

SCHIEDSSTELLE

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

München, den 29.09.2020

Tel.: 089 / 2195 - 2673

Fax: 089 / 2195 - 3306

Az: Sch-Urh 22/15

In dem Verfahren

Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA), gesetzlich vertreten durch die Vorstandsmitglieder Dr. Harald Heker, Georg Oeller und Lorenzo Colombini, Rosenheimer Straße 11, 81667 München

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

gegen

(...)

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigter:

(...)

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

Einigungsvorschlag:

1. Für die Wiedergabe von Unterhaltungs- und Tanzmusik mit Tonträger im Geschäftsbetrieb „(...)“ des Antragsgegners im Zeitraum vom 01.09.2014 bis 30.06.2015 ist der Tarif M-CD II.2. in der Fassung vom 01.01.2014 anwendbar, jedoch ist die Vergütungsforderung gemäß Rechnung vom (...) nicht angemessen.
2. Der Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerin und der Antragsgegner zu gleichen Teilen. Die den Beteiligten entstandenen außeramtlichen Kosten tragen diese jeweils selbst.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um die Angemessenheit des Tarifs M-CD der Antragstellerin „für Unterhaltungsmusik mit Tonträgern in Musikkneipen, Clubs, Diskotheken und ähnlichen Betrieben“ in der Fassung vom 01. Januar 2014 (im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht am 02. Januar 2014), den die Antragstellerin auf den Betrieb des Antragsgegners für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum von 01.09.2014 bis 30.06.2015 anwendet.

Die Antragstellerin ist die in der Bundesrepublik Deutschland bestehende Verwertungsgesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte. Sie nimmt aufgrund von Berechtigungsverträgen mit den ihr angeschlossenen Komponisten, Textdichtern und Musikverlegern sowie aufgrund von gegenseitigen Wahrnehmungsverträgen mit ausländischen Verwertungsgesellschaften die Rechte an geschützter Unterhaltungs- und Tanzmusik wahr. Aufgrund vertraglicher Vereinbarung ist der Antragstellerin auch das Inkasso für die von der Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) vertretenen Leistungsschutzrechte aus § 78 UrhG für die öffentliche Wiedergabe von Tonträgern übertragen worden, und zwar für die öffentliche Wiedergabe von Tonträgern mit einem Zuschlag von 20% (bei Diskotheken 26%) auf den jeweiligen Vergütungssatz der Antragstellerin (vgl. Ziffer 2. des Tarifs der

GVL vom 4. Dezember 2008, veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 188 vom 10. Dezember 2008, Seite 4423).

Der Antragsgegner betreibt in (...), das Musiklokal / die Diskothek „(...)“ mit einem Gastbereich von ca. 60 qm. Der Betrieb öffnet an 4 wöchentlichen Regelöffnungstagen (Mittwoch bis Samstag).

Als Eintrittspreise werden mittwochs 5,- EUR und freitags und samstags 6,- pro Person erhoben. Im Eintrittspreis enthalten sind 2,- EUR Garderobekosten.

Ausweislich des Grundrisses der Betriebsstätte bietet der Betrieb neben einigen Sitzmöglichkeiten schwerpunktmäßig Stehmöglichkeiten und eine Tanzfläche von 10,61 qm (Anlage AS 1).

Das Konzept des (...) sieht einen „Underground“-Club-Betrieb vor, welcher neben der Getränkeversorgung der Gäste ein breites Spektrum an Musik zum Tanz bietet, wobei der gesamte Club musikalisch beschallt wird. Die öffentliche Wiedergabe von geschützten Werken der Tanz- und Unterhaltungsmusik erfolgt während des regulären Club-Betriebs mittels Tonträger.

Bis zum (...) bestand zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner ein Vertragsverhältnis, welches die Wiedergabe von Tonträgern in Discotheken nach dem damaligen Tarif M-U III.1.c) auf Basis einer Raumgröße von 60qm lizenzierte (Anlage AS 4). Im Anschluss an den lizenzierten Zeitraum konnte keine vertragliche Einigung mehr erzielt werden, während der Antragsgegner die Musikknutzung unverändert fortsetzte. Bis zum verfahrensgegenständlichen Zeitraum (01.09.2014 bis 30.06.2015) folgte die Lizenzierung einzelner Zeitintervalle. Bis zum Erhalt der verfahrensgegenständlichen Rechnung vom (...) (Anlage AS 10) bezahlte der Antragsgegner die in Rechnung gestellten Vergütungen.

Die Antragstellerin hat durch mehrere Kontrollbesuche feststellen können, dass auch im verfahrensgegenständlichen Zeitraum in der Betriebsstätte des Antragsgegners Musikknutzungen mittels Tonträgerwiedergaben stattgefunden haben (vgl. Veranstaltungsprogram, Anlage AS 5, sowie Kopien der Kontrollberichte, vorgelegt als Anlage AS 6 – Anlage AS 8).

In der Zeit vom 01. Januar 1957 bis 31. Dezember 2012 bestanden zwischen der Antragstellerin und mehreren Gesamtvertragspartnern, u.a. der Bundesvereinigung der Musikveranstalter e.V. (BVMV), gesamtvertragliche Vereinbarungen zur Vergütung für die Tonträgerwiedergabe von Unterhaltungs- und Tanzmusik in Discotheken, zuletzt geregelt im Tarif M-U III.1 c).

Am 11. Dezember 2013 schlossen die Antragstellerin und der BVMV einen Gesamtvertrag, in dem die Anpassungsregelungen für die Vergütungssätze M-CD vom 01. Januar 2014 bis einschließlich 31. Dezember 2021 vereinbart wurden. Den Mitgliedern der der BVMV angeschlossenen Organisationen wurden 20% Nachlass auf sämtliche Normalvergütungssätze eingeräumt.

Die Antragstellerin stellte mit Wirkung ab 01.01.2014 ihren neuen Tarif M-CD auf (im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht am 02. Januar 2014), der für Unterhaltungsmusik mit Tonträgern in Musikkneipen, Clubs, Diskotheken und ähnlichen Betrieben den bisherigen Tarif M-U III 1 ersetzte. Die Vergütungssätze des Tarifs berechnen sich nach der Größe des Veranstaltungsraums in qm, der Anzahl der Öffnungstage und der Höhe eines Eintrittsgeldes.

Die Antragstellerin legt der verfahrensgegenständlichen Rechnung eine Raumgröße von 60qm, 4 wöchentliche Regelöffnungstage und ein durchschnittliches Eintrittsgeld von 2,75 EUR zugrunde. Hieraus errechnet sie für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum von 10 Monaten GEMA-Gebühren in Höhe von (...) EUR. Hinzu kommt der GVL-Zuschlag in Höhe von 26% (entspricht (...) EUR). Außerdem erhebt die Antragstellerin als Schadensersatzforderung einen Kontrollkostenzuschlag in Höhe von 100% der GEMA-Gebühren (entspricht (...) EUR), da die Musiknutzungen ohne Einwilligung stattgefunden hätten (Rechnung vom (...), Anlage AS 10).

Die Antragstellerin bringt vor, durch die Musiknutzung habe der Antragsgegner Urheberrechte an geschützten Werken verletzt, die von der Antragstellerin wahrgenommen werden bzw. zu deren Geltendmachung sie ermächtigt sei. Der Antragsgegner habe bei der Antragstellerin keine entsprechende vertragliche Einwilligung für die Nutzung eingeholt. Ihm sei Verschulden vorzuwerfen, da er hätte wissen müssen, dass er eine Rechtsverletzung begehe. Der Antragstellerin stehe daher aufgrund der Urheberrechtsverletzung gemäß § 97 UrhG Schadensersatz zu. Der Schadensersatzforderung lege sie die tariflichen Vergütungssätze des Tarifs M-CD II. für Unterhaltungsmusik mit Tonträgern in Musikkneipen, Clubs, Diskotheken und ähnlichen Betrieben in der Fassung vom 01.01.2014 zugrunde, den 26%-igen Zuschlag der GVL sowie einen 100%-igen Zuschlag als pauschalierten Schadensersatz gemäß höchstrichterlicher Rechtsprechung.

Der verfahrensgegenständliche Tarif M-CD II.2. sei anwendbar und angemessen.

Der Tarif sei angemessen. Die Staffelung nach der Größe der Betriebsräumlichkeiten sei ein geeigneter Parameter für die Bestimmung des Umfangs der urheberrechtlichen Nutzung. Je größer der genutzte Raum sei, umso mehr Personen könnten die Musik wahrnehmen und umso mehr Gäste könnten den Umsatz erhöhen. Die Steigerung der Vergütungssätze abhängig von dem zu entrichtenden Eintrittsgeld spiegle zutreffend den wirtschaftlichen Erfolg des Clubbetreibers wieder. Dieser wirtschaftliche Erfolg stehe in direktem Zusammenhang mit den Öffnungstagen. Mit dem Parameter Öffnungstage könne berücksichtigt werden, dass viele Diskotheken lediglich am Wochenende bzw. nur an bestimmten Wochentagen geöffnet hätten.

Auch die konkrete Höhe der Vergütungssätze sei angemessen.

Die vorgenommene Staffelung der Raumgröße in Schritten zu 100qm sei angemessen. Insofern werde auf den Einigungsvorschlag der Schiedsstelle vom 10.04.2013 (Sch-Urh 03/12) Bezug genommen, der in dem damals streitgegenständlichen Tarif M-U III. eine Staffelung in 100qm-Schritten als angemessen erachtet habe. Eine Staffelung in kleineren Schritten widerspreche einer pauschalen Erfassung einer Vielzahl von verschiedenen Sachverhalten und könne zu für die Antragstellerin unzumutbaren, komplizierten Individualabrechnungen und strittigen Abgrenzungen führen. Wenn in einzelnen Fällen Härten auftreten, sei dies in bestimmtem Umfang als systemimmanent hinzunehmen. In diesem Zusammenhang sei auch auf die Angemessenheitsregelung unter Ziffer IV. des Tarifs hingewiesen. Der Antragsgegner habe es jedoch trotz Hinweises unterlassen, seine Bruttoumsätze zu melden.

Die Tarifsätze seien durch die bestehende Staffelung auch nicht bereits systematisch überhöht oder benachteiligend. Die lineare Staffelung der Raumgrößen und der damit einhergehenden leicht degressiven Staffelung nach Öffnungstagen und Eintrittsgeld führten zu einer weitgreifenden Gleichbehandlung der Betreiber von Diskotheken. Im Rahmen dieser Gleichbehandlung seien auch die erhobenen Lizenzsätze nicht zu beanstanden und angemessen.

Die Musiknutzung im Rahmen eines Diskothekenbetriebs sei eine der intensivsten Nutzungsformen, so dass eine Beteiligung der Urheber in Höhe von 10% der Bruttoeinnahmen mehr als gerechtfertigt sei. Der gesamte Diskothekenbetrieb basiere darauf, musikinteressiertes Publikum zum Tanz und Konsum zusammenzuführen. Dabei sei der Musikgenuss vordergründig und stelle ein wesentliches Element dar.

Die in den Eintrittsgeldern enthaltene Umsatzsteuer sei nicht herauszurechnen. Die vereinbarte Umsatzsteuer sei lediglich kalkulatorischer Bestandteil der Bemessungsgrundlage für die Vergütung nach dem Tarif M-CD II.2.

Höchst vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass die verfahrensgegenständlichen Vergütungssätze des Tarifs M-CD II.2. mit der größten deutschen Nutzervereinigung, der Bundesvereinigung der Musikveranstalter, der unter anderem alle Landesverbände der DEHOGA angehörten, am 11.12.2013 gesamtvertraglich vereinbart wurde.

Der Kontrollkostenzuschlag falle an, weil der Antragsgegner sich selbst nicht um eine ordnungsgemäße Lizenzierung bemüht habe und die verfahrensgegenständlichen Veranstaltungen auch nicht bei der Antragstellerin angemeldet habe.

Die Antragstellerin **beantragt:**

- 1) Es wird festgestellt, dass die Vergütungsforderungen der Antragstellerin für die Tonträgerwiedergaben in dem Diskotheken-Betrieb „(...)“ des Antragsgegners für den Zeitraum vom 01.09.2014 bis 30.06.2015 gemäß der Rechnung der Antragstellerin vom (...) angemessen und der den Forderungen zu Grunde gelegte Tarif M-CD II.2. anwendbar ist.
- 2) Die Kosten des Verfahrens trägt der Antragsgegner.

Der Antragsgegner **beantragt:**

1. Den Antrag vom 30.11.2015 zurückzuweisen und festzustellen, dass sowohl die Vergütungsforderung in der Rechnung der Antragstellerin vom (...) als auch der Tarif M-CD II.2. unangemessen sind.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Sowohl der Tarif M-CD II.2., als auch die darauf basierende Vergütungsforderung der Antragstellerin, wie zuletzt in der Rechnung der Antragstellerin vom (...), seien unangemessen.

Es gebe keinen Tarif und keine Tarifstruktur bei der Antragstellerin, der bzw. die den vom Antragsgegner betriebenen kleinen „Gemischtwarenladen“ aus MusikClub, Kneipe, Bar & Kulturtreff wirtschaftsnah und diskriminierungsfrei abbilde. Der (...) werde mit seiner Gastfläche von 41,4 qm mit denselben Kosten belastet wie die doppelt so große Konkurrenz. Das Heranziehen von Wirtschaftsflächen wie Theke und DJ-Pult diskriminiere nochmals die kleinen Konzepte, weil nicht die Grundfläche, sondern die mögliche Gästezahl die wirtschaftlichen Möglichkeiten

eines Lokals definiere. Die Tarife gingen unrealistischerweise von einer 100%-igen Auslastung aus.

Der DEHOGA habe die letzte Tarifreform zum Nachteil seiner Mitglieder verhandelt, ohne sich mit den Clubs abzustimmen, und ohne Transparenz während der Verhandlungen zu gewährleisten. Der Abschluss werde in der Branche nicht anerkannt, allenfalls hingenommen. Die GEMA-Gebühren stiegen seit Jahren in nicht nachvollziehbarem Ausmaß und ohne erkennbaren Grund. Alternative Kneipenkonzepte würden nicht angemessen berücksichtigt; für diese seien die geforderten Lizenzsätze existenzgefährdend. Der vorliegende Tarif werde auch dadurch noch weiter ansteigen, dass der zunächst geltende Markeinführungsnachlass jährlich verringert wird. Die Einnahmen des Clubs des Antragsgegners würden aber nicht in gleichem Maße ansteigen können.

Der Tarif M-CD II.2. führe gerade zu Lasten von kleinen Musikclubs zu dramatischen Wettbewerbsverzerrungen. Er bilde das Geschäftsmodell des Antragsgegners – den Betrieb eines nicht nur rein gewerblichen, sondern kulturell und experimentell und damit idealistisch geprägten Clubs – nicht ab.

Die Vergütung müsse aber mit der jeweiligen Nutzungsart, der Nutzungsintensität und dem tatsächlichen Nutzungsumfang korrespondieren. Ein Tarif müsse die typischen Gegebenheiten der Nutzung berücksichtigen und, soweit erforderlich, sachgerecht differenzieren.

Die Unterscheidung nach Raumgröße, beginnend bei 100 qm, sei unangemessen. Dadurch müssten Clubs, die nur 50qm groß seien, dieselben Gebühren bezahlen wie solche mit 100qm, obwohl sie ganz offensichtlich nur halb so viele umsatzbringende Clubbesucher aufnehmen könnten. Der Tarif berücksichtige des Weiteren nicht, dass es unabhängig von der Größe des Clubs eine Mindestgröße für typische, grundsätzlich für jeden Club in gleichem Maße notwendige Einbauten gebe, wie z.B. eine Theke für mindestens 2 Personen Barpersonal oder ein DJ-Pult für mindestens 2 Personen, so dass ganz offensichtlich deutlich geringere Kapazitäten für Gäste vorhanden sind als bei entsprechend größeren Betrieben. Größere Clubs könnten insgesamt wesentlich effizienter wirtschaften als kleinere Clubs. Dies werde durch den linearen Tarif der Antragstellerin nicht berücksichtigt. Auch die Annahme einer 100%-igen Auslastung des Clubs sei unangemessen. Diese werde fast nie erreicht, in der Regel sei von einer Auslastung von 30%-35% auszugehen.

Die sogenannte „GEMA-Vermutung“ sei angesichts des steigenden Programmanteils an GEMA-freier Musik nicht mehr angemessen. Auch im (...) des Antragsgegners werde regelmäßig selbst produzierte Musik gespielt.

Wie sich aus der Angemessenheitsklausel in Ziffer IV.1.1. ergebe, gehe die Antragstellerin von einer 10%-igen Beteiligung der Urheber an allen Einnahmen einschließlich Umsatzsteuer aus. Das Heranziehen der Umsatzsteuer sei aber unangemessen, weil diese bekanntermaßen nur ein durchlaufender Posten sei.

Die Erhebung eines Kontrollkostenzuschlags sei vorliegend nicht gerechtfertigt. Die Antragstellerin sei über die Musikwiedergaben im Betrieb des Antragsgegners informiert gewesen. Der Antragsgegner habe sich eigeninitiativ regelmäßig bei der Antragstellerin gemeldet und eine Klärung vor Ort verlangt. Der Kontrollapparat der Antragstellerin musste somit nicht in Anspruch genommen werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

1. Der Antrag ist zulässig.

Die Anrufung der Schiedsstelle ist gemäß § 139 Abs. 1 VGG, § 14 Abs. 1 Nr. 1a) UrhWG statthaft, da der Streitfall die Nutzung von Werken oder Leistungen betrifft, die nach dem Urheberrechtsgesetz geschützt sind, und an dem Streitfall eine Verwertungsgesellschaft beteiligt ist. Die Anrufung der Schiedsstelle war auch formgerecht (§ 139 Abs. 1 VGG, § 14 Abs. 5 UrhWG, § 1 Abs. 1 UrhSchiedsV).

2. Der Antrag ist nur teilweise begründet. Der der Vergütungsforderung der Antragstellerin gemäß Rechnung vom (...) zugrunde gelegte Tarif M-CD II.2. in der Fassung vom 01.01.2014 ist zwar anwendbar. Die Vergütungsforderungen für die Tonträgerwiedergaben in dem Diskotheken-Betrieb „(...)“ des Antragsgegners für den Zeitraum 01.09.2014 bis 30.06.2015 sind jedoch nicht angemessen.

a) Die Antragstellerin ist aktivlegitimiert.

Zu ihren Gunsten gilt die sog. GEMA-Vermutung, die besagt, dass angesichts ihres umfassenden In- und Auslandsrepertoires eine tatsächliche Vermutung ihrer Wahrnehmungsbefugnis für die Aufführungsrechte an in- und ausländischer Tanz- und Unterhaltungsmusik für die sog. Mechanischen Rechte besteht. Hinsichtlich dieser hier wahrgenommenen Rechte verfügt die Antragstellerin über eine tatsächliche Monopolstellung, da sie im Bereich der Musik in Deutschland die einzige Verwertungsgesellschaft ist, die über ein System von Gegenseitigkeitsverträgen mit ausländischen Verwertungsgesellschaften auch die Rechte ausländischer Musikurheber wahrnimmt, und sich deshalb auf einen lückenlosen oder nahezu lückenlosen Bestand an Aufführungsrechten und mechanischen Rechten berufen kann (BGH GRUR 1986, 62, 63 – GEMA-Vermutung I). Die Vermutung erstreckt sich auch darauf, dass die Werke urheberrechtlich geschützt sind.

Aufgrund der Vermutungswirkung findet eine Umkehr der Beweislast statt. Der Antragsgegner kann die Vermutung widerlegen, indem er den Gegenbeweis antritt. Ein pauschales Bestreiten genügt nicht. Vielmehr muss substantiiert dargelegt und bewiesen werden, weshalb die Rechte der Verwertungsgesellschaft nicht tangiert seien. Beispielsweise muss bei der Nutzung von Musik für jedes verwendete Musikstück der Komponist, Texter und Bearbeiter vorgetragen werden (vgl. hierzu Schulze in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 48 VGG Rdn. 8).

Vorliegend müsste der Antragsgegner entsprechend konkret vortragen, welche Musikstücke er an welchen Tagen wiedergegeben hat.

Soweit er lediglich vorträgt, im (...) werde regelmäßig selbst produzierte Musik gespielt, genügt dies nicht, um die Vermutung der Wahrnehmungsbefugnis der Antragstellerin zu widerlegen.

- b) Der Tarif M-CD II.2. für Unterhaltungsmusik mit Tonträgern in Musikkneipen, Clubs, Diskotheken und ähnlichen Betrieben ist auf die Musikwiedergaben im Betrieb des Antragsgegners anwendbar. Dies ist unstrittig. Die Musikwiedergabe im (...) des Antragsgegners findet mit Tonträgern und mit Tanz statt. Dementsprechend haben die Beteiligten auch in der Vergangenheit den Vorgängertarif zu M-CD II.2., nämlich den damals geltenden Tarif M-U III.1.c), zugrunde gelegt („Tonträgerwiedergabe in Discotheken“).

c) Die Vergütungsforderungen sind jedoch nicht angemessen. Zum einen wurde nach Auffassung der Schiedsstelle der Nachlass zur Marktneueinführung gemäß Ziffer II.3. des Tarifs M-CD vom 01.01.2014 nicht korrekt berechnet. Zum anderen hält die Schiedsstelle den Tarif M-CD II.2. auch insgesamt für nicht angemessen, weil die Vergütungssätze überhöht und intransparent sind.

(1) Wie dem Schriftsatz vom (...) zu entnehmen ist, berechnet die Antragstellerin den Nachlass gemäß Ziffer II.3. des Tarifs M-CD, indem sie als Vergleichswert eine Regelvergütung nach Tarif M-U III.1.c) vom 01.01.2012 in Höhe von monatlich 276,18 EUR zugrunde legt. Dies ist der monatliche Pauschalvergütungssatz für bis zu 100 m² bei mehr als 16 Öffnungstagen im Monat.

Der Antragsgegner hat aber unstreitig an nur 4 Tagen/Woche (Mittwoch, Donnerstag, Freitag, Samstag) und somit an maximal 16 Tagen pro Monat geöffnet, womit er innerhalb des Tarifs M-U III.1.c) in die geringere Vergütungskategorie für bis zu 16 Tage/Monat fällt. Dies entspricht einem monatlichen Pauschalvergütungssatz von 247,66 EUR (statt 276,18 EUR).

Des Weiteren beanstandet die Schiedsstelle, dass die Antragstellerin zur Berechnung des Nachlasses im Tarif M-U III.1.c) den *monatlichen* Pauschalvergütungssatz, multipliziert mit 10 (Monaten), zugrunde legt, anstatt bei der gegebenen Vertragslaufzeit von 10 Monaten (01.09.2014 – 30.06.2015) auf den günstigeren vierteljährlichen Pauschalvergütungssatz zurückzugreifen (3* 681,07 EUR für Oktober 2014 bis Juni 2015, plus 247,66 EUR für September 2014 = 2.290,87 EUR). Nach Hinzurechnung des 6,5 %- Aufschlags (2.290,87 EUR + 148,91 EUR = 2.439,78 EUR) ergibt sich nach Auffassung der Schiedsstelle richtigerweise eine Differenz zwischen der Vergütungsforderung nach M-CD II.2. und M-U III.1.c) in Höhe von 3.445,50 – 2.439,78 EUR = 1.005,72 EUR.

80% dieser Differenz (vgl. M-CD II.3.) ergeben 804,58 EUR Nachlass (entspricht monatlich 80,46 EUR Nachlass) anstatt wie von der Antragstellerin ermittelt lediglich (...) EUR Nachlass (monatlich (...) EUR). Mithin kommt die Schiedsstelle schon zu einem deutlich geringeren Ausgangs-Rechnungsbetrag in Höhe von (...) EUR.

(2) Die Schiedsstelle hält den Tarif M-CD II.2. auch insgesamt für nicht angemessen, weil er überhöht und zudem intransparent ist (vgl. hierzu bereits die Ausführungen der Schiedsstelle im Einigungsvorschlag vom 20.07.2017 (Sch-Urh 163/14) und vom 06.09.2019 (Sch-Urh 09/16)).

Nicht zu beanstanden ist zunächst, dass als Parameter in dem Tarif von der Größe des Veranstaltungsraums, der Anzahl der Regelöffnungstage und dem zu entrichtenden Eintrittsgeld oder sonstigen Entgelts ausgegangen wird. Diese Vorgehensweise ist grundsätzlich angemessen.

Die urheberrechtliche Vergütung hat sich in erster Linie an den geldwerten Vorteilen auszurichten, welche der Antragsgegner durch die Nutzung des Repertoires der Antragstellerin erzielt. Als Ausgangspunkt hierfür kommen zunächst die gezahlten Eintrittsgelder in Betracht. Richtig ist in diesem Zusammenhang der Einwand des Antragsgegners, dass die Umsatzsteuer nicht zum Bestandteil der Berechnungsgrundlage gemacht werden darf, da sie kein geldwerter Vorteil ist, der durch die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke der Antragstellerin erzielt wird. Somit wären die Eintrittsgelder, die neben der Größe des Veranstaltungsraums und den regelmäßigen wöchentlichen Öffnungstagen vorliegend nur ein Parameter von mehreren bei der Tarifberechnung sind, an sich um die darin enthaltene Umsatzsteuer zu bereinigen. Auf Grund der Struktur des Tarifs mit „bis zu...“ Eintrittsgeldern würde sich ein Wechsel von Brutto zu Netto im konkreten Fall aber in der Regel nicht auswirken. Die Schiedsstelle sieht daher davon ab, eine Bereinigung der Eintrittsgelder um die darin enthaltene Umsatzsteuer vorzuschlagen.

Sollte ein Tarif ausschließlich auf die Höhe der Eintrittsgelder abstellen, würden nicht alle geldwerten Vorteile der Veranstalter angemessen erfasst. Diese werden vielmehr zusätzlich auch von der Größe des Veranstaltungsraums mitbestimmt. Denn je größer der Raum ist, umso intensiver kann die Nutzung von Urheberrechten sein, indem entweder eine größere Menge an Besuchern der Veranstaltung zu verzeichnen ist oder indem mehr Raum zum Tanzen bzw. gemütlichen Verweilen geschaffen wird. Die Veranstalter haben es selbst in der Hand, die Raumgröße entweder durch geeignete Wahl des Veranstaltungsorts zu bestimmen oder den Veranstaltungsraum durch geeignete Absperrvorrichtungen zu verkleinern und damit die genutzte Fläche zu verringern. Folglich ist eine Vergütung, die sich nach der Raumgröße verbunden mit dem Eintrittspreis richtet, nicht unangemessen. Es besteht ein äquivalentes Verhältnis zwischen Raumgröße so-

wie des zu entrichtenden Eintrittsgelds, Tanzgelds oder sonstigen Entgelts einerseits und dem geldwerten Vorteil, welchen der Antragsgegner durch die Nutzung des Repertoires der Antragstellerin erzielt, andererseits.

Die Schiedsstelle hält dabei weiterhin eine Staffelung nach Raumgrößen zu jeweils 100 qm für angemessen. Am Beispiel der Clublandschaft in Berlin (Stand: 2019) zeigt sich, dass diese Einteilung sachgerecht ist. Wie aus einer im Auftrag der Clubcommission Berlin, Verband der Berliner Club-, Party-, und Kulturereignisveranstalter e.V., von der Goldmedia Gruppe durchgeführten Standortstudie hervorgeht, hatten nur 18% der Berliner Club- und Veranstaltungsorte eine Raumgröße von unter 100 qm, 25% lagen bei 100-199 qm. Im Weiteren lagen 7% bei 200-299 qm, 11% bei 300-399 qm, 11% bei 400-499 qm, 21% bei 500-999 qm und 9% bei 1.000-2.999 qm (Quelle: „Clubkultur Berlin 2019“, abrufbar unter <https://www.clubcommission.de/clubkultur-studie/>).

An diesem Beispiel zeigt sich, dass die Clubs gut in den jeweiligen Größenkategorien des Tarifs verteilt sind, so dass der Tarif die tatsächlichen Gegebenheiten sachgerecht abbildet. Anders wäre dies beispielsweise, wenn eine Überzahl der Clubs in die erste Kategorie von bis zu 100 qm fallen würde, was aber tatsächlich nicht der Fall ist.

Ein Tarif muss notwendigerweise Pauschalierungen enthalten und kann nicht jeden Einzelfall abbilden. Eine weitergehende Unterteilung würde zwar möglicherweise zu mehr Einzelfallgerechtigkeit führen können. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass eine kleinteiligere Differenzierung, etwa in Schritten zu 50 qm, den Verwaltungs- und Kontrollaufwand der Antragstellerin in nicht vertretbarem Umfang erhöhe würde. So müssten für jede 50 qm weitere, differenzierte Tarifstufen geschaffen werden. Die Kontrolleure vor Ort müssten unter Umständen genauestens die Flächen der jeweiligen Örtlichkeit überprüfen bzw. ermitteln, also ob es sich etwa um 45 qm oder um 60 qm handelt.

Es entspricht aber im Gegenteil dem Sinn und Zweck von Tarifen, viele verschiedene Sachverhalte pauschal zu erfassen. Eine zu weitgehende Staffelung würde diesem Ziel entgegenstehen und vom Aufwand her nicht mehr vertretbare Individualabrechnungen erfordern.

Des Weiteren ist die Anzahl der Regelöffnungstage bei der Vergütung angemessen zu berücksichtigen, da sie die Häufigkeit der Nutzung des Repertoires der

Antragstellerin abbildet. Der ab 01.01.2014 geltende Tarif M-CD II.2. berücksichtigt dieses Kriterium, indem er auf die Kategorien ein / zwei / drei bzw. weitere wöchentliche Regelöffnungstage abstellt.

Dennoch ist festzustellen, dass der Tarif M-CD II.2. in seinen wesentlichen Grundzügen vom Einigungsvorschlag der Schiedsstelle vom 10.04.2013 (Sch-Urh 03/12) abweicht. Wie die Schiedsstelle dort ausgeführt hatte, hält sie eine taggenaue - wenn auch diesbezüglich nicht linearisierte - Abrechnung für unangemessen, weil dies unterstellt, dass jeder einzelne Tag wie eine Einzelveranstaltung zu werten ist, was bei regelmäßigen Veranstaltungen wie z.B. die Regelöffnungstage in einer Diskothek aber gerade nicht der Fall ist. Demgegenüber ermöglicht eine Pauschalregelung den Veranstaltern von z.B. Diskotheken oder Clubs als Dauereinrichtungen auch die Öffnung an einnahmeschwachen Tagen, die ansonsten wohl eher unterbleiben würde. Dementsprechend hält die Schiedsstelle nach wie vor eine Einteilung nach Stufen von etwa bis 12, bis 18, bis 24 und über 24 Tage im Monat für angemessen. Die Antragstellerin kategorisiert in ihrem Tarif M-CD II.2. hingegen nach wöchentlichen Regelöffnungstagen in den Schritten ein, zwei, drei und weitere wöchentliche Regelöffnungstage, wobei jeweils die höchste Anzahl zugrunde zu legen ist (M-CD I.2.). Dadurch kommt es letztlich zu einer taggenauen Abrechnung, so dass Veranstalter aus wirtschaftlichen Gründen eher abgeneigt sein werden, auch an besucherschwachen Tagen zu öffnen.

Weiterhin hält die Schiedsstelle an ihrer Auffassung fest, dass als Eingangslizenzsatz für eine Raumgröße bis zu 100 qm bei bis zu 12 monatlichen Öffnungstagen und einem Eintrittsgeld von bis zu 6,00 EUR ein Betrag in Höhe von 248,00 EUR angemessen ist. Damit sich dieser als Mindestsatz anzusehende Betrag nicht weiter verringert, was zu einer Entwertung der Rechte führen könnte, und vor dem Hintergrund, dass sich der Veranstalter bei geringeren Eintrittsgeldern vermutlich zusätzlich auch aus anderen Quellen finanziert, hat die Schiedsstelle in ihrem Einigungsvorschlag Sch-Urh 03/12 auf eine weitere Staffelung nach geringeren Eintrittsgeldern (unter 6,00 EUR) verzichtet.

Demgegenüber führt die von der Antragstellerin im Tarif M-CD II.2. vorgenommene Unterteilung nach ein, zwei, drei oder weiteren wöchentlichen Öffnungstagen (siehe oben), gekoppelt mit Eintrittsgeld-Stufen von bis zu 2,00 EUR, bis 4,00 EUR, bis 6,00 EUR und je weitere 2,00 EUR im Ergebnis zu deutlich höheren Lizenzsätzen als denjenigen, welche die Schiedsstelle für angemessen erachtet hatte.

Des Weiteren geht die Schiedsstelle davon aus, dass sich ein Tarifsatz ohne eine wesentliche Veränderung der Nutzungsintensität der Höhe nach nicht maßgeblich verändern kann. Ein Tarifsatz als Ausdruck der Nutzungsintensität ist insbesondere auch – entgegen der gängigen Praxis der Antragstellerin – nicht „per se“ einer jährlichen Erhöhung zugänglich. Es handelt sich hierbei um eine im Grundsatz konstante Größe. Dem widerspricht der Tarif M-CD II.2.

Schon mit dem ab 01. Januar 2014 geltenden Tarif M-CD hat die Antragstellerin die Vergütungssätze gegenüber dem bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Tarif M-U III 1c drastisch angehoben.

Der Tarif M-U III.1c sah bis zum 31.12.2013 bei bis zu 16 Öffnungstagen im Monat und bei bis zu 100 qm Raumgröße monatlich einen Pauschalvergütungssatz von 284,81 Euro vor, unabhängig davon, ob und wieviel Eintrittsgeld erhoben wurde. Rund die Hälfte dieses Vergütungssatzes, nämlich 143,73 Euro war zusätzlich je weitere 100 qm fällig.

Im Vergleich dazu sieht der Tarif M-CD II.2. ab 01.01.2014 bei 12 Öffnungstagen im Monat und bei bis zu 100 qm Raumgröße monatlich einen Pauschalvergütungssatz von 162,36 Euro vor, wenn kein Eintrittsgeld oder bis zu 2,00 Euro Eintrittsgeld verlangt wird. Bei 16 Öffnungstagen im Monat werden ab dem 13. Öffnungstag je Öffnungstag 54,12 Euro fällig (4 x 54,12 Euro = 216,44 Euro), wenn kein Eintrittsgeld oder bis zu 2,00 Euro Eintrittsgeld verlangt wird. Geht man also von 16 Öffnungstagen im Monat und von bis zu 100 qm Raumgröße und keinem Eintrittsgeld aus, wird ein monatlicher Pauschalvergütungssatz von 378,80 Euro fällig, statt zuvor nach M-U III.1.c) 284,81 Euro.

Der Vergütungssatz hat sich also – ohne Einbeziehung des entsprechenden Einführungsrabatts gemäß M-CD II.3. - von 2013 auf 2014 um 93,99 Euro, d.h. um 33% erhöht.

Diese extreme Vergütungssteigerung wäre nur gerechtfertigt, wenn dem eine entsprechende Änderung Nutzungsintensität zugrunde läge. Sie kann auch mit einer Umstellung des Tarifsystems hin zu linearisierten Tarifen nicht mehr gerechtfertigt werden und ist daher unabhängig von etwaigen Einführungsrabatten im Ergebnis unangemessen.

Darüber hinaus erhöht die Antragstellerin weiter jährlich mit Neufassung ihres Tarifs M-CD in den Fassungen 01.01.2015, 01.01.2016 und 01.01.2017 u.s.w. ihre Vergütungssätze wie noch während der Geltung des M-U von 2002 bis 2013, obwohl man aus der Formulierung der Nachlassregelung in M-CD II.3. zur Markteinführung des Tarifs M-CD in der Fassung von 01.01.2014 auch aufgrund der enormen Vergütungssteigerung eine für die Jahre 2014 bis 2022 und darüber hinaus abschließende Vergütungsregelung der Höhe nach erwarten durfte.

Gründe für diese Preissteigerung bezogen auf den nach § 39 Abs. 1 Satz 1 VGG (bzw. nach altem Recht § 13 Abs. 3 Satz 1 UrhWG) durch die Musikverwertung erzielten geldwerten Vorteil, der als Berechnungsgrundlage für die Tarife heranzuziehen ist, sind der Schiedsstelle nicht bekannt. Vergütungserhöhende Umstände wurden von der Antragstellerin auch nicht vorgetragen.

Die Schiedsstelle geht davon aus, dass sich ohne eine wesentliche Steigerung der Nutzungsintensität der Tarifsatz nicht verändern kann. Ein Tarifsatz als Ausdruck der Nutzungsintensität ist auch keiner jährlichen Erhöhung zugänglich. Es handelt sich hierbei um eine im Grundsatz konstante Größe (siehe bereits oben).

Die in II. 2. geregelten Vergütungssätze des Tarifs M-CD vom 01.01.2014 sind nach alledem – bei regulärer Anwendung auf den Betrieb des Antragsgegners – unangemessen hoch. Darüber können auch die in II.3. des Tarifs M-CD vom 01.01.2014 geregelten Nachlässe von 80% bis 20% über einen Zeitraum von 8 Jahren nicht hinwegtäuschen.

Dem Tarif M-CD vom 01.01.2014 mangelt es schließlich insbesondere auch an Transparenz.

Für den Vergütungsverpflichteten ist die Berechnung der Vergütungssätze nach II.2 des Tarifs M-CD vom 01.01.2014 in Verbindung mit den Nachlassregelungen nach II.3 nicht nachvollziehbar, da die Höhe der Vergütungssteigerung im Vergleich zum Tarif M-U III.1.c (Stand 2012), auf die die Nachlässe gewährt werden, nicht genannt ist.

Ist die Höhe der Vergütungssteigerung zwischen dem jährlich erhöhten Vergütungssatz des Tarifs M-CD II. im Vergleich zum Tarif M-U III.1.c (Stand 2012) bekannt, muss der Nachlass, der zwischen 80% im Jahr 2014 und 20% im Jahr 2021 beträgt, aufwändig im jeweiligen Einzelfall ausgerechnet werden.

Auf der Homepage der Antragstellerin ist nur der jahresaktuelle Tarif (derzeit 2020) einsehbar; über Vergütungssätze einschließlich Nachlässe für vergütungsrelevante Nutzungen vor dem Jahr 2020 – wie hier streitgegenständlich – kann sich der Vergütungsverpflichtete nicht informieren; ihm ist es daher auch nicht möglich, die von der Antragstellerin geltend gemachten Forderungen ohne erheblichen Aufwand auf Richtigkeit zu überprüfen.

Auch die jährlichen Vergütungssteigerungen in den Folgetarifen M-CD vom 01.01.2015, 01.01.2016 und 01.01.2017 u.s.w. werden dadurch verschleiert.

- d) Die Geltendmachung des doppelten Vergütungssatzes hält die Schiedsstelle hingegen vorliegend für gerechtfertigt, wenn auch nur in entsprechend angemessener Höhe. Bei der Verletzung von Rechten der öffentlichen Wiedergabe gemäß § 15 Abs. 2 UrhG darf die Antragstellerin einen Kontrollzuschlag erheben, denn sie muss einen umfangreichen und kostspieligen Überwachungsapparat zur Aufdeckung von Urheberrechtsverletzungen unterhalten. Sie „durchforstet“ hierfür diverse Medien und führt vor Ort Kontrollen durch, was mit erheblichen Kosten verbunden ist. Dementsprechend hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Antragstellerin schon frühzeitig gestattet, ihre Kontrollkosten durch pauschale Verdoppelung der tariflichen Vergütung bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen und den einzelnen Rechtsverletzern in Rechnung zu stellen. Zwar berücksichtigt das Immateri-

algüterrecht bei der Schadensberechnung in der Regel keine allgemeinen Überwachungskosten. Die Gründung der Antragstellerin beruht jedoch auf zwingenden Erfordernissen des Urheberrechtsschutzes im Bereich des von ihr verwalteten Musikrepertoires. Urheberrechtlich geschützte Musik wird durch verschiedene Wiedergabearten an den vielfältigsten Orten in Hotels, Gaststätten, Diskotheken und anderen Einrichtungen genutzt, so dass eine Aufdeckung von Rechtsverletzungen durch den einzelnen Urheber praktisch unmöglich ist. Nur durch die Einrichtung einer besonderen Überwachungsorganisation und mit einem entsprechend hohen finanziellen Aufwand kann verhindert werden, dass der Urheberrechtsschutz in diesem Bereich weitgehend leerläuft. Die Erhebung eines pauschalen Zuschlags für ungenehmigte öffentliche Musikwiedergaben wird deshalb ausnahmsweise gebilligt, wenn weder die tarifmäßige Vergütung entrichtet noch der streitige Teil des Vergütungsbetrags gemäß § 37 VGG bzw. § 11 Abs. 2 UrhWG hinterlegt wurde. Es wäre unbillig, mit den umfangreichen Überwachungskosten die einzelnen Urheber oder – in Wege einer Tarifierhöhung – die gesetzestreuen Lizenznehmer zu belasten (BGH, Urteil vom 10. März 1972, I ZR 160/70 - Doppelte Tarifgebühr, GRUR 1973, 379 ff.).

Dass der Betrieb des Antragsgegners der Antragstellerin bekannt war, sie diesen also nicht erst recherchieren musste, ändert hieran nichts. Zum einen ist der Antragstellerin vorliegend tatsächlich Aufwand dadurch entstanden, dass ein Mitarbeiter ihres Außendienstes im verfahrensgegenständlichen Zeitraum mehrmals vor Ort war (vgl. die Kontrollberichte, vorgelegt als Anlagen AS 6 – AS 8). Dem Antragsgegner wurden dabei auch jeweils Vertragsangebote hinterlassen, wie sich aus den Kontrollberichten ergibt.

Zum anderen kann der Zuschlag für ungenehmigte öffentliche Musikwiedergaben unabhängig davon verlangt werden, ob im konkreten Fall ein besonderer Kontroll- und Überwachungsaufwand erforderlich war (BGH, Urteil vom 5. Dezember 1985, I ZR 137/83 - GEMA-Vermutung III, Leitsatz 2). Dies gilt jedenfalls in Bereichen, in denen ungenehmigte Musikwiedergaben grundsätzlich nur zeit- und kostenaufwändig zu kontrollieren sind (BGH, a.a.O., Rn. 18). Dies ist bei kleineren Diskotheken der Fall, die - wie vorliegend - in verschiedener Art und Weise urheberrechtlich geschützte Werke und Leistungen nutzen (können).

Zur Vermeidung des Kontrollkostenzuschlags hätte der Antragsgegner für die Musiknutzung jedenfalls zumindest eine Vergütung in der von ihm bisher unbeanstandeten Höhe unter Vorbehalt weiter entrichten oder hinterlegen müssen.

- e) Der von der Antragstellerin in Rechnung gestellte Zuschlag der GVL für die öffentliche Wiedergabe von Tonträgern in Diskotheken in Höhe von 26% des jeweiligen GEMA-Tarifs beruht auf § 78 UrhG i.V.m. Ziffer 3. des Tarifs der GVL für die öffentliche Wiedergabe von Tonträgern, Bildtonträgern und Sendungen vom 04.12.2008 (veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 188 vom 10.12.2008, S. 4423).
- Die Antragstellerin ist aufgrund vertraglicher Vereinbarung insoweit zum Inkasso berechtigt. Es sind keine Anhaltspunkte vorgetragen worden oder der Schiedsstelle bekannt, die Anlass zur Überprüfung der Angemessenheit der Höhe des GVL-Zuschlags geben.

III.

Die Kosten des Verfahrens haben die Antragstellerin und der Antragsgegner jeweils zu gleichen Teilen zu tragen. Dies entspricht dem Ausgang des Verfahrens. Die Anordnung einer Kostenerstattung für die notwendigen Auslagen erscheint nicht angemessen, insbesondere liegen keine Anhaltspunkte vor, die hier aus Billigkeitsgründen eine Kostenauflegung rechtfertigen würden (§ 139 Abs. 1 VGG, § 14 Abs. 1 Satz 2 UrhSchiedsV). Es verbleibt somit bei dem in bisherigen Schiedsstellenverfahren angewandten Grundsatz, dass die Beteiligten die ihnen entstandenen notwendigen Auslagen selbst zu tragen haben.

IV.

Die Beteiligten haben die Möglichkeit, innerhalb eines Monats gegen diesen Einigungsvorschlag Widerspruch einzulegen.

Die Widerspruchsfrist beginnt mit dem Tag der Zustellung zu laufen. Der Widerspruch ist schriftlich zu richten an:

Schiedsstelle nach dem Gesetz über die Wahrnehmung
von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten
durch Verwertungsgesellschaften
beim Deutschen Patent- und Markenamt,
80297 München.

Wird kein Widerspruch eingelegt, gilt der Einigungsvorschlag als angenommen und eine dem Inhalt des Vorschlags entsprechende Vereinbarung als zustande gekommen.

V.

Die Entscheidung über die Kosten kann durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung angefochten werden, auch wenn der Einigungsvorschlag angenommen wird. Der Antrag ist an das Amtsgericht München, 80097 München, zu richten.

(...)

(...)

(...)

Beschluss:

Der Streitwert wird auf (...) Euro festgesetzt.

-

(...)

(...)

(...)