



Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Hewlett Packard Gesellschaft m.b.H., Wien 12, Wienerbergstraße 41, vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft m.b.H., Wien 3, Baumannstraße 10, vertreten durch Dr. Alfred Feitsch, Rechtsanwalt in Wien, wegen Feststellung nach dem UrhG (Streitwert 36.000 EUR sA), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 16. Dezember 2011, GZ 2 R 139/11t-10, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 29. April 2011, GZ 18 Cg 214/10z-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

1. Das Verfahren wird auf Antrag der Parteien fortgesetzt.
2. Der Revision wird Folge gegeben. Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache

wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

3. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Die Klägerin vertreibt unter anderem Computer und Zubehör. Sie importiert diese Produkte nach Österreich und bringt sie als erste gewerbsmäßig in den Verkehr. Die beklagte Verwertungsgesellschaft nimmt Ansprüche auf die Leerkassettenvergütung gemäß § 42b UrhG im eigenen Namen sowie für die weiteren Verwertungsgesellschaften LSG, VDFS, VAM, VGR, VBK und Literar Mechana wahr.

Mit Wirksamkeit per 1. 10. 2010 gab die Beklagte eine Tarifverlautbarung für Leerkassettenvergütung auf Festplatten bekannt. Für die im Tarif genannten Festplatten liegt kein Gesamtvertrag zwischen der Wirtschaftskammer Österreich und den Verwertungsgesellschaften vor.

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass ein Anspruch der Beklagten gegenüber der Klägerin auf Zahlung einer Leerkassettenvergütung gemäß § 42b Abs 1 UrhG für „Festplatten in/für Desktop-Computer“, „Festplatten/Festspeicher in/für mobile(n) Computer(n), Notebooks, Netbooks, Tablets u.a.“, „Externe Festplatten“ und/oder „Externe Multimedia Festplatten ohne Recording Funktion“, insbesondere für die im Klagebegehren näher genannten, nicht bestehe. Die Beklagte habe den Anspruch auf Zahlung der Festplatten-Vergütung auch der Klägerin gegenüber erhoben. Ihre Tarifveröffentlichung sehe für die im Klagebegehren genannten Produktkategorien nach Speicherkapazität

gestaffelte Tarife vor, ohne diese Produkte zu definieren und ohne zwischen Geräten, die von natürlichen Personen für private Zwecke verwendet werden und anderen Geräten zu unterscheiden, und ohne die Höhe der begehrten Vergütung zu erläutern. Die Klägerin könne bei erstmaligem Inverkehrbringen ihrer Produkte nicht wissen, wer die Endkunden seien und ob die Produkte etwa zuletzt von natürlichen Personen für private Zwecke eingesetzt werden. Fest stehe, dass die Produkte der Klägerin - abgesehen von Zweifelsfällen - in die Tarifkategorien fallen. Dies widerspreche der vom Obersten Gerichtshof zu 4 Ob 115/05y-Gericom gefällten Entscheidung, wonach zwar für das in MP3-Playern integrierte Trägermaterial eine Vergütungspflicht nach § 42b Abs 1 UrhG bestehe, nicht aber für PCs (und deren Festplatten). Die gesetzliche Regelung sei unverändert geblieben, weil der Gesetzgeber offenbar keinen Anlass zu einer Novellierung gesehen habe. Dem von der Beklagten erhobenen Anspruch auf Vergütung für Festplatten fehle daher eine Rechtsgrundlage im nationalen Recht. Der Tarif sei aber auch gemeinschaftsrechtswidrig, weil der EuGH in der Rs C-467/08, Padawan, entschieden habe, dass die unterschiedslose Anwendung der Abgabe auf Speichermedien, die nicht (nur) privaten Nutzern überlassen würden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten seien, nicht mit der Richtlinie 2001/29 (Info-RL) vereinbar sei. Die von der Beklagten vorgesehene Rückvergütungsregelung sei nicht effektiv und könne die Richtlinienkonformität nicht herstellen. Im Übrigen erfolge auch die Verteilung der Leerkassettenvergütung, die nur zu 50 % an die Rechteinhaber verteilt werde, gemeinschaftsrechtswidrig. Die Klägerin habe ein Feststellungsinteresse im Sinn von § 228 ZPO.

Die Beklagte bestritt das Feststellungsbegehren. Computer-Festplatten seien Trägermaterial im Sinne der Legaldefinition des § 42b UrhG, seien sie doch „unbespielte Bild- oder Schallträger, die für solche Vervielfältigungen geeignet sind, ...“. Schon in der zu 4 Ob 115/05y (- Gericom) ergangenen Entscheidung habe sich der Oberste Gerichtshof mit dem Thema der Multifunktionalität digitaler Speichermedien befasst, doch sei die Verwendung von Computern im Multimedia-Bereich vom heutigen Standard noch weit entfernt gewesen. Abgesehen davon, dass die vom Obersten Gerichtshof getroffenen Aussagen zu Computer-Festplatten auf Kritik gestoßen seien, hätten sich die technischen Verhältnisse seit dieser Entscheidung grundlegend verändert. Während analoge Speichermedien vom Markt zunehmend verschwänden, würden Festplatten von PCs immer mehr dazu verwendet, urheberrechtlich geschützte Audio- oder Video-Inhalte privat zu vervielfältigen. Eine neue Beurteilung sei erforderlich. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht führe die Ausnahme einer ganzen Gattung von Trägermaterial, das im beachtlichen Ausmaß für Vervielfältigungen verwendet werde, zu einer „Lücke“ bei der Entschädigung der Urheber, die mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben (der Unverletzlichkeit des Eigentums) unvereinbar wäre. In europarechtlicher Hinsicht ergebe sich aus dem Urteil des EuGH C-467/08, Padawan, dass es auf die vom Obersten Gerichtshof in der Gericom-Entscheidung herangezogenen Kriterien, nämlich ob zu einem gewichtigen und nicht zu vernachlässigenden Teil eine Nutzung stattfinde bzw diese in weit überwiegendem Maß für Vervielfältigungen erfolge, nicht ankomme. Vielmehr sei es nicht erforderlich nachzuweisen, dass natürliche Personen, denen die fraglichen Anlagen zu privaten Zwecken

überlassen worden seien, mit Hilfe dieser Geräte tatsächlich Privatkopien angefertigt und somit dem Urheber des geschützten Werks tatsächlich einen Nachteil zugefügt haben, weil bei diesen natürlichen Personen rechtmäßig vermutet werde, dass sie diese Überlassung vollständig ausschöpfen, also auch die Vervielfältigungsfunktion nutzen. Daraus folgere der EuGH, dass allein die technische Fähigkeit dieser Anlagen, Kopien zu fertigen, ausreiche, um die Anwendung der Abgabe für Privatkopien zu rechtfertigen, sofern diese Anlagen oder Geräte natürlichen Personen als privaten Nutzern überlassen worden seien. Dass nach der europarechtlichen Judikatur nur die für den privaten Gebrauch von natürlichen Personen erworbenen Computer-Festplatten unter Gebührenpflicht zu stellen seien, berücksichtige die Beklagte mit der Möglichkeit von Freistellungserklärungen und einem Rückzahlungsmodell.

Das Erstgericht gab der Klage statt. Die Aussagen des Gericom-Urteils seien auch auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, zumal Festplatten für Computer nach wie vor in wirtschaftlich nicht zu vernachlässigendem Ausmaß multifunktional verwendet würden. Eine allenfalls erforderliche Rechtsfortbildung sei vom Gesetzgeber und nicht von den Gerichten vorzunehmen.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision im Hinblick auf die an der Entscheidung 4 Ob 115/05y (- Gericom) in der Lehre geübten Kritik und den zwischenzeitigen technischen Wandel zulässig sei. Es sei notorisch, dass Festplatten/Festspeicher in/für Computer (Computerfestplatten) unter anderem auch dafür geeignet und bestimmt seien, urheberrechtlich geschützte Werke wie Musikdateien und Filme für den privaten Gebrauch zu

vervielfältigen, dass analoge Musikkassetten und Videokassetten im Verschwinden begriffen seien und sukzessive durch digitale Speichermedien ersetzt würden, dass Geräte, in denen digitale Speichermedien eingesetzt würden, heute in aller Regel über eine Unzahl von Funktionen verfügten und multifunktional genutzt würden, dass die Speicherkapazitäten seit dem Jahr 2005 enorm erweitert worden seien und daher in wirtschaftlich bedeutsamem Ausmaß die Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Werken ermöglichten, wobei diese Möglichkeiten auch in einem wirtschaftlich bedeutsamen Ausmaß genutzt würden. In Übereinstimmung mit der europarechtlichen Judikatur sei davon auszugehen, dass bei der Verwendung von Trägermaterial nicht die tatsächliche Nutzung im Einzelfall, sondern der mutmaßliche Gebrauch für private Vervielfältigungen von Relevanz sei. Im Hinblick auf Art 5 Abs 2 lit b der Richtlinie 2001/29/EG reiche es aus, wenn Mitgliedstaaten auf ein mutmaßliches Ausmaß der Herstellung von Privatkopien unter den Nutzern technisch dazu fähiger Geräte abstellten und darauf, inwieweit ein Speichermedium typischerweise tatsächlich für Vervielfältigungen genutzt werde. Diesbezüglich lasse sich die Annahme, der neben Betriebssystem und Zusatzsoftware frei bleibende Speicher würde gerade für (legale) Kopien geschützter Werke zum eigenen oder privaten Gebrauch genutzt, bei PC-Festplatten weit weniger auf eine typische Realität stützen als bei CD- und DVD-Rohlingen und MP3-Playern, weil auf PC-Festplatten eben auch erworbene Spiele, sonstige Applikationen, entgeltlich aus Webshops heruntergeladene Musikstücke, sowie selbst aufgenommene Fotos und Videos gespeichert, oder aber Raubkopien gesammelt würden, wobei es sich in all diesen Fällen um keine Anwendungsfälle der

Trägermaterialvergütung handle. Nach der immer noch zutreffenden oberstgerichtlichen Judikatur unterlägen deshalb PC-Festplatten nicht der Leerkassettenvergütung. Diese Sichtweise sei auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht bedenklich.

In ihrer Revision macht die Beklagte geltend, die Vorinstanzen hätten die Entwicklung nach der Gericom-Entscheidung unzutreffend beurteilt. Hielte man trotz der ständig fortschreitenden technischen Entwicklung (Ersetzung von monofunktional genutztem Trägermaterial durch multifunktional nutzbares) an der Multifunktionalität als Ausschlussgrund von der Vergütungspflicht nach § 42b Abs 1 UrhG fest, würde diese Bestimmung weitestgehend ihren Anwendungsbereich verlieren. Es käme zu einem verfassungswidrigen Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum und einem europarechtswidrigen Verstoß gegen Art 5 Abs 2 lit b der Info-RL. Die Multifunktionalität des vom Wortlaut des § 42b Abs 1 UrhG erfassten Trägermaterials sei kein Ausschlussgrund hinsichtlich der Vergütungspflicht; sie könne hingegen bei der nach § 42b Abs 4 UrhG vorzunehmenden Bemessung der Vergütung berücksichtigt werden. Die Beklagte regte im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 42 und 42b UrhG eine Antragstellung nach Art 89 Abs 2 B-VG beim Verfassungsgerichtshof an.

Die Klägerin beantragte in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision der Beklagten nicht Folge zu geben.

Aus Anlass der Revision hat der Senat das Verfahren mit Beschluss vom 12. Juni 2012, 4 Ob 43/12w, bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über das vom Obersten Gerichtshof zu 4 Ob 79/11p gestellte Vorabentscheidungsersuchen - in welchem er eine Reihe von

Fragen zur Auslegung des in Art 5 Abs 2 lit b der RL 2001/29/EG geforderten „gerechten Ausgleichs“ formulierte, die auch bei Anwendung der österreichischen Bestimmungen über die Leerkassettenvergütung von Bedeutung sind - unterbrochen.

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 11. Juli 2013, C-521/11, Amazon, unter anderem ausgesprochen wie folgt:

„1. Art 5 Abs 2 Buchst b der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft ist dahin auszulegen, dass er der Regelung eines Mitgliedstaats, nach der eine Abgabe für Privatkopien unterschiedslos beim ersten gewerbsmäßigen und entgeltlichen Inverkehrbringen von zur Vervielfältigung geeignetem Trägermaterial in seinem Hoheitsgebiet angewandt wird und die zugleich einen Anspruch auf Rückerstattung der gezahlten Abgaben vorsieht, falls die Endnutzung des Trägermaterials nicht von dem in dieser Vorschrift geregelten Fall erfasst wird, nicht entgegensteht, wenn, was das vorlegende Gericht unter Berücksichtigung der besonderen Umstände jeder nationalen Regelung und der durch die Richtlinie vorgegebenen Grenzen zu prüfen hat, praktische Schwierigkeiten eine solche Regelung zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs rechtfertigen und wenn der Rückerstattungsanspruch wirksam ist und keine übermäßige Erschwernis bei der Erstattung der gezahlten Abgabe mit sich bringt.

2. Art 5 Abs 2 Buchst b der Richtlinie 2001/29 ist dahin auszulegen, dass er im Rahmen einer Regelung zur Finanzierung des in dieser Vorschrift vorgesehenen gerechten

Ausgleichs durch eine Abgabe für Privatkopien zulasten von Personen, die zur Vervielfältigung geeignetes Trägermaterial im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats als Erste gewerbsmäßig und entgeltlich in Verkehr bringen, diesen Mitgliedstaat nicht daran hindert, eine widerlegbare Vermutung für den privaten Gebrauch dieses Trägermaterials im Fall seines Inverkehrbringens an natürliche Personen aufzustellen, sofern praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung des privaten Zwecks der Nutzung des fraglichen Trägermaterials die Aufstellung einer solchen Vermutung rechtfertigen und soweit die vorgesehene Vermutung nicht dazu führt, dass die Abgabe für Privatkopien in Fällen auferlegt wird, in denen der Endnutzer des Trägermaterials offenkundig nicht von dem in dieser Vorschrift geregelten Fall erfasst wird.

3. Art 5 Abs 2 Buchst b der Richtlinie 2001/29 ist dahin auszulegen, dass dem in dieser Vorschrift geregelten Anspruch auf einen gerechten Ausgleich oder der zur Finanzierung dieses Ausgleichs bestimmten Abgabe für Privatkopien nicht entgegenstehen kann, dass die Hälfte des Erlöses dieses Ausgleichs oder dieser Abgabe nicht unmittelbar an die Bezugsberechtigten ausgezahlt wird, sondern an zu ihren Gunsten geschaffene soziale und kulturelle Einrichtungen, sofern diese sozialen und kulturellen Einrichtungen tatsächlich den Berechtigten zugutekommen und die Funktionsmodalitäten dieser Einrichtungen nicht diskriminierend sind, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist.“

Im Anlassverfahren des Vorabentscheidungsersuchens hob der Senat mit Beschluss vom 27. August 2013 zu 4 Ob 142/13f die Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen

Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Dem Erstgericht wurde unter anderem aufgetragen, den Parteien Gelegenheit zu geben, ein Vorbringen zu dem vom EuGH genannten Voraussetzungen für die unionsrechtliche Zulässigkeit des in § 42b Abs 3 Z 1 enthaltenen Regelungsmodells zu erstatten. Insbesondere sei darzulegen, warum „praktische Schwierigkeiten“ ein undifferenziertes Anknüpfen (schon) am Import erforderten und nicht eine Zahlungspflicht jenes Unternehmens ausreiche, das - ob selbst Importeur oder nicht - Trägermaterial entgeltlich an einen privaten Endnutzer abgebe. Selbst wenn diese Frage bejaht werde, bliebe darüber hinaus zu prüfen, ob das System der Rückvergütung (§ 42b Abs 6 UrhG) und die Möglichkeit der Vorabfreistellung wirksam, verfügbar, bekannt und einfach zu nutzen seien. Das Erstgericht habe zu prüfen, ob praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung des privaten Zwecks der Nutzung von Trägermaterial bestünden, welche die Vermutung der privaten Nutzung - und daher eine nicht vom Nachweis einer solchen Nutzung abhängige Rechnungslegungs- und Zahlungspflicht - unionsrechtlich zulässig machen könnten. Weiters sei zu prüfen, ob das System der Rückvergütung (§ 42b Abs 6 UrhG) und die allfällige Möglichkeit der Vorabfreistellung wirksam, verfügbar, bekannt und einfach zu nutzen sei; und schließlich, ob die mit der Trägervergütung finanzierten sozialen und kulturellen Einrichtungen (§ 13 Abs 2 VerwGesG) tatsächlich den Berechtigten zugutekämen und die Funktionsmodalitäten dieser Einrichtungen nicht diskriminierend seien (im Einzelnen siehe dazu 4 Ob 142/13f).

Nach Einlangen der genannten Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs haben die

Parteien dieses Verfahrens die Fortsetzung des Verfahrens beantragt. Dem war zu entsprechen.

Die Revision der Beklagten ist zulässig und im Sinn des Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1. Im vorliegenden Fall fehlt es ebenfalls an den im Sinn der Entscheidung 4 Ob 142/13f relevanten Feststellungen der Tatsacheninstanzen. Jedoch ist hier zunächst die grundlegende Frage zu lösen, ob - insbesondere aufgrund der seit der Entscheidung 4 Ob 115/05y (- Gericom) stattgefundenen technischen Entwicklung und der mittlerweile ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs - nunmehr von einer grundsätzlichen Vergütungspflicht gemäß § 42b Abs 1 UrhG im Zusammenhang mit Computer-Festplatten auszugehen ist.

2. Gemäß § 42b Abs 1 UrhG hat der Urheber Anspruch auf eine angemessene Vergütung (Leerkassettenvergütung), wenn von einem Werk, das durch Rundfunk gesendet, der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt oder auf einem zu Handelszwecken hergestellten Bild- oder Schallträger festgehalten worden ist, seiner Art nach zu erwarten ist, dass es durch Festhalten auf einem Bild- oder Schallträger nach § 42 Abs 2 bis 7 zum eigenen oder privaten Gebrauch vervielfältigt wird, und wenn Trägermaterial im Inland gewerbsmäßig entgeltlich in den Verkehr kommt; als Trägermaterial gelten unbespielte Bild- oder Schallträger, die für solche Vervielfältigungen geeignet sind, oder andere Bild- oder Schallträger, die hiefür bestimmt sind.

Gemäß § 42b Abs 3 Z 1 UrhG hat die Leerkassettenvergütung derjenige zu leisten, der das Trägermaterial von einer im In- oder im Ausland gelegenen Stelle aus als erster gewerbsmäßig entgeltlich in den Verkehr bringt; wer das Trägermaterial beziehungsweise das

Vervielfältigungsgerät im Inland gewerbsmäßig entgeltlich, jedoch nicht als erster in den Verkehr bringt oder feil hält, haftet wie ein Bürge und Zahler.

Grundlage dieser Bestimmung ist Art 5 Abs 2 lit b RL 2001/29/EG (Info-RL). Danach können die Mitgliedstaaten Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht oder Beschränkungen desselben in Bezug auf Vervielfältigung auf beliebigen Trägern durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch und weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke vorsehen; dies unter der Bedingung, dass die Rechteinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten, wobei berücksichtigt wird, ob technische Maßnahmen gemäß Artikel 6 auf das betreffende Werk oder den betreffenden Schutzgegenstand angewendet wurden. Österreich hat von der Möglichkeit, eine solche freie Werknutzung zu gestatten, Gebrauch gemacht (§ 42 Abs 4 UrhG). Die Regelungen zur Trägervergütung haben den Zweck, den aus diesem Grund erforderlichen „gerechten Ausgleich“ für die Rechteinhaber sicherzustellen.

3. In der Entscheidung 4 Ob 115/05y - Gericom hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, externe oder interne Festplatten würden regelmäßig zu einem gewichtigen und nicht zu vernachlässigenden Teil auf eine Weise genutzt, die mit der Abgeltung für die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch in keinerlei Zusammenhang stehe. Für Festplatten von Computern sei daher keine Vergütung nach § 42b Abs 1 UrhG zu leisten.

4. Die genannte Entscheidung hat in der Lehre geteilte Aufnahme gefunden. *Dittrich* (ÖBl 2006/8, 35) sowie zuletzt *Zib/Nitsch* (MR Beil. zu Heft 2/2011, 1) stimmten der Entscheidung im Ergebnis zu, während sich *Walter* (Österreichisches Urheberrecht - Handbuch I Rz 769; MR,

Beil. zu Heft 2/2012, 1) und *Karl* (MR 2006, 141) kritisch äußerten. Das Ausschlusskriterium der Multifunktionalität stehe im Widerspruch zu Art 5 Abs 2 lit b Info-RL. Für die Trägervergütung für Festplatten sprachen sich auch *Dillenz/Gutmann*, Praxiskommentar UrhR² § 42b Rz 8) aus (vgl auch *Staudegger*, Die Urheberrechtsabgabe auf Speichermedien und der „gerechte Ausgleich“ im europäischen Urheberrecht, JusIT 2011, 1).

5. Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 21. 10. 2010, C-467/08, *Padawan*, ausgesprochen, dass der Begriff „gerechter Ausgleich“ in Art 5 Abs 2 lit b der Info-RL ein autonomer Begriff des Unionsrechts sei, der in allen Mitgliedstaaten, die eine Ausnahme für Privatkopien eingeführt hätten, einheitlich auszulegen sei, unabhängig von der Befugnis, innerhalb der vom Unionsrecht, insbesondere von dieser Richtlinie, auferlegten Grenzen die Form, die Art und Weise der Finanzierung und Erhebung sowie die Höhe dieses gerechten Ausgleichs festzulegen. Der gerechte Ausgleich sei zwingend auf der Grundlage des „Schadens“ zu berechnen, der den Urhebern geschützter Werke infolge der Einführung der Ausnahme für Privatkopien entstanden sei. Ein System der Finanzierung des gerechten Ausgleichs sei nur dann mit den Anforderungen des „gerechten Ausgleichs“ vereinbar, wenn die fraglichen Anlagen, Geräte und Medien zur Vervielfältigung zur Anfertigung von Privatkopien genutzt werden könnten und daher dem Urheber des geschützten Werks durch sie ein Schaden entstehen könne.

6. In der Entscheidung vom 16. 6. 2011, C-462/09, *ThuisKopie*, führte der EuGH aus, dass ein Mitgliedstaat, der die Privatkopieausnahme in seinem nationalen Recht eingeführt habe, zur wirksamen Erhebung des gerechten Ausgleichs verpflichtet sei, wobei eine

Ergebnispflicht bestehe (Rz 33-36). Die Entscheidung C-521/11, Amazon, ergänzt diese Pflicht noch um jene, Schwierigkeiten bei der Erhebung des gerechten Ausgleichs unter Berücksichtigung der besonderen Umstände jedes Einzelfalls zu überwinden.

7. Erwägungsgrund 35 der Info-RL führt zum „gerechten Ausgleich“ aus, in bestimmten Situationen, in denen dem Rechtsinhaber nur ein geringfügiger Nachteil entstünde, könne sich gegebenenfalls keine Zahlungsverpflichtung ergeben (vgl auch EuGH C-467/08, Padawan, Rz 39). Wenn die Entscheidung 4 Ob 115/05y (- Gericom) Computer-Festplatten von der Vergütungspflicht ausnahm, weil diese regelmäßig zu einem „gewichtigen und nicht zu vernachlässigenden Teil“ auf eine Weise genutzt werden (können), die mit der Abgeltung für die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch in keinerlei Zusammenhang steht - anders betrachtet: Weil sie in der Regel nur zu einem unbedeutenden Teil für Zwecke der Vervielfältigung zum eigenen und privaten Gebrauch verwendet werden -, so konnte dies im Sinn des zitierten Erwägungsgrundes darin eine Rechtfertigung finden, dass durch diesen unbedeutenden Anteil der Verwendung von Computer-Festplatten für vergütungspflichtige Zwecke den Rechtsinhabern nur ein geringfügiger Nachteil entstand.

8. Auch die Entscheidung 4 Ob 115/05y (- Gericom) erkannte freilich an, dass der Wortlaut des § 42b Abs 1 UrhG auch die - hier wie dort klagsgegenständlichen - Computer-Festplatten erfasst, handelt es sich dabei doch um Bild- bzw Schallträger, die für Vervielfältigungen von vergütungspflichtigem Material geeignet bzw bestimmt sind und auch in einem nicht nur völlig untergeordneten Umfang verwendet wird (vgl Walter,

MR 2012, 1). Nun ist aber notorisch, dass analoge Speichermedien mittlerweile im Verschwinden begriffen sind und sukzessive durch digitale Speichermedien ersetzt werden, deren Speicherkapazitäten seit dem Jahr 2005 enorm erweitert wurden, und die auch in wirtschaftlich bedeutendem Ausmaß zur Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Werken genutzt werden. Daher ist fraglich, ob noch immer angenommen werden kann, dass die Rechteinhaber durch die Verwendung von Festplatten zur freien Vervielfältigung einen bloß „geringfügigen Nachteil“ erleiden, sodass die sonst bestehende Vergütungspflicht nicht auf diese Medien zu erstrecken ist. Dazu werden weitere Feststellungen erforderlich sein (siehe unten 12.). Der bloße Umstand, dass Festplatten auch zu anderen Zwecken genutzt werden können und offenbar auch tatsächlich genutzt werden - also die „Multifunktionalität“ dieser Speichermedien - schließt das Bestehen der Vergütungspflicht demgegenüber nicht aus, denn den oben dargestellten Entscheidungen des EuGH lässt sich ein solches Kriterium nicht entnehmen. Sie knüpfen vielmehr ausschließlich am „Schaden“ an, den die Rechteinhaber durch die nach Art 5 Abs 2 lit b Info-RL zulässigen Vervielfältigungen erleiden (vgl. *Walter*, MR, Beil. zu Heft 2/2012, 1 [12]; *derselbe*, Die Leerkassettenvergütung nach österreichischen Urheberrecht vor dem Hintergrund der „SGAE/Padawan“-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union, FS *Griss* [2011] 693). Dieser Schaden hängt aber nicht davon ab, ob und in welchem Ausmaß ein Trägermedium neben einer (nicht bloß geringfügigen) Nutzung für vergütungsrelevante Zwecke auch noch zu anderen Zwecken (etwa zur Speicherung erworbener Programme oder selbst aufgenommener Fotos) verwendet wird. Die potentielle oder auch tatsächliche

Multifunktionalität von Festplatten steht der Vergütung daher nicht entgegen. Soweit der Entscheidung 4 Ob 115/05y (- Gericom) Gegenteiliges entnommen werden kann, ist sie im Licht der jüngeren Rechtsprechung des EuGH nicht aufrecht zu erhalten.

9. Die Beklagte brachte auf Basis einer Studie vor, von den rund 11 Mio Festplatten in österreichischen Haushalten würden rund 5,3 Mio für die Speicherung von urheberrechtlich geschützten Audio- oder Video-Inhalten verwendet, auf rund 59,5 % aller Desktop-PCs befänden sich urheberrechtlich geschützte Audio- oder Video-Inhalte, die durchschnittliche Anzahl der gespeicherten Musikstücke auf einem Desktop-PC betrage 2.150 Stück, davon seien im Durchschnitt 1.677 Musikstücke urheberrechtlich geschützt, die durchschnittliche Anzahl der gespeicherten Videos auf dem Desktop-PC betrage 183 Stück, davon seien im Durchschnitt 42 Videos urheberrechtlich geschützt, 12 % der PC-User, die Musik auf der internen Festplatte des PCs gespeichert haben, hätten mehr als 5.000 Musikstücke gespeichert, 6 % hätten 10.000 oder mehr Musikstücke gespeichert, die Spannweite der Messung reiche bis zu 36.246 Musikstücke, 31 % der User, die Musik auf einer externen Festplatte gespeichert haben, hätten mehr als 5.000 Musikstücke gespeichert, 21 % hätten 10.000 oder mehr Musikstücke gespeichert und 13 % mehr als 20.000, die Spannweite der Messung reiche bis zu 150.158 gespeicherte Musikstücke.

Die Klägerin äußerte sich dazu (auch) in ihrer Revisionsbeantwortung dahingehend, selbst die von der Beklagten präsentierten Studienergebnisse würden zeigen, dass „urheberrechtlich geschütztes“ Material nur einen Bruchteil des Speicherplatzes der Festplatten belege.

10. Dem ist zunächst entgegen zu halten, dass auch die Nutzung nur eines solchen „Bruchteils“ angesichts der notorischen Zunahme der Speicherkapazität einen nicht mehr geringfügigen Nachteil für die Rechteinhaber bewirken und damit die Vergütungspflicht auslösen kann. Zwar kann eine generelle Vergütungspflicht auch Käufer von Computer-Festplatten treffen, die diese überhaupt nicht zur Speicherung von vergütungsrelevanten Inhalten verwenden. Das kann seine Rechtfertigung aber in den Schwierigkeiten der Einzelerfassung der Vervielfältigungen vergütungspflichtigen Trägermaterials finden. Solche „praktischen Schwierigkeiten“ hat der EuGH auch in anderem Zusammenhang als Rechtfertigung für eine an typischen Fallgestaltungen anknüpfende Regelung gesehen (EuGH Rs C-521/11, Amazon; vgl auch dBVerfG, GRUR 1997, 124 zur Betreibervergütung für Kopiergeräte). Eine nutzungsunabhängige Pauschalvergütung ist etwa auch die Rundfunkgebühr gemäß § 2 Abs 1 Rundfunkgebührengesetz, die bloß auf den Betrieb oder die Betriebsbereitschaft einer Rundfunkempfangseinrichtung abstellt und unabhängig davon anfällt, ob das Gerät tatsächlich benützt wird. Dies wird auch vom Verfassungsgerichtshof anerkannt (vgl VfGH G85/05 ua). Die Vergütungspflicht nach § 42b UrhG ist damit vergleichbar; eine Durchschnittsbetrachtung ist daher auch hier zulässig.

11. Im konkreten Fall mag zutreffen, dass Computerfestplatten - immer noch - überwiegend für die Speicherung von nicht vergütungspflichtigem Material verwendet werden. Dennoch würde die von der Beklagten vorgebrachte vergütungspflichtige Nutzung von Festplatten ausreichen, um die Schwelle des „geringfügigen Nachteils“ im Sinn von Erwägungsgrund 35 der Info-RL zu überschreiten.

Auch wenn tatsächlich - im Einklang mit dem Vorbringen der Beklagten - etwa die Hälfte der in Haushalten vorhandenen Festplatten überhaupt nicht zur Speicherung von vergütungsrelevanten Inhalten verwendet wird, ändert dies nichts daran, dass sich aus den von der Beklagten vorgebrachten Daten aufgrund der vorzunehmenden Durchschnittsbetrachtung bzw typisierten Betrachtungsweise (vgl *Walter* in FS *Griss* [2011] 693 [704]) eine Nutzung von Computer-Festplatten in relevantem Ausmaß ergibt. Ob dies auch bei einer deutlich höheren Zahl an überhaupt nicht für vergütungsrelevante Zwecke genutzten Festplatten gelten würde, ist hier nicht zu entscheiden.

12. Ob Computer-Festplatten tatsächlich in dem von der Beklagten vorgebrachten Ausmaß für die Speicherung von urheberrechtlich geschütztem Material verwendet werden, wird diese im fortgesetzten Verfahren zu beweisen haben. Das Erstgericht wird diesbezüglich gegebenenfalls ein Sachverständigen-Gutachten einzuholen haben.

13. Es ist somit - falls sich die Tatsachenbehauptungen der Beklagten im Wesentlichen als zutreffend erweisen sollten - grundsätzlich von einer Vergütungspflicht im Sinn von § 42b Abs 1 UrhG in Bezug auf Computer-Festplatten auszugehen. Deren Multifunktionalität wird allerdings bei der nach § 42b Abs 4 vorzunehmenden Bemessung der Vergütung zu berücksichtigen sein (so auch *Karl*, Multifunktionale Speicherträger im Lichte des Gericom-Urteils, MR 2006, 141).

14. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Vergütungssystem des § 42b UrhG - insbesondere im Zusammenhang mit der Rückvergütung nach § 42b Abs 6 UrhG - als „gerechter Ausgleich“ iSv Art 5 Abs 2 lit b

RL 2001/29/EG (Info-RL) gelten kann, wird zudem erst nach Vorliegen der vom Erstgericht auch in diesem Verfahren im Sinn der Entscheidung 4 Ob 142/13f zu treffenden Feststellungen beurteilt werden können. Das Erstgericht wird mit den Parteien eine insofern möglichst verfahrensökonomische Vorgangsweise zu erörtern haben.

15. Bereits jetzt kann jedoch vorweggenommen werden, dass „hinreichende praktische Schwierigkeiten“ bei der Identifizierung und Verpflichtung der privaten Nutzer zur Zahlung des Ausgleichs nicht schon deswegen zu verneinen sind, weil sie „hausgemacht“ seien, wie die Klägerin in ihrem Fortsetzungsantrag vorbringt. Der EuGH hat in der Entscheidung C-467/08, Padawan, festgehalten, dass dem Gesetzgeber der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des Systems eines „gerechten Ausgleichs“ sowie in Bezug auf die Höhe der zu leistenden angemessenen Vergütung ein verhältnismäßig weiter Gestaltungsspielraum offen steht. Es ist daher grundsätzlich von der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Einrichtung eines derartigen Rückvergütungssystems auszugehen (vgl 4 Ob 79/11p). Zu prüfen wird aber sein, ob das nationale Vergütungssystem dazu geeignet ist, die notwendige Differenzierung zwischen den abgabepflichtigen privaten Nutzern und sonstigen Erwerbern zu treffen (vgl *Anderl/Grama*, Leerkassettenvergütung auf dem Prüfstand, *ecolex* 2013, 640; *Boka/Hübner*, Die österreichische Urheberrechtsabgabe - „Gerechter Ausgleich“ im Sinne des europäischen Urheberrechts? *Ecolex* 2012, 1085).

16. Nach herrschender Ansicht trägt jede Partei die Beweislast für das Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm (*Rechberger* in *Fasching/Konecny*², Vor § 266 ZPO Rz 32 mwN). Diese

allgemeine Beweislastregel gilt auch für negative Feststellungsklagen; die äußere Parteistellung ist damit für die Beweislastregelung nicht entscheidend (*Fasching* in *Fasching/Konecny*², § 228 ZPO Rz 32).

Im vorliegenden Fall hat daher die Beklagte die Voraussetzungen des Vergütungssystems nach § 42b UrhG und insbesondere dessen Unionsrechtskonformität zu behaupten und zu beweisen.

17. Die Rechtssache ist daher noch nicht spruchreif. Der Revision der Beklagten war somit Folge zu geben, die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung - Feststellungen zum Ausmaß der Nutzung von Computer-Festplatten für die Speicherung urheberrechtlich geschützten Materials sowie Feststellungen zur Beurteilung der Unionsrechtskonformität des Vergütungssystems nach § 42b UrhG - zurückzuverweisen.

18. Die Kostenentscheidung gründet auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 17. Dezember 2013
Dr. S c h e n k
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG