



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Musger, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Rassi als weitere Richter in den verbundenen Rechtssachen der klagenden Partei A***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Hon.-Prof. Dr. Michel Walter, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. A***** Inc, *****, 2. A***** S.à.r.l., *****, 3. A***** GmbH, *****, 4. A***** GmbH in Liquidation, *****, 5. A***** L***** GmbH, *****, alle vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 1.856.275 EUR sA sowie Rechnungslegung und Zahlung eines noch unbestimmten Geldbetrags, über die Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien vom 28. Dezember 2015, GZ 15 R 186/15f-123, mit welchem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 25. August 2015, GZ 29 Cg 25/14t-119, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

A. Die Entscheidung über das gegen die zweitbeklagte Partei erhobene Begehren wird dahin abgeändert, dass sie als Teilurteil lautet:

„1. Die zweitbeklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei über das ab Beginn ihrer Geschäftstätigkeit, das ist der 8. 6. 2004, allein und/oder im Zusammenwirken mit den anderen beklagten Parteien gewerbsmäßig und entgeltlich erstmals im Inland in den Verkehr gebrachte Trägermaterial, nämlich Audio oder Video, analog oder digital, Ausführung wie Kasette, DAT-Band, Mini-Disc, Audio-CD, Daten CD-R/W, DVD, Speicherchips und -karten oder Memory Sticks für MP3-Player, Festplatten in

MP3-Jukeboxes, USB-Sticks oder ähnliches Trägermaterial, *soweit das Material an Zwischenhändler oder natürliche Personen, die das Material nicht erkennbar für ein Unternehmen bestellt hatten, geliefert wurde*, richtig und vollständig Rechnung zu legen, und zwar unter Angabe der Stückzahlen und der Art des Trägermaterials, der jeweiligen Marke und der Spieldauer (Speicherkapazität), nach Kalenderjahren aufgliedert und getrennt nach Lieferungen an inländische Händler (samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift) und an natürliche Personen.

2. Das Begehren, die zweitbeklagte Partei zu einer weitergehenden Rechnungslegung zu verpflichten, wird abgewiesen.

3. Die Entscheidung über das unbestimmte Zahlungsbegehren bleibt vorbehalten.“

Die Kosten des Verfahrens zwischen der klagenden und der zweitbeklagten Partei werden gegeneinander aufgehoben. Die zweitbeklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei einen mit 1.317,33 EUR bestimmten Anteil ihrer Barauslagen zu ersetzen. Die klagende Partei ist schuldig, der zweitbeklagten Partei einen mit 277,50 EUR bestimmten Anteil ihrer Barauslagen zu ersetzen.

B. Die Entscheidung über das gegen die erst-, dritt-, viert- und fünftbeklagte Partei erhobene Begehren wird teilweise dahin abgeändert, dass sie einschließlich der bestätigten Teile als Teil- und Teilzwischenurteil lautet:

„1. Die erst-, dritt-, viert- und fünftbeklagte Partei sind schuldig, der klagenden Partei über das ab Beginn ihrer Geschäftstätigkeit allein und/oder im Zusammenwirken mit den anderen beklagten Parteien gewerbsmäßig und entgeltlich erstmals im Inland in den Verkehr gebrachte

Trägermaterial, nämlich Audio oder Video, analog oder digital, Ausführung wie Kasette, DAT-Band, Mini-Disc, Audio-CD, Daten CD-R/W, DVD, Speicherchips und -karten oder Memory Sticks für MP3-Player, Festplatten in MP3-Jukeboxes, USB-Sticks oder ähnliches Trägermaterial, richtig und vollständig Rechnung zu legen, und zwar

a. für die Zeit von 1. 1. 2002 bis 21. 12. 2002:

unter Angabe der Stückzahlen und der Art des Trägermaterials, der jeweiligen Marke und der Spieldauer (Speicherkapazität), nach Kalenderjahren und nach Lieferungen an inländische Händler (samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift) und nach Lieferungen an Letztverbraucher getrennt, und zwar – soweit es sich dabei um Unternehmen handelt – samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift;

b. für die Zeit von 22. 12. 2002 bis 31. 12. 2003 und von 1. 7. 2004 bis 9. 4. 2010, die viertbeklagte Partei jedoch nur bis 7. 3. 2007:

nur soweit das Material an Zwischenhändler oder natürliche Personen, die das Material nicht erkennbar für ein Unternehmen bestellt hatten, geliefert wurde, unter Angabe der Stückzahlen und der Art des Trägermaterials, der jeweiligen Marke und der Spieldauer (Speicherkapazität), nach Kalenderjahren aufgegliedert und getrennt nach Lieferungen an inländische Händler (samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift) und an natürliche Personen.

2. Das Begehren, die erst-, dritt- und fünftbeklagte Partei für die genannten Zeiträume zu einer weitergehenden Rechnungslegung zu verpflichten, wird abgewiesen.

3. Das Begehren, die viertbeklagte Partei zu einer

weitergehenden Rechnungslegung zu verpflichten, wird abgewiesen.

4. Die Entscheidung über das unbestimmte Zahlungsbegehren bleibt vorbehalten.

5. Der Anspruch auf Zahlung von 1.856.275 EUR besteht gegen die erst-, dritt-, viert- und fünftbeklagte Partei dem Grunde nach zu Recht, soweit er sich auf Trägermaterial bezieht, das an Zwischenhändler oder natürliche Personen, die es nicht erkennbar für ein Unternehmen bestellt hatten, geliefert wurde.“

Die Entscheidung über die auf diesen Teil des Streitgegenstands entfallenden Kosten des gesamten Verfahrens bleibt jenem Teilurteil vorbehalten, mit dem über alle wider diese Parteien erhobenen Begehren mit Ausnahme des unbestimmten Zahlungsbegehrens entschieden wird.

C. Im Ausspruch über das gegen die erst-, dritt- und fünftbeklagte Partei erhobene Rechnungslegungs- und unbestimmte Zahlungsbegehren für die Zeit ab 10. 4. 2010 werden die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben, und die Rechtssache wird insofern zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die auf diesen Teil des Streitgegenstands entfallenden Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin ist eine Verwertungsgesellschaft nach dem österreichischen Verwertungsgesellschaftengesetz (VerwGesG). Aufgrund von Wahrnehmungsverträgen mit ihren Bezugsberechtigten, von Gegenseitigkeits- und

Vertretungsverträgen mit ausländischen Gesellschaften desselben Geschäftszwecks und einer Vereinbarung mit anderen österreichischen Verwertungsgesellschaften nimmt sie die Rechte der Urheber und Leistungsschutzberechtigten auf Zahlung der Vergütung für Trägermaterial iSv § 42b Abs 1 UrhG wahr.

Die beklagten Gesellschaften mit Sitz in den USA (Erstbeklagte), Luxemburg (Zweitbeklagte), Deutschland (Dritt- und Fünftbeklagte) und Österreich (Viertbeklagte) gehören zu einem international tätigen Konzern, der über das Internet Bücher, Musikalien und andere Waren vertreibt. Die Beklagten lieferten in arbeitsteiligem Zusammenwirken Trägermaterial verschiedener Art, insbesondere CD- und DVD-Rohlinge, Speicherkarten und MP3-Player, nach Österreich, und zwar die Erst-, Dritt-, Viert- und Fünftbeklagte jedenfalls seit 1. 1. 2002 und die am 8. 6. 2004 gegründete Zweitbeklagte seit Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit. Die Viertbeklagte wurde mit Beschluss ihrer Generalversammlung vom 7. 3. 2007 aufgelöst und beendete damit ihre Tätigkeit. Die Erst-, Dritt- und Fünftbeklagte waren an den Lieferungen jedenfalls bis 9. 4. 2010 beteiligt, die Zweitbeklagte bis zum Schluss der Verhandlung im zweiten Rechtsgang.

Mit ihrer Stufenklage vom 5. 10. 2007 begehrte die Klägerin die Erst- bis Viertbeklagte für schuldig zu erkennen,

1. für die Dauer des jeweiligen Geschäftsbetriebs über das von diesen „in der Zeit von 1. 1. 2002 bis 31. 12. 2003 sowie ab 1. 6. 2004 (gemeint offenkundig: 1. 7. 2004) allein und/oder im bewussten und gewollten Zusammenwirken gewerbsmäßig und entgeltlich erstmals im Inland in Verkehr gebrachte Trägermaterial iSd § 42b Abs 1 UrhG“ Rechnung zu legen bzw Auskunft zu erteilen; „dies unter Angabe der Stückzahlen und der Art des Trägermaterials (Audio oder Video, analog oder digital, Ausführung wie Kassette, DAT-

Band, Mini-Disc, Audio-CD, Daten CD-R/W, DVD, Speicherchips und -karten oder Memory Sticks für MP3-Player, Festplatten in MP3-Jukeboxes und ähnliches Trägermaterial), der jeweiligen Marke und der Spieldauer (Speicherkapazität), nach Kalenderjahren und nach Lieferungen an inländische Händler (samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift) und an Letztverbraucher getrennt“ samt Vorlage der entsprechenden Belege (bewertet mit 25.000 EUR);

2. die Beklagten (nach Maßgabe des Geschäftsbetriebs) zur ungeteilten Hand für schuldig zu erkennen, ihr die Leerkassettenvergütung für das Trägermaterial laut Punkt 1. zu zahlen;
3. die Erst-, Dritt- und Viertbeklagte zur Zahlung von 1.856.275 EUR samt Zinsen als Trägervergütung für das erste Halbjahr 2004 zu verpflichten.

Am 19. 8. 2008 erhob die Klägerin eine gleichlautende Stufen- und Zahlungsklage gegen die Fünftbeklagte. Das Verfahren wurde mit jenem gegen die anderen Beklagten zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Zur Begründung ihres Anspruchs stützt sich die Klägerin auf § 42b UrhG. Sie macht die in dieser Bestimmung geregelte Trägervergütung geltend. Die Beklagten hätten beim erstmaligen entgeltlichen Inverkehrbringen in Österreich zusammengewirkt, weshalb sie solidarisch für die Trägervergütung hafteten. Für das erste Halbjahr 2004 könne der Anspruch bereits beziffert werden.

Die Beklagten wandten, soweit noch relevant, ein, dass § 42b UrhG unionsrechtswidrig sei. Er verstoße sowohl gegen Primärrecht (Warenverkehrsfreiheit), weil er als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen sei, als auch gegen die Bestimmungen zum „gerechten Ausgleich“ in der RL 2001/29/EG (InfoRL).

Im ersten Rechtsgang gaben die Vorinstanzen dem Rechnungslegungsbegehren statt und behielten die

Entscheidung über das bezifferte und das unbezifferte Zahlungsbegehren dem Endurteil vor.

Aufgrund einer Revision der Beklagten richtete der Senat mehrere Fragen an den EuGH (4 Ob 79/11p). Mit Urteil vom 11. 7. 2013, C-521/11, antwortete der EuGH 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.

4. Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 ist dahin auszulegen, dass der von einem Mitgliedstaat aufgestellten Pflicht, beim gewerbsmäßigen und entgeltlichen Inverkehrbringen von zur Vervielfältigung geeignetem Trägermaterial eine Abgabe für Privatkopien zu entrichten, die zur Finanzierung des in dieser Vorschrift geregelten gerechten Ausgleichs bestimmt ist, nicht entgegenstehen kann, dass eine entsprechende Abgabe bereits in einem anderen Mitgliedstaat entrichtet worden ist.

Aufgrund dessen hob der Senat die Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück (4 Ob 142/13f).

Im Sinn der Vorabentscheidung sei zunächst zu prüfen, ob es praktische Schwierigkeiten bei der Einhebung rechtfertigten, am ersten Inverkehrbringen in Österreich anzuknüpfen. Diese Frage stelle sich sowohl beim Inverkehrbringen an Zwischenhändler als auch bei jenem an solche Endnutzer, bei denen eine Nutzung zu privaten Zwecken von vornherein nicht in Betracht komme. Insofern müsse jedenfalls ein Rückerstattungsanspruch bestehen, der wirksam, verfügbar, bekannt und einfach zu nutzen sei. Hingegen sei eine Vergütungspflicht unionsrechtlich jedenfalls dann unbedenklich, wenn Trägermaterial natürlichen Personen „als privaten Nutzern“ überlassen werde. Hier sei lediglich fraglich, ob eine Vermutung der privaten Nutzung zulässig sei. Dies setze ebenfalls das Bestehen praktischer Schwierigkeiten bei einer anderen Abwicklung und das Vorhandensein eines wirksamen Rückforderungssystems voraus. Zuletzt sei zu prüfen, ob die

sozialen und kulturellen Einrichtungen, die aus den Erlösen der Trägervergütung finanziert würden, „diskriminierende Funktionsmodalitäten“ aufwiesen. Unzulässig wäre dabei das Anknüpfen an der Staatsangehörigkeit, am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt; eine bloß unterschiedliche Inanspruchnahme durch in- und ausländische Berechtigte führe demgegenüber noch nicht zur Unionsrechtswidrigkeit. Diese Fragen seien im fortgesetzten Verfahren zu erörtern; gegebenenfalls seien ergänzende Feststellungen zu treffen.

Im fortgesetzten Verfahren dehnte die Klägerin ihr Rechnungslegungsbegehren insofern aus, als sie in die Aufzählung des Trägermaterials auch USB-Sticks aufnahm. Weiters modifizierte sie dieses Begehren dahin, dass sie den letzten Halbsatz („nach Lieferungen an inländische Händler [samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift] und an Letztverbraucher getrennt“) in folgender Weise abänderte:

„nach Lieferungen an inländische Händler (samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift)

a) und nach Lieferungen an Letztverbraucher getrennt, und zwar – soweit es sich um Unternehmen handelt – samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift;

b) in eventu: und nach Lieferungen an sonstige inländische Unternehmen (juristische oder natürliche Personen) an deren Geschäftsanschrift, und zwar samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift, sowie nach Lieferungen an sonstige natürliche Personen getrennt;

c) in eventu: und nach Lieferungen an sonstige inländische Unternehmen (juristische oder natürliche Personen) an deren Geschäftsanschrift, und zwar samt Name/Firmenbezeichnung und Anschrift, sowie nach Lieferungen an Privatpersonen getrennt;

d) in eventu: und nach Lieferungen an sonstige Abnehmer getrennt, soweit es sich nicht um Lieferungen an sonstige Unternehmer (juristische oder natürliche Personen) handelt.“

Inhaltlich vertrat die Klägerin weiter die Auffassung, dass die Einhebung der Trägervergütung nach § 42b UrhG unionsrechtskonform sei. Allfällige Mängel in der praktischen Abwicklung könnten nicht zum Entfall der

Trägervergütung führen; dem stünde auch die vom EuGH betonte Ergebnisspflicht der Mitgliedstaaten entgegen. Das Anknüpfen an das erste Inverkehrbringen ermögliche eine effiziente Einhebung, weil die Zahl der Importeure und Großhändler überschaubar sei, während die Abgabe von Händlern an Endnutzer faktisch nicht kontrolliert werden könne. Daher werde in praktisch allen Mitgliedstaaten der EU (wie in Österreich) an der ersten Handelsstufe angeknüpft. Das System der Vorabfreistellung einzelner Abnehmer und der Rückvergütung bei nicht vergütungspflichtiger Nutzung ermögliche eine differenzierte und dennoch effektive Einhebung. Sowohl die Vorabfreistellung als auch die Rückvergütung seien einfach zu erwirken und ausreichend bekannt. Es könne für die Europarechtskonformität zudem nicht auf absolute Zahlen ankommen, sondern nur auf die Frage, ob ausreichende Informationsmöglichkeiten sichergestellt seien. Eine geringere Bekanntheit bei privaten Endnutzern, die ohnehin keinen Rückvergütungsanspruch hätten, sei irrelevant. Eine Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen ließe keine sicheren Rückschlüsse zu, weil es immer Sonderkonstellationen gebe, etwa Vereine, die kein Unternehmen betrieben. Eine Vermutungsregelung bei Unternehmern sei damit problematisch und angesichts des Zusammenspiels von Vorabfreistellung und Rückvergütung auch nicht erforderlich. Bestellungen namens eines Unternehmens würden nicht jedenfalls eine private (Mit-)Verwendung ausschließen, sodass eine derartige Annahme Missbrauch fördern und die Finanzierung des „gerechten Ausgleichs“ deutlich erschweren würde. Eine Vermutung der offenkundig anderen Verwendung bei unternehmerisch tätigen Kunden sei vielleicht noch für den Versandhandel denkbar, im Generellen aber nicht

geeignet. Das System der sozialen und kulturellen Einrichtungen sei nicht diskriminierend. Die Inanspruchnahme von Leistungen setze lediglich eine Bezugsberechtigung gegenüber der jeweiligen Verwertungsgesellschaft voraus, nicht jedoch einen Nahebezug zum Inland. Es stehe jedem Künstler frei, inhaltlich oder territorial beschränkte Verträge zur Wahrnehmung seiner Rechte aus der Leerkassettenvergütung abzuschließen, um dadurch Bezugsberechtigter in beliebig vielen Ländern zu werden.

Die Beklagten hielten daran fest, dass weder die Einhebung noch die Verteilung der Trägervergütung mit den Vorgaben des EuGH im Einklang stehe. Angesichts möglicher anderer Einhebungsmethoden – etwa eines Vignettensystems – sei es nicht erforderlich, an der ersten Handelsstufe anzuknüpfen. Das Argument der kostenintensiven und unzureichenden Kontrollmöglichkeiten greife nicht, weil die Klägerin tatsächlich in sämtlichen Varianten darauf angewiesen sei, dass sich die Endnutzer rechtmäßig verhielten und richtige Angaben machten. Das österreichische System sei schon deshalb unzureichend, weil auch privaten Endnutzern eine Rückvergütung gewährt werden müsse, wenn sie Trägermaterial nicht zu vergütungspflichtigen Zwecken nutzten; die Annahme der Klägerin, dass insofern eine unwiderlegbare Vermutung bestehe, treffe nicht zu. Auch sonst sei die Rückvergütung nicht wirksam: Ein Kunde (Unternehmer wie Privater) wisse oftmals nicht einmal, dass bzw. ob gekauftes Material mit einer Leerkassettenvergütung belastet sei, weil diese weder auf der Verpackung noch auf der Rechnung gesondert ausgewiesen werde. Umso weniger sei bekannt, dass es eine Rückerstattungsmöglichkeit gebe und von wem und wie eine solche verlangt werden könne, zumal

die Verkäufer derartige Informationen gerade nicht erteilen würden. Aus dem Gesetz seien lediglich zwei konkrete Rückzahlungsfälle ersichtlich, aber insbesondere sei nicht ableitbar, dass eine Rückvergütung auch bei einer Speicherung eigener Daten in Frage komme. Der Großteil der Bevölkerung kenne die Verwertungsgesellschaften nicht und wisse schon gar nicht, dass alleine die Klägerin für die Rückerstattung der Leerkassettenvergütung zuständig sei. Informationen über deren Website, die es zudem erst seit Ende 2004 gebe und die zwischenzeitig monatelang nicht zugänglich gewesen sei, seien dementsprechend unzureichend. Weiters stelle das – im Einzelnen unklare und aufwändige – Rückerstattungsformular ausschließlich auf Unternehmer ab, sodass Konsumenten schon dadurch abgeschreckt würden. Auch müsste für jeden einzelnen Datenträger eine zuordenbare Rechnung vorgelegt werden, und der Antragsteller werde nicht nur mit dem administrativen Aufwand, sondern gegebenenfalls auch mit Porto- und Bankspesen belastet. Aufgrund eines Antrags müsste sodann von der Klägerin mit großem Aufwand die Lieferkette überprüft werden. Verkäufer hätten demgegenüber keine Rückerstattungsmöglichkeit, obwohl sie unmittelbar oder als Bürge und Zahler rechnungslegungs- und zahlungspflichtig wären. Diese müssten daher einerseits die Leerkassettenvergütung einkalkulieren und weiterverrechnen und andererseits sich vergewissern, dass eine solche von ihren Vormännern tatsächlich abgeführt wurde, wobei dieser Vorgang gegebenenfalls auf mehreren Handelsstufen wiederholt werden müsse. Bei einem Rückvergütungsantrag des Endkunden müsste die Klägerin sodann die gesamte Kette wiederum von hinten aufrollen, sodass dieses System gar nicht funktionieren könne, wenn es ernsthaft betrieben werde.

Tatsächlich ergebe sich schon aus den von der Klägerin vorgelegten Zahlen, dass von Rückerstattungsanträgen nur äußerst selten Gebrauch gemacht werde. Gleiches gelte auch für das von der Klägerin ins Treffen geführte Vorabfreistellungssystem, dem es schon an der gesetzlichen Grundlage fehle und das Privaten nicht offenstehe. Diese unregelmäßige Praxis und ihre Funktionsweise sei noch weniger bekannt (und bekannt gemacht worden) als die Rückerstattungsmöglichkeit und ziele offenbar lediglich auf das Verhältnis zwischen Großhändlern und Großkunden sowie öffentlichen Einrichtungen ab. Die Klägerin könne beim unterschiedslosen Anknüpfen an der ersten Stufe auf Trägheitsgewinne hoffen, weil zur Vorabfreistellung oder Rückvergütung Berechtigte ihre Ansprüche entweder mangels Kenntnis oder wegen des damit verbundenen Aufwands nicht durchsetzen. Unionsrechtswidrig sei auch die Verteilung der Leerkassettenvergütung durch die Widmung von 50 % für soziale und kulturelle Einrichtungen, und zwar sowohl in ihren rechtlichen Grundlagen als auch in ihrer praktischen Umsetzung. Ein Kontrahierungszwang habe für österreichische Verwertungsgesellschaften nach der UrhG-Nov 1980 nur bei österreichischer Staatsbürgerschaft oder inländischem Wohnsitz bestanden. Erst durch § 11 VerwGesG 2006 seien Angehörige eines EU- oder EWR-Mitgliedstaats bei der Aufnahme als Bezugsberechtigte Inländern gleichgestellt worden, sodass der zeitlich frühere Teil des Klagebegehrens jedenfalls wegen unmittelbarer Diskriminierung abzuweisen sei. In einem Bericht des Justizausschusses aus 1986 werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die in Österreich konsumierten Urheberrechte rechtlich gesehen weitgehend ausländische Rechte seien und daher die urheberrechtliche Vergütung

überwiegend ins Ausland abzufließen hätte, was zugunsten der inländischen Bezugsberechtigten verhindert werden sollte, indem ein überwiegender Teil der Gesamteinnahmen diesen zugutekommen solle. In § 13 VerwGesG 2006 sei zwar nur eine Verwendung von 50 % der Gesamteinnahmen für soziale und kulturelle Zwecke vorgesehen, die Grundannahme der – diskriminierenden – Bevorzugung österreichischer Kulturschaffender habe sich aber nicht geändert. Diskriminierend sei insbesondere die Notwendigkeit der Bezugsberechtigung bei einer österreichischen Verwertungsgesellschaft, wo doch sonst die Rechtewahrung durch ein System von Gegenseitigkeitsverträgen gewährleistet werde. Zudem enthielten die Richtlinien der Einrichtungen teilweise diskriminierende Regelungen. Auch faktisch liege eine Diskriminierung vor: Berechtigte aus der Vergütung seien jene, deren Werke im Rahmen der Privatkopie genutzt würden, sohin zum überwiegenden Teil populäre und zumeist ausländische Künstler, die aus den heimischen sozialen Unterstützungsleistungen und kulturellen Einrichtungen, die gezielt schwerpunktmäßig aktuelles heimisches Musikschaffen und insbesondere die sogenannte „ernste Musik“ förderten, de facto gar keinen Nutzen zögen.

Die Aufnahme von USB-Sticks in das Klagebegehren sei eine nicht zuzulassende Klageänderung. Insofern werde auch Verjährung eingewendet.

Das Erstgericht beurteilte die Aufnahme von USB-Sticks in das Begehren als Klageänderung, ließ diese jedoch zu. Das geänderte Klagebegehren wies es ab. Es traf umfangreiche Feststellungen zur Einhebung und zur Verteilung der Trägervergütung. Insbesondere nahm es (zusammengefasst) Folgendes als erwiesen an:

Zur Anknüpfung an der ersten Handelsstufe:

Das Anknüpfen an der ersten Handelsstufe führt dazu, dass sich die Klägerin nur mit einer überschaubaren Zahl von Marktteilnehmern auseinandersetzen muss (180 Unternehmen, davon fünf bis zehn Großimporteure), während eine am Endabnehmer anknüpfende Zahlungspflicht von Einzelhändlern zu einem Mehraufwand von etwa 5 Mio EUR führte, was den erwarteten Gesamteinnahmen für das Jahr 2014 entspräche. Ein hoher administrativer Aufwand entstünde in diesem Fall auch bei (oft kleinen) Einzelhändlern, die die Vergütung mit den Verwertungsgesellschaften abrechnen müssten.

Zur „Vorabfreistellung“:

Endnutzer, die regelmäßig Rückvergütung beanspruchten, können bei der Klägerin eine Vorabfreistellung beantragen, bei deren Vorliegen der Importeur keine Trägervergütung verrechnen und leisten muss. Sie müssen dafür bestätigen, dass sie das Trägermaterial weder weiterverkaufen noch für Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch weitergeben. Die Klägerin prüft eine solche Erklärung auf ihre Plausibilität, etwa durch Einsicht in die Website des betroffenen Unternehmens. Die Angaben werden für wahr gehalten, sofern keine anderen Anhaltspunkte bestehen oder Unstimmigkeiten bei den Prüfungen auftreten. Bei USB-Sticks gewährt die Klägerin eine Rückerstattung und damit auch eine Vorabfreistellung nur, wenn bescheinigt ist, dass im konkreten Fall keine andere als eine betriebliche Verwendung möglich ist, etwa bei einer Bespielung ausschließlich mit Firmendaten und einem Schreibschutz oder bei entsprechenden Unternehmensrichtlinien. Für die Freistellung stellt die Klägerin ein Formular zur Verfügung, das auch mit E-Mail übermittelt werden kann. Seit 2010 informierte die Klägerin darüber auf ihrer Website und in sozialen Netzwerken; zuvor kamen Kontakte telefonisch, postalisch oder über E-Mail zustande. Teilweise vermittelten auch Hersteller oder Importeure eine Freistellung. Faktisch erfassten die Freistellungen in den Jahren 2012 und 2013 etwa 5 % der Erlöse aus der Vergütung.

Zur Rückvergütung:

Die Klägerin vermutet bei privater Nutzung die Vervielfältigung vergütungspflichtiger Inhalte. Rückvergütung gewährt sie daher (abgesehen vom Fall der Ausfuhr) nur dann, wenn eine betriebliche Nutzung behauptet wird. Die Vergütung kann formlos oder mit einem von der Klägerin zur Verfügung gestellten Formular beantragt werden. Beizulegen ist die Rechnung, unter Umständen auch nur ein Kassenbon; dann erhebt die Klägerin, ob für das Material Trägervergütung geleistet wurde. Trifft das zu, wird sie zurückgezahlt, wenn der Träger betrieblich verwendet oder exportiert wurde. Bei USB-Sticks ist wie bei den Vorabfreistellungen die konkrete Verwendung zu bescheinigen, wobei die Klägerin die Angaben auch hier für wahr hält, sofern keine gegenteiligen Anhaltspunkte bestehen.

Auf den Rückvergütungsanspruch wird ua von der Wirtschaftskammer, von Interessenvereinigungen und einzelnen Händlern hingewiesen; abgesehen von den Informationen auf der Homepage (seit 2004) setzt die Klägerin keine besonderen Maßnahmen, die Modalitäten publik zu machen, da sie davon ausgeht, dass dies von den Importeuren bzw Händlern übernommen werde, die teils auch Rückvergütungen für ihre Kunden abwickeln. Daneben erteilt sie telefonisch oder postalisch/per E-Mail Auskünfte. Die Rückerstattung erfasst jährlich etwa 1 % der Vergütung.

Zur Verteilung der Vergütung:

Die Klägerin verteilt die von ihr eingehobene Vergütung nach einem ausgehandelten Schlüssel an die einzelnen Verwertungsgesellschaften. Dort wird die Hälfte nach den Verteilungsrichtlinien der Verwertungsgesellschaften ausgeschüttet, und zwar zum Teil aufgrund von Gegenseitigkeitsverträgen auch an ausländische Verwertungsgesellschaften; die andere Hälfte fließt in soziale und kulturelle Einrichtungen. Diese Einrichtungen werden bei einigen Verwertungsgesellschaften, insb der Klägerin, ausschließlich aus Mitteln der Trägervergütung finanziert, bei anderen (etwa bei der Literar-Mechana) nur zum Teil.

Leistungen aus diesen Einrichtungen setzen idR eine durch Wahrnehmungsvertrag begründete Bezugsberechtigung bei der jeweiligen Verwertungsgesellschaft voraus. In der Praxis ist es üblich, (nur) die Verwertungsgesellschaft des „Heimatstaates“ mit der Gesamtwahrnehmung der Rechte zu betrauen; abweichende Gestaltungen sind jedoch möglich, insbesondere gibt es sie im Bereich der Filmrechte, wo auch große ausländische Studios Wahrnehmungsverträge mit der österreichischen Verwertungsgesellschaft abgeschlossen haben. Es kann nicht festgestellt werden, dass eine Verwertungsgesellschaft im klagsgegenständlichen Zeitraum den Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags mit einer Person, die weder österreichische Staatsangehörige war noch ihren ordentlichen Wohnsitz im Inland hatte, verweigert hätte.

Die sozialen Einrichtungen der Verwertungsgesellschaften erbringen Leistungen zur sozialen Absicherung von Bezugsberechtigten. Voraussetzung ist dabei regelmäßig der mehrjährige Bestand eines Wahrnehmungsvertrags und ein gewisses Mindestaufkommen. Die kulturellen Einrichtungen fördern mittelbar und unmittelbar Künstler und künstlerische Leistungen, etwa durch Zuschüsse zu Projekten und Veranstaltungen. Faktisch kommen diese Leistungen weit überwiegend Bezugsberechtigten mit österreichischer Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz im Inland zugute, wobei die Richtlinien im Musikbereich eine besondere Förderung der sogenannten „ernsten“ Musik und des „österreichischen Musikschaftens“ vorsehen. Eine ausdrückliche Beschränkung auf inländische Berechtigte (allerdings nur „grundsätzlich“)

enthalten die Richtlinien der Verwertungsgesellschaft für audiovisuelle Medien (VAM), wobei aber auch auf mögliche Ausnahmen hingewiesen wird. Die Richtlinien der Verwertungsgesellschaft für Bildende Kunst, Fotografie und Choreografie sahen bis 2014 überhaupt eine Beschränkung auf Bezugsberechtigte mit Tätigkeitsschwerpunkt im Inland vor; nach der Neufassung dieser Richtlinien sind Bezugsberechtigte ausländischer Gesellschaften jedoch gleich zu behandeln.

Die Verwertungsgesellschaften stehen unter staatlicher Aufsicht. Die Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften hat in der Vergangenheit weder grundsätzliche Verstöße der österreichischen Verwertungsgesellschaften gegen die gesetzlichen Vorgaben des § 13 VerwGesG 2006 noch solche gegen ihre jeweiligen SKE-Regeln festgestellt. Auch sind ihr keinerlei (diskriminierende) Maßnahmen oder sonstige praktische Probleme im Hinblick auf eine etwaige Ungleichbehandlung von in- und ausländischen Rechteinhabern bei der Vergabe von Mitteln aus den SKE-Töpfen bekannt, die ihr Einschreiten erforderlich gemacht hätten.

Ausgehend von der Prämisse, dass auch private Nutzer die Möglichkeit einer Rückvergütung haben müssten, wenn sie ausschließlich nicht vergütungspflichtige Inhalte vervielfältigten, lägen die vom EuGH genannten Voraussetzungen für ein Anknüpfen an der ersten Handelsstufe nicht vor. Ließe man Rückerstattungsanträge von Privaten zu, führte dies bei Beibehaltung der derzeit praktizierten Rückverfolgung in der Kette zu einem derartigen Aufwand bei der Klägerin, dass ein Anknüpfen an der ersten Handelsstufe aufgrund von praktischen Schwierigkeiten nicht gerechtfertigt sei, weil damit erst recht die konkrete Verwendung im Einzelfall erhoben und die gesamte Absatzkette vom Zahlungspflichtigen bis zum Endnutzer aufgerollt werden müsse, nur eben rückwärts. Dies könne auch nicht durch das grundsätzlich zweckmäßige Vorabfreistellungssystem in der derzeitigen Konzeption aufgefangen werden, da dieses Private gerade ausschließe. Ob die Neuregelung in der UrhG-Nov 2015 ausreiche, um diese Bedenken zu zerstreuen, könne vor deren Implementierung nicht abschließend beurteilt werden. Zudem zeige die

tatsächlich geringe Inanspruchnahme von Vorabfreistellungen und Rückvergütungen, dass die diesbezüglichen Möglichkeiten nicht ausreichend bekannt und wirksam seien. Auch die Modalitäten der Verteilung stünden der Unionsrechtskonformität entgegen: Zwar hätten keine aktiven Diskriminierungen festgestellt werden können, allerdings seien ausländische Berechtigte schon durch die Formulierung der Richtlinien faktisch von einer Antragstellung abgehalten worden. Weiters beruhe das System der Rechtewahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften noch immer auf der exklusiven Betrauung der jeweiligen Heimatgesellschaft. Knüpften Leistungen aus sozialen und kulturellen Einrichtungen daher an der Bezugsberechtigung an, würden ausländische Berechtigte faktisch diskriminiert. Die übermäßige, mit dem Nutzungsverhalten nicht in Einklang zu bringende Förderung der sogenannten „ernsten“ Musik vermindere ebenfalls den „gerechten Ausgleich“ der durch private Vervielfältigungen Geschädigten. Da die Diskriminierung schon gegen Art 18 AEUV (Art 6, 12 EG-V) verstoße, müsse auf die Frage des temporalen Anwendungsbereichs der Info-RL nicht eingegangen werden.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und ließ die ordentliche Revision zu.

Aufgrund einer Beweistrüge der Beklagten hielt es fest, dass Feststellungen des Erstgerichts zum Zusammenwirken der Beklagten beim Import von Trägermaterial auf der Übernahme entsprechender Feststellungen aus dem ersten Rechtsgang beruhten, weswegen in Bezug auf den Zeitraum nach Schluss der Verhandlung im ersten Rechtsgang ein Feststellungsmangel vorliege, der bei rechtlicher Relevanz zur Aufhebung der Entscheidung führen müsste. Rechtlich verwies das

Berufungsgericht auf die zutreffende Beurteilung des Erstgerichts, insbesondere an dessen und seine Bindung an die dem Aufhebungsbeschluss des Obersten Gerichtshofs zugrunde liegende Rechtsansicht. Die Prämisse des Erstgerichts, dass die Vermutung einer vergütungspflichtigen Nutzung durch Privatpersonen widerlegbar sein müsse, treffe zu. Der vollständige Ausschluss der Rückerstattung an private Nutzer verstoße daher gegen Art 5 Abs 2 lit b Info-RL; die Möglichkeit der Vorabfreistellung oder Rückvergütung zugunsten von Unternehmen beseitige die Unionsrechtswidrigkeit nicht. Ob es auch andere Gründe für die Unionsrechtswidrigkeit gebe, könne damit offen bleiben. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil die Unionsrechtskonformität der Einhebung und Verteilung der Trägervergütung über den konkreten Rechtsstreit hinaus Bedeutung habe.

Die gegen diese Entscheidung gerichtete Revision der Klägerin ist zulässig und teilweise berechtigt.

1. Es besteht kein Zweifel, dass der Anspruch der Klägerin auf Leistung der Trägervergütung nach allen seit 2002 geltenden Fassungen von § 42b UrhG (dh idF UrhG-Nov 1996, BGBl I 151/1996; UrhG-Nov 2003, BGBl I 32/2003; UrhG-Nov 2005, BGBl I 22/2006; UrhG-Nov 2015, BGBl I 99/2015) dem Grunde nach besteht. Fraglich kann daher nur sein, ob unionsrechtliche Erwägungen zum vollständigen oder teilweisen Entfall der Zahlungspflicht führen. Maßgebend dafür ist in erster Linie die RL 2001/29/EG (Info-RL), deren Regelungen ab Ablauf der Umsetzungsfrist (*Ruffert in Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ [2016] Art 288 Rz 80 mwN), also nach deren Art 13 ab dem 22. 12. 2002, auch im Wege richtlinienkonformer Auslegung oder Rechtsfortbildung umzusetzen sind (Punkte 3–6). Für

den davor liegenden Zeitraum könnte sich eine Unionsrechtswidrigkeit allenfalls aus dem Primärrecht ergeben (Punkt 7).

2. Die Rechtslage nach der Info-RL lässt sich wie folgt zusammenfassen:

2.1. Nach Art 5 Abs 2 lit b Info-RL können die Mitgliedstaaten eine Ausnahme vom Vervielfältigungsrecht des Urhebers für Vervielfältigungen weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke auf beliebigen Trägern durch eine natürliche Person vorsehen, und zwar unter der Bedingung, dass die Rechteinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten. Die Ausnahme vom Vervielfältigungsrecht können daher jedenfalls nur natürliche Personen in Anspruch nehmen, die zudem die Vervielfältigung nicht für kommerzielle, also für *private Zwecke* vornehmen („Privatkopienausnahme“). Art 5 Abs 2 lit b Info-RL geht somit über Art 5 Abs 2 lit a Info-RL hinaus, wonach die Vervielfältigung auf einem analogen Träger, ebenfalls unter der Bedingung eines gerechten Ausgleichs, generell – also nicht beschränkt auf bestimmte Personen oder Nutzungsarten – vom Vervielfältigungsrecht ausgenommen werden kann. Die weiteren möglichen Ausnahmen von Verwertungsrechten des Rechteinhabers (Art 5 Abs 2 und Abs 3 Info-RL) sind – abgesehen vom in Österreich nicht umgesetzten Art 5 Abs 2 lit c Info-RL – nicht von der Leistung eines gerechten Ausgleichs abhängig.

2.2. Der EuGH sieht die Regelung zum gerechten Ausgleich in Art 5 Abs 2 lit b Info-RL insofern als abschließend an, als es sich dabei um einen autonomen Begriff des Unionsrechts handelt, der in allen Mitgliedstaaten, die eine Privatkopienausnahme eingeführt haben, gleich auszulegen ist (C-467/08, *Padawan*).

Insbesondere hindert die Bestimmung Mitgliedstaaten daran, einen gerechten Ausgleich auch für die Vervielfältigung von Inhalten vorzusehen, die auf der Grundlage unrechtmäßiger Quellen vorgenommen werden (C-463/12, *Copydan*); umgekehrt ist der gerechte Ausgleich aber auch unabhängig von einer allenfalls vom Rechteinhaber erteilten Zustimmung zur privaten Vervielfältigung zu leisten (ebenfalls C-463/12, *Copydan*). Die Mitgliedstaaten sind allerdings befugt, innerhalb der Grenzen des Unionsrechts die Art und Weise der Einhebung und die Höhe dieses Ausgleichs festzulegen (C-467/08, *Padawan*; C-462/09, *Stichting de ThuisKopie*, Rz 23; C-521/11, *Amazon International Sales Inc*, Rz 20; C-463/12, *Copydan*, Rz 20). Die Mitgliedstaaten trifft insofern eine Ergebnisspflicht (C-462/09, *Stichting de ThuisKopie*, Rz 34; C-521/11, *Amazon International Sales Inc*, Rz 57). Eine Ausnahme vom „gerechten Ausgleich“ kann vorgesehen werden, soweit Rechteinhabern in bestimmten Situationen nur ein „geringer Nachteil“ droht (C-463/12, *Copydan*).

2.3. Grundsätzlich ist es zulässig, mit der Zahlung des gerechten Ausgleichs nicht unmittelbar den betroffenen Endnutzer zu belasten, sondern an der ersten Handelsstufe im jeweiligen Mitgliedstaat anzuknüpfen (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*; C-463/12, *Copydan*). Dies setzt jedoch voraus, dass praktische Schwierigkeiten eine solche Regelung rechtfertigen und ein Rückerstattungsanspruch vorgesehen ist, der wirksam ist und keine übermäßige Erschwerung bei der Erstattung mit sich bringt (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*; C-463/12, *Copydan*). Weiters darf der Anspruch gegen den Händler der ersten Stufe nicht bestehen, soweit Lieferungen an Endnutzer erfolgten, die offenkundig nicht von Art 5 Abs 2 lit b Info-RL

erfasst sind (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*).

2.4. In diesem Zusammenhang nennt der EuGH zwei Vermutungen.

Zunächst wird schon aufgrund von Art 5 Abs 2 lit b Info-RL „rechtmäßig“ vermutet, dass Material, das natürlichen Personen zu privaten Zwecken überlassen wird, auch zur Herstellung von Privatkopien iSd Info-RL genutzt wird. In diesem Fall ist kein Nachweis erforderlich, dass die „privaten Nutzer“ *tatsächlich* Privatkopien herstellen und damit den Rechteinhabern einen Nachteil zufügen (C-467/08, *Padawan*, Rz 54 f; C-463/12, *Copydan*, Rz 24 f). Weiters können Mitgliedstaaten eine *widerlegbare Vermutung* einführen, dass natürliche Personen Trägermaterial zu privaten Zwecken nutzen (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*).

Dass es sich dabei um zwei unterschiedliche Vermutungen handelt, ergibt sich zunächst eindeutig aus der Begründung der im vorliegenden Fall eingeholten Vorabentscheidung (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*): Der EuGH referiert darin zunächst die bereits in C-467/08, *Padawan*, formulierte Vermutung der Herstellung (auch) von Privatkopien im Fall der privaten Nutzung (Rz 41 f), um dann in einem zweiten Schritt – insofern neu – die widerlegbare Vermutung der privaten Nutzung durch natürliche Personen anzuführen (Rz 43). Diese widerlegbare Vermutung wird in der darauffolgenden Entscheidung C-463/12, *Copydan*, nicht genannt. Vielmehr bezieht sich der EuGH hier wieder ausschließlich auf C-467/08, *Padawan*, und führt aus, dass bei Überlassung an natürliche Personen als private Nutzer „die bloße technische Fähigkeit, Vervielfältigungen zu erstellen, ausreicht, um die Anwendung der Privatkopievergütung zu rechtfertigen“ (Rz 25). Es werde

davon „ausgegangen [...], dass die Endnutzer alle verfügbaren Funktionen dieses Trägers ausschöpfen“ (Rz 26). Die Frage, ob bei Abgabe an natürliche Personen eine private Nutzung vermutet werden kann, stellte sich hier nach dem Vorabentscheidungsersuchen nicht. Folgerichtig sah der EuGH auch von der Übernahme der entsprechenden Formulierungen aus C-521/11, *Amazon International Sales Inc*, ab.

2.5. Von der Einhebung des gerechten Ausgleichs zu trennen ist dessen Weitergabe an die Rechteinhaber. Grundsätzlich dient der Ausgleich dem Ersatz des „Schadens“, den die Rechteinhaber durch die zulässige Privatkopie erleiden (C-467/08, *Padawan*, Rz 40 ff). Allerdings besteht hier ein „weites Ermessen“ der Mitgliedstaaten. Der Ausgleich kann auch mittelbar geleistet werden, sodass eine Ausschüttung über soziale und kulturelle Einrichtungen grundsätzlich zulässig ist (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*, Rz 50). Diese Einrichtungen müssen allerdings „tatsächlich den Berechtigten zugute kommen“ (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*, Rz 53); mit dem Zweck des Ausgleichs stünde es „nicht im Einklang, wenn von diesen Einrichtungen andere Personen als die Berechtigten profitierten oder wenn diejenigen, die nicht die Staatsangehörigkeit des betreffenden Mitgliedstaats besitzen, von der Inanspruchnahme rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen wären“ (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*, Rz 54).

3. Die österreichische Regelung ist auf dieser Grundlage auf ihre Unionsrechtskonformität zu prüfen. Dabei ist sie unionsrechtskonform auszulegen oder erforderlichenfalls – soweit methodisch zulässig – unionsrechtskonform fortzubilden (dazu ausführlich *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht [2012] 94 ff; *Roth/Jopen* in

Riesenhuber [Hrsg], Europäische Methodenlehre³ [2015] 290 ff; zuletzt etwa *Kainer*, Privatrecht zwischen Richtlinien und Grundrechten. Zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung und horizontalen Richtlinienwirkungen, GPR 2016, 262; vgl auch die in dieser Sache erstatteten Rechtsgutachten von *Zöchling-Jud*, MR 2016, 13, und *Büchele*, ecolex 2016, 405).

Entgegen einer in der Lehre vertretenen Auffassung (*P. Bydlinski*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen, JBl 2015, 1; vgl auch das Gutachten von *Zöchling-Jud* aaO) ist dabei der vom konkreten Regelungswillen des Gesetzgebers gedeckte Wortlaut einer gesetzlichen Bestimmung keine unüberschreitbare Grenze: Wollte der Gesetzgeber, was ihm grundsätzlich zu unterstellen ist, eine Richtlinie umsetzen, hat er aber über deren Inhalt geirrt, so kann unter Bedachtnahme auf das Umsetzungsgebot des Art 288 AEUV (*Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ [2016] Art 288 Rz 78 mwN) eine planwidrige Lücke angenommen werden, die eine über den vom konkreten Regelungswillen gedeckten Wortlaut hinausgehende Rechtsfortbildung – durch Analogie oder teleologische Reduktion – zulässt (*Perner* und *Roth/Jopen* aaO; vgl auch die Hinweise bei *Kainer*, GPR 2016, 263 ff). Im Ergebnis muss die konkrete Regelungsabsicht hinter dem generellen Umsetzungswillen zurückstehen (*Perner*, EU-Richtlinie 104 f mwN).

Im vorliegenden Fall ist dabei aber zu beachten, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf den gerechten Ausgleich eine Ergebnispflicht trifft (oben 2.2.). Richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung, die zu einem vollständigen Wegfall des gerechten Ausgleichs

führte, wäre daher nur unter ganz besonderen Umständen zulässig.

4. Zur Einhebung der Trägervergütung:

4.1. § 42b UrhG knüpft in allen relevanten Fassungen am erstmaligen entgeltlichen Inverkehrbringen in Österreich an und sieht daher eine Zahlungspflicht der Unternehmen auf der ersten Handelsstufe vor. Dieses Absehen von einer Zahlungspflicht des privaten Endverbrauchers, die faktisch über die Händler der letzten Handelsstufe abgewickelt werden müsste, muss nach der dargestellten Rechtsprechung des EuGH durch praktische Schwierigkeiten gerechtfertigt sein und setzt zudem das Bestehen eines wirksamen Rückerstattungsanspruchs voraus.

4.2. Nach den Feststellungen des Erstgerichts wäre ein Anknüpfen an der letzten Handelsstufe mit Kosten verbunden, die annähernd die Höhe der zuletzt eingehobenen Vergütung erreichen. Schon das spricht für eine Rechtfertigung des vom Gesetzgeber gewählten Modells. Zudem ist offenkundig, dass die Leistung der Trägervergütung nur mit weit höherem Aufwand überprüfbar wäre, wenn die Zahlungspflicht den Händler der letzten Stufe oder gar den Erwerber träfe. Die Einführung eines von den Beklagten vorgeschlagenen (allenfalls auch elektronisch gestützten) Vignettensystems wäre mit Kosten verbunden, die angesichts der abnehmenden Bedeutung lokaler Speichermedien außer Verhältnis zu den Erträgen stünden. Daher ist das Anknüpfen an der ersten Handelsstufe – vorbehaltlich eines wirksamen Rückerstattungssystems (unten 4.4.) – grundsätzlich gerechtfertigt.

4.3. In weiterer Folge ist jedoch zu differenzieren:

(a) Die grundsätzliche Rechtfertigung des

Anknüpfens an der ersten Handelsstufe erfasst der Natur der Sache nach die Lieferung an Zwischenhändler. Hier ist unvermeidbar, dass die Trägervergütung zunächst auch in Fällen geleistet wird, in denen sie – je nach der Person des zu diesem Zeitpunkt noch unbekanntes Endnutzers – *letztlich* nicht gebührt. Insofern ist lediglich ein wirksames Rückerstattungssystem erforderlich (unten 4.4.).

(b) Unproblematisch ist weiters die Lieferung an *private Endnutzer*, also an natürliche Personen, die das Material nicht für kommerzielle Zwecke nutzen.

Insofern ist – entgegen der von den Vorinstanzen vertretenen Auffassung – kein Rückerstattungssystem für den Fall der ausschließlichen Speicherung nicht geschützter Inhalte erforderlich. Denn der EuGH hat in C-467/08, *Padawan*, eindeutig ausgesprochen, dass der Nachweis des Anfertigungs von Privatkopien (gemeint: iSd Art 5 Abs 2 lit b Info-RL) bei Überlassung an natürliche Personen zu privaten Zwecken nicht erforderlich ist; in solchen Fällen werde „rechtmäßig“ vermutet, dass auch die Vervielfältigungsfunktion genutzt werde. Klarstellend heißt es in C-463/12, *Copydan*, dass dann, „wenn die Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung natürlichen Personen als privaten Nutzern überlassen worden sind, ihre bloße technische Fähigkeit, Vervielfältigungen zu erstellen, ausreicht, um die Anwendung der Privatkopievergütung zu rechtfertigen“ (Rz 25), es werde davon „ausgegangen [...], dass die Endnutzer alle verfügbaren Funktionen dieses Trägers ausschöpfen“ (Rz 26). Der EuGH nimmt hier daher eine unwiderlegbare Vermutung an. Sie unterscheidet sich in der Formulierung deutlich von der ausdrücklich als „widerlegbar“ bezeichneten Vermutung der privaten Nutzung durch natürliche Personen iSv C-521/11, *Amazon*

International Sales Inc. Auch der BGH sah diese Vermutung zunächst als unwiderlegbar an (I ZR 59/10, *PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät*, GRUR 2012, 705, Rz 39, 41); in weiteren Entscheidungen ging er davon allerdings – ohne nähere Begründung – ab (I ZR 30/11, *PC III*, GRUR 2014, 984, Rz 50; I ZR 255/14, *Musik-Handy*, GRUR 2017, 172, Rz 94).

Der Senat hält demgegenüber am Vorliegen einer nicht widerlegbaren Vermutung fest. Sie liegt in der Sache nahe, würde doch ein Abstellen auf den jeweiligen Einzelfall – wie das Erstgericht, wenngleich in anderem Zusammenhang, richtig aufzeigt – zur Unadministrierbarkeit des Systems führen. Denn es wäre schlechthin nicht überprüfbar, ob die Behauptung eines privaten Nutzers, auf dem Träger ausschließlich selbst erzeugte oder aus anderen Gründen nicht urheberrechtlich geschützte Inhalte zu speichern, im Einzelfall über die gesamte Nutzungsdauer zutrifft oder nicht. Zur Klarstellung ist dabei festzuhalten, dass tatsächlich nur die Speicherung selbst erzeugter Inhalte nicht vom „gerechten Ausgleich“ iSv Art 5 Abs 2 lit b Info-RL erfasst ist. Hingegen ist die allfällige Zustimmung des Rechteinhabers von vornherein irrelevant, weil eine Vervielfältigung im Rahmen der Privatkopienausnahme schon von Rechts wegen zulässig ist; daher ist der gerechte Ausgleich auch in solchen Fällen zu leisten (C-463/12, *Copydan*). Auf die Nichtanwendbarkeit von Art 5 Abs 2 lit b Info-RL auf Vervielfältigungen aufgrund rechtswidrig zur Verfügung gestellter Vorlagen (C-463/12, *Copydan*) – also auf ein rechtswidriges Verhalten (C-435/12, *ACI Adam*) – könnte sich ein privater Nutzer in diesem Zusammenhang schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht berufen (*nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* [D. 50, 17, 134, 1]; dazu ausführlich *Lukits*, Der

Nemo-Auditor-Grundsatz: Entwicklung und Bedeutung im modernen Recht, AnwBl 2015, 144).

(c) Nicht in Betracht kommt eine Zahlungspflicht des Händlers der ersten Stufe hingegen dann, wenn er an Endnutzer liefert, die offenkundig nicht zur Leistung eines gerechten Ausgleichs verpflichtet sind.

Das trifft jedenfalls zu, soweit die Lieferung an juristische Personen erfolgt. Denn die freie Werknutzung durch Vervielfältigung zum privaten Gebrauch ist nach Art 5 Abs 2 lit b Info-RL ausdrücklich auf natürliche Personen beschränkt. Dies ist in § 42 Abs 4 UrhG umgesetzt. Soweit § 42b Abs 1 UrhG darüber hinaus auch auf (zulässige) Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch im Sinn der weiteren Absätze des § 42 UrhG verweist, ist er durch die Info-RL nicht gedeckt. Denkbar wäre eine Trägervergütung nach § 42b Abs 1 UrhG hier ohnehin nur in Bezug auf Regelungen, die nicht ausschließlich an analoge Träger anknüpfen, also bei den freien Werknutzungen nach § 42 Abs 2, 6 und 7 UrhG. Die diesen Bestimmungen zugrunde liegenden Regelungen der Richtlinie (Art 5 Abs 2 lit c, Abs 3 lit a) sehen aber gerade *keinen* „gerechten Ausgleich“ für den Rechteinhaber vor; vielmehr führt hier die vom europäischen Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung dazu, dass die Vervielfältigung ohne Ausgleich vorgenommen werden kann. Bei einer juristischen Person als Endnutzer liegt daher – anders als bei Zwischenhändlern – der nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls vom Anwendungsbereich der Vergütung ausgenommene Fall einer „Lieferung an andere als natürliche Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien“ (C-467/08, *Padawan*, Rz 52; C-521/11, *Amazon International Sales Inc*, Rz 28; C-463/12, *Copydan*, Rz 47) vor.

Gleiches gilt im Fall, dass eine natürliche Person – für den Händler erkennbar – als Endnutzer für kommerzielle Zwecke bestellt. Denn auch in diesem Fall ist Art 5 Abs 2 lit b Info-RL nicht anwendbar. Ein solcher Fall ist schon dann anzunehmen, wenn die Bestellung unter der Anschrift eines Unternehmens erfolgt, insbesondere unter Angabe einer Umsatzsteuer-Identifikationsnummer. Der mögliche Missbrauch (Bestellung unter einer Unternehmensadresse zu privaten Zwecken) steht dieser Annahme nicht entgegen. Denn wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, wird ein erheblicher Teil berechtigter Rückerstattungsansprüche – die insbesondere bei Leistung der Vergütung wegen Abgabe an Zwischenhändler bestehen können – faktisch nicht geltend gemacht. Dieser strukturelle Vorteil für die Verwertungsgesellschaften und damit die Rechteinhaber, der bei einem Anknüpfen an der ersten Handelsstufe faktisch nicht vermieden werden kann, ist dadurch auszugleichen, dass bei unmittelbarer Abgabe an natürliche Personen als Endnutzer zwar die Vermutung der privaten Nutzung gilt, eine Widerlegung aber schon dann anzunehmen ist, wenn dem ersten Anschein nach – also bei Bestellung für ein Unternehmen – keine Vergütungspflicht vorliegt.

(d) In richtlinienkonformer Fortbildung des § 42b Abs 1 UrhG besteht daher keine Zahlungspflicht des Händlers der ersten Stufe, wenn die Lieferung für ihn erkennbar an Endverbraucher erfolgt, die entweder juristische Personen sind oder als natürliche Personen das Material für ihr Unternehmen erwerben. Sonst – also bei Lieferung an Zwischenhändler und, wegen der widerlegbaren Vermutung der privaten Nutzung, bei Lieferung an natürliche Personen als Endnutzer, die nicht erkennbar als Unternehmer handeln – hängt die Zahlungspflicht nach der eingangs dargestellten

Rechtsprechung des EuGH vom Bestehen eines wirksamen Rückerstattungsanspruchs ab, wobei auch das von der Beklagten geschaffene System der Vorabfreistellung in die Betrachtung einzubeziehen ist.

4.4. Das System der Vorabfreistellung und Rückerstattung reicht rechtlich und tatsächlich zur Rechtfertigung des Anknüpfens an der ersten Handelsstufe und zur Rechtfertigung der Vermutung einer privaten Nutzung durch natürliche Personen aus.

(a) Alle relevanten Fassungen des § 42b Abs 6 UrhG sahen bzw sehen unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf Rückerstattung der Trägervergütung vor. Dieser Anspruch besteht jedenfalls bei Ausfuhr des Materials; weiters nach der bis 30. 6. 2003 geltenden Fassung bei Nutzung für den „nichteigenen Gebrauch“, außer bei Vorliegen einer freien Werknutzung, nach der dann bis zum 30. 9. 2015 geltenden Fassung bei Nutzung aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten, und nach geltendem Recht (idF der UrhG-Nov 2015) bei einer nicht in der Vervielfältigung zum privaten oder eigenen Gebrauch bestehenden Nutzung.

(b) Diesen Regelungen ist gemeinsam, dass sie den weit überwiegenden Teil der Weiterverrechnung einer materiell nicht berechtigten Trägervergütung erfassen. Denn in allen Fällen haben Unternehmen – die legitimerweise nur aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten vervielfältigen dürfen – einen Rückerstattungsanspruch. Nicht erfasst ist demgegenüber die freie Nutzung für den (nicht privaten, sondern sonstigen) „eigenen“ Gebrauch, also derzeit in den Fällen des § 42 Abs 2, 6 und 7 UrhG. Insofern waren die jeweiligen Bestimmungen aber nach dem Gebot richtlinienkonformer Rechtsfortbildung analog anzuwenden

bzw teleologisch zu reduzieren. Richtigerweise bestand und besteht ein Rückforderungsanspruch daher auch dann, wenn es sich beim Endnutzer (etwa) um eine Bibliothek oder eine Forschungseinrichtung handelt.

(c) Nach den Feststellungen des Erstgerichts war der Rückforderungsanspruch jedenfalls bei Lieferung an Unternehmen im Wesentlichen wirksam. Die Klägerin war danach bereit, Rückforderungsansprüche zu erfüllen; die Voraussetzungen für die Geltendmachung waren nicht derart aufwändig, dass sie Berechtigte faktisch an der Anspruchsdurchsetzung gehindert hätten. Dazu kommt, dass durch das System der Vorabfreistellung zumindest zu einem gewissen Teil die Zahlung einer Vergütung von vornherein vermieden werden konnte. Zwar informierte die Klägerin die Endnutzer erst ab 2004 auf ihrer Website über die Möglichkeit einer Rückerstattung. Unternehmern musste aber schon davor unterstellt werden, dass sie die Rechtslage kennen oder sich erforderlichenfalls darüber informieren. Aus dem anfänglichen Fehlen einer aktiven Informationspolitik kann daher nichts zu Lasten der Klägerin abgeleitet werden. Unzulässig war es zwar, dass die Klägerin die Rückerstattung bei USB-Sticks von weiteren Voraussetzungen abhängig machte. Dies allein kann allerdings unter Bedachtnahme auf die Ergebnisspflicht des Staates nicht dazu führen, dass die Rechtfertigung des Anknüpfens an der ersten Handelsstufe wegfiel. Denn eine solche Annahme stünde außer Verhältnis zu den offenkundig geringfügigen Auswirkungen, die die Verweigerung einer Rückvergütung in solchen Fällen faktisch hatte.

(d) Nicht festgestellt ist, dass die Klägerin Rückvergütungsansprüche bei einer weder privaten noch betrieblichen Nutzung – also in den verblieben Fällen des

„eigenen Gebrauchs“ – abgelehnt hätte. Selbst wenn das aber zugefallen wäre, folgte daraus ebenfalls noch nicht die fehlende Rechtfertigung des Anknüpfens an der ersten Handelsstufe. Denn die davon erfassten Umsätze fallen ganz offenkundig gegenüber der privaten und der betrieblichen Nutzung nicht entscheidend ins Gewicht. Auch hier überwiegt daher die sonst gefährdete Ergebnisspflicht des Staats. Anders gewendet: Die möglicherweise unzulässige Belastung weniger, in der Regel öffentlicher Institutionen kann nicht dazu führen, dass den Rechteinhabern der gerechte Ausgleich zur Gänze entzogen wird.

4.5. Die Regelung der Trägervergütung in § 42b UrhG ist daher unionsrechtskonform dahin zu verstehen, dass die Zahlungspflicht desjenigen, der das Trägermaterial im Inland erstmals entgeltlich in Verkehr bringt, nur bei Abgabe an Zwischenhändler und an solche natürliche Personen als Endnutzer besteht, die das Material nicht für ihr Unternehmen beziehen. In diesem Umfang ist das Anknüpfen am Händler erster Stufe durch praktische Schwierigkeiten gerechtfertigt und unter Bedachtnahme auf das System der Rückerstattung und Vorabfreistellung unionsrechtlich nicht zu beanstanden.

5. Zur Verteilung der Trägervergütung

5.1. Nach der eingangs dargestellten Auffassung des EuGH (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*) ist die mittelbare Verteilung der Trägervergütung über soziale und kulturelle Einrichtungen grundsätzlich zulässig. Diese Einrichtungen müssen aber tatsächlich den Berechtigten zugute kommen und dürfen keine „diskriminierenden Funktionsmodalitäten“ aufweisen. In den Gründen führt der EuGH insofern präzisierend aus, Richtlinienwidrigkeit liege vor, wenn „von den genannten Einrichtungen andere Personen als die Berechtigten profitieren würden oder wenn diejenigen,

die nicht die Staatsangehörigkeit des betreffenden Mitgliedstaats besitzen, von ihrer Inanspruchnahme rechtlich oder tatsächlich ausgeschlossen wären“ (Rz 54). Aus der Bezugnahme auf einen (rechtlichen oder tatsächlichen) „Ausschluss“ von der Inanspruchnahme folgt, dass ein bloß faktisches Überwiegen der Nutzung durch inländische Berechtigte noch nicht als „diskriminierende Funktionsmodalität“ der Einrichtung anzusehen ist. Das entspricht den Schlussanträgen des Generalanwalts *Mengozzi*, der ausdrücklich auf die *Möglichkeit* der Inanspruchnahme abstellte (vgl. Schlussanträge Rz 80: „Haben jedoch unterschiedslos alle Urheber, österreichische wie ausländische, Zugang zu den sozialen Leistungen und stellen die kulturellen Leistungen eine effektive Form des mittelbaren Ausgleichs dar, der *unterschiedslos, wenn auch nicht unbedingt in gleichem Maße*, sowohl den nationalen Urhebern als auch den ausländischen Urhebern zugute kommen kann, liegt keine Ungleichbehandlung vor, die die nationale Regelung unvereinbar mit dem Unionsrecht machen könnte“ [Hervorhebung durch den Senat]).

5.2. Die Ausführungen des EuGH sind – ebenso wie jene des Senats im Aufhebungsbeschluss – dahin zu verstehen, dass die Pflicht zur Zahlung einer ansonsten unbedenklichen Trägervergütung im Zweifel aufrecht bleiben muss, wenn die Erlöse im Wesentlichen den Rechteinhabern zugute kommen (denn sonst läge ja von vornherein kein gerechter Ausgleich vor) und insofern keine eindeutig diskriminierende Rechtslage oder Praxis besteht. Denn weder dem europäischen oder nationalen Gesetzgeber noch dem EuGH kann unterstellt werden, dass jede tatsächlich ungleichmäßige Verteilung der Vergütung zu deren vollständigem Wegfall führen sollte. Dies verstieße wiederum

gegen die Ergebnisspflicht der Mitgliedstaaten, die bei Einführung der Privatkopienausnahme für einen gerechten Ausgleich zu sorgen haben. Soweit daher nur – wie zweifellos nach der österreichischen Praxis – eine *ungleichmäßige Verteilung* vorliegt, sind die damit verbundenen Fragen zwischen den Rechteinhabern und den Verwertungsgesellschaften auszutragen.

5.3. Auf dieser Grundlage führen die Feststellungen zur Praxis der Verwertungsgesellschaften in Bezug auf die sozialen und kulturellen Einrichtungen letztlich nicht dazu, dass die nach Maßgabe von Punkt 4. bestehende Zahlungspflicht der Beklagten entfielen.

(a) Die Inanspruchnahme von Leistungen hängt in erster Linie von der Bezugsberechtigung bei der jeweiligen Verwertungsgesellschaft ab. Diese setzt den Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags voraus. Eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit liegt insofern nicht vor: Der Abschluss von Wahrnehmungsverträgen durch Personen, die nicht österreichische Staatsangehörige sind und/oder über keinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Tätigkeitsschwerpunkt im Inland verfügen, war rechtlich nicht ausgeschlossen. Seit dem VerwGesG 2006 besteht insofern ein Kontrahierungszwang gegenüber Rechteinhabern aus anderen EU- oder EWR-Staaten; daraus lässt sich aber nicht der Gegenschluss ziehen, dass der Vertragsabschluss zuvor von Rechts wegen auf Inländer beschränkt gewesen wäre. Entscheidend ist, dass das Erstgericht nicht feststellen konnte, dass eine Verwertungsgesellschaft den Vertragsabschluss mit einer Person, die weder österreichische Staatsangehörige noch hier ansässig war, verweigert hätte. Ein nach der Staatsangehörigkeit diskriminierendes Verhalten von

Verwertungsgesellschaften steht daher nicht fest.

(b) Soziale Leistungen hängen regelmäßig nur von der Bezugsberechtigung bei der jeweiligen Verwertungsgesellschaft, von deren Dauer und von einem gewissen Mindestaufkommen ab. Anderes galt zwar bis 2014 für die Verwertungsgesellschaft für Bildende Kunst, Fotografie und Choreographie, die überhaupt einen Inlandsbezug voraussetzte. Diese Gesellschaft fällt allerdings betragsmäßig nicht ins Gewicht: Zuletzt erhielt sie von der Trägervergütung 40.000 EUR, während der Anteil der Klägerin etwa 5 Mio EUR betrug. Eine derart geringfügige unmittelbare Diskriminierung kann unter Bedachtnahme auf die Ergebnisspflicht der Mitgliedstaaten wiederum nicht zum Entfall des gesamten gerechten Ausgleichs führen.

Zwar ist richtig, dass das Anknüpfen an der Bezugsberechtigung wegen der – europaweit praktizierten – Rechtswahrnehmung durch die jeweilige „Heimatgesellschaft“ faktisch dazu führt, dass die Leistungen in erster Linie durch inländische Rechteinhaber in Anspruch genommen werden. Das ändert jedoch nichts daran, dass die Leistungen „unterschiedslos, wenn auch nicht unbedingt in gleichem Maße“ sowohl den nationalen als auch ausländischen Berechtigten zugute kommen „können“ (GA Mengozzi aaO). Angehörige anderer Staaten sind daher weder „tatsächlich [noch] rechtlich“ von der Inanspruchnahme „ausgeschlossen“ (C-521/11, *Amazon International Sales Inc*, Rz 54). Das bloß faktische Überwiegen inländischer Berechtigter steht nach Auffassung des Senats der Richtlinienkonformität nicht entgegen.

(c) Auch die kulturellen Einrichtungen fördern nach den Feststellungen faktisch in erster Linie inländische Berechtigte, wobei die Richtlinien der – betraglich am

meisten ins Gewicht fallenden – Klägerin ausdrücklich das Ziel einer „Steigerung der Qualität österreichischen Musikschaftens“ vorsehen und zudem die sogenannte „ernste“ Musik bevorzugen. Auch hier ist aber den Feststellungen nicht zu entnehmen, dass Berechtigte ohne Inlandsbezug (jedenfalls in relevantem Ausmaß) von der Inanspruchnahme geradezu ausgeschlossen wären. Eine tatsächlich ungleiche Verteilung der Trägervergütung ist auch in diesem Punkt hinzunehmen.

(d) Die Erlöse der Trägervergütung kommen in weit überwiegendem Ausmaß mittelbar oder unmittelbar den Rechteinhabern zugute. Auch diese Bedingung des EuGH ist daher erfüllt. Die aus der Einschaltung der sozialen und kulturellen Einrichtungen folgende tatsächlich ungleiche Behandlung von in- und ausländischen Rechteinhabern kann allenfalls zu Ansprüchen gegen die jeweilige Verwertungsgesellschaft führen, etwa dadurch, dass wegen der faktischen Inländerbegünstigung durch die sozialen und kulturellen Einrichtungen ein größerer Teil des übrigen Erlöses an nicht in Österreich bezugsberechtigte Rechteinhaber fließen muss. Das ist jedoch eine Frage, die im Verhältnis zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Rechteinhabern zu klären ist; sie hat keinen Einfluss auf die grundsätzliche Zahlungspflicht der Beklagten.

6. Die rechtliche und tatsächliche Ausgestaltung der *Verteilung* der Trägervergütung steht daher deren *Einhebung* nicht entgegen. Auch die weiteren Einwände der Beklagten greifen nicht:

6.1. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung könnte nur gegenüber den Rechteinhabern vorliegen, die den nach Art 5 Abs 2 lit b Info-RL zu leistenden Ausgleich ausschließlich über Verwertungsgesellschaften erlangen können. Der Schutzzweck des Verbots erfasst aber

jedenfalls nicht die Beklagten, deren Zahlungspflicht – mit den oben (Punkt 5.2.) genannten, hier aber nicht überschrittenen Grenzen – nicht von der Verteilung der Erlöse abhängt. Im Einheben einer gesetzlich vorgesehen Vergütung liegt kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.

6.2. Richtig ist, dass für die Vervielfältigung von rechtswidrig erlangten Vorlagen kein Ausgleich zu leisten ist, weil diese Nutzungshandlung nicht von der Privatkopienausnahme erfasst wird (C-435/12, *ACI Adam*; C-463/12, *Copydan*). Das hat aber nur Einfluss auf die Höhe der Vergütung, nicht auf die Leistungspflicht der Beklagten dem Grunde nach.

7. Die Info-RL war bis zum 22. 12. 2002 umzusetzen. Erst ab diesem Zeitpunkt bestand daher eine Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation. Davor könnte sich die Unionsrechtswidrigkeit der Zahlungspflicht der Beklagten nur aus einem Verstoß gegen das Primärrecht ergeben. Ein solcher ist nicht erkennbar: Die vom Gesetz vorgesehene Einhebung der Vergütung begründet als solche keinen Verstoß gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber den Beklagten (oben 6.1.). Eine Diskriminierung der ausländischen Beklagten gegenüber inländischen Händlern der ersten Stufe ist nicht zu erkennen. Die faktische Ungleichbehandlung ausländischer gegenüber inländischen Rechteinhabern bei der Verteilung des Erlöses hat wiederum keine Auswirkung auf die Zahlungspflicht der Beklagten.

8. Zum Verjährungseinwand hinsichtlich der erst mit Klageänderung in das Begehren einbezogenen USB-Sticks haben die Beklagten kein konkretes Tatsachenvorbringen im Sinn der Entscheidung 4 Ob 2159/96w erstattet. Damit ist derzeit nicht von einer Verjährung der diesbezüglichen

Vergütungsforderungen auszugehen, sodass die Rechnungslegungspflicht auch insofern besteht (vgl. RIS-Justiz RS0034930). Die Frage der Zahlungspflicht ist damit allerdings noch nicht präjudiziert.

9. Auf dieser Grundlage ist über das Klagebegehren wie folgt zu entscheiden:

9.1. Für die Zeit bis 21. 12. 2002 steht das Unionsrecht dem Anspruch der Klägerin in keiner Weise entgegen. Insofern ist dem Rechnungslegungsbegehren gegen die Erst-, Dritt-, Viert- und Fünftbeklagte mit Teilurteil uneingeschränkt stattzugeben. Da die Zweitbeklagte in diesem Zeitraum noch nicht existierte, ist sie auch nicht zur Rechnungslegung verpflichtet. Insofern liegt kein abzuweisendes Mehrbegehren vor, weil die Klägerin die Rechnungslegung von allen Beklagten nur ab Aufnahme der jeweiligen Geschäftstätigkeit begehrt hatte.

9.2. Für die Zeit ab 22. 12. 2002 ist der Rechnungslegungsanspruch auf Trägermaterial beschränkt, das an Zwischenhändler oder an natürliche Personen, die das Material nicht erkennbar für ein Unternehmen bestellt haben, geliefert wurde.

(a) Der Klage ist hier mit Teilurteil in eingeschränktem Umfang stattzugeben, das Mehrbegehren ist abzuweisen. Eine Rechnungslegung in Bezug auf nicht bestehende Ansprüche kommt nicht in Betracht (RIS-Justiz RS0124718). Da die „Eventualbegehren“ der Klägerin in der Sache jeweils ein Minus zum Hauptbegehren bilden (3 Ob 38/10z mwN), haben gesonderte Aussprüche darüber zu unterbleiben.

(b) Bei der zeitlichen Reichweite ist zu unterscheiden: Die Viertbeklagte hatte (spätestens) am 7. 3. 2007 ihre Geschäftstätigkeit eingestellt; ihre

Rechnungslegungspflicht besteht daher nur bis zu diesem Zeitpunkt. Für die Erst-, Dritt- und Fünftbeklagte steht zufolge Nichtübernahme der weitergehenden Feststellungen des Erstgerichts durch das Berufungsgericht nur fest, dass sie bis zum Schluss der Verhandlung im ersten Rechtsgang am Inverkehrbringen mitwirkten. Ihnen gegenüber kann daher die Rechnungslegung zunächst nur bis zu diesem Zeitpunkt (9. 4. 2010) aufgetragen werden; für die darauf folgende Zeit sind die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben, und dem Erstgericht ist die neuerliche Entscheidung aufzutragen. Ob insofern eine Verfahrensergänzung erforderlich ist, haben die Vorinstanzen zu beurteilen. Für die Zweitbeklagte gilt diese Einschränkung mangels Anfechtung der insofern relevanten Feststellungen nicht.

9.3. Der Senat teilt die Auffassung des Erstgerichts, dass die Aufzählung von Trägermedien im ursprünglichen Klagebegehren nur nach dem ersten Anschein demonstrativ war, in Wahrheit aber das nach Auffassung der Klägerin vergütungspflichtige Material – unter Bezugnahme auf die insofern bestehenden Gesamtverträge – abschließend umschrieb. Daher lag bei der Aufnahme von USB-Sticks in die Aufzählung eine (zulässige) Klageänderung vor. Auch die letzte Fassung des Begehrens ist in diesem Sinn zu verstehen, weil sonst angesichts weiterer Verfahren zwischen den Parteien zu Festplatten und Mobiltelefonen (18 Cg 91/13s und 53 Cg 46/13f je des HG Wien) eine von der Klägerin zweifellos nicht gewollte Streitanhängigkeitsproblematik vorläge. Der grundsätzlich abschließende Charakter der Aufzählung ist im Spruch klarzustellen („Trägermaterial, nämlich ...“). Die Vorlage von Belegen war in der letzten Fassung des Begehrens nicht mehr enthalten.

9.4. Die Entscheidung über das noch nicht

bezahlte Zahlungsbegehren ist dem Endurteil vorzubehalten. In Bezug auf das nur gegen Erst-, Dritt-, Viert- und Fünftbeklagte erhobene bezifferte Zahlungsbegehren ist ein Zwischenurteil zu fällen, das die oben dargestellte Reichweite der Zahlungspflicht widerspiegelt.

10. Zur Kostenentscheidung:

10.1. Bei einer Stufenklage ist grundsätzlich schon im Teilurteil über das Rechnungslegungsbegehren über die bisherigen Verfahrenskosten zu entscheiden (*Konecny in Fasching/Konecny*³ Art XLII EGZPO Rz 129 mwN). Hier ist das allerdings nur in Bezug auf die Zweitbeklagte möglich, weil ihr gegenüber kein beziffertes Zahlungsbegehren gestellt und über das gesamte Rechnungslegungsbegehren abgesprochen wurde. Die Entscheidung gründet sich insofern auf § 43 Abs 1 ZPO: Es liegt ein teilweises Obsiegen vor, wobei der Umfang der Obsiegensquote mangels Kenntnis der auf den stattgebenden und den abweisenden Teil entfallenden Umsätze nicht festgestellt werden kann. Dies führt im Zweifel zur Kostenaufhebung. In Bezug auf die jeweils allein getragenen Barauslagen besteht wechselseitige Kostenersatzpflicht zur Hälfte. Da anzunehmen ist, dass die fünf Beklagten die Kosten ihrer Seite nach Kopfteilen tragen, besteht die Ersatzpflicht der Klägerin im Ergebnis nur zu einem Zehntel der von den Beklagten verzeichneten Barauslagen. Bei der Pauschalgebühr beträgt die Bemessungsgrundlage aufgrund der Bewertung des Rechnungslegungsbegehrens durch die Klägerin nur 25.000 EUR. Die Kosten der von den Beklagten vorgelegten Privatgutachten sind, wie bereits vom Erstgericht unbekämpft ausgesprochen, nicht ersatzfähig.

10.2. Hinsichtlich der übrigen Beklagten kann noch nicht über die Kosten entschieden werden, weil das

ihnen gegenüber ergangene Teilurteil nicht den gesamten Rechnungslegungsanspruch und vor allem nicht den bezifferten Zahlungsanspruch erledigt. Insofern beruht die Kostenentscheidung auf § 52 Abs 1 Satz 3 und Abs 4 iVm § 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 21. Februar 2017
Dr. V o g e l
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: