.
- b) Für solche Mobiltelefone ist nach § 54d Abs. 1 UrhG in Verbindung mit der Anlage zu dieser Bestimmung (jeweils in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung vom 25. Juli 1994) folgende Vergütung geschuldet: für Mobiltelefone, die über einen eingebauten Speicher, aber über keine eigene Tonaufzeichnungsmöglichkeit verfügen, die in Ziffer I 5 der Anlage vorgesehene Tonträgervergütung von 0,0614 €; für Mobiltelefone, die über eine eigene Tonaufzeichnungsmöglichkeit verfügen, eine Vergütung für Tonaufzeichnungsgeräte, die für Mobiltelefone, in die ein Speicher eingebaut werden konnte, nach Ziffer I 1 der Anlage 1,28 € und für Mobiltelefone, die über einen eingebauten Speicher verfügten nach Ziffer I 2 der Anlage 2,56 € beträgt. Für derartige Speicherkarten ist die in Ziffer I 5 der Anlage vorgesehene Tonträgervergütung von 0,0614 € geschuldet.

BGH, Urteil vom 21. Juli 2016 - I ZR 255/14 - OLG München

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juli 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. Oktober 2014 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. Oktober 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der Hilfsanträge zu VI zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht München zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist ein Zusammenschluss deutscher Verwertungsgesellschaften, der ihre Gesellschafter das Inkasso der von ihnen wahrgenommenen Ansprüche der Urheber und Leistungsschutzberechtigten auf Zahlung einer Gerätevergütung übertragen haben. Die Beklagte stellt Mobiltelefone her und importiert und vertreibt sie in Deutschland.

- 2 Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen Inverkehrbringens sogenannter Musik-Handys nebst externer, diesen „Musik-Handys“ beigelegter Speichermedien in der Zeit vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2007 - nach Durchführung des in § 14 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, § 16 Abs. 1 UrhWG vorgesehenen Verfahrens vor der Schiedsstelle (Einigungsvorschlag vom 15. Oktober 2008 - Sch-Urh 62/07) - im Wege der Stufenklage auf Auskunftserteilung, Feststellung ihrer Zahlungspflicht und Zahlung einer Vergütung in Anspruch.
- 3 Die Klägerin macht geltend, die in diesem Zeitraum von der Beklagten in der Bundesrepublik Deutschland in Verkehr gebrachten Mobiltelefone seien technisch zur Wiedergabe und Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Audiowerke (Sprachwerke und Werke der Musik), zumindest in der Gestalt von Klingeltönen („Realtones“) geeignet und erkennbar bestimmt. Die Mobiltelefone verfügten überwiegend über eine eigenständige Möglichkeit zur Vervielfältigung von Audiodateien (ohne Zuhilfenahme eines PC).
- 4 Für Mobiltelefone, die - wie mit einer Infrarot- oder Bluetooth-Schnittstelle ausgestattete Geräte - über eine eigenständige Möglichkeit zur Vervielfältigung von Audiodateien (ohne Zuhilfenahme eines PC) verfügten, begehrt die Klägerin eine Vergütung als Tonaufzeichnungsgerät und zwar in Höhe von 2,56 €, soweit diese über einen internen Speicher verfügen und in Höhe von 1,28 €, soweit diese über keinen internen Speicher verfügen. Soweit die Mobiltelefone nur unter Zuhilfenahme eines PC zur Vervielfältigung von Audiodateien genutzt werden können und über einen internen Speicher verfügen, beansprucht sie eine Vergütung als Tonträger. Daneben macht sie für gemeinsam mit den Mobiltelefonen in Verkehr gebrachte, zur Speicherung von Audiodaten geeignete Speichermedien, eine Tonträgervergütung geltend. Die Tonträgervergütung setzt die Klägerin mit 0,0614 € je Spielstunde an, wobei ein Gigabyte Speicherkapazität 1.000 Minuten Audiospieldauer entsprechen.

5 Das Oberlandesgericht (OLG München, ZUM-RD 2015, 525) hat die Klage in der ersten Stufe mit dem Hauptantrag und den Hilfsanträgen zu I bis V abgewiesen und ihr in der ersten Stufe mit dem Hilfsantrag zu VI wie folgt stattgegeben:

1. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft zu erteilen, gesondert nach Kalenderhalbjahren, über die Art (Marke, Typenbezeichnung) und Stückzahl der von der Beklagten in der Bundesrepublik Deutschland seit dem 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2007 veräußerten oder in Verkehr gebrachten „Musik-Handys“ unter Angabe, ob diese jeweils über
 - a) eine integrierte Audiospeicherungsmöglichkeit (mit Angabe der Speicherkapazität),
 - b) eine nicht integrierte Audiospeicherungsmöglichkeit (Steckplatz für Wechselspeicher),
 - c) eine Audiospeicherungsfunktion in Gestalt einer eigenständigen, von einem PC unabhängigen Vervielfältigungsmöglichkeit von Audiodateien, wie beispielsweise eine Bluetooth-Schnittstelle und/oder eine Infrarotschnittstelle

verfügen, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit genauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen, mit der Maßgabe, dass keine Auskunft zu erteilen ist über „Musik-Handys“ mit einem integrierten Speicher, der leer eine Kapazität unter 5 MB hat, und die nicht über einen Steckplatz für Wechselspeicher verfügen.

Unter einem „Musik-Handy“ ist jedes Mobiltelefon zu verstehen, welches über eine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion sowie außerdem über eine Audioabspielmöglichkeit verfügt, sofern es sich hierbei nicht um eine reine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion über Mikrofon handelt, und soweit die Audioabspielmöglichkeit nicht auf die Wiedergabe von Audiodateien als Klingelton beschränkt ist.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin für jedes von der Beklagten laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 1 in der Bundesrepublik Deutschland veräußerte oder in Verkehr gebrachte „Musik-Handy“
 - a) ohne eigenständige, von einem PC unabhängige Vervielfältigungsmöglichkeit, aber mit Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten Speicher, der leer eine Kapazität von mindestens 5 MB hat, eine Vergütung in Höhe von 0,0614 €/Stunde Audiospieldauer zuzüglich 7% Umsatzsteuer zu zahlen, wobei 1 GB Speicherkapazität 1.000 Minuten Audiospieldauer entspricht,
 - b) mit eigenständiger, von einem PC unabhängiger Vervielfältigungsmöglichkeit sowie
 - aa) mit Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten Speicher, der leer eine Kapazität von mindestens 5 MB hat, eine Vergütung in Höhe von 2,56 € zuzüglich 7% Umsatzsteuer zu zahlen,
 - bb) ohne Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem integrierten Speicher (kein oder integrierter Speicher, der leer eine Kapazität unter 5 MB

hat), aber mit Audiospeicherungsmöglichkeit auf einem Wechselspeicher (Steckplatz für Wechselspeicher) eine Vergütung in Höhe von 1,28 € zuzüglich 7% Umsatzsteuer zu zahlen,

es sei denn, das jeweilige „Musik-Handy“ wurde von der Beklagten als Händler im Inland bezogen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft zu erteilen, gesondert nach Kalenderhalbjahren, über die Art (Marke, Typenbezeichnung, Speicherkapazität) und Stückzahl der von der Beklagten in der Bundesrepublik Deutschland seit dem 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2007 gemeinsam mit „Musik-Handys“ (in diese eingesetzt oder diesen beige packt) veräußerten oder in Verkehr gebrachten externen und zum Zwecke der Speicherung von Audiodateien geeigneten beschreibbaren Speichermedien, sowie im Falle des Bezuges im Inland als Händler die Bezugsquelle (mit genauer Firmenbezeichnung und Adresse) zu benennen, mit der Maßgabe, dass keine Auskunft zu erteilen ist über Speichermedien, die leer eine Kapazität von jeweils unter 5 MB haben.

Unter einem „Musik-Handy“ ist jedes Mobiltelefon zu verstehen, welches über eine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion sowie außerdem über eine Audioabspielmöglichkeit verfügt, sofern es sich hierbei nicht um eine reine Audiospeicherungsmöglichkeit oder Audiospeicherungsfunktion über Mikrofon handelt, und soweit die Audioabspielmöglichkeit nicht auf die Wiedergabe von Audiodateien als Klingelton beschränkt ist.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin für jedes von der Beklagten laut Auskunft nach vorstehender Ziffer 3 in der Bundesrepublik Deutschland gemeinsam mit „Musik-Handys“ (in diese eingesetzt oder diesen beige packt) veräußerte oder in Verkehr gebrachte externe und zum Zwecke der Speicherung von Audiodateien geeignete beschreibbare Speichermedium, das leer eine Kapazität von mindestens 5 MB hat, eine Vergütung in Höhe von 0,0614 € pro Stunde Audiospieldauer zuzüglich 7% Umsatzsteuer zu zahlen, wobei 1 GB Speicherkapazität 1.000 Minuten Audiospieldauer entspricht, es sei denn, diese Speichermedien wurden von der Beklagten als Händler im Inland bezogen.

- 6 Mit ihrer Revision wendet sich die Klägerin gegen die Abweisung ihrer Klage mit dem Hauptantrag. Die Beklagte verfolgt mit ihrer Revision ihren Antrag auf Abweisung der Klage insgesamt weiter. Die Parteien beantragen jeweils, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

7 A. Das Oberlandesgericht hat die Klage - soweit es im Wege des Teilurteils entschieden hat - hinsichtlich des Hilfsantrages zu VI für zulässig und begründet erachtet. Hinsichtlich des Hauptantrags und der Hilfsanträge zu I bis V hat es die Klage abgewiesen. Hierzu hat es ausgeführt:

8 Die mit der Klage geltend gemachten Auskunftsanträge seien hinreichend bestimmt. Der Klägerin stehe das für die geltend gemachten Zwischenfeststellungsanträge erforderliche Feststellungsinteresse zur Seite.

9 Die Beklagte sei der Klägerin nach § 54g UrhG aF zur Erteilung der mit dem Hilfsantrag zu VI 1 und 3 begehrten Auskünfte verpflichtet. Die von der Beklagten in Verkehr gebrachten Mobiltelefone und die diesen Mobiltelefonen beigefügten externen Speicherkarten seien vergütungspflichtige Geräte und Bild- oder Tonträger gemäß § 54 Abs. 1 UrhG aF. Die Übertragung von Dateien mit Audiowerken auf den internen oder externen Speicher eines Mobiltelefons sei als Übertragung von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen vom Anwendungsbereich des § 54 Abs. 1 UrhG aF erfasst. Die von der Klägerin im einzelnen aufgeführten Mobiltelefone seien - soweit ihr Speicher eine Mindestspeicherkapazität von 5 MB aufweise - technisch zur Vornahme von vergütungspflichtigen Vervielfältigungen geeignet und erkennbar bestimmt. Entsprechendes gelte für die den Mobiltelefonen beigepackten oder gemeinsam mit ihnen veräußerten Speichermedien mit einer Mindestspeicherkapazität von 5 MB. Als technische Möglichkeit der Übertragung von Dateien mit urheberrechtlich geschützten Werken komme auch die drahtlose Übertragung solcher Dateien über eine Infrarot- oder Bluetooth-Schnittstelle in Betracht.

10 Die Höhe der von der Beklagten für diese Geräte und Speichermedien zu entrichtenden Vergütung richte sich nach den in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF niedergelegten Vergütungssätzen. Für „Musik-Handys“ mit eigenstän-

diger, von einem PC unabhängiger Vervielfältigungsmöglichkeit für Audio-Dateien mit Speichermöglichkeit auf einem internen Speicher sei gemäß Ziffer I 2 der Anlage eine Vergütung von 2,56 €, für „Musik-Handys“ mit eigenständiger, von einem PC unabhängiger Vervielfältigungsmöglichkeit für Audio-Dateien ohne Speichermöglichkeit auf einem internen Speicher gemäß Ziffer I 1 der Anlage eine Vergütung von 1,28 € zu entrichten. „Musik-Handys“, die nicht über eine von einem PC unabhängige Vervielfältigungsmöglichkeit verfügten, seien als „passive“ Speichermedien zu behandeln und mit der für Tonträger festgelegten Vergütung nach Ziffer I 5 der Anlage zu vergüten. Entsprechendes gelte für externe, den „Musik-Handys“ beigefügte Speichermedien.

11 Die mit der Klage geltend gemachten Haupt- und Hilfsanträge zu I bis V seien unbegründet, soweit die Klägerin die Erteilung von Auskünften und die Zahlung einer Vergütung für „Musik-Handys“ und Speichermedien mit einer Speicherkapazität von weniger als 5 MB sowie für Geräte, mit denen lediglich Klingeltöne („Realtones“) vervielfältigt und wiedergegeben werden könnten, verlange. Insoweit gehe das Begehren der Klägerin zu weit, weil das Abspeichern und die Wiedergabe von wenigstens einem vollständigen Musiktitel eine Mindestspeicherkapazität von jedenfalls 5 MB erforderlich mache und die Vergütungspflicht der Mobiltelefone und Speichermedien voraussetze, dass mit ihnen Dateien mit urheberrechtlich geschützten Werken vervielfältigt werden könnten. Klingeltöne seien nicht ohne weiteres urheberrechtlich geschützte Werke, so dass die Vergütungspflicht nicht an die Eignung zur Aufzeichnung und Wiedergabe derselben anknüpfen könne.

12 B. Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Die Revision der Beklagten führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

13 I. Die Revisionen sind uneingeschränkt zulässig. Der Entscheidungssatz des Urteils des Oberlandesgerichts enthält keine Beschränkung der Revisions-

zulassung. Eine solche Beschränkung ergibt sich auch nicht aus den Entscheidungsgründen. Das Oberlandesgericht hat dort ausgeführt, die Revision sei im Hinblick auf die Frage der erkennbaren Bestimmtheit von „Musik-Handys“ zur Vornahme von Vervielfältigungen im Sinne von § 54 Abs. 1 UrhG aF und der Anwendbarkeit der Vergütungssätze nach dem bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Recht zuzulassen. Damit ist lediglich der Grund für die Zulassung der Revision genannt. Das genügt nicht, um mit der notwendigen Sicherheit von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen. Der Grundsatz der Rechtsmittelklarheit gebietet es, dass für die Parteien zweifelsfrei erkennbar ist, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - I ZR 63/06, GRUR 2009, 515 Rn. 17 = WRP 2009, 445 - Motorradreiniger; Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 7/14, GRUR 2016, 184 Rn. 11 = WRP 2016, 66 - Tauschbörse II, mwN).

14 II. Die Klage ist zulässig. Gegen die - auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfende - hinreichende Bestimmtheit (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) der auf Auskunft gerichteten Klageanträge zu 1 und 3 (in der Fassung des Hauptantrags und des Hilfsantrags zu VI) bestehen keine Bedenken. Nichts anderes gilt hinsichtlich der Zulässigkeit der von der Klägerin mit den Anträgen zu 2 und 4 erhobenen Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2 ZPO; vgl. hierzu BGH, Urteil vom 27. November 1998 - V ZR 180/97, VIZ 1999, 161, 162).

15 III. Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin von der Beklagten für die von ihr durch Inverkehrbringen von Geräten oder Tonträgern geschaffene Möglichkeit, Vervielfältigungen urheberrechtlich geschützter Werke nach § 53 Abs. 1 und 2 UrhG aF vorzunehmen, dem Grunde nach gemäß § 54 Abs. 1 UrhG aF die Zahlung einer angemessenen Vergütung und nach § 54g Abs. 1 UrhG aF die Erteilung der zur Berechnung dieses Anspruches erforderlichen Auskünfte verlangen kann.

- 16 1. Die Vergütungspflicht für Vervielfältigungsgeräte und Speichermedien ist durch das am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. Oktober 2007 (BGBl. I, S. 2513) neu geregelt worden (§§ 54 ff. UrhG). Für den Streitfall, der in den Jahren 2004 bis 2007 in Verkehr gebrachte Mobiltelefone und Speicherkarten betrifft, ist jedoch die alte Rechtslage maßgeblich.
- 17 Gemäß § 54 Abs. 1 UrhG aF hat der Urheber eines Werkes, wenn nach der Art des Werkes zu erwarten ist, dass es durch Aufnahme von Funksendungen auf Bild- oder Tonträger oder durch Übertragungen von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen nach § 53 Abs. 1 oder 2 UrhG aF vervielfältigt wird, gegen den Hersteller (§ 54 Abs. 1 Satz 1 UrhG aF) sowie gegen den Importeur und den Händler (§ 54 Abs. 1 Satz 2 UrhG aF) von Geräten und von Bild- oder Tonträgern, die erkennbar zur Vornahme solcher Vervielfältigungen bestimmt sind, Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung für die durch die Veräußerung oder sonstiges Inverkehrbringen der Geräte sowie der Bild- oder Tonträger geschaffene Möglichkeit, solche Vervielfältigungen vorzunehmen.
- 18 Gemäß § 54g Abs. 1 Satz 1 UrhG aF kann der Urheber von dem nach § 54 Abs. 1 UrhG aF zur Zahlung der Vergütung Verpflichteten Auskunft über Art und Stückzahl der im Geltungsbereich dieses Gesetzes veräußerten oder in Verkehr gebrachten Geräte und Bild- oder Tonträger verlangen. Die Auskunftspflicht des Händlers erstreckt sich gemäß § 54g Abs. 1 Satz 2 UrhG aF auf die Mitteilung der Bezugsquellen.
- 19 2. Das Oberlandesgericht hat mit Recht angenommen, dass die Klägerin als Inkassogesellschaft der gemäß § 54h Abs. 1 UrhG aF wahrnehmungsberechtigten Verwertungsgesellschaften berechtigt ist, die mit der Klage erhobenen Ansprüche auf Auskunftserteilung und Feststellung der Vergütungspflicht

gegen die Beklagte als Herstellerin und Importeurin von Mobiltelefonen und Speichermedien geltend zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 30. November 2011 - I ZR 59/10, GRUR 2012, 705 Rn. 19 = WRP 2012, 954 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät).

20 3. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts hat die Beklagte die Mobiltelefone in der Bundesrepublik Deutschland in Verkehr gebracht, die in der von der Klägerin gefertigten Aufstellung enthalten sind. Diese Aufstellung enthält Mobiltelefone, die in der Zeit von Februar 2002 bis zum vierten Quartal 2007 auf den Markt gebracht worden sind. Darüber hinaus hat die Beklagte zusammen mit den „Musik-Handys“ Speicherkarten in Verkehr gebracht.

21 4. Das Oberlandesgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die von der Beklagten in Verkehr gebrachten Mobiltelefone und Speicherkarten, die über eine Mindestspeicherkapazität von 5 MB verfügen, technisch geeignet und erkennbar bestimmt sind, Audiowerke durch Übertragung von einem Tonträger auf einen anderen nach § 53 Abs. 1 oder 2 UrhG aF zu vervielfältigen.

22 a) Mobiltelefone und Speicherkarten sind grundsätzlich geeignet, zur Übertragung von Audiowerken nach § 53 Abs. 1 oder 2 UrhG aF von einem Tonträger auf einen anderen verwendet zu werden. Musikstücke und Sprachwerke (Audiowerke) können zum Privatgebrauch (§ 53 Abs. 1 oder 2 UrhG) von der Festplatte eines PC, einer Audio-CD oder dem Server eines Musikdownloaddienstes auf den internen Speicherchip eines Mobiltelefons oder eine in das Mobiltelefon eingesetzte Speicherkarte oder mittels USB-Kabelverbindung oder drahtloser Infrarot- und Bluetooth-Verbindung von einem Mobiltelefon auf ein anderes übertragen werden. Damit werden diese Werke von einem Tonträger auf einen anderen übertragen. Unter einem Bild- oder Tonträger ist nach der Legaldefinition in § 16 Abs. 2 UrhG eine Vorrichtung zur wiederholbaren Wiedergabe von Bild- oder Tonfolgen zu verstehen. Dazu zählen digitale Spei-

chermedien und zwar auch dann, wenn sie in ein Gerät eingebaut sind (vgl. EuGH, Urteil vom 5. März 2015 - C-463/12, GRUR 2015, 478 Rn. 35 f. = WRP 2015, 706 - Copydan/Nokia; BGH, Urteil vom 3. Juli 2014 - I ZR 30/11, GRUR 2014, 984 Rn. 37 = WRP 2014, 1203 - PC III).

23 b) Das Oberlandesgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, die von der Beklagten vertriebenen Mobiltelefone und dazugehörigen Speicherkarten seien erkennbar zur Vervielfältigung von Audiowerken bestimmt.

24 aa) Ein hierfür technisch geeignetes Gerät ist erkennbar zur Vornahme vergütungspflichtiger Vervielfältigungshandlungen bestimmt, wenn neben die technische Eignung zur Vornahme von Vervielfältigungshandlungen eine entsprechende Zweckbestimmung tritt (BGH, Urteil vom 28. Januar 1999 - I ZR 208/96, BGHZ 140, 326, 329 - Telefaxgeräte). Von einer solchen Zweckbestimmung ist jedenfalls auszugehen, wenn allgemein bekannt ist oder dafür geworben wird, dass das Gerät (allein oder in Kombination mit weiteren Geräten oder Zubehör) für solche Vervielfältigungshandlungen verwendet werden kann (BGH, Urteil vom 28. Januar 1993 - I ZR 34/91, BGHZ 121, 215, 218 f. - Readerprinter; BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 26 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät). Anhaltspunkte für die Zweckbestimmung eines Geräts können sich nicht nur aus der Werbung, sondern auch aus Bedienungsanleitungen, Testberichten und Presseveröffentlichungen ergeben.

25 bb) Das Oberlandesgericht hat angenommen, dass die von der Beklagten vertriebenen Mobiltelefone erkennbar bestimmt seien, zur Vervielfältigung von Audiowerken benutzt zu werden, ergebe sich bereits aus den von der Klägerin vorgelegten Ausdrucken des Internetauftritts der Beklagten, in dem die Musikfunktion verschiedener Mobiltelefon-Modelle herausgestellt und beworben werde.

26 cc) Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

27 (1) Die Revision der Beklagten rügt ohne Erfolg, den am 2. Mai 2008 gefertigten Ausdrucken des Internetauftritts der Beklagten könne nicht entnommen werden, dass die von der Beklagten im hier in Rede stehenden Zeitraum in Verkehr gebrachten Mobiltelefone erkennbar zur Vornahme vergütungspflichtiger Vervielfältigungshandlungen bestimmt gewesen seien. Das Oberlandesgericht konnte in Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte ohne Rechtsfehler davon ausgehen, dass die Beklagte die Mobiltelefone bereits im hier in Rede stehenden Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis zum 31. Dezember 2007 mit einer dem Internetauftritt vom 2. Mai 2008 entsprechenden Produktbeschreibung vertrieben hat. Die Würdigung des Oberlandesgerichts verstößt weder gegen Denkgesetze noch gegen die Lebenserfahrung.

28 (2) Im Übrigen geht aus den vom Oberlandesgericht in Bezug genommenen Bedienungsanleitungen, Testberichten und Presseveröffentlichungen früherer Jahre hervor, dass die streitbefangenen Mobiltelefone auch zum Aufnehmen und Abspielen von Musikdateien bestimmt gewesen sind. So heißt es im Testbericht zum Modell „Nokia 5510“ vom 8. Februar 2002 (Anlage K 178):

Digital Music Player. Eine andere Funktion zieht vermutlich das Publikum mehr an: der „MP3-Player“ oder besser Player „digitaler Musik“, da die im Telefon verwendeten Dateien in ein eigenes Format umgewandelt werden. Der nicht erweiterbare Speicher mit 64 MB erlaubt je nach Komprimierung eine Musikwiedergabe von bis zu zwei Stunden.

Ferner heißt es im Testbericht vom 25. September 2003 zum Modell „Nokia 3300“ (Anlage K 180):

Das Nokia 3300 verspricht auf vielen Feldern Besserung und kommt nicht nur mit einem enormen Speicherzuwachs daher, sondern auch mit Farbdisplay, polyphonen Klingelmelodien, MMS, Java sowie - last but not least - MP3-Player nebst UKW-Radio.

Dem ist zu entnehmen, dass diese Mobiltelefone erkennbar bestimmt waren, Musik aufzunehmen. Entsprechendes gilt für die von der Klägerin vorgelegten

Presseberichte aus dem Jahr 2005, die sich teils mit von der Beklagten vertriebenen Mobiltelefonen (Anlagen K 58, K 104, K 108) und teils mit der allgemeinen Entwicklung, Mobiltelefone zur Aufzeichnung und zum Abspielen von Musik zu verwenden (Anlage K 120), befassen.

29 (3) Das Oberlandesgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die Ausstattung eines Geräts mit einer technischen Funktion, die die Vornahme von Vervielfältigungen urheberrechtlich geschützter Werke ermöglicht, nach der allgemeinen Lebenserfahrung für eine entsprechende Zweckbestimmung des Gerätes spricht. Jedenfalls bei natürlichen Personen, die vergütungspflichtige Vervielfältigungen zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch anfertigen, ist regelmäßig davon auszugehen, dass sie von den ihnen zur Verfügung gestellten Funktionen eines Gerätes, einschließlich einer Vervielfältigungsfunktion, Gebrauch machen (vgl. EuGH, GRUR 2015, 478 Rn. 24 f. - Copydan/Nokia; BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 35 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät).

30 (4) Die Revision der Beklagten rügt ohne Erfolg, das Oberlandesgericht hätte berücksichtigen müssen, dass die Nutzung von Mobiltelefonen zur Speicherung urheberrechtlich geschützter Werke noch im Jahr 2008 von nur untergeordneter Bedeutung gewesen sei. Dass ein Gerät mehrere Funktionen aufweist und bestimmungsgemäß in erster Linie zu anderen Zwecken genutzt zu werden pflegt, steht der Annahme nicht entgegen, dass es erkennbar auch dazu bestimmt ist, als Vervielfältigungsgerät verwendet zu werden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2008 - I ZR 131/05, GRUR 2008, 786 Rn. 29 = WRP 2008, 1229 - Multifunktionsgeräte; BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 28 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät). Auf den tatsächlichen Umfang der Nutzung für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 oder 2 UrhG aF kommt es für die Begründung der Vergütungspflicht eines Gerätes nach § 54 Abs. 1 UrhG aF nicht an (BGHZ 140, 326, 331 f. - Telefaxgeräte).

(5) Der erkennbaren Zweckbestimmung von Mobiltelefonen zur Vervielfältigung von Werken zum Privatgebrauch steht nicht entgegen, dass der Speicher eines Mobiltelefons auch zur Speicherung von Daten dient, die bei der Nutzung anderer Funktionen des Mobiltelefons, wie der Verwaltung von Adressen und Terminen, dem Versand und Empfang von Kurznachrichten oder der Nutzung als Kamera erzeugt werden. Zwar mag eine solche Nutzung dazu führen, dass sich der für die Aufzeichnung von Musikdateien zur Verfügung stehende Speicherplatz verringert. Jedoch hängt es nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts vom individuellen Nutzerverhalten ab, für welche Funktionen der vorhandene Speicherplatz in Anspruch genommen wird. Darüber hinaus geht aus der vom Oberlandesgericht in Bezug genommenen Aufstellung der von der Beklagten in Verkehr gebrachten Mobiltelefone hervor, dass die meisten Modelle über eine Steckvorrichtung für eine Speicherplatzerweiterung verfügen.

32

(6) Entgegen der Ansicht der Revision der Beklagten lässt sich dem Schreiben der Klägerin vom 4. November 2004 (Anlage B 1) nicht entnehmen, dass Mobiltelefone auch nach Auffassung der Klägerin seinerzeit nicht zur Vornahme vergütungspflichtiger Vervielfältigungen bestimmt waren. Mit diesem Schreiben bestätigt die Klägerin dem Branchenverband BITKOM e.V., dass sich der zu diesem Zeitpunkt ausgehandelte Gesamtvertrag „Tonaufzeichnungsgeräte MP3 und ähnliche Formate“ nur auf MP3-Rekorder und Rekorder mit ähnlichen Formaten beziehe und nicht auf Geräte, „die grundsätzlich nicht zur Tonaufzeichnung bestimmt sind, aber eine Nebenfunktion enthalten, mit der das möglich ist (z.B. Mobiltelefone)“. Das Oberlandesgericht hat angenommen, die Klägerin habe mit diesem Schreiben nicht zu erkennen gegeben, dass für Mobiltelefone mit Musikfunktion keine Gerätevergütung geltend gemacht werde und mangels Bestimmung zur Vornahme von Vervielfältigungen urheberrechtlich geschützter Werke auch nicht geltend gemacht werden könne. Das Schreiben sei im Zusammenhang mit den Gesamtvertragsverhandlungen zu sehen

und bestätige danach lediglich, dass Mobiltelefone nicht zu den vom ausgehandelten Gesamtvertrag erfassten Geräten zählten. Diese trichterliche Würdigung lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Es bestehen auch sonst keine greifbaren Anhaltspunkte, dass Mobiltelefone mit Musikfunktion nach dem übereinstimmenden Verständnis der Vertreter der Hersteller, Importeure und Händler einerseits und der Vertreter der Urheber und Leistungsschutzberechtigten andererseits im streitgegenständlichen Zeitraum nicht (auch) erkennbar zur Anfertigung von Vervielfältigungen zum Privatgebrauch bestimmt waren. Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts ist die Frage der Vergütung von Mobiltelefonen im Zuge der Gesamtvertragsverhandlungen vielmehr ausdrücklich offengelassen worden.

33 c) Das Oberlandesgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, die Mobiltelefone und Speicherkarten seien nur dann zur Vervielfältigung von Audiowerken geeignet und bestimmt, wenn der in die Mobiltelefone eingebaute oder einbaubare Speicher eine Mindestspeicherkapazität von 5 MB aufweise.

34 aa) Das Oberlandesgericht hat hierzu ausgeführt, Voraussetzung eines Vergütungsanspruchs nach § 54 Abs. 1 UrhG aF sei, dass die Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Werken zu erwarten sei. Ein Mobiltelefon, mit dessen Hilfe der Nutzer nur Teile von Musikwerken oder einzelne Töne vervielfältigen könne, sei daher zur Vervielfältigung von Werken weder technisch geeignet noch erkennbar bestimmt. Nach dem Vortrag der Klägerin, dem die Beklagte nicht hinreichend entgegengetreten sei, genüge eine Speicherkapazität von 5 MB um ein vollständiges Musikstück abzuspeichern. Mobiltelefone mit dieser Mindestspeicherkapazität auf einem internen oder externen Speicher könnten daher - anders als Mobiltelefone mit geringerer Speicherkapazität - bestimmungsgemäß zur Vornahme urheberrechtsrelevanter Vervielfältigungen eingesetzt werden.

35

bb) Die Revision der Klägerin macht geltend, das Oberlandesgericht sei zwar zutreffend davon ausgegangen, dass nach ihrer Darstellung bereits eine Speicherkapazität von 5 MB genüge, um ein vollständiges Musikstück auf den Speicher eines Mobiltelefons zu übertragen. Dieser Vortrag habe sich auf ein Musikstück mit einer angenommenen Dauer von 5 Minuten und ein Abspeichern mit einer Kompressionsrate von 128 KBit/s bezogen, was einer Speicherung der Musikdatei in hoher Klangqualität (CD-Qualität) entspreche.

36 Das Oberlandesgericht habe jedoch ihren unter Beweis gestellten Vortrag übergangen, nach dem sich auch mit näher benannten Audioformaten und Wahl einer Kompressionsrate von 48 oder 46 KBit/s eine akzeptable Klangqualität erzielen lasse, weshalb es genüge, einen Speicherplatz von 1 MB pro Musikstück einzusetzen. Hinzu komme, dass ein Musikstück nach dem Vortrag der Klägerin und der Darstellung der Beklagten im Durchschnitt eine Länge von (nur) drei bis vier Minuten aufweise. Vor diesem Hintergrund habe das Oberlandesgericht die technische Eignung eines Mobiltelefons zur Vervielfältigung eines vollständigen Musiktitels nicht erst ab einer Mindestspeicherkapazität von 5 MB annehmen dürfen. Vielmehr sei diese Voraussetzung auch bei den von der Klägerin angeführten und von der Beklagten in den Verkehr gebrachten Mobiltelefonen, die eine Speicherkapazität von 4 bis 4,5 MB aufwiesen, erfüllt.

37 Das Oberlandesgericht sei ferner unzutreffend davon ausgegangen, dass ein Anspruch auf Zahlung einer Vergütung nach § 54 Abs. 1 UrhG aF voraussetze, dass das fragliche Gerät oder Speichermedium zur Vervielfältigung eines vollständigen Musikstücks geeignet sein müsse. Vielmehr könne schon die Entlehnung kleinster Teile aus einem Werk eine Verletzung des Urheberrechts begründen. Insbesondere bei Werken der Musik werde ein Urheberrechtsschutz schon für das Thema oder musikalische Motiv bejaht.

38 cc) Damit dringt die Revision der Klägerin nicht durch. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht das Eingreifen der Vergütungspflicht

vom Vorhandensein einer Mindestspeicherkapazität abhängig gemacht hat, bei der angenommen werden kann, dass sie jedenfalls das Abspeichern eines vollständigen urheberrechtlich geschützten Musikstücks ermöglicht und zwar in einer Klangqualität, die derjenigen einer CD entspricht.

39 (1) Ein Gerät oder Speichermedium ist nur dann im Sinne von § 54 Abs. 1 UrhG aF erkennbar zur Vornahme von Privatkopien urheberrechtlich geschützter Werke bestimmt, wenn solche Vervielfältigungen nach der allgemeinen Lebenserfahrung möglich und wahrscheinlich sind (vgl. BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 28 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; BGH, Urteil vom 9. Februar 2012 - I ZR 43/11, GRUR 2012, 1017 Rn. 19 = WRP 2012, 1413 - Digitales Druckzentrum; GRUR 2014, 984 Rn. 38 - PC III). Dabei hängt der Grad der Wahrscheinlichkeit der Nutzung zur Anfertigung von Privatkopien von der Art des Geräts oder Speichermediums und der Art des von der möglichen Vervielfältigung betroffenen Werkes ab. Ein Gerät oder Speichermedium ist daher nur dann erkennbar zur Vervielfältigung von Werken zum Privatgebrauch bestimmt, wenn nach der Lebenserfahrung hinreichend wahrscheinlich ist, dass dieses Gerät oder Speichermedium zum Vervielfältigen der fraglichen Art von Werken zum Privatgebrauch verwendet wird (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., § 54 UrhG Rn. 5).

40 (2) Das Oberlandesgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass eine Nutzung von Mobiltelefonen zur Vervielfältigung von Musikwerken zum Privatgebrauch nur dann wahrscheinlich ist, wenn der Nutzer damit vollständige Musikwerke vervielfältigen kann. Die Musikfunktion eines Mobiltelefons soll in erster Linie den mobilen Werkgenuss ermöglichen; dazu genügt es nicht, wenn mit dem Mobiltelefon nur Werkteile aufgezeichnet werden können. Es kann auch nicht darauf abgestellt werden, welche Nutzung bei optimaler Ausnutzung der technischen Möglichkeiten in Bezug auf das gewählte Dateiformat und unter Inkaufnahme von Abstrichen bei der Klangqualität zu erzielen ist. Die Vervielfältigung von Werken auf dem Speicher eines Mobiltelefons ist nur wahrscheinlich,

wenn dem Nutzer hierfür eine Mindestspeicherkapazität zur Verfügung steht, die eine sinnvolle Nutzung des Geräts zur Anfertigung von Privatkopien für den mobilen Gebrauch möglich macht. Diese Schwelle hat das Oberlandesgericht mit einer Speicherkapazität von 5 MB selbst dann nicht zu niedrig angesetzt, wenn die Wahl bestimmter Datenkompressionsraten und die vollständige Ausnutzung des Speicherplatzes auch schon bei Vorhandensein eines Speichers von 4 oder 4,5 MB die Vervielfältigung (mehrerer) urheberrechtlich geschützter Werke erlaubte.

41 d) Die Revision der Klägerin wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Oberlandesgerichts, auch Mobiltelefone, die - mit Rücksicht auf den zur Verfügung stehenden Speicherplatz - lediglich Klingeltöne („Realtones“) ab speichern und wiedergeben könnten, seien nicht zu den Geräten zu zählen, die gemäß § 54 Abs. 1 UrhG erkennbar zur Vornahme von Privatkopien nach § 53 Abs. 1 oder 2 UrhG aF bestimmt seien.

42 aa) Mit der vom Oberlandesgericht gegebenen Begründung, Klingeltöne seien nicht ohne weiteres urheberrechtlich schutzfähig, kann eine Vergütungspflicht von Mobiltelefonen, mit denen Klingeltöne abgespeichert und wiedergegeben werden können, allerdings nicht verneint werden. Klingeltöne für Mobiltelefone bestehen zumeist aus der ständigen Wiederholung eines kleinen Teils eines vorbestehenden Musikwerks oder einer eigens als Klingelton geschaffenen kurzen Tonfolge. Teile eines Musikwerkes oder kurze Tonfolgen genießen Urheberrechtsschutz, wenn sie für sich genommen die Anforderungen an eine persönliche geistige Schöpfung erfüllen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UrhG). Das Oberlandesgericht hat nicht festgestellt, dass nur eine unerhebliche Zahl von Klingeltönen diese Voraussetzung erfüllt.

43 bb) Die Annahme des Oberlandesgerichts, Mobiltelefone mit eingebauten Speicherkarten oder zum Einbau in Musikhandys geeignete Speicherkarten seien nicht im Sinne von § 54 Abs. 1 UrhG aF erkennbar bestimmt, Klingeltöne

zu vervielfältigen, hält der Nachprüfung aber im Ergebnis stand. Es mag der Zweck eines Klingeltons sein, auf einem Mobiltelefon abgespielt zu werden. Es ist nach der Lebenserfahrung aber unwahrscheinlich, dass Nutzer den Zweck eines Mobiltelefons darin sehen, Klingeltöne abzuspeichern und wiederzugeben. Ein Mobiltelefon ist daher nicht erkennbar dazu bestimmt, urheberrechtlich geschützte Klingeltöne zu vervielfältigen.

44 IV. Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass als angemessene Vergütung für die durch die Veräußerung der Mobiltelefone und Speicherkarten geschaffene Möglichkeit, Vervielfältigungen im Sinne von § 54 Abs. 1 UrhG aF vorzunehmen, nach § 54d Abs. 1 UrhG aF die in der Anlage zu dieser Vorschrift bestimmten Sätze geschuldet sind (dazu B IV 1 bis 4). Die Annahme des Oberlandesgerichts, die von der Beklagten in Verkehr gebrachten Mobiltelefone mit einer Bluetooth- oder Infrarot-Schnittstelle verfügten über eine eigenständige Vervielfältigungsmöglichkeit und seien daher als Tonaufzeichnungsgeräte zu vergüten, wird von seinen Feststellungen allerdings nicht getragen (dazu B IV 5).

45 1. Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass für die durch die Veräußerung der Mobiltelefone und Speicherkarten geschaffene Möglichkeit, Vervielfältigungen im Sinne von § 54 Abs. 1 UrhG aF vorzunehmen eine angemessene Vergütung geschuldet ist und als angemessene Vergütung nach § 54d Abs. 1 UrhG aF die in der Anlage zu dieser Vorschrift bestimmten Sätze gelten, soweit - wie hier - nichts anderes vereinbart ist.

46 2. Das Oberlandesgericht hat angenommen, der Anwendung der in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF vorgesehenen Vergütungssätze auf die streitbefangenen Mobiltelefone stehe nicht entgegen, dass der gerechte Ausgleich, der den Urhebern nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft für die Beschränkung ihres Rechtes zu gewäh-

ren ist, die Vervielfältigung ihrer Werke zu untersagen oder nur gegen Zahlung einer gesonderten Vergütung zu gestatten, zwingend auf der Grundlage des Schadens zu berechnen ist, der den Urhebern der geschützten Werke durch die Vervielfältigungen entsteht. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

47 a) Die in § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG aF vorgesehenen Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts und der in § 54 Abs. 1 UrhG aF geregelte Anspruch auf angemessene Vergütung beruhen auf Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2001/29/EG. Sie sind daher im Lichte dieser Bestimmungen und ihrer Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union auszulegen (vgl. BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 37 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; zu § 53 Abs. 1 bis 3, § 54 Abs. 1, § 54b Abs. 1 UrhG nF vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2015 - I ZR 151/13, GRUR 2016, 792 Rn. 32 = WRP 2016, 1123 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik).

48 Nach Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2001/29/EG können die Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht vorsehen. Die Richtlinie 2001/29/EG unterscheidet dabei Fälle, in denen die Einschränkung des Vervielfältigungsrechts nur zulässig ist, wenn die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten (Art. 5 Abs. 2 Buchst. a, b und e der Richtlinie 2001/29/EG), von den übrigen Fällen, in denen es den Mitgliedstaaten freisteht, einen gerechten Ausgleich vorzusehen (Art. 5 Abs. 2 Buchst. c und d, Abs. 3 Buchst. a bis o der Richtlinie 2001/29/EG; vgl. Erwägungsgrund 36 der Richtlinie 2001/29/EG).

49 Der Begriff des „gerechten Ausgleichs“ in Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2001/29/EG ist ein autonomer Begriff des Unionsrechts und im gesamten Gebiet der Union einheitlich auszulegen (zu Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29/EG vgl. EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2010 - C-467/08, Slg. 2010, I-10055 = GRUR 2011, 50 Rn. 33 und 37 - Padawan/SGAE). Der gerechte

Ausgleich soll den Urhebern die ohne ihre Genehmigung erfolgende Anfertigung von Kopien ihrer geschützten Werke vergüten und ist daher als Ersatz für den Schaden anzusehen, der ihnen durch eine solche ungenehmigte Kopie entsteht (EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 40 und 42 - Padawan/SGAE; EuGH, Urteil vom 27. Juli 2013 - C-457/11 bis C-460/11, GRUR 2013, 812 Rn. 31 und 32 = WRP 2013, 1174 - VG Wort/Kyocera u.a.; Urteil vom 10. April 2014 - C-435/12, GRUR 2014, 546 Rn. 50 = WRP 2014, 682 - ACI Adam u.a./ Thuiskopie und SONT; Urteil vom 12. November 2015 - C-572/13, GRUR 2016, 55 Rn. 36 = WRP 2016, 176 - Hewlett Packard/Reprobel; Urteil vom 21. April 2016 - C-572/14, GRUR Int. 2016, 582 Rn. 19 - Austro Mechana/Amazon II).

50 b) Das Oberlandesgericht hat mit Recht angenommen, dass der gerechte Ausgleich auf der Grundlage des den Urhebern durch die Vervielfältigung entstehenden Schadens zu berechnen sei, stehe einer Anwendung der in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF vorgesehenen festen Vergütungssätze nicht entgegen. Dem Gesetzgeber stehe bei der Bestimmung der Höhe des gerechten Ausgleichs ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der durch eine vom konkreten Nutzungsumfang losgelöste pauschalierende Festsetzung einer Vergütung für bestimmte Kategorien von Geräten und Speichermedien nicht überschritten sei.

51 Da die Bestimmungen der Richtlinie 2001/29/EG keine genaueren Angaben zu den verschiedenen Elementen der Regelung des gerechten Ausgleichs enthalten, verfügen die Mitgliedstaaten über ein weites Ermessen, um diese Elemente festzulegen. Insbesondere bestimmen die Mitgliedstaaten, welche Personen diesen Ausgleich zu zahlen haben, und legen dessen Form, Einzelheiten und Höhe fest. Zwar müssen der gerechte Ausgleich und folglich die ihm zugrundeliegende Regelung und seine Höhe einen Bezug zu dem Schaden haben, der den Rechtsinhabern durch die Herstellung der Kopien entstanden ist (EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 40 und 42 - Padawan/SGAE; EuGH, Urteil vom 16. Juni 2011- C-462/09, Slg. 2011, I-5331 = GRUR 2011, 909 Rn. 23 und 24

- Stichting/Opus; Urteil vom 11. Juli 2013 - C-521/11, GRUR 2013, 1025 Rn. 47 = WRP 2013, 1169 - Amazon/Austro-Mechana I; EuGH, GRUR 2015, 478 Rn. 20 und 21 - Copydan/Nokia). Das Erfordernis eines hinreichend engen Zusammenhangs zwischen den Vervielfältigungen, die Urheber aufgrund der Beschränkung ihres ausschließlichen Rechts hinnehmen müssen, und dem ihnen hieraus erwachsenden Schaden wird jedoch durch ein Vergütungssystem gewahrt, mit der der zu erwartende Schaden pauschalierend für einzelne Gerätetypen oder Speichermedien festgelegt wird (EuGH, GRUR 2016, 55 Rn. 71 - Hewlett Packard/Reprobel; vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin vom 11. Mai 2010 - C-467/08 - Padawan/SGAE, juris Rn. 91 bis 94; Wirtz in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl., § 54 UrhG Rn. 7; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht, 3. Aufl., § 54a UrhG Rn. 3; Spindler in Festschrift Pfennig, 2012, 387, 396; Dreier, ZUM 2011, 281, 286; Frank, CR 2011, 1, 3; Riesenhuber, GRUR 2013, 582, 586; aA Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 4. Aufl. § 54 UrhG Rn. 14).

52 c) Dass der gerechte Ausgleich auf der Grundlage des den Urhebern durch die Vervielfältigung entstehenden Schadens zu berechnen ist, steht einer Anwendung der in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF vorgesehenen Vergütungssätze auch insoweit nicht entgegen, als diese Sätze bestimmen, die als angemessene Vergütung gelten.

53 aa) Der Schaden, der den Urhebern durch die in § 53 Abs. 1 und 2 UrhG aF angeordnete Beschränkung ihres ausschließlichen Rechts entsteht, Vervielfältigungen ihrer Werke zu verbieten oder gegen Zahlung einer Vergütung zu gestatten, entspricht der Lizenzgebühr, die die Urheber für die Einräumung des Rechts zu den § 53 Abs. 1 und 2 UrhG aF genannten Nutzungen ihrer Werke hätten erzielen können. Der Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung nach § 54 Abs. 1, § 54a Abs. 1 UrhG aF soll den Urhebern einen Ausgleich für die ihnen aufgrund der Einschränkung ihres Vervielfältigungsrechts gemäß § 53 Abs. 1 und 2 UrhG aF entgehenden individual-vertraglichen Li-

zenzeinnahmen verschaffen (vgl. BGH, GRUR 2012, 1017 Rn. 28 - Digitales Druckzentrum, mwN).

54 bb) Die Revision der Beklagten macht vergeblich geltend, der den Urhebern entstandene und nach § 54 Abs. 1 UrhG aF auszugleichende Schaden könne nicht mit der angemessenen Lizenzgebühr für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 oder 2 UrhG aF gleichgesetzt werden, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass jeder Nutzer, der eine nach § 53 UrhG aF zulässige Kopie anfertige, ohne diese gesetzliche Lizenz eine vertragliche Lizenz eingeholt hätte. Der Anspruch auf gerechten Ausgleich dient ebenso wie der Anspruch auf Schadensersatz dem Ausgleich des vom Rechtsinhaber erlittenen tatsächlichen Schadens (zum Schadensersatzanspruch vgl. Art. 13 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums). Der Schadensersatzanspruch kann auf der Grundlage der Vergütung berechnet werden, die der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des verletzten Rechts eingeholt hätte (vgl. § 97 Abs. 2 Satz 3 UrhG und Art. 13 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/48/EG sowie EuGH, Urteil vom 17. März 2016 - C-99/15, GRUR 2016, 485 Rn. 19 und 20 = WRP 2016, 821 - Liffers/Mandarina und Mediaset). Bei dieser Art der Schadensberechnung ist - wovon auch das Oberlandesgericht zutreffend ausgegangen ist - unerheblich, ob der Verletzer um eine vertragliche Lizenz nachgesucht hätte und zur Zahlung einer angemessenen Vergütung bereit gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 2008 - I ZR 6/06, GRUR 2009, 407 Rn. 22 = WRP 2009, 319 - Whistling for a train, mwN).

55 3. Die Bemessung der Vergütung nach festen Sätzen durch die Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass in zahlreichen Fällen Urheber einer Vervielfältigung ihrer Werke zustimmen oder Nutzer bei der Vervielfältigung von Werken technische Schutzmaßnahmen umgehen. Das Oberlandesgericht hat mit Recht angenommen, dass eine Zustimmung des Urhebers zur Vervielfältigung seines Werkes und eine Umgehung technischer

Schutzmaßnahmen durch Nutzer des Werkes den Anspruch auf angemessene Vergütung nicht entfallen lassen. Zwar erlischt der Vergütungsanspruch, wenn der Urheber für seine Zustimmung zur Vervielfältigung bereits eine Vergütung erhalten hat, und entsteht kein Vergütungsanspruch, wenn technische Schutzmaßnahmen eine Vervielfältigung des Werkes verhindern. Es ist aber nicht ersichtlich, dass die pauschalierenden Vergütungssätze deshalb nicht den notwendigen Zusammenhang mit dem den Urhebern durch die Vervielfältigungen erwachsenden Schaden wahren.

56 a) Eine Zustimmung des Urhebers zur Vervielfältigung seines Werkes lässt seinen Anspruch auf angemessene Vergütung nicht entfallen; allerdings erlischt der Vergütungsanspruch, wenn der Urheber für die Zustimmung bereits eine Vergütung erhalten hat.

57 aa) Die angemessene Vergütung gemäß § 54 Abs. 1 UrhG aF für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 und 2 UrhG aF mit Geräten oder Bild- und Tonträgern, die zur Vornahme solcher Vervielfältigungen erkennbar bestimmt sind, ist unabhängig davon geschuldet, ob der Rechtsinhaber diesen Vervielfältigungen (ausdrücklich oder konkludent) zugestimmt hat. Die Bestimmung des § 53 Abs. 1 und 2 UrhG schließt nicht nur die Befugnis des Rechtsinhabers aus, von den Schrankenregelungen umfasste Vervielfältigungen zu verbieten, sondern auch die Möglichkeit, solche Vervielfältigungen wirksam zu genehmigen. Eine etwaige Zustimmung des Rechtsinhabers zu diesen Vervielfältigungen geht daher ins Leere und kann keinen Einfluss auf die angemessene Vergütung nach § 54 Abs. 1 UrhG aF haben (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2014 - I ZR 28/11, GRUR 2014, 979 Rn. 42 bis 45 = WRP 2014, 1211 - Drucker und Plotter III; BGH, GRUR 2014, 984 Rn. 68 bis 71 - PC III; zu § 53 Abs. 1 bis 3, § 54 Abs. 1, § 54b Abs. 1 UrhG nF vgl. BGH, GRUR 2016, 792 Rn. 50 bis 52 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik).

58

bb) Hat der Rechtsinhaber für die Erteilung seiner Zustimmung zum Herunterladen des Werkes aus dem Internet eine Vergütung erhalten, ist der Anspruch auf Zahlung einer Gerätevergütung allerdings erloschen. In Fällen, in denen Rechtsinhaber bereits Zahlungen in anderer Form erhalten haben, zum Beispiel als Teil einer Lizenzgebühr, kann nach Erwägungsgrund 35 Satz 4 der Richtlinie 2001/29/EG gegebenenfalls keine spezifische oder getrennte Zahlung fällig sein. Steht dem Rechtsinhaber für die Erteilung seiner Zustimmung zum Herunterladen des Werkes aus dem Internet ein individueller Vergütungsanspruch zu, liegt kein Schaden vor, der einen gerechten Ausgleich verlangt (BGH, GRUR 2016, 792 Rn. 53 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik, mwN).

59 b) Eine Umgehung technischer Schutzmaßnahmen bei der Vervielfältigung des Werkes lässt den Anspruch auf angemessene Vergütung nicht entfallen; allerdings entsteht kein Vergütungsanspruch, wenn technische Schutzmaßnahmen eine Vervielfältigung des Werkes verhindern.

60 aa) Die Revision der Beklagten macht ohne Erfolg geltend, bei Privatkopien, die unter Umgehung technischer Schutzmaßnahmen gefertigt würden, handele es sich nicht um nach § 53 UrhG aF zulässige und daher nach § 54 Abs. 1 UrhG aF vergütungspflichtige Privatkopien, weil es rechtswidrig sei, technische Schutzmaßnahmen zu umgehen. Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch sind nach § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG aF allerdings nicht zulässig, soweit zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist der gerechte Ausgleich für Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch gemäß Art. 5 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2001/29/EG - und damit auch die angemessene Vergütung gemäß § 54 Abs. 1 UrhG aF für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 und 2 UrhG aF - nicht für Vervielfältigungen zu zahlen, die auf der Grundlage einer unrechtmäßigen Quelle angefertigt werden (EuGH, GRUR 2014, 546 Rn. 41 - ACI Adam u.a./Thuiskopie und SONT). Unrechtmäßige

Quellen - und damit rechtswidrige Vorlagen im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG aF - sind aber nur geschützte Werke, die der Öffentlichkeit ohne Erlaubnis der Rechtsinhaber zur Verfügung gestellt werden (EuGH, GRUR 2015, 478 Rn. 79 - Copydan/Nokia). Original-Tonträger oder anderweitig festgelegte Dateien mit geschützten Werken, die mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind, sind daher auch dann keine unrechtmäßige Quellen oder rechtswidrige Vorlagen, wenn sie mit einem Kopierschutz versehen sind (BGH, GRUR 2016, 792 Rn. 62 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik).

61 bb) Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass ein Anspruch der Urheber auf Zahlung einer angemessenen Vergütung für die durch ein vergütungspflichtiges Gerät oder Speichermedium geschaffene Möglichkeit der Vornahme von Privatkopien nur hinsichtlich solcher Werke entfällt, bei denen die Anfertigung von Privatkopien durch technische Schutzmaßnahmen im Sinne von § 95a UrhG tatsächlich verhindert wird. Die bloße Möglichkeit der Anwendung technischer Schutzmaßnahmen im Sinne von Art. 6 der Richtlinie 2001/29/EG lässt die in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2001/29/EG vorgesehene Bedingung eines gerechten Ausgleichs nicht entfallen (EuGH, GRUR 2013, 812 Rn. 57 und 59 - VG Wort/Kyocera u.a.). Auch der tatsächliche Einsatz technischer Schutzmaßnahmen im Sinne von Art. 6 der Richtlinie 2001/29/EG bei den zur Vervielfältigung geschützter Werke verwendeten Vorrichtungen - wie beispielsweise DVDs, CDs, MP3-Geräten oder Computern - hat keinen Einfluss auf den Anspruch der Rechtsinhaber auf gerechten Ausgleich, wenn auf der Grundlage dieser Vorrichtungen private Vervielfältigungen hergestellt worden sind (vgl. EuGH, GRUR 2015, 478 Rn. 73 - Copydan/Nokia). Ein Vergütungsanspruch nach § 54 Abs. 1 UrhG aF entfällt daher nur, soweit technische Schutzmaßnahmen nach § 95a UrhG ein Anfertigen von Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 und 2 UrhG tatsächlich verhindern (vgl. BGH, GRUR 2014, 979 Rn. 46 - Drucker und Plotter III; GRUR 2014, 984 Rn. 72 - PC III; zu

§ 54 Abs. 1, § 54b UrhG nF vgl. BGH, GRUR 2016, 792 Rn. 64 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik, mwN).

62 c) Der Umstand, dass eine Vergütung für Vervielfältigungen entfällt, wenn der Urheber für seine Zustimmung bereits eine Vergütung erhalten hat, und keine Vergütung für Vervielfältigungen anfällt, wenn Werke durch technische Schutzmaßnahmen tatsächlich vor Vervielfältigungen geschützt sind, rechtfertigt nicht die Annahme, dass die in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF gesetzlich festgelegten Vergütungssätze unangemessen hoch sind. Es ist nicht ersichtlich, dass die pauschalierenden Vergütungssätze deshalb nicht den notwendigen Zusammenhang mit dem den Urhebern durch die Vervielfältigungen erwachsenden Schaden wahren und der Gesetzgeber den ihm bei der Bemessung der Vergütung eingeräumten Spielraum überschritten hat.

63 4. Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass für Mobiltelefone ohne eigene Tonaufzeichnungsmöglichkeit, die über einen internen Speicher verfügen, ebenso wie für zusammen mit Mobiltelefonen vertriebene Speicherkarten die in Ziffer I 5 der Anlage vorgesehene Tonträgervergütung von 0,0614 € zu zahlen ist. Die Revisionen der Parteien haben insoweit auch keine Einwände erhoben. Das Oberlandesgericht hat ferner mit Recht angenommen, dass für Mobiltelefone mit eigener Vervielfältigungsmöglichkeit die Vergütung für Tonaufzeichnungsgeräte zu entrichten ist, die für Mobiltelefone, in die ein Speicher eingebaut werden kann, nach Ziffer I 1 der Anlage 1,28 € und für Mobiltelefone mit eingebautem Speicher nach Ziffer I 2 der Anlage 2,56 € beträgt. Die Revision der Beklagten macht vergeblich geltend, die in der Anlage zu § 54d UrhG aF vorgesehene Vergütung für Tonaufzeichnungsgeräte sei für Mobiltelefone mit eigener Vervielfältigungsmöglichkeit unangemessen.

64 a) Die in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF niedergelegten Vergütungssätze können allerdings sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichts-

hofs der Europäischen Union nicht auf Geräte oder Speichermedien angewandt werden, die mit den Geräten und Speichermedien, für die der Gesetzgeber eine Vergütung festgelegt hat, nicht vergleichbar sind.

65 aa) Die Anwendung der in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF niedergelegten Vergütungssätze kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Betracht, wenn die gesetzliche Regelung für Geräte und Speichermedien, für die der Urheber dem Grunde nach gemäß § 54 Abs. 1 UrhG aF eine Vergütung beanspruchen kann, keine angemessene Vergütung enthält, weil sie mit den Geräten und Speichermedien, für die der Gesetzgeber eine Vergütung festgelegt hat, nicht vergleichbar sind, so dass sich die gesetzliche Regelung insoweit als lückenhaft erweist (BGHZ 140, 326, 333 f. - Telefaxgeräte; Urteil vom 5. Juli 2001 - I ZR 335/98, GRUR 2002, 246, 248 = WRP 2002, 219 - Scanner; BGH, GRUR 2008, 786 Rn. 27 - Multifunktionsgeräte). In einem solchen Fall steht dem Urheber allerdings eine angemessene Vergütung zu (BGHZ 140, 326, 333 f. - Telefaxgeräte; BGH, GRUR 2008, 786 Rn. 26 - Multifunktionsgeräte).

66 bb) Bei der Auslegung der Richtlinie 2001/29/EG und des ihrer Umsetzung dienenden nationalen Rechts sind nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-Grundrechtecharta die dort aufgeführten Grundrechte zu beachten. Zu diesen zählt das Grundrecht auf Gleichbehandlung nach Art. 20 EU-Grundrechtecharta (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2011 - I ZR 30/11, GRUR 2011, 1012 Rn. 36 = WRP 2011, 1483 - PC II). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt (EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - C-234/12, GRUR 2014, 198 Rn. 15 - Sky Italia/AGCOM). Die Mitgliedstaaten dürfen daher keine Moda-

litäten für einen gerechten Ausgleich vorsehen, die dazu führen, dass verschiedene Kategorien von Wirtschaftsteilnehmern, die vergleichbare, von der für Privatkopien geltenden Ausnahme erfasste Güter vermarkten, oder verschiedene Gruppen von Nutzern geschützter Gegenstände ungleich behandelt werden, ohne dass dies gerechtfertigt ist (EuGH, GRUR 2015, 478 Rn. 32 und 33 - Copydan/Nokia). Desgleichen dürfen von der Privatkopieausnahme erfasste, aber nicht vergleichbare Geräte und Speichermedien nicht ohne rechtfertigenden Grund gleich behandelt werden.

67 b) Das Oberlandesgericht hat angenommen, der Anwendung der in Anlage I zu § 54d UrhG aF festgelegten Vergütung für Tonaufzeichnungsgeräte auf Mobiltelefone mit eigener Vervielfältigungsmöglichkeit stehe nicht entgegen, dass es sich bei Mobiltelefonen um Geräte handele, mit denen in erster Linie Telefonate geführt und Kurznachrichten ausgetauscht und die daher nicht in gleicher Weise zur Vornahme urheberrechtsrelevanter Vervielfältigungen verwendet würden, wie herkömmliche Tonaufzeichnungsgeräte, deren einziger oder vorrangiger Zweck die Herstellung von Vervielfältigungen sei. Es hat unter Bezugnahme auf Einigungsvorschläge der Schiedsstelle angenommen, die hier in Rede stehenden Mobilfunkgeräte seien - soweit sie mit einer entsprechenden Vervielfältigungsfunktion ausgestattet seien - wie MP3-Player zu den Geräten zu zählen, für die die Vergütungssätze für Tonaufzeichnungsgeräte angemessen seien. MP3-Player seien in einem für den hier in Rede stehenden Zeitraum zwischen der Klägerin und dem Branchenverband BITKOM e.V. geschlossenen Gesamtvertrag den in der Anlage I zu § 54d UrhG aF vorgesehenen Vergütungssätzen für Tonaufnahmegeräte unterworfen worden.

68 c) Die gegen diese Beurteilung gerichteten Einwände der Revision der Beklagten greifen nicht durch. Die Anwendung der in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF aufgeführten Vergütungssätze für Tonaufzeichnungsgeräte auf Mobiltelefone mit eigener Vervielfältigungsmöglichkeit stellt sich nicht als unzulässige Gleichbehandlung wesentlich unterschiedlicher Sachverhalte dar.

69 aa) Die Revision der Beklagten macht ohne Erfolg geltend, die in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF aufgeführten Vergütungssätze für Tonaufzeichnungsgeräte seien auf Mobiltelefone mit eigener Vervielfältigungsmöglichkeit nicht anwendbar, weil Mobiltelefone mit Rücksicht auf ihre Multifunktionalität nicht mit herkömmlichen Tonaufzeichnungsgeräten vergleichbar seien.

70 (1) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Einzelheiten des für die Möglichkeit der Anfertigung von Privatkopien zu gewährleistenden gerechten Ausgleichs im Rahmen des ihnen eingeräumten weiten Ermessens nicht gehindert, die Zahlung eines solchen Ausgleichs auch für Geräte oder Speichermedien vorzusehen, die mehrere Funktionen erfüllen und zwar unabhängig davon, ob die primäre Funktion dieser Geräte oder Speichermedien die Anfertigung von Kopien zum privaten Gebrauch ist. Vielmehr genügt es, dass diese Geräte oder Speichermedien es ihren Besitzern erlauben, sie zu diesem Zweck zu nutzen (EuGH, GRUR 2015, 478 Rn. 25 und 26 - Copydan/Nokia). Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht der Umstand, dass ein Gerät mehrere Funktionen aufweist, der Vergütungspflicht dieses Geräts nach § 54 Abs. 1 UrhG aF nicht entgegen (vgl. BGH, GRUR 2008, 786 Rn. 29 - Multifunktionsgeräte).

71 (2) Allerdings können die Multifunktionalität eines Geräts und der sekundäre Charakter der Vervielfältigungsfunktion Auswirkungen auf die Höhe des gerechten Ausgleichs haben und daher auch bei der Bemessung der angemessenen Vergütung nach § 54 Abs. 1 UrhG aF zu berücksichtigen sein (EuGH, GRUR 2015, 478 Rn. 27 und 29 - Copydan/Nokia). Schränkt jedoch das Vorhandensein weiterer Funktionen die Nutzung der Vervielfältigungsfunktion nicht ein, ist es nicht geboten, für solche Geräte eine andere Vergütung anzusetzen, als für Geräte, die vergleichbare Vervielfältigungen ermöglichen (vgl. BGH, GRUR 2008, 786 Rn. 29 - Multifunktionsgeräte; GRUR 2016, 792 Rn. 89 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik).

72 Die Anwendung der für herkömmliche Tonaufzeichnungsgeräte festgelegten Pauschalvergütung auf Mobiltelefone mit eigener Vervielfältigungsmöglichkeit führt nicht dazu, dass letztere stärker als herkömmliche Tonaufzeichnungsgeräte durch die Privatkopievergütung belastet werden. Vielmehr werden sie angesichts des Umstandes, dass sie grundsätzlich ebenso wie herkömmliche Tonaufzeichnungsgeräte zur Anfertigung von Privatkopien geeignet und bestimmt sind, einem für alle Tonaufzeichnungsgeräte geltenden einheitlichen Vergütungssatz unterworfen.

73 bb) Einer Gleichbehandlung von herkömmlichen Tonaufzeichnungsgeräten mit Mobiltelefonen mit eigener Vervielfältigungsmöglichkeit steht nicht entgegen, dass letztere - wie die Revision der Beklagten geltend macht - im hier in Rede stehenden Zeitraum im Vergleich zu solchen Geräten in nur untergeordnetem Umfang zur Herstellung von Privatkopien verwendet worden sind.

74 Der Gesetzgeber hat bei der Einführung der seit 1985 bis zum Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. Oktober 2007 der Höhe nach unverändert gebliebenen pauschalen Vergütungssätze bereits in Rechnung gestellt, dass von der Pauschalvergütung auch Geräte oder Trägermedien erfasst werden, die tatsächlich in nur geringem Umfang für die Aufnahme urheberrechtlich geschützter Werke oder für deren Übertragung von einem Tonträger auf einen anderen genutzt werden (Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts, BT-Drucks. 10/837, S. 18; vgl. auch BGHZ 121, 215, 223 f. - Readerprinter). Die gesetzlichen Vergütungssätze erfassen mithin zur Vornahme von Vervielfältigungen geeignete und bestimmte Geräte, mit denen nur in geringem Umfang vergütungspflichtige Vervielfältigungen vorgenommen werden.

75 cc) Die Revision der Beklagten rügt ohne Erfolg, das Oberlandesgericht habe bei der Prüfung der Frage, ob die in der Anlage I zu § 54d UrhG aF vor-

gesehenen Vergütungssätze für Tonaufzeichnungsgeräte auf die verfahrensgenständlichen Mobiltelefone angewandt werden können, die unterschiedlichen Speicherkapazitäten von MP3-Playern und PCs einerseits und der Mobiltelefone andererseits nicht hinreichend berücksichtigt.

76 (1) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union können sowohl multifunktionale Träger, wie (externe) Speicherkarten von Mobiltelefonen, als auch integrierte Komponenten, wie interne Speicher von MP3-Geräten, für die Vervielfältigung geschützter Werke zu privaten Zwecken genutzt werden und den Urheberrechtsinhabern damit einen Schaden zufügen. Entsprechendes gilt für externe Speicherkarten und interne Speicher von Mobiltelefonen. Der in ein Mobiltelefon eingebaute Speicher hat dieselbe Vervielfältigungsfunktion wie die in ein Mobiltelefon einbaubare Speicherkarte (vgl. EuGH, GRUR 2015, 478 Rn. 35 und 36 - Copydan/Nokia). Es begegnet daher im Hinblick auf das Grundrecht der Gleichbehandlung keinen Bedenken, wenn Mobiltelefone mit eigener Vervielfältigungsmöglichkeit und MP3-Player gleichermaßen der Vergütungspflicht nach § 54 Abs. 1 UrhG aF unterworfen werden (vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts vom 18. Juni 2014 - C-463/12 - Copydan/Nokia, juris Rn. 50 bis 52).

77 (2) Das in Art. 20 EU-Grundrechtecharta niedergelegte Grundrecht auf Gleichbehandlung gebietet es auch nicht, auf Mobiltelefone mit eigener Vervielfältigungsfunktion anders als für MP3-Player gesamtvertraglich vereinbart anstelle der gesetzlich für Tonaufnahmegeräte vorgesehenen Vergütungssätze eine niedrigere Vergütung anzusetzen.

78 Ausgangspunkt der Prüfung, ob die gesetzlich vorgesehenen Vergütungssätze für Tonaufzeichnungsgeräte auf die hier in Rede stehenden Mobiltelefone mit eigener Vervielfältigungsfunktion angewandt werden können, ist nicht die Frage, ob diese Mobiltelefone hinsichtlich ihrer Speicherkapazität mit MP3-Playern oder Personal-Computern gleichzusetzen sind, sondern vielmehr, ob

sie den Vergütungssätzen unterworfen werden können, die auf herkömmliche Tonaufzeichnungsgeräte anzuwenden sind. Dagegen bestehen entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten auch unter Berücksichtigung der Speicherkapazität der hier in Rede stehenden Mobiltelefone keine durchgreifenden Bedenken.

79 Zwar sind bei der nach Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2001/29/EG gebotenen Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles bei der Bestimmung der Höhe der angemessenen Vergütung die nutzungsrelevanten Eigenschaften der vergütungsrelevanten Geräte oder Speichermedien und insbesondere ihre Leistungsfähigkeit sowie die Speicherkapazität und Mehrfachbeschreibbarkeit von Speichermedien in den Blick zu nehmen (vgl. § 54a Abs. 3 UrhG nF). Auch insoweit kann der gerechte Ausgleich allerdings mit Rücksicht auf den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten und unter Berücksichtigung der praktischen Schwierigkeiten, die die Bestimmung gestaffelter Vergütungssätze für Geräte mit unterschiedlichen Eigenschaften mit sich bringt, pauschalierend und unter Zusammenfassung von Geräten mit unterschiedlichen Aufnahmetechniken und Aufnahmekapazitäten festgelegt werden, solange sich die festgesetzte Vergütung im Rahmen eines angemessenen Ausgleichs für die den Urhebern durch die Beschränkung ihres Vervielfältigungsrechts entstehenden Einbußen hält. Unter dieser Voraussetzung können bestehende Vergütungsregeln, die dem Konzept des gerechten Ausgleichs Rechnung tragen, beibehalten werden (vgl. Erwägungsgrund 38 der Richtlinie 2001/29/EG).

80 Das Oberlandesgericht hat bei der Anwendung der in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF niedergelegten Vergütungssätze auf die verfahrensgegenständlichen Mobiltelefone im Einklang mit den Einigungsvorschlägen der Schiedsstelle ohne Rechtsfehler angenommen, die von der Klägerin und dem Branchenverband BITKOM e.V. in der Vergangenheit geübte Vergütungspraxis zeige, dass die in der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF für Tonaufzeichnungsgeräte und Tonträger festgelegten Vergütungssätze dem Gebot des angemess-

senen Ausgleichs zwischen den Rechten und Interessen der Urheber, die Anspruch auf den gerechten Ausgleich haben, und den Nutzern von Schutzgegenständen auch in Ansehung neuerer technischer Entwicklungen Rechnung tragen (vgl. Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2001/29/EG; EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 43 - Padawan/SGAE). Die in der Anlage I zu § 54d UrhG aF niedergelegten Vergütungssätze, von denen durch anderweitige Vereinbarungen abgewichen werden kann, sind im hier in Rede stehenden Zeitraum aufgrund gesamtvertraglicher Vereinbarungen zwischen der Klägerin und dem Branchenverband BITKOM e.V. auf Tonaufnahmegeräte mit unterschiedlichen Aufnahmetechniken (analog und digital) und unterschiedlichen Aufnahmekapazitäten, wie Kassettenrekorder, CD-Rekorder und MP3-Rekorder angewandt worden (vgl. BGH, GRUR 2016, 792 Rn. 1 und 7 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik). Sie decken mithin Tonaufzeichnungsgeräte mit unterschiedlichen nutzungsrelevanten Eigenschaften ab und können daher auch auf Mobiltelefone mit Musikfunktion angewendet werden, ohne dass es - abhängig von dem im Einzelfall je nach Gerätemodell zur Verfügung stehenden Speicherplatz - eines Abschlags auf den gesetzlich festgelegten Vergütungssatz bedarf.

81 dd) Die Revision der Beklagten rügt vergeblich, die Anwendung des gesetzlichen Vergütungssatzes für Tonaufzeichnungsgeräte, für deren Betrieb nach ihrer Bauart gesonderte Träger nicht erforderlich sind, der sich gemäß Ziffer I 2 der Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG aF auf 2,56 € beläuft, auf Mobiltelefone mit Vervielfältigungsfunktion und einem eingebautem Speicher mit einer Speicherkapazität von 5 MB, verletze den in Art. 20 EU-Grundrechtecharta niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatz, weil eine einbaubare Speicherkarte mit einem Speicherplatz von 5 MB nach Ziffer I 5 der Anlage zu § 54d UrhG aF mit nur 0,0614 € zu vergüten sei.

82 Der Gesetzgeber hat mit der unterschiedlichen Vergütung von Tonaufzeichnungsgeräten mit integriertem Tonträger einerseits und Tonträgern andererseits dem Umstand Rechnung getragen, dass Tonträger nur in Verbindung

mit einem Tonaufzeichnungsgerät für Vervielfältigungen benutzt werden können, während Tonaufzeichnungsgeräte mit integriertem Tonträger hierzu keinen zusätzlichen Tonträger benötigen. Hierin liegt ein sachlich gerechtfertigter Differenzierungsgrund.

83 ee) Die Revision der Beklagten ist der Ansicht, ein Vergleich der von der Klägerin für die Jahre 2004 bis 2007 verlangten und vom Oberlandesgericht zuerkannten Vergütungssätzen mit den für die Folgejahre tariflich festgelegten Vergütungen verdeutliche die krasse Unangemessenheit des Klagebegehrens. Damit kann die Beklagte schon deshalb keinen Erfolg haben, weil es sich bei ihrem Vortrag zu den in den Jahren 2008 bis 2013 und ab dem Jahr 2014 für Mobiltelefone geltenden Vergütungssätzen um neuen Sachvortrag handelt, der in der Revisionsinstanz unzulässig ist (§ 559 Abs. 1 ZPO). Davon abgesehen kann keine Rede davon sein, dass ein Vergleich der bis zum Ende des Jahres 2007 geltenden festen Vergütungssätze für Tonaufzeichnungsgeräte von 1,28 € oder 2,56 € je Gerät mit dem nach Darstellung der Revision der Beklagten im Jahr 2008 geltenden Vergütungssatz von 1,6625 € je Gerät, der nach ihrem Vorbringen in den Folgejahren sukzessive angestiegen ist und sich ab dem Jahr 2014 auf 6,25 € beläuft, eine völlige Außerachtlassung des Gleichbehandlungsgebots verdeutlicht.

84 5. Die Annahme des Oberlandesgerichts, die von der Beklagten in Verkehr gebrachten Mobiltelefone mit einer Bluetooth- oder Infrarot-Schnittstelle verfügten über eine eigenständige Vervielfältigungsmöglichkeit und seien daher als Tonaufzeichnungsgeräte zu vergüten, wird von seinen Feststellungen nicht getragen.

85 a) Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts verfügen die von der Beklagten in Verkehr gebrachten Mobiltelefone überwiegend über eine Bluetooth-Schnittstelle und eine Infrarot-Schnittstelle. Das Oberlandesgericht hat angenommen, diese Mobiltelefone seien damit technisch geeignet, ohne Zuhil-

fenahme eines PC eigenständig Dateien mit Audiowerken zu vervielfältigen. Nach der vom Oberlandesgericht in Bezug genommenen Darstellung der Klägerin in der Klageschrift kommt eine drahtlose Übertragung von Daten über Bluetooth oder Infrarot vor allem bei der Übertragung von Musikdateien von Mobiltelefon zu Mobiltelefon in Betracht. Dies entspricht der Feststellung der Schiedsstelle, dass über eine solche Verbindung urheberrechtlich geschützte Musikwerke zumindest von Mobiltelefon zu Mobiltelefon übertragen werden können.

86 b) Die Revision der Beklagten hat keine Einwände gegen die Annahme erhoben, dass eine Vervielfältigung von Musikdateien unter Einsatz der Funktechniken Bluetooth oder Infrarot grundsätzlich technisch möglich sei. Sie macht allerdings mit Recht geltend, das Oberlandesgericht habe sich nicht mit ihrem Vorbringen auseinandergesetzt, dass diese Übertragungstechniken mit Rücksicht auf die Voraussetzungen, unter denen eine solche Funkverbindung hergestellt und aufrechterhalten werden könne (Infrarot) und die über eine solche Funkverbindung zu erzielenden Datenübertragungsraten (Infrarot und Bluetooth) im hier in Rede stehenden Zeitraum praktisch nicht zur Vervielfältigung von Musikdateien habe genutzt werden können.

87 aa) Die Annahme, eine bestimmte technische Funktion eines Geräts könne zur Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zum Privatgebrauch eingesetzt werden und verleihe diesem Gerät damit die Eigenschaft eines Tonaufzeichnungsgeräts, setzt voraus, dass mit Hilfe dieser Funktion eine Vervielfältigung tatsächlich zu bewerkstelligen ist (vgl. BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 13 bis 15 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät). Das ist hier nur dann der Fall, wenn eine Übertragung von Musikdateien über Bluetooth oder Infrarot im täglichen Gebrauch der Mobiltelefone tatsächlich möglich war.

88 bb) Die Revision der Beklagten rügt mit Recht, das Oberlandesgericht habe ihren Vortrag, wonach über eine Infrarot-Schnittstelle hergestellte optische

Funkverbindung zwischen zwei Geräten angesichts der mit dieser Technik zu erreichenden Übertragungsgeschwindigkeiten seinerzeit nicht zur Übertragung von Dateien mit größerem Datenvolumen wie Musikdateien geeignet gewesen seien, nicht in seine Würdigung einbezogen und daher auch keine konkreten Feststellungen zur tatsächlichen Eignung dieses Übertragungsweges für die Vornahme vergütungsrelevanter Vervielfältigungen getroffen. Sie macht ferner zutreffend geltend, das Oberlandesgericht habe sich nicht mit ihrer Darstellung auseinandergesetzt, wonach auch bei Herstellung einer Funkverbindung über die Bluetooth-Schnittstelle nur Übertragungsraten erzielt werden konnten, bei denen der Einsatz dieser Technik zur Vervielfältigung von Musikdateien nicht praktikabel gewesen sei. Auf der Grundlage der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellungen kann daher den auf Erteilung von Auskünften über Mobilfunkgeräte mit Infrarot- oder Bluetooth-Schnittstelle und auf Feststellung der Vergütungspflicht solcher Geräte als Tonaufzeichnungsgeräte gerichteten Klageanträgen nicht stattgegeben werden.

89 V. Das Oberlandesgericht hat mit Recht angenommen, der Geltendmachung des Anspruchs auf Zahlung einer Gerätevergütung und des Auskunftsbegehrens für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum stehe nicht entgegen, dass sich die Beklagte einer Belastung ausgesetzt sieht, die sie - nach ihrer Darstellung - nicht über die von ihr kalkulierten Preise an Zwischenhändler und Endkunden weitergegeben hat und rückwirkend nicht mehr an ihre Abnehmer weitergeben kann.

90 1. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union steht es den Mitgliedstaaten angesichts der praktischen Schwierigkeiten, die privaten Nutzer zu identifizieren und sie zu verpflichten, den den Rechteinhabern entstandenen Nachteil zu vergüten, frei, mit der Verpflichtung zur Zahlung des gerechten Ausgleichs auch diejenigen zu belasten, die über Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung verfügen und sie zu diesem Zweck Privatpersonen zur Verfügung stellen. Das Interesse der Hersteller und Import-

eure, nicht anstelle der Nutzer als eigentlichen Schuldern des gerechten Ausgleichs mit einer Abgabe zugunsten der Rechtsinhaber belastet zu werden, ist innerhalb eines solchen Systems regelmäßig dadurch gewahrt, dass sie die für die Privatkopie zu entrichtende Abgabe in den Preis für die Überlassung der vergütungspflichtigen Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung einfließen lassen können (EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 48 - Padawan/SGAE; GRUR 2011, 909 Rn. 29 - Stichting/Opus; GRUR 2013, 1025 Rn. 23 bis 25 - Amazon/Austro-Mechana I; GRUR 2014, 546 Rn. 52 - ACI Adam u.a./Thuiskopie und SONT).

91

2. Dass eine nachträgliche Weiterbelastung der Gerätevergütung durch Hersteller, Importeure und Händler an den eigentlichen Vergütungsschuldner nicht mehr möglich sein mag, schließt eine rückwirkende Geltendmachung und Durchsetzung des Vergütungsanspruchs nicht aus. Musste der Hersteller damit rechnen, dass die von ihm hergestellten Geräte oder Speichermedien vergütungspflichtig sind, kann er sich grundsätzlich nicht mit Erfolg darauf berufen, eine rückwirkende Erhebung der Gerätevergütung sei unmöglich (BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 54 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; GRUR 2014, 984 Rn. 48 - PC III). So verhält es sich auch hier. Das Oberlandesgericht hat angenommen, die Beklagte habe damit rechnen müssen, auf Zahlung einer Gerätevergütung in Anspruch genommen zu werden. Sie habe die von ihr in Verkehr gebrachten Geräte im Hinblick auf ihre Eignung zur Aufnahme von Audiodateien beworben und bereits zu Beginn des Jahrtausends von den zwischen dem Branchenverband BITKOM e.V. und der Klägerin geführten Gesprächen und Verhandlungen über eine Vergütungspflicht für derartige Geräte gewusst. Entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten war das Schreiben der Klägerin vom 4. November 2004 nicht geeignet, einen Vertrauenstatbestand der Beklagten dahin zu begründen, für die Jahre 2004 bis 2007 nicht auf Zahlung einer Gerätevergütung in Anspruch genommen zu werden. Zum einen war das Schreiben nicht an die Beklagte sondern an den Branchenverband

BITKOM e.V. gerichtet. Zum anderen bezog sich das Schreiben nach der nicht zu beanstandenden Würdigung des Oberlandesgerichts allein auf die Reichweite der bereits erzielten Einigung und schloss eine Vergütungspflicht von Mobiltelefonen nicht aus. Die Beklagte handelte daher auf eigenes Risiko, wenn sie die der Höhe nach gesetzlich festgelegte Gerätevergütung nicht bei der Bemessung des Kaufpreises berücksichtigte.

92 VI. Die Revision der Beklagten wendet sich ohne Erfolg dagegen, dass das Oberlandesgericht bei der Prüfung der Frage, ob und gegebenenfalls für welche der von der Beklagten in Verkehr gebrachten Mobiltelefone eine Vergütung gemäß § 54 Abs. 1 UrhG aF geschuldet ist, nicht zwischen - nach Darstellung der Beklagten - für den geschäftlichen Gebrauch bestimmten Mobiltelefonen („Business-Handys“) und für den Privatgebrauch bestimmten Mobiltelefonen („Consumer-Handys“) unterschieden hat. Es ist nicht geboten, an Gewerbetreibende gelieferte Mobiltelefone („Business-Handys“) von vornherein von der Vergütungspflicht gemäß § 54 Abs. 1 UrhG aF auszunehmen. Die Revision der Beklagten macht allerdings zutreffend geltend, dass der sämtliche von der Beklagten in Verkehr gebrachten Handys umfassende Feststellungsantrag zu weit geht. Die Beklagte muss für Mobiltelefone, die nachweislich nicht oder allenfalls in geringfügigem Umfang zur Vervielfältigung von Werken zum Privatgebrauch verwendet wurden, keine Vergütung zahlen.

93 1. Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine widerlegbare Vermutung besteht, dass Mobiltelefone, die zur Vornahme von Privatkopien geeignet und bestimmt sind, auch zur Anfertigung solcher Kopien genutzt werden. Es hat weiter mit Recht angenommen, dass diese Vermutung durch den Nachweis entkräftet werden kann, dass mit den Mobiltelefonen tatsächlich keine oder nur so wenige Vervielfältigungen zum Privatgebrauch angefertigt werden oder angefertigt worden sind, dass keine Gerätevergütung geschuldet ist.

94

a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29/EG ist 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 (EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 52 und 53 - Padawan/SGAE; GRUR 2013, 1025 Rn. 28 - Amazon/Austro-Mechana I; GRUR 2015, 478 Rn. 47 und 50 - Copydan/Nokia). Unter Berücksichtigung der praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des privaten Zwecks der Nutzung von zur Vervielfältigung geeigneten Geräten oder Trägermaterial steht es allerdings mit der Richtlinie in Einklang, 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 gemäß § 53 Abs. 1 und 2 UrhG aF aufzustellen und zwar nicht nur dann, wenn diese Geräte und Medien natürlichen Personen überlassen werden (vgl. EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 54 und 55 - Padawan/SGAE; GRUR 2013, 1025 Rn. 41 bis 43 - Amazon/Austro-Mechana I; GRUR 2015, 487 Rn. 24 - Copydan/Nokia; BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 33 bis 43 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; GRUR 2012, 1017 Rn. 19 bis 34 - Digitales Druckzentrum; GRUR 2014, 984 Rn. 50 - PC III), sondern auch dann, wenn sie einem gewerblichen Abnehmer überlassen werden (vgl. BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 39 bis 42 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; GRUR 2014, 984 Rn. 54 - PC III). Diese Vermutung kann durch den Nachweis entkräftet werden, dass mit Hilfe dieser Geräte allenfalls in geringem Umfang tatsächlich Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 und 2 UrhG aF angefertigt worden sind oder nach dem normalen Gang der Dinge angefertigt werden (vgl. BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 33 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; GRUR 2014, 984 Rn. 53 - PC III).

95

b) Entgegen der von der Revision der Beklagten vertretenen Auffassung wird den möglichen Vergütungsschuldern hierdurch keine unerfüllbare Verpflichtung zur Mitteilung und Dokumentation der konkreten Verwendung von Geräten und Speichermedien auferlegt.

96

aa) Zwar wird der Hersteller, Importeur oder Händler von Geräten und Speichermedien, die zur Vornahme von Privatkopien geeignet und bestimmt sind und für die daher grundsätzlich eine Privatkopievergütung zu entrichten ist, regelmäßig keine Kenntnis davon haben, wie der einzelne Endabnehmer das von ihm erworbene Gerät nutzt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist Art. 5 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2001/29/EG allerdings dahin auszulegen, dass er einer Regelung, die Hersteller oder Importeure zur Zahlung der Privatkopievergütung verpflichtet, obwohl sie nicht wissen, ob es sich bei den Endabnehmern um gewerbliche oder private Kunden handelt, und die daher auch keinen Einblick in die im konkreten Einzelfall zu erwartende Nutzung der an diese veräußerten Geräte und Speichermedien haben können, nicht entgegensteht, wenn diese Vergütungsschuldner von der Zahlung der Privatkopievergütung befreit werden, wenn sie nachweisen, dass sie die in Rede stehenden Geräte oder Speichermedien an andere als natürliche Personen zu eindeutig anderen Zwecken als zur Vervielfältigung zum privaten Gebrauch geliefert haben (vgl. EuGH, GRUR 2013, 1025 Rn. 31 - Amazon/Austro-Mechana I; GRUR 2015, 478 Rn. 55 - Copydan/Nokia). Danach darf den Vergütungsschuldern auch dann der Nachweis abverlangt werden, dass die in Verkehr gebrachten Geräte und Speichermedien nicht zur Vervielfältigung zum Privatgebrauch verwendet worden sind, wenn sie nicht wissen, ob es sich bei den Endabnehmern um gewerbliche oder private Kunden handelt.

97

bb) Im Übrigen wird den zur Zahlung der Privatkopievergütung verpflichteten Herstellern, Importeuren und Händlern mit der widerleglichen Vermutung einer vergütungspflichtigen Nutzung im Regelfall, in dem zum Zeitpunkt der Klärung der Vergütungspflicht eine Nutzung der Geräte noch bevorsteht, lediglich

der Nachweis auferlegt, dass nach dem normalen Gang der Dinge eine Verwendung der in Rede stehenden Geräte und Speichermedien für die Erstellung vergütungspflichtiger Vervielfältigungen ausgeschlossen erscheint oder jedenfalls über einen geringen Umfang hinaus unwahrscheinlich ist (vgl. BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 33 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; GRUR 2014, 984 Rn. 53 - PC III; zu § 54 Abs. 1, § 54a UrhG nF vgl. BGH, GRUR 2016, 792 Rn. 111 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik). Zum Beleg hierfür kann der Hersteller, Importeur oder Händler beispielsweise eine schriftliche Bestätigung des gewerblichen Abnehmers beibringen, dass dieser das von ihm erworbene Gerät oder Speichermedium zum eigenen Gebrauch im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeit verwendet (vgl. BGH, GRUR 2016, 792 Rn. 110 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik).

98 cc) Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, sie sehe sich angesichts der für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum geltend gemachten Gerätevergütung mit dem Erfordernis konfrontiert, rückwirkend derartige Belege beibringen zu müssen; sie habe nicht damit rechnen können, dass eine derartige Dokumentation der Nutzung ihrer Geräte und Speichermedien zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien erforderlich sein werde, um einem Anspruch auf Nachzahlung einer Gerätevergütung wirksam entgegenzutreten. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits seit langem anerkannt, dass bei Geräten, die zur Anfertigung von Privatkopien geeignet und bestimmt sind, eine gesetzliche Vermutung dafür besteht, dass sie auch zur Vornahme solcher Vervielfältigungen verwendet werden (vgl. BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 34 f. - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät unter Hinweis auf die bereits zum früheren Recht ergangenen Entscheidungen des Senats vom 19. Dezember 1980 - I ZR 126/78, GRUR 1981, 355, 360 - Video-Rekorder und vom 28. Januar 1993 - I ZR 34/91, BGHZ 121, 215, 220 f. - Readerprinter). Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Auslegung von Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie

2001/29/EG hat insoweit lediglich zur Klärung der Frage beigetragen, ob an dieser Rechtsprechung auch im Anwendungsbereich der Richtlinie 2001/29/EG festgehalten werden kann. Bei dieser Sachlage oblag es der Beklagten, die nach den zutreffenden Feststellungen des Oberlandesgerichts damit rechnen musste, von der Klägerin rückwirkend auf Zahlung einer Gerätevergütung in Anspruch genommen zu werden, zur Wahrung ihrer eigenen Interessen dafür zu sorgen, dass sie eine Nutzung ihrer Geräte und Speichermedien zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien belegen kann.

99 2. Das Oberlandesgericht hat mit Recht angenommen, die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt und nachgewiesen, dass die von ihr in Verkehr gebrachten Mobiltelefone und Speicherkarten eindeutig nicht zur Anfertigung von Privatkopien verwendet worden sind.

100 a) Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine Verwendung der streitbefangenen Mobiltelefone zur Anfertigung vergütungspflichtiger Privatkopien nicht bereits deshalb ausgeschlossen oder allenfalls in geringem Umfang wahrscheinlich ist, weil diese - nach Darstellung der Beklagten - (überwiegend) an gewerbliche Zwischenhändler abgegeben worden sind. Gewerbliche Zwischenhändler sind lediglich Teil der zum Endabnehmer führenden Vertriebskette und können ebenso wie Hersteller und Importeure als Vergütungsschuldner auf Zahlung der letztlich an den Endnutzer weiter zu belastenden Gerätevergütung in Anspruch genommen werden. Die Lieferung der streitbefangenen Mobiltelefone an gewerbliche Zwischenhändler schließt nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge keine Weiterveräußerung derselben an Endnutzer aus, die diese Geräte und zugehörige Speichermedien zur Vornahme vergütungspflichtiger Vervielfältigungen verwenden (vgl. BGH, GRUR 2012, 705 Rn. 45 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; GRUR 2014, 984 Rn. 54 - PC III).

b) Das Oberlandesgericht ist ferner mit Recht davon ausgegangen, dass aus dem Vortrag der Beklagten, wonach aus Umfragen hervorgehe, dass im Juli 2008 rund 40% der Befragten ihr iPhone geschäftlich genutzt hätten und knapp 60% der befragten Unternehmen ihren Arbeitnehmern firmeneigene Mobiltelefone zur Verfügung stellten, nicht hergeleitet werden kann, dass die von der Beklagten in den Jahren 2004 bis 2007 veräußerten oder sonst in Verkehr gebrachten Mobiltelefone überwiegend als „Business-Handys“ von Geschäftskunden erworben und daher erfahrungsgemäß nicht oder jedenfalls in nur zu vernachlässigendem Umfange zum Anfertigen von Privatkopien verwendet worden sind. Diese Annahme ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn die Behauptung der Beklagten zutrifft, dass es Mitarbeitern regelmäßig untersagt ist, firmeneigene Mobiltelefone zu privaten Zwecken zu nutzen und Unternehmen technische Vorkehrungen treffen, um derartige Nutzungen zu unterbinden. Das Oberlandesgericht hat demnach ohne Rechtsfehler angenommen, dass es an nachvollziehbarem Vortrag der Beklagten dazu fehlt, dass die hier in Rede stehenden Mobiltelefone (in erheblichem Umfange) zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien verwendet worden sind.

102 c) Soweit der Gerichtshof der Europäischen Union eine wirksame Verpflichtung der Hersteller und Importeure zur Zahlung des gerechten Ausgleichs mit der Folge seiner Weiterbelastung an den Endabnehmer davon abhängig gemacht hat, dass den Zahlungspflichtigen oder Endabnehmern für den Fall, dass die grundsätzlich vergütungspflichtigen Geräte und Speichermedien eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind, ein durchsetzbarer Anspruch auf Erstattung einer gleichwohl bereits entrichteten Privatkopievergütung eingeräumt wird (EuGH, GRUR 2013, 1025 Rn. 31 - Amazon/Austro-Mechana I; GRUR 2015, 478 Rn. 45 und 55 - Copydan/Nokia), steht dies einem gegen die Beklagte gerichteten Anspruch auf Zahlung der Gerätevergütung nicht entgegen. Der auf eine nachträgliche Entrichtung der Gerätevergütung gerichtete Anspruch der Klägerin erfasst von

vornherein keine Geräte und Speichermedien, die nachweislich nicht zur Anfertigung von Privatkopien verwendet worden sind, so dass sich die Frage einer Rückerstattung überzahlter Gerätevergütungen nicht stellt.

103 3. Der Beklagten muss es allerdings gestattet sein, im Zusammenhang mit der Erteilung der von der Klägerin begehrten Auskünfte nachzuweisen, dass die von ihr in Verkehr gebrachten Geräte nicht zur Herstellung von Privatkopien verwendet worden sind. Vor diesem Hintergrund gehen die auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer bestimmten Vergütung für alle von der Auskunft erfassten Mobiltelefone und Speichermedien gerichteten Klageanträge zu 2 und 4 zu weit.

104 a) Diese Anträge sind auf die Feststellung gerichtet, dass die Beklagte für jedes von ihr nach der von ihr erteilten Auskunft in der Bundesrepublik Deutschland veräußerte oder in Verkehr gebrachte Musik-Handy und für jedes nach der von ihr erteilten Auskunft zusammen mit einem Musik-Handy veräußerte oder in Verkehr gebrachte Speichermedium die näher bezeichnete Vergütung zu entrichten hat. Von einer entsprechenden Feststellung der Zahlungspflicht wären daher auch solche Mobiltelefone und Speichermedien erfasst, die an gewerbliche Abnehmer zu nachweislich anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien veräußert worden sind, obwohl in diesen Fällen keine Vergütungspflicht nach § 54 Abs. 1 UrhG aF besteht.

105 b) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union müssen Hersteller oder Importeure, die zur Zahlung einer Gerätevergütung verpflichtet sind, und die Geräte 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, von deren Zahlung befreit werden, wenn sie nachweisen, dass die in Rede stehenden Geräte an andere als natürliche Personen zu eindeutig anderen Zwecken als zur Vervielfältigung zum privaten Gebrauch geliefert worden

sind. Ist gleichwohl eine Privatkopievergütung geleistet worden, so muss ein Anspruch auf Erstattung der Privatkopievergütung bestehen, der durchsetzbar ist und die Erstattung der gezahlten Vergütung nicht übermäßig erschwert (EuGH, GRUR 2013, 1025 Rn. 37 - Amazon/Austro-Mechana; GRUR 2015, 478 Rn. 55 - Copydan/Nokia; vgl. auch BGH, GRUR 2016, 792 Rn. 114 - Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik).

106 Entsprechend diesen Grundsätzen kann in Fällen, in denen der Vergütungsschuldner - wie im Streitfall - auf Zahlung einer Vergütung für bereits in Verkehr gebrachte Mobiltelefone und Speicherkarten in Anspruch genommen wird, eine Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung nur hinsichtlich derjenigen Mobiltelefone und Speicherkarten festgestellt werden, die nicht an andere als natürliche Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien veräußert worden sind.

107 c) Ein Anspruch auf Zahlung einer Geräte- und Speichermedienvergütung kann - wie das Oberlandesgericht in anderem Zusammenhang zutreffend ausgeführt hat - für den Fall der nachweislichen Veräußerung der Geräte und Speichermedien an nicht private Abnehmer zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien auch nicht mit einem Vergütungsanspruch für die Eröffnung der Möglichkeit zur Vornahme von Kopien zum sonstigen eigenen Gebrauch im Sinne von § 53 Abs. 2 UrhG aF begründet werden.

108 Das Oberlandesgericht hat insoweit unter Bezugnahme auf den Einigungsvorschlag der Schiedsstelle festgestellt, dass eine Nutzung der verfahrensgegenständlichen Mobiltelefone und der zusammen mit ihnen veräußerten externen Speichermedien zu den von § 53 Abs. 2 UrhG aF erfassten Zwecken allenfalls in so geringem Umfange denkbar ist, dass der den Urhebern hieraus etwa erwachsende Nachteil geringfügig ist. Es hat mit Rücksicht hierauf angenommen, dass der Ansatz einer Geräte- und Speichermedienvergütung für derartige Nutzungen nicht gerechtfertigt ist.

109 Diese Beurteilung steht im Einklang mit dem in Erwägungsgrund 35 der Richtlinie 2001/29/EG zum Ausdruck kommenden Grundgedanken, nach dem eine bloß geringfügige Beeinträchtigung des den Urhebern zustehenden Vervielfältigungsrechts unter Umständen keine Verpflichtung zur Zahlung eines gerechten Ausgleichs begründet. Nach dieser Regelung kann sich in bestimmten Situationen, in denen dem Rechtsinhaber nur ein geringfügiger Nachteil entstünde, gegebenenfalls keine Zahlungsverpflichtung ergeben (vgl. EuGH, GRUR 2011, 50 Rn. 39 und 46 - Padawan/SGAE; GRUR 2015, 478 Rn. 29 - Copydan/Nokia). Ist davon auszugehen, dass Nutzungshandlungen nach § 53 Abs. 2 UrhG aF allenfalls zu einer zu vernachlässigenden Beeinträchtigung der urheberrechtlichen Verwertungsrechte führen, muss hierfür keine Vergütung gemäß § 54 Abs. 1 UrhG aF vorgesehen werden (vgl. BGH, GRUR 2012, 1017 Rn. 34 - Digitales Druckzentrum; Frank, CR 2011, 1, 5; Ullmann, CR 2012, 288, 290).

110 VII. Die Revision der Beklagten macht ohne Erfolg geltend, den Klageansprüchen stehe rechtshindernd entgegen, dass Mitglieder der Klägerin wie die Verwertungsgesellschaft Wort einen Teil der von der Klägerin geltend gemachten Gerätevergütung nicht an die Rechtsinhaber, sondern an nicht berechnigte Dritte wie Verleger ausschütteten.

111 1. Eine Verwertungsgesellschaft hat die Einnahmen aus ihrer Tätigkeit nach dem wesentlichen Grundgedanken des § 7 Satz 1 UrhWG allerdings ausschließlich an die Berechtigten zu verteilen, und zwar in dem Verhältnis, in dem diese Einnahmen auf einer Verwertung der Rechte und Geltendmachung von Ansprüchen der jeweiligen Berechtigten beruhen. Damit ist es unvereinbar, wenn Verlegern nach der Satzung der Verwertungsgesellschaft Wort ein ihrer verlegerischen Leistung entsprechender Anteil am Ertrag zusteht und Verlage nach dem Verteilungsplan dieser Verwertungsgesellschaft einen pauschalen Anteil der Verteilungssumme unabhängig davon erhalten, ob und inwieweit die Einnahmen der Verwertungsgesellschaft auf der Wahrnehmung der ihr von Ver-

legern eingeräumten Rechte oder übertragenen Ansprüche beruhen (BGH, Urteil vom 21. April 2016 - I ZR 198/13, GRUR 2016, 596 Rn. 22 bis 88 = WRP 2016, 711 - Verlegeranteil, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

112 2. Der Schuldner der Vergütung nach § 54 Abs. 1 UrhG aF kann einer Inkassogesellschaft der gemäß § 54h Abs. 1 UrhG aF wahrnehmungsberechtigten Verwertungsgesellschaften, die gegen ihn Ansprüche auf Auskunftserteilung und Feststellung der Vergütungspflicht geltend macht, jedoch nicht mit Erfolg entgegenhalten, diese verteile die Einnahmen aus ihrer Tätigkeit nicht ausschließlich an die Berechtigten. Dem steht entgegen, dass allein die Berechtigten von einer Verwertungsgesellschaft, mit der sie einen Wahrnehmungsvertrag geschlossen haben, verlangen können, mit einem Anteil an deren Einnahmen beteiligt zu werden, der den Erlösen entspricht, die sie durch die Auswertung ihrer Rechte erzielt hat (vgl. BGH, GRUR 2016, 596 Rn. 23 - Verlegeranteil, mwN). Der Schuldner des Vergütungsanspruchs kann aus dem Rechtsverhältnis zwischen der Verwertungsgesellschaft und den Berechtigten keine Rechte für sich herleiten.

113 VIII. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 Rn. 21 = NJW 1983, 1257 - C.I.L.F.I.T.). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt ist oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist.

114 C. Danach ist das Urteil des Oberlandesgerichts auf die Revision der Beklagten aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Dies ist nicht nur insoweit geboten, als das Oberlandesgericht den auf Auskunft und Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Vergütung gerichteten Anträgen im Hinblick auf Mobiltelefone stattgegeben hat, die mit einer Audiospeicherungsfunktion in Gestalt einer eigenständigen, von einem PC unabhängigen Vervielfältigungsmög-

lichkeit von Audiodateien ausgestattet sind. Der Umfang der von der Beklagten zu erteilenden Auskünfte und die hierauf bezogene Feststellung ihrer Verpflichtung zur Zahlung einer näher bezeichneten Vergütung hängt bei der von der Klägerin gewählten Fassung ihrer Klageanträge insgesamt davon ab, ob sich die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Privatkopievergütung auf Mobiltelefone mit einer eigenständigen Audiospeicherungsfunktion erstreckt. Desgleichen hängt der Umfang der von der Klägerin begehrten Auskünfte über die gemeinsam mit „Musik-Handys“ veräußerten und in den Verkehr gebrachten Speichermedien und der hierauf bezogene Feststellungsantrag von der Reichweite der in Bezug auf die „Musik-Handys“ selbst zu erteilenden Auskünfte ab.

115 Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Im wiedereröffneten Verfahren vor dem Oberlandesgericht wird der Klägerin Gelegenheit zu geben sein, ihre Feststellungsanträge nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen zu beschränken. Bei - wie im Streitfall - erstmals in der Revisionsinstanz festgestellten Mängeln des Klageantrags gebieten der Grundsatz des Vertrauensschutzes und des Anspruchs der Parteien auf ein

fairer Gerichtsverfahren, dem Kläger Gelegenheit zu geben, im wiedereröffneten Verfahren den insoweit bestehenden Bedenken durch eine angepasste Antragsfassung Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 5. März 2015 - I ZR 161/13, GRUR 2015, 1004 Rn. 56 = WRP 2015, 1219 - IPS/ISP).

Büscher

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen