

von Christian Zib und
Stephanie Nitsch

Rechtsfragen der Träger- materialvergütung nach § 42b UrhG

ao Univ.-Prof. Dr. Christian Zib / Univ.-Ass. Mag. Stephanie Nitsch,
Universität Wien und Österr. Forschungsinstitut für IT-Recht

Inhaltsübersicht

I. RECHTSGRUNDLAGE.....	1
II. MULTIFUNKTIONALE SPEICHERMEDIEN ALS FALL DER LEERKASSETTENVERGÜTUNG?	2
A. Bild- oder Schallträger.....	2
B. Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch	3
C. Eignung vs. Zweckbestimmung für Vervielfältigungen zum privaten oder eigenen Gebrauch	3
1. Normzweck.....	3
2. Rechtsprechung des OGH.....	4
3. Das EuGH-Urteil in der Sache Padawan	5
4. Zwischenergebnis	7
III. SCHULDNER DES VERGÜTUNGSANSPRUCHS	8
A. Erstinverkehrbringer.....	8
1. Erstinverkehrbringer bei Lieferung aus dem Ausland.....	8
2. Eigentumsvorbehalt.....	9
3. Lieferung unter Incoterms	9
4. Zwischenergebnis	10
B. Vergleich mit anderen Rechtsordnungen.....	10
C. Konsequenzen.....	11
D. Spätere Inverkehrbringer: Haftung als Bürge und Zahler	11
IV. VERJÄHRUNG DES VERGÜTUNGSANSPRUCHS	12
A. Anwendbarkeit der Vorschriften über Entschädigungsklagen.....	12
B. Unterbrechung der Verjährung.....	14
1. Verjährungsunterbrechung durch Klage.....	14
2. Unterbrechungswirkung gegenüber Bürgen	14
V. ANSPRUCH AUF RECHNUNGSLEGUNG	15
A. Aktiv- und Passivlegitimation	15
B. Umfang und Erfüllung der Rechnungslegungspflicht.....	15
C. Verjährung und verjährungsunterbrechende Wirkung.....	15
VI. ZUSAMMENFASSUNG	16

Das Padawan-Urteil des EuGH¹⁾ wird zu verschiedener Deutung Anlass geben, weil sein Wortlaut weiter gefasst ist als seine erkennbaren Überlegungen. Der folgende Beitrag untersucht seine Bedeutung für multifunktionale Speichermedien wie PC-Festplatten oder Speicherchips in Mobiltelefonen und erörtert Fragen der Durchsetzung des Vergütungsanspruchs²⁾.

I. RECHTSGRUNDLAGE

Die Vergütung für Trägermaterial („Leerkassettenvergütung“) ist in § 42b Abs 1 UrhG geregelt. Die Bestimmung lautet:

§ 42b. (1) Ist 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, dass es durch Festhalten auf einem Bild- oder Schallträger nach § 42 Abs. 2 bis 7 zum eigenen oder privaten Gebrauch vervielfältigt wird, so hat der Urheber Anspruch auf eine angemessene Vergütung (Leerkassettenvergütung), wenn Trägermaterial im Inland gewerbsmäßig entgeltlich in den Verkehr kommt;

1) EuGH 21.10.2010 C-467/08 MR-Int 2010, 115 (*M. Walter*) = wbl 2010/231.

2) Der Beitrag beruht auf einer Anfrage aus der Praxis.

als Trägermaterial gelten unbespielte Bild- oder Schallträger, die für solche Vervielfältigungen geeignet sind, oder andere Bild- oder Schallträger, die hierfür bestimmt sind.

Die Regelung wurde mit der UrhG-Nov 1980³⁾ eingeführt (damals § 42 UrhG). Ihren Zweck bildet der *finanzielle Ausgleich für die (erlaubte) Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch*⁴⁾. Sie knüpft deshalb an Sachverhalte an, die regelmäßig solche Vervielfältigungen mit sich bringen (Inverkehrkommen von Trägermaterial)⁵⁾. Damit kann die Beteiligung der Urheber und Leistungsschutzberechtigten an den wirtschaftlichen Ergebnissen ihres Schaffens gewährleistet werden⁶⁾. Die im Gesetz „Leerkassettenvergütung“ genannte Abgabe belastet das Trägermaterial. Die Integration des vergütungspflichtigen Speichermediums in ein Gerät führt nicht zu einer Umwandlung der Abgabe in eine Gerätevergütung. Nicht das Gerät, in welches der Träger eingebaut wird, sondern der Speicherträger selbst bleibt Anknüpfungspunkt für die Leerkassettenvergütung⁷⁾.

Seit Einführung der Leerkassettenvergütung hat sich die Technik weiterentwickelt: Ausgangspunkt war damals die Vervielfältigung von Daten auf analogen Speichermedien. Heute werden Audio- und Videodaten – auch von Endverbrauchern – idR nicht mehr analog, sondern digital vervielfältigt. Darüber hinaus sind die Speichermedien multifunktional geworden: Neben CD- und DVD-Rohlinge – die heutigen Nachfolger der Leerkassette – sind Festplatten, USB-Sticks, Speicherchips in MP3-Playern, Mobiltelefonen etc getreten.

Durch eine geringfügige Änderung des § 42b UrhG im Zuge der UrhG-Nov 2003 wurde die Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Info-Richtlinie)⁸⁾ umgesetzt.

Art 5 Abs 2 lit b der Richtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das in Artikel 2 vorgesehene Vervielfältigungsrecht vorsehen:

[...]

b) in Bezug auf Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch und weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke unter der Bedingung, dass die Rechtsinhaber einen *gerechten Ausgleich* erhalten, wobei berücksichtigt wird, ob technische Maßnahmen gemäß Artikel 6 auf das betreffende Werk oder den betreffenden Schutzgegenstand angewendet wurden“.

Erwägungsgrund 38 der Richtlinie erläutert dies wie folgt:

„Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit erhalten, unter Sicherstellung eines gerechten Ausgleichs eine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht für bestimmte Arten der Vervielfältigung von Ton-, Bild- und audiovisuellem Material zu privaten Zwecken vorzusehen. Dazu kann die Einführung oder Beibehaltung von Vergütungsregelungen gehören, die Nachteile für Rechtsinhaber ausgleichen sollen. Wenngleich die zwischen diesen Vergütungsregelungen bestehenden Unterschiede das Funktionieren des Binnenmarkts beeinträchtigen, dürften sie sich, soweit sie sich auf die analoge private Vervielfältigung beziehen, auf die Entwicklung der Informationsgesellschaft nicht

nennenswert auswirken. Die digitale private Vervielfältigung dürfte hingegen eine weitere Verbreitung finden und größere wirtschaftliche Bedeutung erlangen. Daher sollte den Unterschieden zwischen digitaler und analoger privater Vervielfältigung gebührend Rechnung getragen und hinsichtlich bestimmter Punkte zwischen ihnen unterschieden werden.“

Hervorzuheben ist, dass die „Leerkassettenvergütung“ – wie § 42b Abs 1 UrhG deutlich macht – der *Abgeltung freier Werknutzungen* dient, nicht aber dem Ersatz von Schäden durch unrechtmäßige Vervielfältigungen, ebensowenig einer Doppelabgeltung bei bereits bezahltem Entgelt für die Vervielfältigung (entgeltliche Musikdownloads)⁹⁾.

II. MULTIFUNKTIONALE SPEICHERMEDIEN ALS FALL DER LEERKASSETTENVERGÜTUNG?

Die österreichische Regelung der Leerkassettenvergütung knüpft an das zur Vervielfältigung verwendete Trägermaterial an. Daher unterliegt nicht das jeweilige Vervielfältigungsgerät der Abgabepflicht, sondern die unterschiedlichen Speichermedien. Als Trägermaterial definiert das Gesetz in § 42b Abs 1 letzter Satz UrhG „*unbespielte Bild- oder Schallträger, die für solche Vervielfältigungen geeignet sind, oder andere Bild- oder Schallträger, die hierfür bestimmt sind.*“

Voraussetzung der Vergütung sind somit die Eigenschaft als Bild- oder Schallträger sowie die Eigenschaft unbespielter Träger zur Vervielfältigung zum Privatgebrauch oder die Zweckbestimmung anderer Träger zur Vervielfältigung zum Privatgebrauch.

A. Bild- oder Schallträger

Unter Bild- oder Schallträgern iS des § 42b UrhG versteht die Rechtsprechung Mittel der wiederholbaren Wiedergabe für Gesicht oder Gehör und übernimmt damit die Definition des § 15 Abs 2 UrhG¹⁰⁾. Analoge und digitale Speichermedien sind nach dem OGH grundsätzlich gleich zu behandeln, ein Einfrieren der Vergütung auf einen bestimmten Stand der Technik im Bereich der Speichermedien (insb: auf analoge Speicherträger) ist abzulehnen. Vielmehr ist § 42b Abs 1 UrhG technologieneutral auszulegen¹¹⁾.

Erfasst ist daher analoges und digitales Trägermaterial, das mit Audio- oder Videodaten beschrieben werden kann¹²⁾. Analoges Trägermaterial sind zB Mag-

3) BGBl 1980/321.

4) M. Walter, UrhG 2006 (2007) § 42b Anm 1.

5) Schachter in Kucsko, urheber.recht 712.

6) OGH 12.07.2005, 4 Ob 115/05y – Gericom, MR 2006, 19.

7) Karl, Multifunktionale Speicherträger im Lichte des Gericom-Urteils, MR 2006, 145.

8) ABI 2001 L 167/10.

9) Dittrich, Die Festplatte – ein Trägermaterial iSd § 42b UrhG, ÖJZ 2001, 754 (757, 761 f).

10) OGH 12.07.2005, 4 Ob 115/05y – Gericom, MR 2006, 19.

11) OGH 12.07.2005, 4 Ob 115/05y – Gericom, MR 2006, 19; Karl, Multifunktionale Speicherträger im Lichte des Gericom-Urteils, MR 2006, 144.

12) M. Walter, UrhG 2006 (2007) § 42b Anm 4.

netbänder, Musik- und Videokassetten; digitales Trägermaterial sind zB Audio-CDs, Computer-CD-R/RWs, DVDs, Mini-Disks, DAT-Bänder, Speicherchips und Computerfestplatten. Digitale Speichermedien sind somit grundsätzlich „Bild- oder Schallträger“ iS des § 42b Abs 1 UrhG, weil sie als Mittel zur wiederholbaren Wiedergabe für Gesicht oder Gehör eingesetzt werden können.

Die Qualifikation als „Bild- oder Schallträger“ iS des § 42b Abs 1 UrhG allein führt aber noch nicht zur Anwendung der Leerkassettenvergütung¹³). Um „Trägermaterial“ iS der Leerkassettenvergütung handelt es sich nur, wenn unbespielte Bild- oder Schallträger für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch (§ 42 Abs 2 bis 7 UrhG) geeignet bzw andere Bild- oder Schallträger dazu bestimmt sind (§ 42b Abs 1 UrhG). Dies ist in einem nächsten Schritt zu prüfen.

B. Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch

Der Vergütungsanspruch soll den Urhebern Ersatz für erwartbare gesetzlich erlaubte Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch (§ 42 Abs 2 bis 7 UrhG) gewähren (§ 42b Abs 1 UrhG). In Frage kommt vorliegendenfalls insb die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch nach § 42 Abs 4 UrhG. Eine solche Vervielfältigung ist zu bejahen, wenn geschützte Werke auf CD/DVD kopiert oder via USB-Kabel, Bluetooth oder WLAN vom PC auf ein Handy (oder umgekehrt) übertragen und auf diesem zusätzlich gespeichert werden. Wird das Werk aber zB mit PC oder Handy legal aus dem Internet erlangt („gekauft“), so findet durch das Abspeichern auf dem Handy keine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch statt, sondern lediglich die nötige Speicherung, um das Werk überhaupt (erstmalig) nutzen zu können. Unterstellt man PC-Festplatten oder Speicherchips für MP3-Handys der Leerkassettenvergütung, so kommt es daher zu einer doppelten Belastung des Endnutzers, wenn dieser die Daten direkt aus dem Internet bezieht¹⁴).

C. Eignung vs. Zweckbestimmung für Vervielfältigungen zum privaten oder eigenen Gebrauch

1. Normzweck

§ 42b Abs 1 UrhG unterscheidet zwischen *unbespielten* und „anderen“ *Bild- oder Schallträgern*. Erstere müssen für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch (§ 42 Abs 2 bis 7 UrhG) *bloß* „geeignet“ sein, letztere müssen hierfür „bestimmt“ sein. Die Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil multifunktionale Datenträger wie PC-Festplatten oder Speicherchips in Mobiltelefonen für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch jedenfalls nicht „bestimmt“ sind, daher nur dann der Vergütung unterliegen, wenn sie als „unbespielt“ einzuordnen sind.

Zur „Bestimmung“ des Trägermaterials führen die Erläuterungen zur UrhG-Nov 1980¹⁵) aus, dass

„zum Schein bespieltes Material ... unter die Regelung (fällt), sofern es für Überspielungen zum eigenen Gebrauch ‘bestimmt’ ist“.

Sinn dieser Regelung ist es, eine Umgehung der Vergütungspflicht zu verhindern, indem das Gesetz auch Trägermaterial in die Vergütungspflicht einbezieht, das lediglich in einer solchen Weise bespielt worden ist, dass es vom Benutzer typischerweise sofort zur Überspielung verwendet und die ursprüngliche Bespielung damit gelöscht wird¹⁶). Letztlich läge in solchen Fällen wieder ein unbespielter Tonträger vor¹⁷). Dies ist aber bei Festplatten in PC und Speicherchips in Mobiltelefonen wegen der beim Kauf bereits darauf gespeicherten Programme (Betriebssystem etc) nicht der Fall¹⁸). Diese Daten werden vom Benutzer typischerweise gerade nicht gelöscht.

Sind diese Speichermedien also nicht für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch „bestimmt“, so fragt sich, ob sie als „unbespielt“ iS des § 42b Abs 1 UrhG einzuordnen sind.

Der Speicherchip eines MP3-Handys ist bereits bei seinem „Inverkehrkommen“ (§ 42b Abs 1 UrhG) in Österreich durch Programme (Betriebssystem des Mobiltelefons, vorinstallierte Handy-Apps, Spiele etc) und sonstige Daten (Grafiken als Bildschirmhintergründe, Audiodaten als Klingeltöne etc) belegt. Vergleicht man den Speicherchip eines Mobiltelefons mit Festplatten in PC, so kann festgestellt werden, dass der Speicherchip zu einem verhältnismäßig größeren Anteil durch Daten belegt ist¹⁹). Von unbespieltem Trägermaterial kann daher nicht ohne weiteres gesprochen werden.

Es könnten nun verschiedene Auslegungen vertreten werden: So könnte gesagt werden, dass jeder multifunktionale (zum Teil durch ein Betriebssystem oder sonstige Daten belegte) Datenträger, auf dem auch nur einige MB Speicherplatz frei bleiben, eben *insoweit* „unbespielt“ sei. Das würde freilich dazu führen, dass eine „gerechte“ Vergütung (vgl Art 5 Abs 2 lit b Info-Richtlinie) nur im Einzelfall nach dem jeweiligen Auslieferungszustand bei Inverkehrkommen („Füllstand“ des Datenträgers) berechnet werden kann.

Es könnte auch gesagt werden, dass Trägermaterial dann als unbespielt zu gelten hat, wenn der vorhandene Speicher nur verhältnismäßig geringfügig bespielt wurde²⁰). Fraglich wäre dann freilich, was als „verhältnis-

13) OGH 12.07.2005, 4 Ob 115/05y – Gericom, MR 2006, 19.

14) *Lamprecht*, Freie Werknutzung und Urheberrechtsabgabe – Die Leerkassettevergütung im digitalen Zeitalter (Diss 2008) 92.

15) 385 BlgNR XV. GP.

16) OGH 12.07.2005, 4 Ob 115/05y – Gericom, MR 2006, 19; *Dittrich*, Die Festplatte – ein Trägermaterial iSd § 42b UrhG, ÖJZ 2001, 754 (760 f).

17) *Karl*, Multifunktionale Speicherträger im Lichte des Gericom-Urteils, MR 2006, 143.

18) So für Festplatten schon *Dittrich*, Die Festplatte – ein Trägermaterial iSd § 42b UrhG, ÖJZ 2001, 754 (760).

19) Zutr *Lamprecht*, Freie Werknutzung und Urheberrechtsabgabe – Die Leerkassettenvergütung im digitalen Zeitalter (Diss 2008) 91.

20) So *Lamprecht*, aaO 91.

mäßig geringfügiger“ Dateninhalt gelten soll: zwischen nur 1 % Speicherbelegung (bloßer Umgehungsabschluss) und 90 % (Argument: immer noch bestehender Speicherplatz für Privatkopien) wäre hier alles vertretbar.

Schließlich könnte mit *Dittrich* in einer stärker normzweckorientierten Auslegung auch vertreten werden, dass zum Teil – und nicht nur zum Schein – bespieltes Trägermaterial nicht unter die Vergütungspflicht fällt²¹⁾. Daran ist jedenfalls richtig, dass die „Unbespieltheit“ des Trägermaterials nicht isoliert zu sehen, sondern aus Systematik und Normzweck der Regelung zu beurteilen ist.

Nach dem Gesetz muss unbespieltes Trägermaterial für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch bloß „geeignet“, anderes Trägermaterial hingegen dazu „bestimmt“ sein. Dem liegt die Überlegung zu Grunde, dass die früheren Leerkassetten typischerweise zur Vervielfältigung fremder Werke zum eigenen oder privaten Gebrauch verwendet wurden, weshalb in typisierender Sichtweise die bloße „Eignung“ hiezu genügen soll. Dies lässt sich eingeschränkt, aber doch auf die heute verwendeten CD/DVD-Rohlinge übertragen: sie werden zwar immerhin auch für Backups eigener Daten, Urlaubsvideos etc verwendet, doch überwiegt in der Praxis stark der Einsatz zur Privatkopie fremder geschützter Werke. Bei anderen Datenträgern, denen diese Typizität fehlt, soll ausschlaggebend sein, ob sie zu solchen Vervielfältigungen bestimmt sind, weil eine typisierende Sichtweise insoweit eben nicht angebracht ist. Daraus folgt, dass bei teilweise bespielten multifunktionalen Datenträgern zu fragen ist, ob sie typischerweise zur Vervielfältigung fremder Werke zum eigenen oder privaten Gebrauch verwendet werden.

Diese Typizitätsüberlegung findet sich auch in den Gesetzesmaterialien zu späteren Änderungen des § 42b UrhG. So führen die Erläuterungen zur UrhG-Nov 2003²²⁾ aus:

„§ 42b knüpft das Entstehen des Anspruchs auf Leerkassettenvergütung an Sachverhalte, die *typischerweise* die Vervielfältigung zum eigenen bzw privaten Gebrauch ermöglichen; nach geltender Rechtslage sind dies die Sendung eines Werks durch Rundfunk und das Festhalten auf einem zu Handelszwecken hergestellten Bild- oder Schallträger [...]“.

Auch die Mat zur UrhG-Nov 1996²³⁾ enthalten diesen Gedanken (zur Reprographievergütung in § 42b Abs 2 Z 1 UrhG). Sie führen zur Unterscheidung zwischen „geeignet“ und „bestimmt“ aus, dass

„der von vornherein objektiv zu verstehende Begriff ‘geeignet’ vermieden werden sollte, um Geräte, die für Vervielfältigungen zwar geeignet, dafür aber *typischerweise nicht gedacht* sind [...] auszuschließen.“

Auf dieser Linie bewegt sich auch die Rechtsprechung des OGH:

2. Rechtsprechung des OGH

In seiner Leitentscheidung, dem Gericom-Urteil aus 2005²⁴⁾, hatte der OGH zu beurteilen, ob Festplatten für Computer und Speicherchips für MP3-Player Trägerma-

terial im Sinne des § 42b Abs 1 UrhG sind und für diese digitalen Speichermedien daher die Leerkassettenvergütung abzuführen ist. Dem Urteil war ein veritabler Gutachterstreit mit jeweils veröffentlichten Rechtsgutachten und Repliken (*Dittrich, Noll, Lewinski*) sowie einigen anderen literarischen Stellungnahmen (*Dillenz, M. Walter*) vorangegangen, mit denen sich der OGH auseinanderzusetzen hatte. Die Frage, ob multifunktionale Speichermedien stets oder nur bei wirtschaftlich weit überwiegender Nutzung für Musikdaten dem Vergütungsanspruch unterworfen sind, wurde vom OGH zutreffend in zweiterem Sinne beantwortet. Für PC-Festplatten wurde daher ein Vergütungsanspruch verneint, weil diese „zu einem gewichtigen und nicht zu vernachlässigenden Teil“ für andere Zwecke als Vervielfältigungen zum privaten oder eigenen Gebrauch genutzt werden. Wollte man die Vergütung des § 42b Abs 1 UrhG ausnahmslos auch auf Festplatten von Computern einheben, erhielten die Begünstigten regelmäßig mehr, als ihnen der Gesetzgeber nach dem erklärten Ziel der Vergütung zugedacht hat.

Der OGH hat sich dabei neben den Erläuterungen zur UrhG-Nov 2003 („Sachverhalte, die typischerweise die Vervielfältigung zum eigenen bzw privaten Gebrauch ermöglichen“) auch auf jene zur UrhG-Nov 1980 gestützt, die eine Vergütung für multifunktionale *Geräte* (multifunktionales Trägermaterial war damals noch nicht verbreitet) ablehnen. Die Erläuterungen führen dazu aus:

„Im internationalen Vergleich böte sich die Lösung des § 53 Abs 5 dUrhG an; demnach werden die Ansprüche der Urheber und Leistungsschutzberechtigten aus einem Zuschlag zum Preis der Aufzeichnungsgeräte befriedigt. [...] Der Zuschlag auf den Preis der Vervielfältigungsgeräte hätte zu schwer abschätzbaren Auswirkungen auf den Absatz solcher Geräte geführt. Ferner kann hiebei die Häufigkeit des Überspielens – und auf diese soll es vom Gesichtspunkt des Urheberrechts aus vor allem ankommen – nicht berücksichtigt werden; weiters wäre es schwierig, eine befriedigende und leicht handhabbare Lösung für den – häufigen – Fall zu finden, dass *mehrere Geräte mit verschiedenen Funktionen (zB Radioapparat und Kassettenrecorder) zu einer Einheit zusammengefasst sind*. Die vorliegende Urheberrechtsgesetznovelle knüpft daher nicht an die Geräte, sondern an das Trägermaterial an, das eher einen Schluss auf die Häufigkeit der Überspielung zulässt [...]“.

Diese ablehnende Position des Gesetzgebers gilt nach dem OGH gleichermaßen für PC-Festplatten, die regelmäßig multifunktional eingesetzt werden, mag auch eine von vielen Funktionen die Kopie von Musikdaten sein (die übrigens eine erlaubte Privatkopie sein müsste).

Bei Speicherchips für MP3-Player führt der Ansatz des OGH (Vergütungspflicht bei wirtschaftlich weit überwiegender Verwendung zur Kopie geschützter Musikdaten) nicht zu einer generellen Bejahung der Vergü-

21) *Dittrich*, Die Festplatte – ein Trägermaterial iSd § 42b UrhG, ÖJZ 2001, 754 (760).

22) 40 BlgNR XXII. GP 33 (zu § 42b Abs 1).

23) Erläuterungen zur UrhG-Nov 1996, 3 BlgNR XX. GP 24.

24) OGH 12.7.2005, 4 Ob 115/05y MR 2006, 19.

tungspflicht, sondern wegen Multifunktionalität der Speicherchips (derselbe Chip für MP3-Player, Digitalkamera, Handy etc) zu einer Prüfung der tatsächlichen Nutzung: Der Vergütungspflicht unterliegt nur Trägermaterial, das in MP3-Player integriert ist (und wechselbare Speicherkarten für solche Geräte), weil dieses in weit überwiegendem Maß für Vervielfältigungen zum privaten oder eigenen Gebrauch benutzt wird²⁵).

Mehrfach hat der OGH zur Vergütungspflicht ausgesprochen, dass die Gerichte nicht berechtigt sind, im Wege der Auslegung Vergütungsfälle in das Gesetz hineinzutragen, die darin nach Wortlaut und Normzweck bisher nicht enthalten sind²⁶).

Überträgt man das Ergebnis des OGH auf Speicherchips für MP3-Handys, so ist deutlich, dass moderne Mobiltelefone multifunktional eingesetzt werden. Neben der klassischen Funktion des Telefonierens besteht die Möglichkeit, das Handy für SMS, MMS und E-Mail, als Fotoapparat, Videokamera, Internet-Browser, als Dokumentviewer, zur Textverarbeitung, als Navigationsgerät, Wecker, Kalender oder als Spielekonsole zu nutzen. Für alle diese Funktionen (Ausnahme derzeit noch: Textverarbeitung) ist die erforderliche Software auf modernen Mobiltelefonen vorinstalliert. Unstrittig bleiben die Hauptfunktionen von MP3-Handys trotz gleichzeitig vorhandener Möglichkeit des Abspielens von Musikdateien noch immer Telefonie und SMS. Nur in untergeordnetem Ausmaß kommt es unter vielen anderen Funktionen zur Nutzung der MP3-Funktion. Von einer typischen Füllung des Speicherplatzes mit erlaubten Vervielfältigungen fremder Werke zum eigenen oder privaten Gebrauch kann daher nicht gesprochen werden.

3. Das EuGH-Urteil in der Sache Padawan

Fraglich ist, ob aus dem Urteil des EuGH vom 21.10.2010 in der Rechtssache Padawan²⁷) anderes folgt. Der EuGH hatte sich dort mit mehreren der hier einschlägigen Fragen zu befassen.

Gegenstand des Ausgangsverfahrens war der Vertrieb von CD-R, CD-RW, DVD-R und MP3-Playern²⁸) durch das spanische Unternehmen Padawan. Das nationale Gericht entschied sich zu einer Aussetzung des Verfahrens und zur Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung.

Unter anderem wurden dem EuGH folgende Fragen vorgelegt:

3. Muss in den Fällen, in denen ein Mitgliedstaat sich für ein System der Gebühr oder Abgabe auf Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung entscheidet, diese Gebühr (der gerechte Ausgleich für Privatkopien) notwendigerweise nach dem durch Art 5 Abs 2 Buchst. b verfolgten Zweck und dem Kontext dieser Vorschrift mit dem mutmaßlichen Gebrauch der Anlagen und Medien zur Anfertigung von Vervielfältigungen, die von der Ausnahme für Privatkopien begünstigt sind, im Zusammenhang stehen, so dass die Erhebung der Gebühr gerechtfertigt wäre, wenn die Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung mutmaßlich für die Anfertigung von Privatkopien verwendet werden, andernfalls aber nicht?

4. Ist bei einem System der „Abgabe“ für Privatkopien die unterschiedslose Anwendung dieser „Abgabe“ auf Unternehmen und Freiberufler, die Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung eindeutig zu anderen Zwecken als dem der privaten Vervielfältigung erwerben, mit dem Begriff des „gerechten Ausgleichs“ vereinbar?

Die letztgenannte Frage wurde vom EuGH verneint: eine Vergütungspflicht für Speichermedien, die von anderen als natürlichen Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien erworben werden, ist mit Art 5 Abs 2 der Info-Richtlinie nicht vereinbar (Rz 53 des Urteils). In Österreich können Unternehmer und institutionelle Endnutzer, die Trägermaterial ausschließlich für Vervielfältigungen zu betrieblichen Zwecken verwenden (zB Speicherung oder Backups eigener Daten), vergütungsfrei kaufen²⁹) bzw von Austro Mechana gem § 42b Abs 6 Z 2 UrhG die Rückerstattung bereits bezahlter Leerkassettenvergütung fordern³⁰). Eine Einschränkung auf Unternehmer und institutionelle Nutzer ist zwar weder durch den Wortlaut des § 42b Abs 6 Z 2 UrhG³¹) noch durch dessen Normzweck (Vermeidung einer Doppelvergütung), aber wohl durch die Auslegung des EuGH gedeckt („Privatkopievermutung“ bei natürlichen Privatpersonen). Ob die österr Praxis den Vorgaben des EuGH entspricht, ist fraglich, weil im mehrstufigen Handel anstelle der Freistellung häufig nur die Rückvergütung gangbar ist, die Vergütung daher auch von Unternehmern unabhängig von der Verwendung zunächst bezahlt werden muss (und ein Rückerstattungsantrag häufig unterbleibt)³²), obwohl gerade für den Unternehmensbereich und juristische Personen gar keine Befugnis zur „Privatkopie“ fremder Werke auf digitalen Speichermedien besteht (§ 42 Abs 4 UrhG, Art 5 Abs 2 lit b Info-Richtlinie) und daher – abgesehen von Sonderfällen des eigenen Gebrauchs bestimmter Institutionen (Schulen, Universitäten, Forschungseinrichtungen, Museen; § 42 Abs 2, 6 und 7 UrhG) – gar nichts zu vergüten ist³³).

Zur hier interessierenden allgemeineren Frage, ob die Abgabe von der mutmaßlichen Verwendung der

25) OGH 12.7.2005, 4 Ob 115/05y MR 2006, 19.

26) OGH 12.7.2005, 4 Ob 115/05y MR 2006, 19; ebenso zur Reprographievergütung OGH 24.2.2009, 4 Ob 225/08d MR 2009, 316 (M. Walter).

27) EuGH 21.10.2010 C-467/08 MR-Int 2010, 115 (M. Walter) = wbl 2010/231.

28) Rz 2, 17 des Urteils. In der deutschen Fassung ist von „MP3-Geräten“ die Rede, in der spanischen Fassung von „aparatos de MP3“. Gemeint sind damit – in der englischen Fassung auch so bezeichnete – MP3-Player.

29) Formular unter http://www.aume.at/rte/upload/ura/formular_ex_ura.pdf

30) Formular unter http://www.aume.at/rte/upload/ura/ura-rz_formular.pdf

31) § 42b Abs 6 Z 2 UrhG lautet: „Die Verwertungsgesellschaft hat die angemessene Vergütung zurückzuzahlen (...) an denjenigen, der Trägermaterial für eine Vervielfältigung auf Grund der Einwilligung des Berechtigten benutzt; Glaubhaftmachung genügt.“

32) Dazu krit *Staudegger*, jusIT 2011/1 (4).

33) Dazu näher *Staudegger*, jusIT 2011/1 (3).

Speichermedien für Privatkopien abhängt, führt der EuGH aus:

„(54) Wenn dagegen die fraglichen Anlagen *natürlichen Personen zu privaten Zwecken* überlassen worden sind, ist es *nicht erforderlich, nachzuweisen*, dass diese mit Hilfe dieser Geräte *tatsächlich Privatkopien angefertigt* und somit dem Urheber des geschützten Werks tatsächlich einen Nachteil zugefügt haben.

(55) Bei diesen natürlichen Personen wird nämlich rechtmäßig *vermutet*, dass sie diese Überlassung vollständig ausschöpfen, d.h. es wird davon ausgegangen, dass sie *sämtliche* mit diesen Anlagen verbundenen *Funktionen, einschließlich der Vervielfältigungsfunktion, nutzen*.

(56) Daraus folgt, dass *allein die technische Fähigkeit* dieser Anlagen oder dieser Geräte, Kopien zu fertigen, ausreicht, um die *Anwendung der Abgabe für Privatkopien* zu rechtfertigen, sofern diese Anlagen oder Geräte natürlichen Personen als privaten Nutzern überlassen worden sind.

[...]

(59) Angesichts des Vorstehenden ist auf die dritte und die vierte Vorlagefrage zu antworten, dass Art 5 Abs 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen ist, dass ein *Zusammenhang* zwischen der Anwendung der zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs bestimmten Abgabe auf Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung und dem *mutmaßlichen Gebrauch* dieser Anlagen zum Zweck privater Vervielfältigungen notwendig ist. Folglich ist die unterschiedslose Anwendung der Abgabe für Privatkopien auf Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung, die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind, nicht mit der Richtlinie 2001/29 vereinbar.“

Auch nach dem EuGH erfordert somit Art 5 Abs 2 lit b der Info-Richtlinie („gerechter Ausgleich“) einen Zusammenhang zwischen der Vergütung und dem mutmaßlichen Gebrauch des Trägermaterials für private Vervielfältigungen. Bei natürlichen Personen, die das Trägermaterial zu privaten Zwecken erwerben, ist aber nach dem EuGH zu vermuten, dass sie sämtliche Funktionen (auch die Möglichkeit zur Privatkopie geschützten Materials) nutzen, weshalb die technische Eignung für solche Kopien genügt, um die Abgabe zu rechtfertigen. Ein Nachweis, dass diese Personen tatsächlich Privatkopien angefertigt haben, ist nicht erforderlich.

Darin liegt auf den ersten Blick eine deutliche Abweichung vom Gericom-Urteil des OGH, weil der EuGH anstatt der vom OGH geforderten Typizität die bloße technische Möglichkeit genügen lässt und eine „Privatkopievermutung“ *ohne* die österreichische Differenzierung einführt. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass im Ausgangsverfahren zum EuGH-Urteil die Abgabepflicht für CD-R, CD-RW, DVD-R und MP3-Player – also nach österr Terminologie: unbespielten Trägermaterials – in Frage stand. Für diese Datenträger deckt sich die österreichische Rechtslage mit der Auslegung des EuGH, weil auch hier in typisierender Sichtweise die bloße Eignung genügt (§ 42b Abs 1 UrhG) und die tatsächliche Nutzung nicht geprüft wird.

Hingegen sind PC-Festplatten und Speicherchips für Mobiltelefone in weitaus höherem Ausmaß multifunktional als CD- und DVD-Rohlinge und MP3-

Player. Die Annahme, der neben Betriebssystem und Zusatzsoftware frei bleibende Speicher würde gerade für (legale) Kopien geschützter Werke zum eigenen oder privaten Gebrauch (§ 42 Abs 2 bis 7 UrhG) genutzt, kann sich hier wesentlich weniger auf die typische Realität stützen. Auf PC-Festplatten und Speicherchips für Handys werden anstatt erlaubter Privatkopien von Musik oder Filmen ebenso auch erworbene Spiele und sonstige Applikationen (Handy-Apps) installiert, Musikstücke entgeltlich aus Webshops heruntergeladen (Fälle der Doppelvergütung), selbst aufgenommene Fotos und Videos gespeichert (vergütungsfrei) oder Raubkopien gesammelt. All diese Fälle sind keine Anwendungsfälle der Trägermaterialvergütung.

Ob der EuGH seine Auslegung auch auf – nicht verfahrensgegenständliches – multifunktionales Trägermaterial erstreckt wissen will, lässt sich nicht erkennen. Einige insoweit nicht unterscheidende Ausführungen scheinen dafür zu sprechen (Rz 54 – 56 des Urteils, wo von „Anlagen, Geräten und Medien zur digitalen Vervielfältigung“ gesprochen wird). Umgekehrt wird aber auch auf den erforderlichen Zusammenhang der Vergütung mit dem mutmaßlichen Gebrauch zum Zweck erlaubter privater Vervielfältigungen (Rz 59 des Urteils) und den den Urhebern daraus entstehenden Nachteilen hingewiesen (Rz 39 ff des Urteils), wie dies auch von der Info-Richtlinie vorgegeben ist (ErwGr 35, 38). Dieser Zusammenhang ist bei den verfahrensgegenständlichen CD/DVD-Rohlingen und MP3-Playern relativ unproblematisch, hätte aber bei multifunktionalen Speichermedien irgendeiner Erörterung bedurft. Eine solche gibt es aber im Padawan-Urteil nicht.

Umgekehrt führt der EuGH vielmehr aus:

(53) Folglich steht die *unterschiedslose Anwendung* der Abgabe für Privatkopien *auf alle Arten* von Anlagen, Geräten und Medien zur digitalen Vervielfältigung, *einschließlich* in dem vom vorlegenden Gericht ausdrücklich angesprochenen Fall, dass diese von anderen als natürlichen Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien erworben werden, nicht in Einklang mit Art 5 Abs 2 der Richtlinie 2001/29.

Der Gerichtshof folgt damit den Ausführungen von GA *Trstenjak*, die den erforderlichen Zusammenhang zwischen Vergütung und mutmaßlicher Nutzung näher darstellt³⁴:

(93) Die nach spanischem Recht vorgesehene pauschalierte Vergütung des Rechtsinhabers, die an den mutmaßlichen Gebrauch der Geräte und Speichermedien anknüpft, überwindet diese praktischen Schwierigkeiten auf objektive Weise. Denn der Hersteller, Importeur oder Händler eines Geräts oder *Speichermediums, das typischerweise tatsächlich für Vervielfältigungen genutzt wird*, zahlt unmittelbar einen pauschalen Betrag, der als Vergütung für Privatkopien zugunsten sämtlicher Rechtsinhaber gefordert wird. [...] *Damit knüpft die Vergütung im Ergebnis an die typische tatsächliche Nutzung* des Geräts oder Speichermediums *für die Fertigung von Privatkopien* an.

³⁴) Schlussanträge GA *Trstenjak* vom 11.5.2010 C 467/08.

(94) Das Abstellen auf die objektive Geeignetheit eines Geräts zur Herstellung von Privatkopien gründet, wie die spanische Regierung in ihren schriftlichen Ausführungen erklärt, gewissermaßen auf einer gesetzlichen *Vermutung, der zufolge der Käufer aller Voraussicht nach von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wird. Ein hinreichend enger Zusammenhang ist somit gegeben, solange diese Vermutung nicht durch konkrete Anhaltspunkte für das Gegenteil widerlegt ist.* Diese gesetzliche Vermutung trägt der in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 vorausgesetzten Konnexität zwischen einerseits der Nutzung des Rechts und andererseits dem gerechten Ausgleich Rechnung. Folglich ist eine Methode, bei der die Vergütung des Rechtsinhabers pauschal berechnet wird, als grundsätzlich gemeinschaftsrechtskonform anzusehen.

(97) *Eine unterschiedslose Erhebung der Abgabe, ohne der Tatsache in angemessener Weise Rechnung zu tragen, dass die fraglichen Geräte aufgrund branchenspezifischer Gegebenheiten zu anderen Zwecken als dem der privaten Vervielfältigung erworben werden könnten, kann nicht auf Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 gestützt werden. Es handelt sich nicht um einen „gerechten Ausgleich“ im Sinne dieser Vorschrift, zumal den Mitgliedstaaten ausweislich des 35. Erwägungsgrundes ausdrücklich nahegelegt wird, bei der Festlegung der Form, der Einzelheiten und der etwaigen Höhe des gerechten Ausgleichs die besonderen Umstände eines jeden Falls zu berücksichtigen. Diese Vorgabe wäre im Ausgansfall demnach nicht erfüllt.*

(110) Sofern ein solches Verhältnis nicht mehr besteht, etwa weil die betreffende Abgabe *weitgehend auf anders gelagerte Sachverhalte angewandt wird*, bei denen keine Beschränkung von Rechten gegeben ist, die den finanziellen Ausgleich rechtfertigt, stellt die den Rechtsinhabern zugesprochene Vergütung jedenfalls *keinen „gerechten Ausgleich“* im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 dar.

(111) Folglich ist auf die fünfte Vorlagefrage zu antworten, dass ein nationales System, das eine Abgabe für Privatkopien auf *sämtliche Anlagen, Geräte und Medien unterschiedslos vorsieht*, mit Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29/EG nicht vereinbar ist, soweit ein angemessenes Verhältnis zwischen dem gerechten Ausgleich und der ihn rechtfertigenden Einschränkung des Rechts zur Anfertigung von Privatkopien nicht mehr besteht, weil die Abgabe weitgehend auf anders gelagerte Sachverhalte angewandt wird, bei denen keine Beschränkung von Rechten gegeben ist, die den finanziellen Ausgleich rechtfertigt.

Solche andere Medien, bei denen wegen „anders gelagerten Sachverhalts“ der finanzielle Ausgleich nicht gerechtfertigt ist, waren nicht Gegenstand des Ausgangsverfahrens, weshalb der EuGH die Überlegungen der GA auf die Aussage in Rz 53 des Urteils reduzieren konnte („unterschiedslose Anwendung der Abgabe auf alle Arten von Medien, einschließlich dem vom vorlegenden Gericht ausdrücklich angesprochenen Fall, dass diese von anderen als natürlichen Personen zu eindeutig anderen Zwecken erworben werden ... nicht in Einklang mit Art 5 Abs 2 der Richtlinie“). Das Problem multifunktionaler Speichermedien wurde damit ausgeklammert.

Insgesamt ist die Frage daher für multifunktionales Trägermaterial bis zu einer expliziten Stellungnahme des EuGH als offen einzustufen. Die Typizitätsüberlegungen des OGH im Gericom-Urteil sind insoweit durch den EuGH nicht präjudiziert³⁵⁾.

Zur Umsetzung des 2006 geänderten spanischen Urheberrechtsgesetzes (TRLPI) wurden durch Ministerialerlass vom 18.6.2008³⁶⁾ die Anlagen, Geräte und Datenträger festgelegt, für die ein Ausgleich für Privatkopien zu entrichten ist, sowie die Beträge, die insoweit als Ausgleich zu zahlen sind³⁷⁾. Eine Abgabe wird dort nicht nur für CD- und DVD-Rohlinge, MP3- und MP4-Player vorgesehen, sondern auch für PC-Festplatten, USB-Sticks und MP3-Handys³⁸⁾. Die Prüfung dieser Regelung war aber nicht Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH, weil das spanische Ausgangsverfahren sich nur auf Vergütungen für CD-R, CD-RW, DVD-R und MP3-Player bezog, die in den Jahren 2002 – 2004 verkauft worden waren³⁹⁾.

4. Zwischenergebnis

Nach § 42b Abs 1 UrhG muss unbespieltes Trägermaterial für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch bloß „geeignet“, anderes Trägermaterial hingegen dazu „bestimmt“ sein. Dem liegt die Überlegung zu Grunde, dass Leerkassetten (heute: CD/DVD-Rohlinge) typischerweise zur Vervielfältigung fremder Werke zum eigenen oder privaten Gebrauch verwendet werden, weshalb in typisierender Sichtweise die bloße „Eignung“ hierzu genügen soll. Bei anderem Trägermaterial, dem diese Typizität fehlt, soll ausschlaggebend sein, ob es zu solchen Vervielfältigungen bestimmt ist, weil eine typisierende Sichtweise insoweit eben nicht angebracht ist. Bei teilweise bespieltem multifunktionalem Trägermaterial ist eine solche Zweckbestimmung zu verneinen. Zu fragen ist daher, ob es typischerweise zur Vervielfältigung fremder Werke zum eigenen oder privaten Gebrauch verwendet wird.

Diese Typizität ist nach zutreffender Rechtsprechung des OGH bei PC-Festplatten nicht gegeben. Gleiches gilt für Speicherchips für Mobiltelefone. Die Annahme, der neben Betriebssystem und Zusatzsoftware frei bleibende Speicher würde gerade für (legale) Kopien geschützter Werke zum privaten Gebrauch (insb § 42 Abs 4 UrhG) genutzt, kann sich hier wesentlich weniger auf die typische Realität stützen.

Die Typizitätsüberlegungen des österr Gesetzgebers und des OGH im Gericom-Urteil sind für multifunktionale Datenträger auch durch das EuGH-Urteil im Fall Padawan nicht präjudiziert. Eine Anwendung der Leerkassettenvergütung nach § 42b Abs 1 UrhG auf Speicherchips für Mobiltelefone ist daher nach österr Rechtslage zu verneinen.

35) AM wohl *M. Walter*, MR-Int 2010, 121 (122), der das Gericom-Urteil als nunmehr „fragwürdig“ einstuft; *Staudegger*, jusIT 2011/1 (2), die allerdings aaO 4 selbst eine kritische Position einnimmt („Unterstellung, Private nutzten Speichermedien ab 4 GB zu 70 % für Privatkopien urheberrechtlich geschützter Inhalte, scheint durchaus widerlegbar“).

36) Orden Ministerial PRE/1743/2008, B.O.E. Nr. 148 vom 19. Juni 2008, S. 27842.

37) Schlussanträge *GA Trstenjak* Rz 18.

38) *Benito Asesores y Abogados*, <http://www.benitoasesores.com/english/noticias/2009/canon-digital.htm>

39) Schlussanträge *GA Trstenjak* Rz 57.

III. SCHULDNER DES VERGÜTUNGSANSPRUCHS

Für Trägermaterial, das der Leerkassettenvergütung nach § 42b Abs 1 UrhG unterfällt – wozu CD- und DVD-Rohlinge und Speicherchips in MP3-Playern, nach hier vertretenen Ansicht aber nicht PC-Festplatten und Speicherchips für Mobiltelefone zählen –, stellen sich einige Folgefragen der Rechtsdurchsetzung. So ist etwa bei Importprodukten wenig geklärt, wer eigentlich der (Haupt-)Schuldner des Vergütungsanspruchs ist.

A. Erstinverkehrbringer

Die Vergütung schuldet nach § 42b Abs 3 Z 1 UrhG „derjenige, der das Trägermaterial von einer im In- oder Ausland gelegenen Stelle aus als erster gewerbsmäßig entgeltlich in den Verkehr bringt“. Eine Veräußerung an eine Vielzahl von Abnehmern (zB an Einzelhändler) oder überhaupt an die Endabnehmer ist für das Inverkehrbringen nicht erforderlich. „In den Verkehr“ iS des § 42b Abs 3 Z 1 UrhG bringt das Trägermaterial auch, wer bloß einen Großhändler beliefert. Das zeigt die gesetzliche Unterscheidung zwischen dem ersten (Haupt-)schuldner und den weiteren Inverkehrbringern (Haftung als Bürge und Zahler), die erst im Zusammenspiel die gesamte inlandswirksame Absatzkette erfassen soll. Die ErläutRV zur UrhG-Nov 1980 bestätigen diesen Befund: Durch das gesetzliche Abstellen auf den Erstinverkehrbringer „bleiben der Zwischen- und Detailhandel außer Betracht“⁴⁰). Andernfalls wäre auch das in Materialien und Literatur stets genannte Beispiel des Herstellers⁴¹) erheblich einschränkungsbedürftig, weil darauf abgestellt werden müsste, an wen der Hersteller liefert. Anspruchsschuldner sind daher Hersteller und – in noch näher zu behandelndem Umfang – Importeure⁴²).

1. Erstinverkehrbringer bei Lieferung aus dem Ausland

Handelsunternehmen sind nicht Hersteller von Speichermedien, sondern häufig als Importeure in die Absatzkette eingebunden. Die Eigenschaft als Schuldner der Vergütung ist für diesen Fall näher zu untersuchen.

Die Vergütung schuldet nach § 42b Abs 3 Z 1 UrhG derjenige, der das Trägermaterial „von einer im In- oder im Ausland gelegenen Stelle aus“ als erster (gewerbsmäßig entgeltlich) in den Verkehr bringt. Der Gesetzeswortlaut bringt deutlich zum Ausdruck, dass bei Lieferung aus dem Ausland der ausländische Lieferant das Trägermaterial als erster im Inland in den Verkehr bringt.

Bei Einführung der Leerkassettenvergütung im Jahr 1980 wurde unter dem damals noch offeneren Gesetzeswortlaut (wer „das Trägermaterial im Inland als erster [...] in den Verkehr bringt“) bei Auslandslieferung noch der österreichische Importeur als zahlungspflichtig angesehen. So führten die ErläutRV zur UrhG-Nov 1980⁴³) aus:

„Der Anspruch richtet sich an denjenigen, der unbespielte Bild- oder Schallträger, die für solche Vervielfältigungen geeignet sind – der Entwurf bezeichnet sie als Trägermaterial – im Inland erstmals gewerbsmäßig entgeltlich in Verkehr bringt; die private Einfuhr und die unentgeltliche Abgabe

sowie der Zwischen- und Detailhandel bleiben daher außer Betracht. Zahlungspflichtig ist daher der inländische Importeur oder Erzeuger.“

Durch die UrhG-Novelle 2005⁴⁴) sollte ausweislich der Gesetzesmaterialien „klargestellt werden“, dass das Inverkehrbringen von einer im In- oder Ausland gelegenen Stelle aus erfolgen kann und daher zB ausländische Online-Versandhändler bei Lieferung nach Österreich die Vergütung schulden. Zugleich wurde für ausländische Schuldner ohne allgemeinen Gerichtsstand in Österreich ein inländischer Sondergerichtsstand eingefügt, um die Rechtsverfolgung zu erleichtern (heute § 42b Abs 3 Z 1 letzter Halbsatz).

Der AB zur UrhG-Nov 2005⁴⁵) führt zu den beiden Regelungen aus:

„Nach § 42b Abs. 1 unterliegt jedes Trägermaterial im Sinn dieser Bestimmung, das im Inland gewerbsmäßig entgeltlich in den Verkehr kommt, der sogenannten Leerkassettenvergütung, also auch Trägermaterial, das im Weg des Versandhandels vom Ausland aus nach Österreich verkauft wird. Während zum Zeitpunkt der Einführung der Leerkassettenvergütung der Versandhandel auf diesem Gebiet keine besondere Bedeutung hatte, hat sich dies in der letzten Zeit durch das Auftreten von On-line-Versandhändlern geändert. Unter diesen Umständen ist es zweckmäßig, die Zahlungspflicht auch für diese Fälle ausdrücklich klarzustellen.

Überdies soll die Rechtsverfolgung in diesen Fällen durch die Sicherstellung eines inländischen Gerichtsstandes erleichtert werden; die Ergänzung am Ende des § 42b Abs. 1 folgt dabei dem Vorbild in den §§ 11 und 58.“

Seither wird herrschend vertreten, dass bei Trägermaterial, das im Wege des Versandhandels vom Ausland aus nach Österreich verkauft wird, der ausländische Versandunternehmer die Vergütung schuldet⁴⁶).

Bei Lieferung aus dem Ausland wird auf die Ausgestaltung abzustellen sein: Bei Gestaltung als Bringschuld liegt unzweifelhaft ein Inverkehrbringen durch den ausländischen Lieferanten vor, bei Holschuld des österreichischen Händlers wird dies zu verneinen sein. Bei einer Schickschuld (Versendungskauf) ist ein Inverkehrbringen durch den ausländischen Lieferanten zu bejahen, weil die Regelung gerade für diesen Fall erlassen wurde; sie soll ausweislich der Materialien gerade ausländische Versandhändler erfassen.

Das Ergebnis deckt sich mit der in der Literatur vertretenen Ansicht, wonach das „Inverkehrbringen“ in § 42b Abs 3 Z 1 im Sinne des § 16 Abs 1 UrhG zu verste-

40) ErläutRV zur UrhG-Nov 1980, 385 BlgNR XV. GP 13, abgedruckt bei *Dillenz*, Materialien zum österr. Urheberrecht (1986) 360.

41) Vgl nur ErläutRV zur UrhG-Nov 1980, aaO 13; *M. Walter*, Österr Urheberrecht (2008) Rz 772.

42) *M. Walter*, Österr Urheberrecht (2008) Rz 772.

43) 385 BlgNR XV. GP 13, abgedruckt bei *Dillenz*, Materialien zum österr. Urheberrecht (1986) 360.

44) BGBl I 2006/22.

45) AB zur UrhG-Nov 2005, 1240 BlgNR XXII. GP 4.

46) *M. Walter*, Österr Urheberrecht (2008) Rz 777; *Ciresa*, Österr Urheberrecht (6. Lfg 2005) § 42b Rz 26.

hen ist⁴⁷⁾, also Einräumung rechtlicher oder tatsächlicher Verfügungsmacht über das Trägermaterial zB durch Verkauf erfordert, wobei das Trägermaterial zum Zeitpunkt der Übertragung noch nicht ausgeliefert sein und sich auch noch nicht im Inland befinden muss⁴⁸⁾. Nach überwiegender Meinung genügt auch die Einräumung tatsächlicher Verfügungsmacht (zB durch Verleihen oder Vermieten)⁴⁹⁾, doch muss darauf hier nicht näher eingegangen werden, weil beim Versandkauf im Normalfall mit Übergabe an den Transporteur das Eigentum – also rechtliche Verfügungsmacht – auf den österreichischen Empfänger übergeht. Dies gilt jedenfalls bei Anwendbarkeit österreichischen Rechts (§ 429 ABGB: bei bestimmtem, genehmigtem oder verkehrsüblichem Transporteur) und im Ergebnis auch bei Lieferung von Deutschland nach Österreich: Zwar erfolgt die für einen Eigentumsübergang erforderliche Besitzverschaffung nach deutschem Recht beim Versandkauf idR erst mit Ablieferung am Bestimmungsort⁵⁰⁾ und geht mit der früheren Übergabe an den Transporteur nur die Preisgefahr über (§ 447 BGB). Wird aber – weil Versendung ins Ausland vorliegt – der in Deutschland eingeleitete Erwerbstatbestand bis zum Grenzübertritt nicht mehr vollendet, so beurteilt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Eigentum übergeht, gem Art 43 Abs 1 EGBGB (zwingendes Recht) nach dem dann für das Recht des Lageortes zuständigen ausländischen Sachrecht⁵¹⁾. § 31 österr IPRG nimmt diese Verweisung auf und bestimmt, dass der Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes nach dem Recht jenes Staates zu beurteilen ist, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zu Grunde liegenden Sachverhalts befinden. Geht das Eigentum nach dem Recht des Versendungsstaates (zB Deutschland) erst mit Übergabe, nach jenem des Empfangsstaates (Österreich) aber bereits mit Versendung über, so gilt der Eintritt der Ware in den Empfangsstaat als Versendung iS des neuen Lageortsrechts⁵²⁾. Das Eigentum geht daher mit Eintritt des Trägermaterials in das österreichische Staatsgebiet auf den Empfänger über. Das Trägermaterial wird damit vom ausländischen Versender in Österreich in Verkehr gebracht.

Zutreffend wird auch darauf hingewiesen, dass bei Lieferung des Trägermaterials in Zollfreilager oder Zollfreizonen der Empfänger darüber verfügen kann und das Trägermaterial daher im Inland in den Verkehr gebracht ist⁵³⁾. Die Verfügungsmacht wurde dann durch den ausländischen Lieferanten eingeräumt. Er hat das Trägermaterial damit in Österreich erstmals in den Verkehr gebracht.

2. Eigentumsvorbehalt

Fraglich könnte sein, ob das Trägermaterial vom ausländischen Lieferanten auch dann iS des § 42b Abs 3 Z 1 UrhG in Österreich „in Verkehr gebracht“ wird, wenn dieser unter Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises liefert. Dies ist schon deshalb zu bejahen, weil es erklärter Normzweck der UrhG-Nov 2005 war, ausländische Versandhändler zu erfassen (vgl zuvor). Die Vorschrift kann dann nicht deshalb leerlau-

fen, weil Versandhändler – bekanntermaßen und in der Regel – unter Eigentumsvorbehalt liefern.

Zum anderen wird auch dem Vorbehaltskäufer rechtliche und tatsächliche Verfügungsmacht über das Trägermaterial eingeräumt, was in der Literatur als Voraussetzung des „Inverkehrbringens“ iS des § 42b Abs 3 Z 1 UrhG angesehen wird. Durch die Übergabe der Sache wird ein später zum Vollrecht erstarkender Teil des Eigentums dem Käufer schon vorweg eingeräumt⁵⁴⁾: Der Vorbehaltskäufer erwirbt die Anwartschaft auf Eigentum (mit dinglicher Natur) sowie ein Recht auf Innehabung und Gebrauch des Kaufobjekts (Rechtsbesitz⁵⁵⁾ und kann das Anwartschaftsrecht (also: aufschiebend bedingtes Eigentum) auch ohne Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers auf Dritte übertragen⁵⁶⁾, sofern nicht ohnehin ein „verlängerter Eigentumsvorbehalt“ vereinbart, also eine Verfügungsermächtigung zur Übertragung des vollen Eigentums an der Sache unter der Bedingung erfolgreicher Vorausübereignung des Erlöses bzw Vorausabtretung der Forderung aus der Weiterveräußerung⁵⁷⁾ eingeräumt wurde.

3. Lieferung unter Incoterms

Werden in Lieferverträgen über das Trägermaterial Incoterms verwendet, so liegen darin Vereinbarungen über den Gefahrübergang auf den Käufer (was § 1051 ABGB ausdrücklich zulässt) und verschiedene Lieferkosten (insb Fracht, Versicherung, Verzollung), hingegen treffen die Incoterms keine Aussage über den Eigentumsübergang⁵⁸⁾. Dieser beurteilt sich nach sonstiger vertraglicher Regelung oder der zugrunde liegenden gesetzlichen Normallage. Die Incoterms sind daher – weil der Übergang der Preisgefahr weder rechtliche noch tatsächliche Verfü-

47) *M. Walter*, Österr Urheberrecht (2008) Rz 772; *Steinmetz*, Die Neuregelung der Leerkassettenvergütung, MR 1990, 42.

48) *M. Walter*, Österr Urheberrecht (2008) Rz 778; *Steinmetz* aaO. Zu § 16 Abs 1 UrhG auch OGH 20.5.2008, 4 Ob 83/08x – Möbelstücke, MR 2008, 197 (*M. Walter*); *Ciresa*, Österr Urheberrecht (10. Lfg 2008) § 16 Rz 7.

49) *M. Walter* aaO; *Steinmetz* aaO. Zu § 16 Abs 1 UrhG auch OGH aaO mwN; *Ciresa* aaO. Auf Eigentumsübergang einschränkend *Anderl* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 233.

50) Vgl nur BGH 10.6.2009 VIII ZR 108/07 mwN.

51) BGH 10.6.2009 VIII ZR 108/07 mwN.

52) OGH 20.7.1989, 8 Ob 703/88 SZ 62/138; *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB³ (2004) § 31 IPRG Rz 36; *Neumayr* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 31 IPRG Rz 3.

53) *M. Walter*, Österreichisches Urheberrecht (2008) Rz 778; *Steinmetz*, Die Neuregelung der Leerkassettenvergütung, MR 1990, 42.

54) *Spielbüchler*, Zur dinglichen Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, JBl 1981, 505 (506).

55) Vgl nur OGH 22.7.2010, 8 Ob 24/10b; *Binder* in *Schwimmann*, ABGB³ (2005) § 1063 Rz 41 ff.

56) *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 360 Rz 9; *Binder* in *Schwimmann*, ABGB³ (2005) § 1063 Rz 44.

57) *Bollenberger*, Veräußerung von Vorbehaltsgut, ÖJZ 1995, 641 (643); *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 360 Rz 10.

58) ICC Deutschland, Incoterms 2010 (ICC-Publ. Nr. 715 ED), www.icc-deutschland.de/fileadmin/ICC_Dokumente/Incoterms2010_Hinweise_zur_Anwendung.pdf; *Schünemann* in *Stober* (Hrsg), Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht (2007) 189.

gungsmacht über das Trägermaterial bewirkt oder verhindert – für das „Inverkehrbringen“ iS des § 42b Abs 3 Z 1 UrhG nicht unmittelbar relevant. Fraglich kann allenfalls sein, ob die sog. „D-Klauseln“ (DAP, DDU, DDP), bei denen der Exporteur im Gegensatz zu den „C-Klauseln“ (CPT, CIP) die Gefahr nicht bloß bis zur Übergabe an den ersten Frachtführer, sondern bis zum Bestimmungsort trägt, bei früherem Eigentumsübergang nach österr gesetzlicher Normallage (§ 429 ABGB) trotzdem noch – nach Eigentumsübergang – die Preisgefahr bis zur Ablieferung am Bestimmungsort beim Exporteur belassen⁵⁹⁾ oder ob sie – auch wenn dies nicht ihr eigentlicher Regelungsgegenstand ist – als Verschiebung auch des Eigentumsübergangs auf den Ablieferungszeitpunkt auszulegen sind⁶⁰⁾. Dass die am weitesten gehende Klausel DDP im deutschen Recht als Vereinbarung einer Bringschuld eingeordnet wird⁶¹⁾, ist wegen anderer Ausgangsrechtslage für Österreich zwar nicht unmittelbar aussagekräftig, weil nach deutschem Recht der Eigentumsübergang auch beim Versendungskauf idR erst mit Ablieferung erfolgt und durch die Klausel nur der Gefahrübergang „nachgezogen“ wird. Auf Grund der völligen Pflichtenkonzentration beim Exporteur kann aber jedenfalls die Klausel DDP auch nach österr Recht als implizite Verschiebung auch des Eigentumsübergangs verstanden werden. Für die hier behandelte Frage des Inverkehrbringens gem § 42b Abs 3 Z 1 UrhG ist dies aber letztlich nicht von Bedeutung, weil die „D-Klauseln“ allenfalls die Rechtswirkungen vom normalen Versendungskauf (Übergang von Eigentum und Preisgefahr mit Übergabe an den bestimmten/ genehmigten oder verkehrsüblichen Transporteur, § 429 ABGB) stärker in Richtung Bringschuld verschieben, die noch deutlicher als die Schickschuld des Versendungskaufs ein Inverkehrbringen durch den ausländischen Lieferanten bewirkt.

Umgekehrt ergibt sich aus diesen Überlegungen, dass die Klausel EXW (EX Works) wegen Zuweisung aller Pflichten an den Importeur eine Holschuld bewirkt⁶²⁾ und ihn daher zum Erstinverkehrbringer iS des § 42b Abs 3 Z 1 UrhG macht.

4. Zwischenergebnis

Aus dem Gesagten folgt, dass das den ErläutRV zur UrhG-Nov 1980 entstammende Beispiel des österreichischen Importeurs als erstmaligen Inverkehrbringers des Trägermaterials⁶³⁾ jedenfalls seit der UrhG-Nov 2005 nur dann zutrifft, wenn dieser die Ware im Ausland übernimmt und selbst nach Österreich verbringt, etwa durch Gehilfen bei allfälliger Gestaltung als Holschuld (zB Lieferung „EXW“) oder wenn die Ware in ein ausländisches Lager oder eine Auslands-Zweigniederlassung des Importeurs geliefert und von ihm anschließend nach Österreich gebracht wird.

B. Vergleich mit anderen Rechtsordnungen

Das deutsche Urheberrecht trifft in § 54b Abs 2 (ursprünglich § 54 Abs 2) dUrhG eine Legaldefinition des Importeurs:

§ 54b. Vergütungspflicht des Händlers oder Importeurs

(1) Neben dem Hersteller haftet als Gesamtschuldner, wer die Geräte oder Speichermedien in den Geltungsbereich dieses Gesetzes gewerblich einführt oder wiedereinführt oder wer mit ihnen handelt.

(2) Einführer ist, wer die Geräte oder Speichermedien in den Geltungsbereich dieses Gesetzes verbringt oder verbringen lässt. Liegt der Einfuhr ein Vertrag mit einem Gebietsfremden zugrunde, so ist *Einführer nur der im Geltungsbereich dieses Gesetzes ansässige Vertragspartner*, soweit er gewerblich tätig wird. Wer lediglich als Spediteur oder Frachtführer oder in einer ähnlichen Stellung bei dem Verbringen der Waren tätig wird, ist nicht Einführer. Wer die Gegenstände aus Drittländern in eine Freizone oder in ein Freilager nach Artikel 166 der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften (ABl. EG Nr. L 302 S. 1) verbringt oder verbringen lässt, ist als Einführer nur anzusehen, wenn die Gegenstände in diesem Bereich gebraucht oder wenn sie in den zollrechtlich freien Verkehr übergeführt werden.

Nach deutscher Regelung ist Einführer somit – ähnlich wie nach österr Recht –, wer die Speichermedien in das Inland verbringt oder verbringen lässt. Erfolgt die Einfuhr aber auf Grund eines Vertrages mit einem Gebietsfremden, so gilt der in Deutschland ansässige Vertragspartner bei gewerblicher Tätigkeit als Einführer.

Die Begründung des Entwurfes zum Dritten Gesetz zur Änderung des dUrhG vom 18.3.1994⁶⁴⁾ erläutert diese Regelung wie folgt:

„Einführer ist jeder, der die Geräte oder Bild- oder Tonträger in den Geltungsbereich des Gesetzes verbringt oder verbringen läßt. Schuldner der urheberrechtlichen Vergütung ist jedoch nach § 54 Abs. 1 nur derjenige, der vergütungspflichtige Gegenstände gewerblich einführt. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn der Einführer vergütungspflichtige Gegenstände gewerblich weiterveräußert. Gewerblich führt jedoch auch derjenige ein, der die eingeführten Gegenstände zu eigenen gewerblichen Zwecken nutzen will. Auch dieser Kreis soll Schuldner der urheberrechtlichen Vergütungen sein.

Satz 2 weist bei einer Einfuhr aufgrund Vertrages mit einem Gebietsfremden die Einführereigenschaft allein dem inländischen Vertragspartner zu, unter der Voraussetzung, daß dieser mit der Einfuhr gewerbliche Zwecke (als Weiterveräuße-

59) Zu dieser Möglichkeit in anderem Zusammenhang OGH 14.10.1959, 1 Ob 278/59 JBl 1960, 126 = HS 280; Aicher in Rummel, ABGB³ (2000) §§ 1048 – 1051 Rz 16; Schwimann/Klicka, ABGB³ (2004) § 429 Rz 3; Eccher in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² (2007) § 429 Rz 3.

60) So Spielbüchler in Rummel, ABGB³ (2000) § 429 Rz 6.

61) Schünemann in Stober (Hrsg), Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht (2007) 188.

62) Koller in Großkomm HGB⁴ (2001) § 346 Rz 292; Schünemann in Stober (Hrsg), Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht (2007) 188.

63) ErläutRV zur UrhG-Nov 1980, 385 BlgNR XV. GP 13, abgedruckt bei Dillenz, Materialien zum österr. Urheberrecht (1986) 360; M. Walter, Österr Urheberrecht (2008) Rz 772; Schachter in Kucsko, urheber.recht (2008) 717.

64) BR-Drucks. 218/94, S. 20.

rer oder durch Verwendung im eigenen Unternehmen) verfolgt. Fehlt es an dieser Voraussetzung, wie im Fall des Direktversands aus dem Ausland an private Endverbraucher, so *bleibt* das ausländische Versandunternehmen als Einführer vergütungspflichtig.“

Aus der Formulierung „so *bleibt* das ausländische Versandunternehmen als Einführer vergütungspflichtig“ ist ersichtlich, dass auch nach deutschem Recht Schuldner der Vergütung ursprünglich der ausländische Lieferant ist. Davon wird eine Ausnahme für den Fall gebildet, dass das Trägermaterial an einen inländischen gewerblich tätigen Vertragspartner verkauft wird: Insofern wird die Schuldnerrolle vom ausländischen Lieferanten auf den inländischen Unternehmer übertragen. Dementsprechend hat auch das LG Köln ausgesprochen, dass insoweit eine „Ausnahme zur grundsätzlich bestehenden Vergütungspflicht auch des im Ausland ansässigen Einführers“ vorliegt⁶⁵).

Das Beispiel Deutschlands zeigt, dass auch andere Rechtsordnungen bei Lieferung aus dem Ausland grundsätzlich den ausländischen Lieferanten als Schuldner der Vergütung einstufen. Nur wenn keine Lieferung an private inländische Endverbraucher vorliegt, sondern eine im Ausland beginnende Lieferantenkette, lässt das deutsche Recht die Vergütungspflicht erst mit dem ersten inländischen Lieferanten beginnen.

In der österreichischen Regelung der Leerkassettenvergütung besteht eine solche Unterscheidung nicht. Der ausländische Lieferant ist idR erster Inverkehrbringer und damit Hauptschuldner des Vergütungsanspruchs. De lege ferenda wäre eine gesetzliche Einordnung des Importeurs als Hauptschuldner nach dem Vorbild des § 54b Abs 2 dUrhG zu überlegen.

C. Konsequenzen

Wird Trägermaterial aus dem Ausland bezogen, so ist der ausländische Händler oder Hersteller bei Schickschuld (Versendungskauf) oder Bringschuld erster Inverkehrbringer und damit Hauptschuldner des Vergütungsanspruchs.

Wird das Trägermaterial von der inländischen Zweigniederlassung eines ausländischen Herstellers oder Händlers bezogen, so ist gleichfalls der ausländische Hersteller oder Händler erster Inverkehrbringer und damit Hauptschuldner des Vergütungsanspruchs. Die Zweigniederlassung scheidet hierfür mangels rechtlicher Selbständigkeit⁶⁶ aus.

Bei Bezug von der inländischen Tochtergesellschaft eines ausländischen Herstellers oder Händlers wird das Trägermaterial von der ausländischen Muttergesellschaft – und nicht von der Inlandstochter – als erstes in Verkehr gebracht (es sei denn, die Tochter würde es produzieren). Die Mutter ist Hauptschuldner, die inländische Tochtergesellschaft und nachgeschaltete Händler haften lediglich als Bürge und Zahler.

D. Spätere Inverkehrbringer: Haftung als Bürge und Zahler

§ 42b Abs 3 Z 1 UrhG bestimmt im weiteren:

„... 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*; von der Haftung für die Leerkassettenvergütung ist jedoch ausgenommen, wer im Halbjahr Schallträger mit nicht mehr als 5.000 Stunden Spieldauer und Bildträger mit nicht mehr als 10.000 Stunden Spieldauer bezieht; hat der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand, so sind die Gerichte, in deren Sprengel der erste Wiener Gemeindebezirk liegt, zuständig;“

Für Unternehmer, die das Trägermaterial im Inland, jedoch nicht als erster in Verkehr bringen oder feil halten, wird damit eine Haftung als Bürge und Zahler angeordnet.

Diese Haftung gelangt zwar erst bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte zur Anwendung (Bezug von Schallträgern mit mehr als 5.000 Stunden oder Bildträgern mit mehr als 10.000 Stunden Spieldauer im Halbjahr), die jedoch nach heutigen Maßstäben nur eine Bagatellgrenze bilden. Bei Enkodierung von Musik im gängigen MP3-Format mit einer Bitrate von 128 kbit/s (beinahe CD-Qualität) und üblicher sample rate von 44,1 kHz entspricht eine Minute Spieldauer ca 1 MB, 5.000 Stunden entsprechen daher ca 300 GB, also etwa 64 DVD-R/RW-Rohlingen mit 4,7 GB oder 462 CD-R/RW-Rohlingen mit 650 MB Kapazität oder 10 Speichermedien zu je 30 GB. Bei der immer üblicher werdenden Enkodierung mit 256 kbit/s verdoppeln sich diese Werte auf ca 128 DVD-R/RW-Rohlinge oder 924 CD-R/RW-Rohlinge (die allerdings in Packungen zu 10 oder 25 Stück verkauft werden) oder 20 Speichermedien zu je 30 GB. Importeure und Zwischenhändler von Trägermaterial überschreiten daher praktisch so gut wie immer die Schwellenwerte für die Haftung als Bürge und Zahler.

Für diesen Fall normiert § 42b Abs 3 Z 1 UrhG eine gesetzliche Bürgenhaftung von Unternehmern, die das Trägermaterial im Inland gewerbsmäßig entgeltlich, jedoch nicht als erster in den Verkehr bringen oder feil halten⁶⁷). Sie ist als Bürge und Zahler-Haftung ausgestaltet und folgt daher – mit Ausnahme der Subsidiarität – den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen der Bürgenschaft.

Als Form der Bürgenschaft ist auch die Haftung als Bürge und Zahler nach § 42b Abs 3 Z 1 UrhG akzessorisch⁶⁸). Der Bürge kann nur dann zur Leistung herangezogen werden, wenn auch der Hauptschuldner leisten müsste. Erlischt die Zahlungspflicht des Hauptschuldners der Vergütung, so besteht auch keine Verpflichtung des Bürgen und Zahlers⁶⁹). Beispiele des Erlöschens der Hauptschuld bilden die Erfüllung durch den Hauptschuldner (oder durch einen weiteren Bürgen und Zah-

65) LG Köln 30.1.2008, 28 O 340/06 ZUM-RD 2008, 238.

66) Vgl nur Zib in Zib/Dellinger, Großkomm UGB (2010) Vor § 12 Rz 20 mwN; Krejci, Unternehmensrecht⁴ (2008) 130.

67) Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1346 Rz 2c.

68) Steinmetz, Die Neuregelung der Leerkassettenvergütung, MR 1990, 42; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 1346 Rz 1, § 1357 Rz 3.

69) Steinmetz aaO; Mader/W.Faber in Schwimann, ABGB³ (2006) § 1363 Rz 2.

ler) und die Verjährung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner.

Hingegen ist der Grundsatz der Subsidiarität bei einer Bürge und Zahler-Haftung nicht anwendbar. Der Anspruch kann gegen den Bürgen und Zahler nicht erst nach vergeblicher Mahnung des Hauptschuldners geltend gemacht werden.

IV. VERJÄHRUNG DES VERGÜTUNGSANSPRUCHS

A. Anwendbarkeit der Vorschriften über Entschädigungsklagen

Die Frage der Verjährung des Vergütungsanspruches ist nicht nur für den Hauptschuldner (Erstinverkehrbringer) von Bedeutung, sondern auch für spätere Inverkehrbringer, weil infolge der Akzessorietät der Anspruch gegen sie als Bürgen und Zahler erlischt, sobald die Hauptschuldner verjährt ist. Daneben hat die Verjährung auch bei Ansprüchen auf Rechnungslegung Bedeutung, weil eine Pflicht zur Rechnungslegung entfällt, sobald der Anspruch verjährt ist⁷⁰). Zusammen mit dem Hauptanspruch auf Zahlung der Leerkassettenvergütung verjährt auch der Nebenanspruch auf Rechnungslegung⁷¹).

§ 90 Abs 1 UrhG regelt iVm § 1489 ABGB die Verjährung des Vergütungsanspruches⁷²):

§ 90. (1) Die Verjährung der Ansprüche auf angemessenes Entgelt, angemessene Vergütung, Herausgabe des Gewinnes und Auskunft richtet sich nach den Vorschriften für Entschädigungsklagen.

§ 1489. Jede Entschädigungsklage ist in drei Jahren von der Zeit an verjährt, zu welcher der Schade und die Person des Beschädigten dem Beschädigten bekannt wurde, der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. Ist dem Beschädigten der Schade oder die Person des Beschädigten nicht bekannt geworden oder ist der Schade aus einer oder mehreren gerichtlich strafbaren Handlungen, die nur vorsätzlich begangen werden können und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, entstanden, so erlischt das Klagerecht nur nach dreißig Jahren.

Auf Grund der Verweisung des § 90 Abs 1 UrhG auf die Vorschriften für Entschädigungsklagen (§ 1489 Satz 1 ABGB) verjährt der Anspruch auf Leerkassettenvergütung nach drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger⁷³). Sonstige Ansprüche (zB Unterlassungsanspruch, Beseitigungsanspruch) verjähren hingegen nach der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren⁷⁴). Auch Ersatzansprüche wegen strafbarer Handlungen nach § 91 Abs 2a UrhG unterliegen – hier bedeutungslos⁷⁵) – gem § 1489 Satz 2 ABGB der dreißigjährigen Verjährungsfrist⁷⁶).

Die Verjährungsfrist beginnt mit der Kenntnis des Berechtigten, dass und von wem er eine Vergütung fordern kann⁷⁷). Die bloße Möglichkeit, einen solchen Anspruch zu besitzen, löst den Fristenlauf noch nicht aus⁷⁸). Wann die geforderte Kenntnis des Berechtigten vorliegt, kann im konkreten Fall durchaus fraglich sein.

Mit der Verjährung der Leerkassettenvergütung nach § 90 UrhG, § 1489 ABGB hat sich der OGH in sei-

ner Entscheidung 4 Ob 2159/96w⁷⁹) befasst. Dort hatte die Verwertungsgesellschaft sofort nach Kenntnis vom Vertrieb vergütungspflichtigen Trägermaterials (durch Testkäufe und Markterhebungen) Klage auf Rechnungslegung (1990) und innerhalb von drei Jahren nach Erhalt der Importfakturen von der Beklagten Leistungsklage eingebracht (am 8.9.1993 über Trägermaterial der Jahre 1986–1989). Der OGH hat auf Grund dieser Sachlage den Verjährungseinwand der beklagten Händlerin abgelehnt. Dies mit Recht, denn die Verwertungsgesellschaft hatte vor Kenntnis der konkreten Umsätze alles zur Rechtsverfolgung Gebotene unternommen – nämlich auf Rechnungslegung geklagt – und nach Kenntnis der Umsätze innerhalb von drei Jahren auf Leistung geklagt.

Der OGH hat in seinem Urteil allerdings auch ausgesprochen, dass der Vergütungsanspruch der Verwertungsgesellschaft frühestens ab Erhalt der Importfakturen bekannt war. Ein möglicher Vergütungsanspruch sei nicht mit einem schon eingetretenen Schaden gleichzusetzen. In der Literatur wird aus der Entscheidung zT abgeleitet, dass die Verjährung erst zu laufen beginne, wenn der zu fordernde Betrag berechnet werden kann⁸⁰). Andere lassen die Verjährungsfrist erst mit Vorlage von Importfakturen an die Verwertungsgesellschaft beginnen, weil diese erst dann prüfen könne, ob der Beklagte vergütungspflichtiges Trägermaterial in den Verkehr gebracht hat⁸¹).

Mit der heute hM zur Kenntnis iS des § 1489 ABGB steht diese Auffassung allerdings nicht im Einklang. Nach hM zu den Verjährungsregeln des ABGB für Schadenersatz bedeutet Kenntnis des Schadens objektives Bekanntsein der maßgeblichen Tatumstän-

70) Schachter in Kucsko, urheber.recht (2008) 1262.

71) Guggenbichler in Ciresa, Österr Urheberrecht (8. Lfg. 2007) § 87a Rz 18.

72) OGH 15.10.1996, 4 Ob 2159/06w (Leerkassetten „L“/Chronoton) ÖBI 1997, 88 = MR 1997, 37 (M. Walter); Tonninger in Kucsko, urheber.recht (2008) 1309.

73) Tonninger in Kucsko, urheber.recht (2008) 1309.

74) Vgl OGH 11.8.2005, 4 Ob 98/05y (Konformatentscheidungen) MR 2005, 479; vgl auch OGH 24.5.2005, 4 Ob 63/05a MR 2005, 252 (M. Walter) = eolex 2005/447 (Schachter); OGH 12.9.2001, 4 Ob 179/01d (Eurobike) ÖBI 2003/12 (Gamerith) = MR 2001, 389 (M. Walter).

75) Dittrich, Zur Tragweite der Verjährungsregelung in § 90 neuer Fassung des österr Urheberrechtsgesetzes, GRURInt 1983, 396 (398).

76) Vgl OGH 21.12.2004, 4 Ob 257/04d eolex 2005/245 (Braunböck).

77) OGH 15.10.1996, 4 Ob 2159/96w (Leerkassetten „L“/Chronoton) ÖBI 1997, 88 = MR 1997, 37 (M. Walter); OGH 8.6.2004, 4 Ob 125/04t MR 2004, 414; Schachter in Kucsko, urheber.recht (2008) 1309.

78) OGH 15.10.1996, 4 Ob 2159/96w, aaO; Tonninger in Kucsko, urheber.recht (2008) 1309; Ciresa, Österr Urheberrecht (12. Lfg. 2009) § 90 Rz 1.

79) OGH 15.10.1996, 4 Ob 2159/96w (Leerkassetten „L“/Chronoton) ÖBI 1997, 88 = MR 1997, 37 (M. Walter).

80) So M. Walter, MR 1997, 37 (Entscheidungsanmerkung); Dilenz/Gutman, UrhG und VerwGesG² (2004) § 90 Rz 2.

81) Schachter in Kucsko, urheber.recht (2008) 719.

de⁸²). Es ist zu prüfen, ob der Ersatzberechtigte den Schaden und den Ersatzpflichtigen soweit kennt, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann⁸³). Ein Abwarten mit der Klage, um deren Erfolgsmöglichkeit in eine Erfolgssicherheit wachsen zu lassen, darf jedoch nicht stattfinden: Verbleiben beim Geschädigten Zweifel über die Beweisbarkeit der bekannten anspruchsbegründenden Sachverhaltselemente, so schiebt dies den Beginn der Verjährung nicht hinaus⁸⁴). Auch ein subjektiver Irrtum des Geschädigten ist unbeachtlich⁸⁵). Nach hM trifft den Geschädigten eine Erkundigungsobliegenheit⁸⁶). So wird Kenntnis des Geschädigten von den Voraussetzungen einer erfolgversprechenden Anspruchsverfolgung in jenem Zeitpunkt angenommen, in welchem er sie bei zumutbarer Erkundigung ohne nennenswerte Schwierigkeiten hätte in Erfahrung bringen können⁸⁷).

Die Kenntnis eines Schadens ist zweifellos dann gegeben, wenn der Berechtigte sogar die Höhe des Schadens beziffern kann. Die Kenntnis der Schadenshöhe ist aber nicht erforderlich⁸⁸), denn die Verjährung kann auch durch Erhebung einer Feststellungsklage, Rechnungslegungsklage (§ 87a UrhG) oder Stufenklage (Art XLII EGZPO) verhindert werden⁸⁹). Sobald sich dem Geschädigten die Möglichkeit bietet, ist ihm schon vor Kenntnis der genauen Höhe seines Schadens die Erhebung einer Feststellungsklage abzuverlangen, um die Unterbrechung der Verjährung zu bewirken⁹⁰). Das für eine Feststellungsklage notwendige Feststellungsinteresse liegt schon dann vor, wenn künftige Schadensfolgen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden können⁹¹). Die Verjährungsfrist läuft daher ab dem Zeitpunkt, in welchem die Erhebung einer Klage auf Feststellung der Ersatzpflicht möglich ist⁹²).

Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs ist auch Kenntnis der Person des Schädigers. Auch insoweit darf selbst ein laienhafter Anspruchsberechtigter nicht passiv bleiben und sich auf seine Unkenntnis berufen⁹³) (Obliegenheit zumutbarer Erkundigung).

Wendet man diese Grundsätze des allgemeinen Zivilrechts – wie § 90 UrhG das durch seinen Verweis auf die schadenersatzrechtlichen Verjährungsregeln des ABGB fordert – auf Fälle der Leerkassettenvergütung an, so ist als „schädigende“ (hier: Vergütungspflicht auslösende) Handlung das Inverkehrbringen des Trägermaterials zu verstehen. Dem „Schaden“ entspricht der Anspruch auf Leerkassettenvergütung. An die Stelle des Schädigers tritt der Zahlungspflichtige⁹⁴).

Die Frage, ob die Verjährung späterer voraussehbarer Folgeschäden bereits mit Kenntnis des Ersts Schadens beginnt (mag dessen Höhe auch noch nicht bezifferbar sein), daher innerhalb von drei Jahren eine Feststellungsklage eingebracht werden muss, um eine Verjährung der folgenden Teilschäden (das wären hier: alle späteren Vergütungsansprüche) hintanzuhalten⁹⁵), stellt sich hier nicht, weil beim Inverkehrbringen von Trägermaterial „Schäden“ aus unterschiedlichen „schädigenden“ Handlungen vorliegen⁹⁶).

Fraglich ist, wie die Verjährung zu beurteilen ist, wenn die Verwertungsgesellschaft den Bürgen und Zah-

ler kennt, nicht aber den Hauptschuldner. Der Fall dürfte bei der Leerkassettenvergütung nach § 42b UrhG durchaus von praktischer Bedeutung sein, weil die Verwertungsgesellschaft häufig zwar ein späteres Glied der Händlerkette (einen späteren Inverkehrbringer, also einen Bürgen und Zahler) kennen wird, nicht aber den Erstinverkehrbringer (Hauptschuldner). Würde aus der Akzessorietät der Bürgenhaftung folgen, dass dann die Verjährung auch gegenüber dem Bürgen und Zahler nicht zu laufen beginnt, so würde trotz Kenntnis des Gläubigers von der Person des Bürgen und Zahlers sowie vom Bestehen (und sogar der konkreten Höhe) des Vergütungsanspruchs – also aller für die Klagsführung erforderlichen Informationen – die Verjährung gegen den Bürgen nicht zu laufen beginnen, weil dem Gläubiger die Person des Hauptschuldners nicht bekannt ist.

Akzessorietät bedeutet aber, dass der Bürge neben den jeweiligen Einwendungen, die an seine Person und die zum Gläubiger bestehende Rechtsbeziehung gebunden sind, auch dem Hauptschuldner zustehende Einreden geltend machen kann; es bleibt aber dabei, dass

82) *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1489 Rz 3.

83) OGH 11.5.1983, 1 Ob 607, 608/83 SZ 56/76; OGH 12.9.1990, 1 Ob 632/90 JBI 1991, 654; OGH 24.2.2009, 4 Ob 192/08a; OGH 18.2.2010, 8 Ob 98/09h ÖBA 2010, 837 mwN (*Madl*); *Perner* in *Schwimann*, Taschenkommentar ABGB (2010) § 1489 Rz 2.

84) OGH 11.5.1983, 1 Ob 607, 608/83 SZ 56/76; *Mader/Janisch* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1489 Rz 9; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1489 Rz 3.

85) *Mader/Janisch* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1489 Rz 9.

86) OGH 18.2.2010, 8 Ob 98/09h ÖBA 2010, 837 mwN (zust *Madl*) für Schadenersatzansprüche des Kreditnehmers nach Fernseh-sendung über nicht korrekt abgerechnete Zinsen; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1489 Rz 3.

87) OGH 7.3.1990, 1 Ob 536/90 *ecolex* 1990, 279; OGH 12.9.1990, 1 Ob 632/90 JBI 1991, 654; OGH 24.2.2009, 4 Ob 192/08a; *Madl*, ÖBA 2010, 839 (Entscheidungsanmerkung zu OGH 18.2.2010, 8 Ob 98/09h).

88) OGH 6.11.1968, 2 Ob 320/68 SZ 41/147; OGH 11.5.1983, 1 Ob 607, 608/83 SZ 56/76; OGH 29.2.1996, 2 Ob 2019/96t; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1489 Rz 5; *Karollus-Bruner/Böhm*, Verjährungsgefahr bei Schadenersatz, Der Standard vom 16.11.2010, <http://derstandard.at/1289608020058/Heisses-Thema-Verjaehrungsgefahr-bei-Schadenersatz>.

89) *Mader/Janisch* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1489 Rz 9.

90) OGH 20.12.2005, 5 Ob 92/05y wobl 2006/152.

91) *Mader/Janisch* aaO.

92) *Karollus-Bruner/Böhm*, Verjährungsgefahr bei Schadenersatz, Der Standard vom 16.11.2010, <http://derstandard.at/1289608020058/Heisses-Thema-Verjaehrungsgefahr-bei-Schadenersatz>.

93) OGH 12.9.1990, 1 Ob 632/90 JBI 1991, 654; *Perner* in *Schwimann*, Taschenkommentar ABGB (2010) § 1489 Rz 8, 9.

94) *Dittrich*, Zur Tragweite der Verjährungsregelung in § 90 neuer Fassung des österr Urheberrechtsgesetzes, GRURInt 1983, 396 (398).

95) Bejahend OGH 29.2.1996, 2 Ob 2019/96t; OGH 7.7.2008, 6 Ob 103/08b ÖBA 2009/1528 uva, alle im Anschluss an *F.Bydlinski*, Schadensentstehung und Verjährungsbeginn im österreichischen Recht, in: FS Steffen (1995) 72 f, 80 ff.

96) Die einheitliche Verjährung mit dem Primärschaden gilt nur für Folgeschäden aus demselben Schadensereignis, vgl nur *Perner* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar (2010) § 1489 Rz 4

beide Schuldverhältnisse rechtlich selbständig zu beurteilen sind⁹⁷). Es ist daher anerkannt, dass die Bürgschaft von der Hauptschuld gesondert verjährt, wenngleich sie infolge der Akzessorietät mit früherer Verjährung der Hauptschuld erlischt⁹⁸). Die Bürgenhaftung kann aber auch vor der Hauptschuld verjähren⁹⁹).

Die gesonderte Verjährung der Bürgenhaftung erfolgt nach der Rsp nach 30 Jahren¹⁰⁰), während die jüngere Lehre die für die Hauptschuld geltenden Verjährungsregeln auch auf die Bürgenhaftung anwendet¹⁰¹). Der Meinungsstreit ist aber für die Bürgenhaftung nach § 42b Abs 3 Z 1 UrhG nicht von Bedeutung, weil gem § 90 Abs 1 UrhG die Verjährung der Ansprüche auf angemessene Vergütung (und Auskunft) sich nach den Vorschriften für Entschädigungsklagen richtet. Es ist nicht anzunehmen, dass damit etwa nur die Verjährung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner, nicht aber jene der Bürgenhaftung der Verjährungsregel des § 1489 ABGB unterstellt werden sollte. Andernfalls würde die Schuld des Erstinverkehrbringers kraft gesetzlicher Schadenersatzrechtlicher Einordnung drei Jahre ab Kenntnis, die Bürgenhaftung späterer Inverkehrbringer wohl bereicherungsrechtlich (dem Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB nahestehend)¹⁰²) unabhängig von einer Kenntnis der Verwertungsgesellschaft, dafür aber nach vierzig Jahren (§ 1485 ABGB; Verwertungsgesellschaften sind juristische Personen) verjähren. Es ist kein Grund zu sehen, warum § 90 Abs 1 UrhG eine solche Verschiedenbehandlung von Erst- und späteren Inverkehrbringern bezwecken sollte.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Verjährung des Vergütungsanspruchs bzw der Bürgenhaftung – wie sonst im Zivilrecht – nicht erst mit Vorlage von Import- oder sonstigen Fakturen an die Verwertungsgesellschaft beginnt, anhand derer der zu fordernde Betrag berechnet werden kann, sondern bereits mit Kenntnis des jeweiligen Inverkehrbringers (des „Schädigers“) und seines Handels mit Trägermaterial (Vorliegen eines Vergütungsanspruches, Kenntnis des „Schadens“ iS des § 1489 ABGB), mag auch die konkrete Höhe des Vergütungsanspruches noch nicht bekannt sein. Ab diesem Zeitpunkt kann die Verwertungsgesellschaft mit Feststellungsklage, Rechnungslegungsklage (§ 87a UrhG) oder Stufenklage (Art XLII EGZPO) vorgehen.

B. Unterbrechung der Verjährung

1. Verjährungsunterbrechung durch Klage

Die Verjährung wird ua durch Einbringen einer Klage unterbrochen (§ 1497 ABGB). Auch die Einleitung eines Schiedsverfahrens führt zur Unterbrechung¹⁰³). Ist ein Leistungsbegehren noch nicht möglich, so tritt die Unterbrechungswirkung auch durch positive Feststellungsklage ein¹⁰⁴). Bei einer Klage auf Rechnungslegung wird die Unterbrechungswirkung zum Teil dann bejaht, wenn der Kläger nach Erhalt der Informationen iS einer „gehörigen Fortsetzung“ ohne Verzögerung die Leistungsklage einbringt¹⁰⁵). Zum Teil wird die Unterbrechungswirkung verneint, weil ebenso eine Stufenklage (Art XLII Abs 3 EGZPO) erhoben werden kann, die jedenfalls die Ver-

jährung unterbricht¹⁰⁶). Im Zusammenhang mit der Leerkassettenvergütung nach § 42b Abs 1 UrhG spricht die Parallelwertung in § 154 PatG (Unterbrechungswirkung der Rechnungslegungsklage für Ansprüche auf angemessenes Entgelt) für die erstgenannte Auffassung.

Die Unterbrechungswirkung entsteht mit Einlangen der Klage bei Gericht. Eine teilweise Geltendmachung führt nur zur Unterbrechung der Verjährung des eingeklagten Teils; ebenso die Einklagung nur einzelner der bestehenden Ansprüche¹⁰⁷). Eine später im Zuge des Verfahrens eintretende Klagsänderung oder Klagserweiterung erstreckt ihre Wirkung nicht auf die in der Vergangenheit liegende ursprüngliche Klagseinbringung. Die Klage unterbricht im neuen/erweiterten Umfang die Verjährung ab Einbringung der jeweiligen Klagsänderung oder Erweiterung¹⁰⁸).

2. Unterbrechungswirkung gegenüber Bürgen

Die Verjährungsunterbrechung wirkt grundsätzlich relativ (subjektiv). Sie entfaltet sich nur zwischen jenen Personen, zwischen denen der Unterbrechungsgrund gesetzt wurde¹⁰⁹). Anderes gilt jedoch bei der Bürgschaft: Während die frühere Rechtsprechung¹¹⁰) und Teile der Lehre¹¹¹) davon ausgingen, dass die Unterbrechung der Verjährung gegen den Hauptschuldner jene der Bürgen-

97) *Kessal-Wulf* in *Staudinger*, BGB/Eckpfeiler (2005) 416; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 1351 (2002) Rz 6; *Mader/Faber* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1351 Rz 10.

98) OGH 17.3.1998, 4 Ob 45/98s ÖBA 1998, 809; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ (2002) § 1363 Rz 3; *P.Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1364 Rz 1; *Mader/W.Faber* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1346 Rz 86; *Pinterich* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar (2010) § 1346 Rz 5.

99) *P.Bydlinski* aaO; OLG Frankfurt 21.2.2007, 17 U 153/06 WM 2007, 1369. Zur Frage der verjährungshemmenden Wirkung ernsthafter Verhandlungen des Hauptschuldners mit dem Gläubiger auch für den Bürgen (bejahend) BGH 14.7.2009, XI ZR 18/08 DB 2009, 1824.

100) OGH 17.3.1998, 4 Ob 45/98s ÖBA 1998, 809.

101) *P.Bydlinski* aaO; aM *Gamerith* aaO, beide mwN.

102) *Dittrich*, Zur Tragweite der Verjährungsregelung in § 90 neuer Fassung des österr Urheberrechtsgesetzes, GRURInt 1983, 396 (398).

103) *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1497 Rz 5.

104) OGH 13.9.1967, 6 Ob 202/67 SZ 40/117; *Mader/Janisch* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1497 Rz 11; *R.Madl* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1497 Rz 21.

105) OGH 13.9.1967, 6 Ob 202/67 SZ 40/117; OGH 8.2.1972, 4 Ob 363/71 ÖBt 1972, 86; OGH 12.12.2002, 6 Ob 17/02x ÖBA 2003, 6012; *Mader/Janisch* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 1497 Rz 11; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österr Urheberrecht (8. Lfg. 2007) § 87a Rz 18.

106) OGH 14.10.1980, 4 Ob 124/80 RdA 1982/3; *M.Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1497 Rz 6; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1497 Rz 6; *Perner* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar (2010) § 1497 Rz 7; *R.Madl* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1497 Rz 21.

107) *M.Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1497 Rz 6.

108) *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1497 Rz 5.

109) Vgl nur *R.Madl* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1497 Rz 6.

110) OGH 12.7.1972, 7 Ob 161/72; OGH 4.10.1977, 5 Ob 647/77.

111) *P.Bydlinski*, RdW 1999, 61; *R.Madl* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1497 Rz 6.

haftung unberührt lässt, vertritt die heute ständige Rechtsprechung und der Großteil der Lehre die Auffassung, dass eine Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld auch gegen den Bürgen wirkt¹¹²). Eine Klage gegen den Hauptschuldner oder ein Anerkenntnis des Hauptschuldners führt daher auch zur Unterbrechung der Verjährung des Anspruches gegen den Bürgen. Hingegen unterbricht die Klage gegen einen Bürgen und Zahler nicht die Verjährung gegenüber anderen Bürgen und Zahlern¹¹³).

Klagt daher die Verwertungsgesellschaft den Hauptschuldner (Erstinverkehrbringer), so unterbricht die Klage auch die Verjährung gegenüber den späteren Händlern in der Absatzkette (Bürgen und Zahler). Wie weiter oben dargelegt, ist bei Lieferung des Trägermaterials aus dem Ausland zumeist der ausländische Lieferant Erstinverkehrbringer und Hauptschuldner der Leerkassettenvergütung. Sofern nicht der Bürge und Zahler selbst geklagt wird, muss daher der ausländische Lieferant geklagt werden, wenn die Verjährung auch gegenüber dem Bürgen und Zahler unterbrochen werden soll. Eine Klage gegen den allenfalls vorgelagerten ersten inländischen Belieferten wäre dafür nicht hinreichend, weil es sich dabei nur um einen weiteren Bürgen und Zahler handelt.

V. ANSPRUCH AUF RECHNUNGSLEGUNG

§ 87a UrhG regelt den Anspruch der (hier:) Verwertungsgesellschaft auf Rechnungslegung:

(1) Wer nach diesem Gesetz zur Leistung eines angemessenen Entgelts oder einer angemessenen Vergütung, eines angemessenen Anteils an einer solchen Vergütung, zum Schadenersatz, zur Herausgabe des Gewinnes oder zur Beseitigung verpflichtet ist, hat dem Anspruchsberechtigten Rechnung zu legen und deren Richtigkeit durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen. Wenn sich dabei ein höherer Betrag als aus der Rechnungslegung ergibt, sind die Kosten der Prüfung vom Zahlungspflichtigen zu tragen. Wer zur Rechnungslegung verpflichtet ist, hat dem Anspruchsberechtigten darüber hinaus über alle weiteren zur Rechtsverfolgung erforderlichen Umstände Auskunft zu erteilen.

(2) Wer nach § 42b Abs. 3 Z 1 als Bürge und Zahler haftet, hat dem Anspruchsberechtigten auch anzugeben, von wem er das Trägermaterial oder das Vervielfältigungsgerät bezogen hat, sofern er nicht die Vergütung leistet.

(3) Die Abs. 1 und 2 gelten sinngemäß auch für denjenigen, der nach § 42b Abs. 3 Z 1 von der Haftung ausgenommen ist.

A. Aktiv- und Passivlegitimation

Der Anspruch auf Rechnungslegung ist ein Hilfsanspruch zur Geltendmachung von Zahlungsansprüchen. Daher ist derjenige aktivlegitimiert, dem die Geltendmachung des Zahlungsanspruches zusteht¹¹⁴), bei der Leerkassettenvergütung ist dies die Verwertungsgesellschaft (§ 42b Abs 5 UrhG).

Da die Leerkassettenvergütung eine „angemessene Vergütung“ iS des § 87a UrhG darstellt, ist der nach § 42b Abs 3 Z 1 UrhG Zahlungspflichtige (also der Erstinverkehrbringer) zur Rechnungslegung verpflichtet¹¹⁵).

Daneben trifft die Pflicht auch die späteren Inverkehrbringer, die nach § 42b Abs 3 Z 1 UrhG als Bürge und Zahler haften (§ 87a Abs 2 UrhG). Sie sind auch dann rechnungslegungspflichtig, wenn sie unter der Bagatellgrenze des § 42b Abs 3 Z 1 UrhG liegen und daher von der Haftung ausgenommen sind (§ 87a Abs 3 UrhG)¹¹⁶).

B. Umfang und Erfüllung der Rechnungslegungspflicht

Die Rechnungslegungspflicht umfasst neben Angaben über die Stückzahl der in Verkehr gebrachten Datenträger auch deren Speicherkapazität oder Spieldauer, die Marke und die Bezugsländer¹¹⁷). Sie wird erfüllt, wenn der Verpflichtete alle erforderlichen Daten richtig und vollständig übergibt. Auch das Verlangen einer Vollständigkeitserklärung ist denkbar; gegebenenfalls liegt Erfüllung ab ihrer Unterfertigung vor¹¹⁸).

Die Frage, ob zur Erfüllung der Rechnungslegungspflicht auch die Vorlage von Belegen nötig ist, hat der OGH nach dem Normzweck bejaht¹¹⁹): Zweck der Rechnungslegung ist es, die Verwertungsgesellschaft in die Lage zu versetzen, die Vergütung zu verrechnen (und sodann ziffernmäßig geltend zu machen). Die Ansicht des OGH wird in der Literatur auch aus einem weiteren Grund geteilt: Nach § 87a Abs 1 UrhG wird die Rechnungslegung von Sachverständigen überprüft. Daraus wird abgeleitet, dass die Vorlage von Belegen jedenfalls notwendig ist, weil eine Überprüfung durch Sachverständige ohne Belege ins Leere laufen würde¹²⁰).

C. Verjährung und verjährungsunterbrechende Wirkung

Wie der Zahlungsanspruch verjährt gem § 90 Abs 1 UrhG auch der Anspruch auf Rechnungslegung nach drei Jahren ab Kenntnis von „Schaden“ (Bestehen eines Anspruchs auf Leerkassettenvergütung dem Grunde nach) und „Schädiger“ (Zahlungspflichtigem bzw Bürgen und Zahler); zu diesen Kriterien im einzelnen bereits oben. Weil der Rechnungslegungsanspruch einen Nebenanspruch zum Zahlungsanspruch bildet, muss über bereits verjährte Ansprüche keine Rechnung gelegt werden¹²¹).

112) OGH 20.5.1981, 1 Ob 599/81 SZ 54/82; OGH 6.12.1988, 2 Ob 59/88; *Mader/Janisch* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 1497 Rz 22; *M.Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1497 Rz 5; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1497 Rz 3.

113) Für mehrere Gesamtschuldner *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1497 Rz 12; OGH 21.3.1968, 1 Ob 290/67 SZ 41/34; OGH 12.9.1979, 1 Ob 759/78 SZ 52/133.

114) *Schachter* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 1258.

115) *M. Walter*, Österr Urheberrecht (2008) Rz 792.

116) *Steinmetz*, Die Neuregelung der Leerkassettenvergütung, MR 1990, 42; *M. Walter*, Österr Urheberrecht Rz 792.

117) *Steinmetz* aaO; *M. Walter* aaO.

118) *Steinmetz* aaO.

119) OGH 13.2.2001, 4 Ob 307/00a ÖBl 2002, 32.

120) *Schachter* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 1262.

121) *Schachter* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 1262; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österr Urheberrecht (8. Lfg. 2007) § 87a Rz 18.

Eine Klage auf Rechnungslegung bewirkt nach zutreffender, aber umstrittener Ansicht bei unverzüglichem Anschluss der Zahlungsklage die Unterbrechung der Verjährung des Hauptanspruchs auf Leerkassettenvergütung (vgl. zuvor). Das Einbringen einer Stufenklage (Art XLII Abs 3 EGZPO), mit der in einem ersten Schritt Rechnungslegung gem § 87a UrhG geltend gemacht wird, unterbricht unstrittig die Verjährung des Zahlungsanspruchs¹²²). Der Rechnungslegungspflichtige iS des § 87a UrhG schuldet „nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ein Vermögen anzugeben“ (Art XLII EGZPO)¹²³); er kann dementsprechend darauf geklagt werden, Auskunft zu erteilen¹²⁴). Hingegen hat eine Unterlassungsklage keine Unterbrechungswirkung bezüglich des Rechnungslegungsanspruchs. Unterlassungsanspruch und Anspruch auf Rechnungslegung bestehen unabhängig voneinander¹²⁵).

VI. ZUSAMMENFASSUNG

Nach § 42b Abs 1 UrhG müssen unbespielte Datenträger für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch bloß „geeignet“, andere Datenträger hingegen dazu „bestimmt“ sein, um die Vergütungspflicht auszulösen. Dem liegt die Überlegung zu Grunde, dass Leerkassetten (heute: CD/DVD-Rohlinge) typischerweise zur Vervielfältigung fremder Werke zum eigenen oder privaten Gebrauch verwendet werden, weshalb in typisierender Sichtweise die bloße „Eignung“ hierzu genügen soll. Bei anderen Datenträgern, denen diese Typizität fehlt, soll ausschlaggebend sein, ob sie zu solchen Vervielfältigungen bestimmt sind, weil eine typisierende Sichtweise insoweit eben nicht angebracht ist. Bei teilweise bespielten multifunktionalen Datenträgern ist eine solche Zweckbestimmung zu verneinen. Zu fragen ist daher, ob sie typischerweise zur Vervielfältigung fremder Werke zum eigenen oder privaten Gebrauch verwendet werden.

Diese Typizität liegt nach zutreffender Rechtsprechung des OGH bei PC-Festplatten nicht vor. Gleiches gilt für Speicherchips für Mobiltelefone. Die Annahme, der neben Betriebssystem und Zusatzsoftware frei bleibende Speicher würde gerade für erlaubte Kopien geschützter Werke zum privaten Gebrauch (insb § 42 Abs 4 UrhG) genutzt, kann sich hier wesentlich weniger auf die typische Realität stützen. Auf Speicherchips für Handys werden anstatt erlaubter Privatkopien von Musik oder Filmen ebenso auch erworbene Spiele und sonstige Applikationen (Handy-Apps) installiert, Musikstücke entgeltlich aus Webshops heruntergeladen (Fälle der Doppelvergütung), selbst aufgenommene Fotos und Videos gespeichert (vergütungsfrei) oder Raubkopien gesammelt. All diese Fälle sind keine Anwendungsfälle der Trägermaterialvergütung. Die Typizitätsüberlegungen des österr Gesetzgebers und des OGH im Gericom-Urteil sind für multifunktionale Datenträger auch durch das EuGH-Urteil im Fall Padawan (C-467/08) nicht präjudiziert. Eine Anwendung der Leerkassettenvergütung nach § 42b Abs 1 UrhG ist daher zu verneinen.

Erstinverkehrbringer und damit Hauptschuldner der Leerkassettenvergütung (§ 42b Abs 3 Z 1 UrhG) ist

bei Lieferung aus dem Ausland idR der ausländische Lieferant (Ausnahme: bei Holschuld des Käufers oder wenn die Ware in dessen ausländisches Lager oder Auslands-Zweigniederlassung geliefert und von ihm nach Österreich gebracht wird). Der inländische Empfänger (Importeur) haftet – sofern er das Trägermaterial im Inland weiter in Verkehr bringt – für die Vergütung gem § 42b Abs 3 Z 1 UrhG als Bürge und Zahler. De lege ferenda wäre eine gesetzliche Einordnung des Importeurs als Hauptschuldner nach dem Vorbild des § 54b Abs 2 dUrhG zu überlegen.

Der Anspruch auf Leerkassettenvergütung verjährt gem § 90 Abs 1 UrhG nach den Vorschriften für Entschädigungsklagen (§ 1489 ABGB), daher nach drei Jahren ab Kenntnis von Schaden (Vergütungsanspruch) und Schädiger (Zahlungspflichtigem). Die Verjährungsfrist beginnt mit der Kenntnis des Berechtigten, dass und von wem er eine Vergütung fordern kann. Kenntnis der Schadenshöhe ist dafür nicht erforderlich, denn die Verjährung kann auch durch Erhebung einer Feststellungsklage, Rechnungslegungsklage (§ 87a UrhG) oder Stufenklage (Art XLII EGZPO) verhindert werden. Die Verjährung beginnt auch, wenn die Verwertungsgesellschaft den Bürgen und Zahler kennt, nicht aber den Hauptschuldner.

Eine Klage gegen den Hauptschuldner (Erstinverkehrbringer) führt zur Unterbrechung der Verjährung auch gegenüber den Bürgen. Hingegen unterbricht die Klage gegen einen Bürgen und Zahler nicht die Verjährung gegenüber anderen Bürgen und Zahlern. Eine Klage gegen einen inländischen Belieferten ist daher zur Verjährungsunterbrechung gegenüber anderen Belieferten nicht hinreichend, weil es sich dabei nur um weitere Bürgen und Zahler handelt.

122) *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB² (2007) § 1497 Rz 5.

123) *Konecny* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz² (2002) Art XLII EGZPO Rz 20.

124) *Konecny* aaO Rz 109.

125) *Schachter* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 1264.