

**ALAI – LANDESGRUPPE ÖSTERREICH**

Association Littéraire et Artistique Internationale – Internationale Vereinigung für Literatur und Kunst

A-1080 Wien, Laudongasse 25/6 – Tel ++43/1/402 45 000 – Fax: ++43/1/408 27 44 22 – E-Mail: copyright@walterlaw.at

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Wien, am 31. Oktober 2005  
StellEndg2005.11 Mi

Betrifft: UrhGNov 2005  
Folgerecht

Sehr geehrter Herr Sektionschef Dr. Hopf,  
sehr geehrter Herr Leitender Erster Staatsanwalt Dr. Auer!

Namens der österreichischen **Landesgruppe der ALAI** danke ich für die Zusendung des Entwurfs einer UrhGNov 2005 samt Erläuterungen. Die österr Landesgruppe nimmt hierzu in aller Kürze Stellung wie folgt.

## I. VORBEMERKUNGEN

Das Konzept des Entwurfs, die Folgerecht-RL in jeder Beziehung auf niedrigstem Niveau umzusetzen, ist aus der Sicht eines sinnvollen Ausbaus des urheberrechtlichen Schutzes in Österreich zu bedauern. Auch wenn die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber in einigen Punkten einen Umsetzungsspielraum einräumt, widerspricht die Umsetzung der Folgerecht-RL auf niedrigstem Niveau zumindest dem Geist des Harmonisierungsanliegens im Bereich des Europäischen Urheberrechts. Zudem versäumt es der Entwurf, zahlreiche Optionen wahrzunehmen, welche die Richtlinie zuließe, wie die Einrichtung eines folgerechtsspezifischen *Domaine Public Payant* oder ein Schutz vor einer Umgehung des Folgerechts im Fall von Verkäufen ins folgerechtsfreie Ausland<sup>1</sup>.

## II. ZU DEN EINZELNEN BESTIMMUNGEN DES ENTWURFS

### 1. Zu § 16 Abs 1 des Entwurfs

**1.1.** Da der Entwurf in Abs 2 die Eingangsschwelle mit dem höchstzulässigen Betrag von €3.000,00 festlegt, versperrt sich der Entw selbst die Möglichkeit, für die erste Tranche zwischen dem Schwellwert und dem Betrag von €50.000,00 einen höheren Prozentsatz als 4% festzulegen. Aus den im Folgenden noch darzulegenden Gründen erscheint diese Entscheidung des Entw rechtspolitisch verfehlt, und läge ein niedrigerer Schwellwert ebenso wie ein etwas höherer Eingangs-

---

<sup>1</sup> Vgl dazu und allgemein näher *Walter*, Diskussionsentwurf für die Umsetzung der Folgerecht-RL in österreichisches Recht, MR 2005, 244.

Beteiligungssatz – etwa in der Höhe von 5 oder 6% – gerade im Interesse junger, auf dem Kunstmarkt noch nicht stark vertretener Künstler.

**1.2.** Im Übrigen folgt der Entw dem Muster des § 16a UrhG und den Vorgaben der Richtlinie. Ebenso wie die Richtlinie selbst übersieht der Entwurf, dass eine Veräußerung eines Originals freilich nicht notwendig durch Verkauf erfolgen muss, weshalb es statt "Verkäufer" bzw "Käufer" besser "Veräußerer" und "Erwerber" lauten sollte<sup>2</sup>.

**1.3.** Als Defizit der vorgeschlagenen Regelung ist zu vermerken, dass der Entw das Folgerecht auf Werke der bildenden Künste beschränkt und nicht von der Möglichkeit Gebrauch macht, Handschriften von Sprach- oder Musikwerken einzubeziehen. Eine weitere Unzulänglichkeit besteht – wie bereits angemerkt – darin, dass die Ausfuhr in folgerechtsfreie Länder nicht gleichfalls dem österr Folgerecht unterworfen wird. Es ist dies umso unverständlicher, als damit die Flucht des Kunstmarkts in folgerechtsfreie Länder geradezu begünstigt wird.

**1.4.** Die im letzten Halbsatz richtlinienkonform festgesetzte "Deckelung" mit einem Betrag von €12.500,00 bezieht sich auf jedes weiterveräußerte Original, was der Entwurf ausdrücklich klarzustellen jedoch verabsäumt.

## **2. Zu § 16b Abs 2 des Entwurfs**

**2.1.** Wie bereits angedeutet, ist die Festlegung des Schwellwerts mit dem nach der Richtlinie höchstzulässigen Betrag von €3.000,00 abzulehnen. Dieser hohe Schwellwert benachteiligt gerade junge Künstler, deren Werke auf dem Kunstmarkt noch nicht gleichermaßen etabliert sind und noch keine höheren Preise erzielen, und bewirkt im Ergebnis den Ausschluss ganzer Werkkategorien wie Lichtbildwerke, Druckgrafiken oder Werke der angewandten Kunst.

**2.2.** Zu begrüßen ist, dass Käufer und Vermittler als Bürge und Zahler richtlinienkonform haften. Die Einbeziehung des Verkäufers (Veräußerers), der ohnehin primär zahlungspflichtig ist (§ 16b Abs 1), in diese Haftung auf Grund der gewählten Formulierung erscheint dagegen verwirrend und bedingt den – sonst entbehrlichen – Zusatz "soweit sie nicht selbst zahlungspflichtig sind".

**2.3.** Richtlinienkonform ist festgehalten, dass auf den Anspruch auf Folgerechtsvergütung im Voraus nicht verzichtet werden kann. Da Verzicht und Veräußerung aber voneinander zu trennen sind, fehlt der in der Richtlinie festgeschriebene Grundsatz der Unveräußerlichkeit (Art 1 Abs 1 Folgerecht-RL). Der letzte Satz sollte deshalb lauten wie folgt:

"Die Folgerechtsvergütung kann nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden; sie ist im Voraus unverzichtbar. Unter Lebenden kann über sie außer zu Gunsten von Verwertungsgesellschaften nicht gültig verfügt werden; § 23 Abs 1 gilt sinngemäß.

**2.4.** Zu begrüßen ist die im Entw vorgesehene Verwertungsgesellschaftenpflicht. Wie die Erfahrung in der Bundesrepublik Deutschland nach Einführung des Folgerechts mit dem dUrhG 1965 gezeigt hat, ist eine Folgerechtsvergütung nur mit Hilfe von Verwertungsgesellschaften durchsetzbar. Freilich hätte der Entwurf auch den weiteren, auf der Hand liegenden Schritt setzen sollen, die das Folgerechte

<sup>2</sup> Zum Teil verwendet der Entw ohnehin den Ausdruck „Veräußerer“. Auch insoweit erschiene eine einheitliche Begriffsbildung sinnvoll.

wahrnehmende Verwertungsgesellschaft mit einer "gesetzlichen Treuhand" nach dem Muster des § 59a Abs 2 UrhG auszustatten. Ohne eine solche sind die bildenden Künstler weiterhin dem Druck des Kunstmarkts ausgesetzt, keiner Verwertungsgesellschaft beizutreten.

Wie die Praxis gezeigt hat, wird auch außerhalb des Folgerechts auf bildende Künstler Druck ausgeübt. Dies erscheint für die praktische Durchsetzung des Folgerechts umso bedrohlicher, als der Gesetzgeber im Entwurf eines VerwGesG 2005 ungeachtet entsprechender Anregungen kein "Boykottverbot" vorgesehen hat. Die vom Entwurf vorgesehene Regelung ermöglicht in der Praxis – richtlinienwidrig – *de facto* einen Verzicht auf das Folgerecht "durch die Hintertür".

**2.5.** Wenn in den Erläuternden Bemerkungen in diesem Zusammenhang erwähnt wird, auch in allen übrigen Fällen der Verwertungsgesellschaftenpflicht von Vergütungsansprüchen handle es sich nicht um eine "gesetzliche Treuhand", so erscheint dieser Hinweis inhaltlich fragwürdig. Jedenfalls ist dies in der Lehre umstritten und wurde in der Rechtsprechung bisher, soweit ersichtlich, noch nicht behandelt. Die Auslegung geltender Bestimmungen steht jedenfalls ausschließlich der Rechtsprechung und nicht der Gesetzgebung zu, zumal wenn dies außerhalb eines konkreten Gesetzgebungsvorhabens bloß in den Erläuternden Bemerkungen Erwähnung findet. Diese kritische Anmerkung gilt im Übrigen auch für andere Bemerkungen, welche die Erläuternden Bemerkungen des gegenständlichen Entwurfs enthalten.

### **3. Zu § 16b Abs 3 des Entwurfs**

**3.1.** Die Umschreibung von Originalen in Abs 3 erfolgt im Wesentlichen richtlinienkonform. Allerdings sollte es in Z 1 besser lauten "die vom Urheber selbst hergestellt worden sind". Denn vom Urheber "geschaffen" werden müssen Werke immer; darum geht es aber im gegenständlichen Zusammenhang nicht. Hier kommt es nicht hierauf an, sondern allein darauf, ob es sich um "Originale" handelt.

**3.2.** Zwar ist es richtig, dass die Formulierung "die sonst als Originale angesehen werden" den Anschein hat, allgemeiner zu sein. In Wahrheit aber ist sie als Kontraposition zu dem Grundsatz zu verstehen, dass folgerechtpflichtige Originale vom Urheber selbst hergestellt worden sind. Dazu zählen etwa Bronzeabgüsse von Plastiken, die in der Regel gerade nicht vom Urheber selbst hergestellt werden, ebenso wie Abzüge von Foto-Negativen etc. Dagegen stellt die aus der Richtlinie übernommene Z 2 auf Produkte in größerer Auflage ab. Es wird deshalb angeregt, die Z 1 und Z 3 zusammenzuziehen und wie folgt zu umschreiben:

"Die vom Urheber selbst geschaffen worden sind oder sonst als Originale angesehen werden"

### **4. Zu § 16b Abs 4 des Entwurfs**

In diesem Absatz macht der Entwurf – richtlinienkonform – von der Möglichkeit Gebrauch, sogenannte "Promotiongalerien" zu privilegieren (Art 1 Abs 3 Folgerecht-RL). In solchen Fällen geht man davon aus, dass die Ankäufe nicht zu "Spekulationszwecken" erfolgen, sondern auch zur Förderung des bildenden Künstlers, von welchem ein Ankauf getätigt wird. Nach den Erfahrungen auf dem Kunstmarkt finden solche "Promotionankäufe" zwar nur in äußerst geringem Umfang statt, weshalb sich die Einführung einer Sonderbestimmung wohl erübrigt hätte; es besteht gegen eine solche Privilegierung aber auch kein grundsätzlicher Einwand.

### **5. Zu § 60 Abs 2 UrhG idF des Entwurfs**

**5.1.** Abgesehen davon, dass der Entwurf, wie bereits erwähnt, das Folgerecht in Österreich nur in einer Mindestvariante einführt, und zwar zum letztmöglichen Zeitpunkt der mit 31. Dezember 2005 endenden Umsetzungsfrist, macht der Entwurf auch von der Möglichkeit nach Art 8 Abs 2 Folgerecht-RL Gebrauch, das Folgerecht bis zum 31. Dezember 2009 nur zu Gunsten lebender Künstler anzuwenden.

Auch insoweit verschreibt sich der Entwurf einem Mindestansatz, was abzulehnen ist. Es wird damit bewirkt, dass die Erlöse aus dem Folgerecht weitere 4 Jahre hindurch nur gering sein werden; denn erhebliche Einkünfte erzielen auf dem Kunstmarkt gerade Werke bereits verstorbener Künstler.

Mit dieser Regelung wird offensichtlich bewusst in Kauf genommen, dass die Organisation des Folgerechtsinkassos für die zuständige Verwertungsgesellschaft mangels ausreichender Einnahmen erschwert wird. Die Einbeziehung der Werke auch verstorbener Künstler würde dagegen nicht nur helfen, die Verwaltung des Folgerechts zu finanzieren, sondern durch Beiträge in sozialen und kulturellen Zwecken dienenden Einrichtungen indirekt auch eine Förderung gerade junger Künstler ermöglichen.

**5.2.** Wenn der Entwurf dieses – abzulehnende – Konzept als Sonderschutzfrist für das Folgerecht umsetzt, überzeugt auch dies nicht, da die Richtlinie nur die "Anwendung" des Folgerechtes auszusetzen erlaubt, was nur im Zusammenhang mit der Schutzdauer geregelt wird. Die Regelung führt dazu, dass das wegen Ablaufs der "Schutzdauer" bereits erloschene Folgerecht mit 1. Jänner 2010 wieder auflebt.

## **6. Zum Auskunftsanspruch nach § 87b Abs 4 UrhG idF des Entwurfs**

**6.1.** Der Entwurf setzt Art 9 Folgerecht-RL in § 87b Abs 4 UrhG gesondert um. Dies erscheint rechtstechnisch entbehrlich, da der allgemeine Auskunftsanspruch nach § 87a Abs 1 UrhG ohnehin alle Vergütungsansprüche umfasst. Ein Hinweis auf diese Bestimmung und darauf, dass dies auch für diejenigen gilt, die bloß als Bürge und Zahler haften (§ 87 Abs 2 UrhG) wäre ausreichend. Letzteres dürfte sich auch aus dem vorgeschlagenen § 87b Abs 4 UrhG ergeben, wenn ganz allgemein auf die "Vertreter des Kunstmarkts" hingewiesen wird; eine ausdrückliche Klarstellung erschiene jedoch wünschenswert.

**6.2.** Problematisch erscheint der Auskunftsanspruch insoweit, als er – ebenso wie nach § 87a Abs 1 UrhG – wohl voraussetzt, dass einem Vertreter des Kunstmarkts zumindest ein folgerechtspflichtiges Geschäft nachgewiesen werden muss. Dies erscheint im Zusammenhang mit dem Folgerecht und die Beschränkung des Auskunftsanspruchs auf 3 Jahre ab Veräußerung besonders problematisch. Denn die mit der Wahrnehmung des Folgerechts betraute Verwertungsgesellschaft müsste sämtliche in Österreich tätigen Galerien überwachen und für jeden "Vertreter des Kunstmarkts" zumindest einen folgerechtspflichtigen Verkauf erheben, bevor Auskunftsansprüche geltend gemacht werden können. Dies erscheint für eine kleinere Gesellschaft kaum durchführbar, zumal im Hinblick auf die Beschränkung des Folgerechts auf lebende Künstler bis zum 31. Dezember 2009 auch nicht mit ins Gewicht fallenden Erlösen, die die Verwaltungskosten decken könnten, zu rechnen ist.

Es wird deshalb dringend angeregt, die Wendung "an denen sie beteiligt waren" zu streichen und die Auskunftspflicht damit allgemein zu halten, sodass die Vertreter des Kunstmarkts auch verpflichtet sind, "Nullmeldungen" abzugeben.

**6.3.** Offen bleibt bei der gewählten Formulierung, die nicht an § 87a Abs 1 und Abs 2 UrhG anknüpft, auch der in § 87a Abs 1 UrhG verankerte Prüfungsanspruch, der wohl analog gilt, was jedoch sinnvoller Weise klarzustellen wäre.

**6.4.** Auch die aus der Richtlinie übernommene Formulierung "die für die Sicherung der Zahlung der Vergütung erforderlich" sein können, erscheint unklar. Besser sollte von "Geltendmachung" gesprochen werden.

**6.5.** Im Hinblick auf die ausdrückliche Vorgabe des Art 9 Folgerecht-RL, wonach das Auskunftsrecht gegen die Vertreter des Kunstmarkts nur "in einem Zeitraum von drei Jahren nach dem Zeitpunkt der Weiterveräußerung" besteht, ist eine Befristung des Auskunftsanspruchs vorzusehen. Entgegen der Annahme des Entw lässt die Folgerecht-RL die Deutung der Bestimmung als Verjährungsvorschrift aber jedenfalls zu und gebietet nicht die Vorsehung einer materiellrechtlichen Fallfrist.

...zzz1... Das Konzept des Entwurfs birgt die Gefahr der Rechtsunsicherheit in sich. Zwar sollen nach herrschender Ansicht die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung auch auf materiellrechtliche Fallfristen anwendbar sein<sup>3</sup>, doch besteht insoweit Rechtsunsicherheit, als diese Fragen für diese Fristen nicht eindeutig geregelt sind, und nach der Rechtsprechung auf den Zweck der jeweiligen Präklusivfrist Bedacht zu nehmen ist<sup>4</sup>. Aber auch sonst sind keine Gründe dafür einzusehen, weshalb der Auskunftsanspruch als solcher nach Fristablauf untergehen, und der Zeitablauf von Amts wegen wahrgenommen werden sollte<sup>5</sup>.

**6.6.** Bleibt man dabei, den Folgerechts-Auskunftsanspruch aus der allgemeinen Vorschrift des § 87a UrhG herauszuheben, sollte der vorgeschlagene § 87b Abs 4 jedenfalls lauten wie folgt:

"(4) Vertreter des Kunstmarkts haben Verwertungsgesellschaften, die Ansprüche auf Folgerechtsvergütung nach § 16b wahrnehmen, mit Beziehung auf die dem Folgerecht unterliegenden Verkäufe, ~~an denen sie beteiligt waren~~, alle Auskünfte zu geben, die für die Geltendmachung der Zahlung der Vergütung erforderlich sein können; im Übrigen gilt § 87a (1) und (2) entsprechend. Der Auskunftsanspruch verjährt in drei Jahren nach dem Zeitpunkt der Weiterveräußerung."

### III. SCHLUSSBEMERKUNGEN

**1.** ...zzz2... Wie bereits eingangs bemerkt, bezieht der Entwurf Originalhandschriften von Sprach- und Musikwerken nicht in die Folgerechtsregelung ein, wobei hierfür auch nur das nicht zu billigende Grundverständnis des Entwurfs verantwortlich sein wird, das Folgerecht auf niedrigstem Niveau einzuführen. Bereits hingewiesen wurde weiters darauf, dass der Entwurf auch keine Exportregelung vorsieht und damit einer möglichen "Umgehung" des Folgerechts selbst Vorschub leistet und auch den inländischen Kunstmarkt benachteiligt. Weiters wurde bereits darauf hingewiesen, dass gerade zur Förderung junger Künstler ergänzend zumindest ein auf das Folgerecht beschränktes *Domaine Public*

<sup>3</sup> Vgl etwa *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I<sup>11</sup>, 205f; *M Bydlinski* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1451 Rz 5.

<sup>4</sup> Vgl etwa OGH 19.02.2004 6 Ob 6/04g.

<sup>5</sup> Vgl *Walter*, Diskussionsentwurf für die Umsetzung der Folgerecht-RL in österreichisches Recht, MR 2005, 244 (249).

*Payant* auf der Hand läge, was der Entwurf gleichfalls verabsäumt. Ergänzend sei in aller Kürze noch auf folgende weitere Defizite des Entwurfs hingewiesen.

2. ...zzz3... Der Entwurf enthält keine folgerechtsspezifische fremdenrechtliche Regelung, die im Hinblick auf die allgemeine, nicht auf einen Einzelvergleich (*trait pour trait*) abstellende Bestimmung des § 96 Abs 1 UrhG erforderlich wäre. Auch eine ausdrückliche Gleichstellung von Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaats der EU bzw eines Vertragsstaats des EWR fehlt. Damit wird auch die Chance vergeben, die Erlöse aus der Weiterveräußerung von Werken von Urhebern aus Drittstaaten sozialen und kulturellen Zwecken zuzuführen, wozu am Rande vermerkt sei, dass dies auch zu einer Wettbewerbsverzerrung im Kunsthandel führt<sup>6</sup>.

Mit freundlichen Grüßen

(HonProf. Dr. Michel WALTER–  
Präsident Landesgruppe Österreich)

---

<sup>6</sup> Vgl dazu *Walter*, vorige Fußnote 250.

**ALAI – LANDESGRUPPE ÖSTERREICH**

Association Littéraire et Artistique Internationale – Internationale Vereinigung für Literatur und Kunst

A-1080 Wien, Laudongasse 25/6 – Tel ++43/1/402 45 000 – Fax: ++43/1/408 27 44 22 – E-Mail: copyright@walterlaw.at

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Postfach 63  
1016 Wien  
**Voraus per E-Mail**

Wien, am 14. November 2005  
StellFilmREndg2005.11Mi

Betrifft: UrhGNov 2005  
Filmurheberrecht

Sehr geehrter Herr Sektionschef Dr. Hopf,  
sehr geehrter Herr Leitender Erster Staatsanwalt Dr. Auer!

Namens der österreichischen **Landesgruppe der ALAI** danke ich für die Zusendung des Ministerialentwurfs einer UrhGNov 2005 samt Erläuterungen. Die österr Landesgruppe nimmt hierzu in aller Kürze Stellung wie folgt.

**I. VORBEMERKUNG**

Der Ministerialentwurf einer UrhGNov 2005 sieht auch eine „**kleine Reform**“ des Filmurheberrechts vor, die ungeachtet der im Folgenden zu behandelnden Ungereimtheiten und Unzulänglichkeiten grundsätzlich positiv zu bewerten ist. Freilich greift die vorgesehene Reform jedenfalls zu kurz und kann sie eine grundlegende Reform des österreichischen Filmurheberrechts nicht ersetzen.

**II. ZUR HÖHE DER BETEILIGUNGSANSPRÜCHE DER FILMURHEBER AN DEN ERLÖSEN AUS DER INTEGRALEN KABELWEITERVERBREITUNG**

**1.** Der Entwurf beschränkt sich in Bezug auf die Höhe der Beteiligungsansprüche der Filmurheber an den Erlösen aus der Kabelweiterleitung darauf, in einem neuen § 38 Abs 1a UrhG klarzustellen, dass der Beteiligungsanspruch für Filme, mit deren Dreharbeiten nach dem 1. Jänner 2006 begonnen wurde, die Hälfte beträgt (Art 1 Z 2 iVm Art V Abs 2 des Entw). Was die Beteiligung von Filmurhebern an den Kabelerlösen als solche anlangt, schreibt der Entwurf damit bloß die oberstgerichtliche Rechtsprechung fort, wonach dem Filmurheber ein Beteiligungsanspruch nicht bloß für „mittelalte“ Filme im Sinn des Art VI Abs 2 UrhGNov 1996 (zwischen 1970 und dem 31.03.1996 veröffentlicht), sondern auch für Neufilme zusteht, mit deren Dreharbeiten nach dem 31 März 1996 begonnen wurde.

**2.**

Das „Plus-Element“ des Entwurfs liegt deshalb lediglich in der Klarstellung, dass der Beteiligungsanspruch der Filmurheber grundsätzlich in einem Anspruch auf die Hälfte der Erlöse und nicht etwa bloß in einem Anspruch auf ein Drittel besteht. Wendet man die erwähnte Übergangsregelung des Art VI Abs 2 UrhGNov 1996 mit der oberstgerichtlichen Rechtsprechung wörtlich analog an

(Gesetzesanalogie), könnte man nämlich zu einer Beteiligung bloß in der Höhe eines Drittels<sup>7</sup> gelangen, wobei die Entscheidung des OGH<sup>8</sup> allerdings keineswegs zu dieser Annahme zwingt. Geht man im Weg einer Rechtsanalogie aber von einer sinngemäßen analogen Anwendung dieser Vorschrift aus, muss der Beteiligungsanspruch auch für diese Neufilme die Hälfte betragen, und zwar auch analog zu der Regelung für Vergütungsansprüche nach § 38 Abs 1 UrhG idF 1996<sup>9</sup>. So betrachtet, stellt der Entwurf gleichfalls nur eine Fortschreibung der höchstgerichtliche Rechtsprechung dar, lässt aber die Höhe der Beteiligung für den Zeitraum ab Inkrafttreten der UrhGNov 1996 bis zum 31. Dezember 2005 weiterhin offen, ohne zumindest klarzustellen, dass der Beteiligungsanspruch für alle Neufilme (Drehbeginn ab 01.04.1996) die Hälfte beträgt. Zumindest für Filme mit einem Drehbeginn nach dem 1. Jänner 2006 ist nach dem Entwurf aber klar, dass der Beteiligungsanspruch grundsätzlich 50 % ausmacht.

### 3.

Dazu ist ergänzend anzumerken, dass die beteiligten Verkehrskreise die Regelung der UrhGNov 1996 niemals anders verstanden haben; der Hälfteanspruch für Neufilme (ab 01.04.1996 gedreht) war nicht nur Gegenstand einer Einigung zwischen Filmproduzenten und Filmschaffenden, sondern in weiterer Folge auch Grundlage einer Vereinbarung zwischen der Verwertungsgesellschaft der Filmschaffenden VDFS und der Produzentengesellschaft V.A.M. (Verwertungsgesellschaft für audio-visuelle Medien). Allein der Umstand, dass die Bestimmung des Art VI Abs 3 UrhGNov 1996 unglücklich formuliert war, führte dazu, dass in einem Rechtsstreit, den die VDFS mit der Verwertungsgesellschaft Rundfunk führt, das offenkundige Redaktionsversehen des Gesetzgebers durch den OGH korrigiert werden musste. Der vorliegende Entwurf rückt dies nun zumindest für Filme mit Drehbeginn ab dem 1. Jänner 2006 auch gesetzlich zurecht, freilich um den Preis, damit eine weitere Altersschicht einzuführen und bestehende Unklarheiten beizubehalten.

## III. ZUR UNSACHLICHKEIT DER ALTERSSCHICHTUNG (Vergütungsansprüche und Kabelerlöse)

### 1.

Nach dem Entwurf soll sich an der Altersschichtung weder für den Bereich der Kabelerlöse noch für die gesetzlichen Vergütungsansprüche etwas ändern (Zu Z 2 Punkt 5). Im Gegenteil, für den Bereich der integralen Kabelweiterleitung kommt eine weitere „Altersschicht“ hinzu. Abgesehen davon, dass die bestehende „Altersschichtung“ zum Teil weiterhin unklar bleibt, ist diese auch unsachlich und daher wegen Gleichheitswidrigkeit verfassungsrechtlich weiterhin bedenklich. Dies umso mehr, als die Erlöse aus den gesetzlichen Vergütungsansprüchen und der integralen Kabelweiterleitung für „Altfilme“ (vor dem 01.01.1970 veröffentlicht) weiterhin ausschließlich dem Filmhersteller zustehen, was willkürlich erscheint, zumal es sich gerade bei diesen Filmen um längst ausgewertetes Material handelt, an welchem die Rechte meist in der Hand von „Händlern mit Filmrechten“ liegen und welches zudem aus einer Zeit stammt, zu welcher weder gesetzliche Vergütungsansprüche noch Erlöse aus der Kabelweiterverbreitung vorhersehbar und kalkulierbar waren.

### 2.

Die auch nach dem Entwurf weiter bestehende unsachliche Altersschichtung lässt sich – für den Bereich der integralen Kabelweiterleitung - stichwortartig wie folgt veranschaulichen:

<sup>7</sup> Nach Art VI Abs 2 UrhGNov 1996 kontinuierlich bis 2005 ansteigend.

<sup>8</sup> OGH 04.05.2004 4 Ob 28/04b – "Filmurheber-Kabelentgelt II" MR 2004, 256 (Walter) = RdW 2004/691,737 (LS).

<sup>9</sup> In Wahrheit handelt es sich bei der Vorschrift des Art VI Abs 3 um ein schlichtes Redaktionsversehen, das zu im Sinn eines Hälfteanspruchs mit Wirksamkeit vom 01.04.1996 zu korrigieren ist.

- „**Altfilme**“ (vor 01.01.1970 veröffentlicht):  
keine Beteiligung der Filmurheber;
- „**Mittelalte Filme**“ (zwischen 01.01.1970 und 31.03.1996 veröffentlicht):  
reduzierte Beteiligung (maximal bis zu einem Drittel ansteigend);
- „**Neufilme**“ (Drehbeginn zwischen 01.04.1996 und 31.12.2005):  
Beteiligung die Hälfte oder Drittel;  
  - bis 31.12.1997: Vergütungsanspruch - Hälftebeteiligung
  - von 01.01.1998 bis 31.12.1997: Ausschlussrecht - ein Drittel oder die Hälfte (nach wie vor unklar)
- „**Ganz neue Filme**“ (Drehbeginn nach 01.01.2006):  
Ausschlussrecht - Hälftebeteiligung.

### 3.

Eine sachgerechte und verfassungskonforme Korrektur dieser unklaren und nicht vernünftig nachvollziehbaren rechtlichen Situation müsste freilich darin bestehen, die Übergangsregelung des Art VI Abs 2 und 3 der UrhGNov 1996 jedenfalls mit Wirksamkeit ab 1. Jänner 2006 dahingehend zu ändern, dass die Altersschichtung sowohl für die gesetzlichen Vergütungsansprüche als auch für die integrale Kabelweiterleitung aufgegeben und die Übergangsregelung beseitigt wird<sup>10</sup>.

## IV. ZUR ABDINGBARKEIT DER BETEILIGUNG BZW DER ANTEILE DER FILMURHEBER

### 1.

Wenn der Entwurf – anders als Art VI Abs 3 UrhGNov 1996 (!) – den Beteiligungsanspruch des Filmurhebers in Bezug auf die Kabellerlöse nicht nur nicht für unverzichtbar erklärt, sondern vielmehr ausdrücklich entgegenstehende Vereinbarungen zulässt, so weicht der Entwurf damit von seinem Vorbild (§ 16a Abs 5 UrhG) ab; darüber hinaus ist die Regelung jedenfalls in Bezug auf den Hauptregisseur auch richtlinienwidrig. Zwar regelt Art 2 Abs 6 Vermiet- und Verleih-RL die unter der Voraussetzung der Gewährleistung eines unverzichtbaren Beteiligungsanspruchs zulässige Vermutungsregelung unmittelbar bloß für das Vermiet- und Verleihrecht, doch ist diese Vorschrift auch auf andere Verwertungsrechte anzuwenden, will man nicht davon ausgehen, dass eine Vermutung zu Gunsten des Filmproduzenten hinsichtlich des Hauptregisseurs außerhalb des Vermiet- und Verleihrechts überhaupt unzulässig ist.

### 2.

Dies ganz abgesehen davon, dass die Beibehaltung der cessio legis – versteht man sie mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als originäre Rechtszuweisung – überhaupt richtlinienwidrig ist. Hinzu kommt, dass die Feststellung abweichender Vereinbarungen für jeden in Österreich weitergeleiteten Film bzw jedes Fernsehprogramm unterschiedlichster Provenienz in der Praxis nahezu unmöglich ist.

### 3.

Die im Entwurf nun ausdrücklich auch für den Beteiligungsanspruch des Filmurhebers an den Erlösen aus der Kabelweiterleitung festgeschriebene Abdingbarkeit stellt im Vergleich zur geltenden Rechtslage jedenfalls einen Rückschritt dar. Abgesehen von der Unverzichtbarkeit des Beteiligungsanspruchs nach Europäischem Recht (Art 4 Vermiet- und Verleih-RL), haben fortschrittliche Urheberrechtsordnungen, wie etwa die deutsche oder die italienische, die Unverzichtbarkeit gerade für die Kabelweiterleitung ausdrücklich festgeschrieben (§ 20b dUrhG, Art 43<sup>bis</sup> italUrhG). Dies im Hinblick auf die ungleich

<sup>10</sup> Siehe dazu *Walter*, Urheberrechtsgesetz – UrhG 2003 (2003) 204.

schwächere Verhandlungsposition des Urhebers mit guten Gründen. Es muss dies freilich für die gesetzlichen Vergütungsansprüche und damit auch für § 38 Abs 1 UrhG idF 1996 gleichermaßen gelten, wo die Abdingbarkeit gleichfalls ausdrücklich festgeschrieben ist, anstelle die Unverzichtbarkeit der Anteile von Filmurhebern vorzusehen.

## V. ZUR BESEITIGUNG DER „UNTERMETERSTELLUNG“

### 1.

Nach dem Entwurf kann sowohl der Beteiligungsanspruch für „ganz neue Filme“ als auch jener für „mittelalte Filme“ direkt gegen den Nutzer geltend gemacht werden (§ 38 Abs 1a und Art III des Entwurfs), was bei analoger Anwendung des Art VI Abs 3 UrhGNov 1996 auch für Neufilme im Sinn der UrhGNov 1996 gelten muss. Damit kommt der Entwurf einem mehrfach geäußerten Anliegen der Filmschaffenden entgegen. Dies jedenfalls dann, wenn man die Bestimmung unbefangen in einem selbständigem Anspruch in der Höhe des halben Produzentenanteils versteht, was die Erläuternden Bemerkungen aber offensichtlich nicht beabsichtigen.

### 2.

Nach den Ausführungen in den Erläuterungen soll offensichtlich weiterhin bloß ein unselbständiger Beteiligungsanspruch nach dem Modell des § 16a Abs 5 UrhG gewährt werden, was freilich unbefriedigend ist und nicht überzeugt, zumal die „Untermeterstellung“ damit fortgeschrieben wird. Die gewählte Lösung bleibt insoweit ohne Not zu sehr der *cessio legis* verhaftet, da es sich weiterhin bloß um einen Anspruch gegen den Filmproduzenten handelt, der allerdings auch unmittelbar gegen den Nutzer geltend gemacht werden kann. Dies führt aber zwangsläufig zu vielfachen Unzulänglichkeiten, wie dies der Entw selbst andeutet (Zu Z 2 Punkt 6).

### 3.

Wenngleich das Grundanliegen des Entwurfs zu begrüßen ist, wird deshalb dringend angeregt, die Ansprüche der Filmschaffenden nicht im Weg eines bloßen Beteiligungsanspruchs, sondern als selbstständige Ansprüche vorzusehen. Selbst die Beibehaltung der - richtlinienwidrigen - *cessio legis* Regelung zwingt nicht zu der vom Entwurf vorgesehenen Lösung. Auch die gesetzlichen Vergütungsansprüche müssten nach diesem Konzept an sich dem Filmproduzenten zustehen, doch sieht § 38 Abs 1 UrhG idF 1996 gleichwohl selbstständige Hälfteansprüche vor. Einer Übernahme dieses Ansatzes auch für die Aufteilung der Erlöse aus der integralen Kabelweiterleitung stehen weder dogmatische noch rechtspraktische Überlegungen entgegen, greift man nicht die hier angeregte einfache und klare Lösung eines selbständigen Vergütungsanspruchs auf<sup>11</sup>.

## VI. ZUR RECHTSSTELLUNG VON AUSÜBENDEN KÜNSTLERN (FILMDARSTELLERN)

### 1.

Kritisch anzumerken ist weiters, dass der Entwurf die Stellung von Filmdarstellern weder im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vergütungsansprüchen noch in Bezug auf die integrale Kabelweiterleitung behandelt. Bekanntlich ist die einzige Bestimmung, die sich mit der Rechtsstellung von Filmdarstellern als ausübende Künstler befasst (§ 69 Abs 1 UrhG) unklar und auch dann, wenn man sie entgegen ihrem Wortlaut im Sinn einer *cessio legis* Regelung im traditionellen Sinn auslegt, jedenfalls richtlinienwidrig.

---

<sup>11</sup> Siehe dazu unten bei Punkt IX.

Denn gerade für ausübende Künstler kann es nicht zweifelhaft sein, dass sich die zulässigen Vermutungsregeln nach Art 2 Abs 5 Vermiet- und Verleih-RL<sup>12</sup> nicht nur auf das Vermiet- und Verleihrecht, sondern auf alle ausübenden Künstlern in Kapitel II der Richtlinie zuerkannten Rechte (in ihrer jeweiligen nationalen Ausgestaltung) bezieht. Es folgt dies aus ErwG 19 zur Vermiet- und Verleih-RL eindeutig, wonach eine Vermutungsregelung in Filmverträgen nur unter den Voraussetzungen des Art 2 Abs 5 in Verbindung mit dem unverzichtbaren Anspruch auf angemessene Vergütung nach Art 4 zulässig ist<sup>13</sup>. Selbst wenn man die Bestimmung des § 69 Abs 1 UrhG also im Sinn der *cessio legis* auslegt, widerspricht dies den Grundvoraussetzungen einer zulässigen Übertragungsvermutung nach Art 2 Abs 5 Vermiet- und Verleih-RL, da die Vermutung nicht klar als widerleglich ausgestaltet ist<sup>14</sup>, und jedenfalls kein Anspruch auf angemessene Vergütung besteht<sup>15</sup>.

## 2.

In richtlinienkonformer Auslegung wird zwar davon auszugehen sein, dass sich § 69 Abs 1 UrhG auf die gesetzlichen Vergütungsansprüche nicht bezieht, was auch aus § 69 Abs 2 UrhG folgt, wonach insbes die Bestimmungen über die Leerkassettenvergütung ohne Differenzierung entsprechend anwendbar sind. Der Entwurf verabsäumt es aber, die Rechtsstellung von Filmdarstellern klarzustellen. Eine solche Klarstellung müsste im Sinn des Vorbilds des § 38 Abs 1 UrhG idF 1996 einen (selbstständigen) Anspruch auch der Filmdarsteller auf die gesetzlichen Vergütungsansprüche vorsehen und ergänzend auch klarstellen, dass der Anteil der Filmdarsteller nicht bloß zu Lasten des Hälftenspruchs der Filmurheber geht, sondern – wohl gleichzeitig – zwischen Produzenten, Filmurhebern und Filmdarstellern aufzuteilen ist.

## 3.

In Bezug auf die Erlöse aus der Kabelweiterleitung halten die Erläuternden Bemerkungen (Zu Z 2 Punkt 11) fest, dass der Beteiligungsanspruch am "Kabelentgelt" nur den Filmurhebern, nicht aber den Filmdarstellern zusteht. Dabei handelt es sich insoweit um eine Selbstverständlichkeit, als eine Auslegung im Sinn der *cessio legis* für das Senderecht und Weitersenderecht kaum in Frage kommen dürfte, die dieses ohne einen entsprechenden Anhaltspunkt in § 70 und nicht in § 69 UrhG geregelt ist.

Für das Recht der integralen Kabelweiterleitung, das nach § 59a Abs 1 UrhG verwertungsgesellschaftenpflichtig ist, besteht auch keine Notwendigkeit, eine der *cessio legis* ähnliche Regelung für die Rechte der Filmdarsteller vorzusehen. Eine Notwendigkeit, die freilich in Wahrheit auch für Filmurheber nicht besteht. Will man aber auch in diesem Bereich von einer (analogen) Anwendung der *cessio legis* ausgehen, ist nicht verständlich, weshalb dem Filmdarsteller nicht gleichfalls ein Beteiligungsanspruch zustehen sollte.

## VII. ZUR STRUKTUR DES BETEILIGUNGSANSPRUCHS (§ 38 ABS 1A URHG UND ART VI ABS 3 URHGNV 1996 IDF DES MINISTERIALENTWURFS)

### 1.

Wie bereits angedeutet, ist der im Entwurf vorgesehene – direkt gegen den Kabelbetreiber durchsetzbare – Beteiligungsanspruch unglücklich konzipiert. Wenn die Erläuternden Bemerkungen (Zu Z 2 Punkt 6) dazu ausführen, es handle sich um eine gesetzliche Zession eines Teils des Entgeltanspruchs des Rechtsinhabers gegen den Kabelrundfunkunternehmer, so steht dies zunächst mit dem Wortlaut des § 38 Abs 1a UrhG idF des Entwurfs in Widerspruch, wo ausdrücklich davon die Rede ist, dass der Urheber den

<sup>12</sup> Art 2 Abs 7 wird in ErwG 19 nicht genannt, es gilt hierfür aber dasselbe.

<sup>13</sup> Vgl v *Lewinski* in *Walter*, Europäisches Urheberrecht – Kommentar (2001) Art 10 Rz 11ff Vermiet- und Verleih-RL.

<sup>14</sup> Bzw nach Abs 7 eine entsprechende schriftliche Vereinbarung vorsieht.

<sup>15</sup> Vgl *Walter* in *Walter*, Europäisches Urheberrecht – Kommentar (2001) Art 2 Rz 63 und Art 10 Rz 18 Vermiet- und Verleih-RL.

Beteiligungsanspruch gegenüber dem Kabelbetreiber geltend machen kann. Handelt es sich aber um eine bloße "Kann-Bestimmung", liegt keine gesetzliche Zession, sondern ein "gespaltenes Schuldverhältnis" vor und kann der Filmurheber seine Beteiligungsansprüche auch weiterhin gegenüber dem Filmhersteller geltend machen.

## 2.

Ginge man aber von einem solchen "gespaltenen Schuldverhältnis" aus, weist der Entwurf selbst darauf hin, dass dies auch zu (verfahrensrechtlichen) Schwierigkeiten führen kann. Vor allem aber weist der Entwurf weiters darauf hin, der Filmurheber hätte keinen eigenen Anspruch und könne daher auch auf die Höhe des Entgelts keinen Einfluss nehmen. Dies erscheint jedenfalls sachlich nicht gerechtfertigt und liefert den Filmurheber weiterhin vollständig dem Filmproduzenten und dessen allfälliger Untätigkeit aus. Von einer Beseitigung oder auch nur einigermaßen ins Gewicht fallenden Verminderung der "Untermieterstellung" kann in der Regelung, wie sie der MinEntw vorsieht, keine Rede sein.

## 3.

Der Entwurf ist auch insoweit abzulehnen, als nur von einem Beteiligungsanspruch an dem Entgelt die Rede ist, welches der Filmproduzent für die Gestattung der integralen Weitersendung erhält. Weder wird darauf hingewiesen, dass dieses Entgelt angemessen sein muss, noch enthält die Bestimmung eine Bezugnahme auf die Angemessenheit im Zusammenhang mit der Umschreibung des Beteiligungsanspruchs selbst.

## 4.

Wie bereits mehrfach erwähnt, erscheint die gewählte Struktur eines Beteiligungsanspruchs deshalb wenig überzeugend und gibt dem Filmurheber "Steine statt Brot". Das Festhalten an dem Grundansatz der *cessio legis* ist jedenfalls im Zusammenhang mit einer Beteiligung der Filmurheber an den "Kabelentgelten" ebenso unsachlich wie unnötig. Wie bereits erwähnt, sind die Rechte in Bezug auf die integrale Kabelweiterleitung verwertungsgesellschaftenpflichtig, weshalb auch hier – wie im Bereich der gesetzlichen Vergütungsansprüche – einer gemeinsamen Wahrnehmung durch Filmproduzenten und Filmurheber keine sachlichen Bedenken entgegenstehen, zumal Verwertungsgesellschaften einem Kontrahierungszwang unterliegen und die Streitschlichtung im VerwGesG 2005 ebenso (verfassungskonform) geregelt ist wie ein "bedingter Bewilligungszwang".

Alternativ könnte – wie bereits angedeutet - vorgesehen werden, auch die Rechte der integralen Kabelweiterleitung der *cessio legis* oder – besser – einer widerleglichen Vermutungsregelung zu unterstellen, dem Filmurheber (und Filmdarsteller) aber einen – selbstständig durchsetzbaren – unverzichtbaren Anspruch auf angemessene Vergütung zu gewähren.

## VIII. ZUR GESETZLICHEN TREUHAND IN BEZUG AUF FILMURHEBER

### 1.

Zu Z 2 Punkt 7 führen die Erläuternden Bemerkungen weiters aus, die vorgesehene Verwertungsgesellschaftenpflicht führe nicht zu einer gesetzlichen Treuhand, weshalb die Verwertungsgesellschaft (der Filmurheber) den Beteiligungsanspruch nur für diejenigen Urheber geltend machen kann, mit denen sie einen Wahrnehmungsvertrag geschlossen hat. Schon in unserer Stellungnahme zum Folgerecht wurde im Zusammenhang mit dem vorgeschlagenen § 16b UrhG darauf hingewiesen, dass das Fehlen einer gesetzlichen Treuhand gerade in diesem Zusammenhang wenig sinnvoll erscheint.

Im gegenständlichen Zusammenhang stellt dies aber eine weitere Benachteiligung der Filmurheber dar, da sich zwar die einhebende Verwertungsgesellschaft der Filmhersteller (in Österreich die V.A.M.) auf die gesetzliche Treuhand nach § 59a Abs 2 UrhG berufen kann und daher auch für Außenseiter kassiert, bei der Geltendmachung des Beteiligungsanspruchs des Filmurhebers dieser aber für jeden einzelnen Film, der

in irgendeinem der zahlreichen in Österreich weitergeleiteten Fernsehprogramme vorkommt, in Bezug auf jeden einzelnen Urheber (und ausübenden Künstler) behaupten und beweisen müsste, dass dessen Werke (oder Darbietungen) zum Repertoire der zuständigen Verwertungsgesellschaft gehört. Dies läuft darauf hinaus, dass die Produzentengesellschaft für 100% aller Filme kassiert, und zwar einschließlich des den Filmurhebern zugeordneten Hälfteanteile, diesen aber nur bedingt "herausgeben" muss. Diese Regelung erscheint jedenfalls unsachlich und ist deshalb verfassungswidrig.

## 2.

Freilich macht auch dieser Aspekt klar, dass die vorgesehene Regelung eines bloßen Beteiligungsanspruchs nicht zu befürworten ist. Filmurhebern müsste deshalb ein selbstständiger Anspruch gewährt werden, welcher der allgemeinen Regelung des § 59a Abs 1 und 2 UrhG unterliegt. Sollte von der erwähnten Alternative eines gesetzlichen Vergütungsanspruchs Gebrauch gemacht werden, wäre § 59a Abs 2 UrhG für entsprechend anwendbar zu erklären.

## IX. FORMULIERUNGSVORSCHLÄGE (ALTERNATIVEN)

Wie sich in den verschiedensten Zusammenhängen zeigt, ist die Beibehaltung der *cessio legis* Regelung im österreichischen Filmurheberrecht mehrfach Ausgangspunkt für Unzulänglichkeiten unterschiedlichster Art und eine Reihe von Fehlentwicklungen. Das System der *cessio legis* ist auch unter dem Gesichtswinkel des Europäischen Urheberrechts bedenklich. Eine weitergreifende Reform des Filmurheberrechts als sie der MinEnt vorsieht, erscheint deshalb nach wie vor geboten.

Bleibt man aber beim Minimalansatz des Entwurfs und lässt man auch die – gleichfalls vordringlich erscheinende – Einbeziehung der ausübenden Künstler (Filmurheber) beiseite, sollte zumindest die – auch verfassungsrechtlich bedenkliche - Altersschichtung aufgegeben und dem Filmurheber ein eigenständiger Anspruch gewährt werden, und zwar entweder in der Form einer gemeinsamen Geltendmachung mit dem Filmhersteller oder in der Form eines (unverzichtbaren) Anspruchs auf eine angemessene Vergütung.

Unter Berücksichtigung dieser – inhaltlich beschränkten – Anliegen ließe sich das Vorhaben des Entwurfs etwa in folgenden Varianten unter Vermeidung der vorstehend aufgezeigten Unzulänglichkeiten verwirklichen. Nur der Vollständigkeit halber wird auch ein Formulierungsvorschlag für den Fall der Aufgabe der *cessio legis* vorangestellt<sup>16</sup>.

## FORMULIERUNGSVORSCHLÄGE<sup>17</sup>

### 1. Vermutungsregelung oder *cessio legis*

#### 1.1. Vermutungsregelung

**§ 38 (1) Wer sich vertraglich verpflichtet, an der Herstellung eines Filmwerks mitzuwirken, räumt dem Filmhersteller für den Fall, dass er hieran ein Urheberrecht erwirbt, mit den in § 39 Abs 4 enthaltenen Beschränkungen ein unbeschränktes Werknutzungsrecht hieran ein, wenn er mit dem Filmhersteller nichts anderes vereinbart hat.** Durch diese Vorschrift werden Urheberrechte, die an den bei der Schaffung des Filmwerks benutzten Werken bestehen, nicht berührt<sup>18</sup>. (*letzter Satz unverändert*)

#### 1.2. *cessio legis*

<sup>16</sup> Zu weitergehenden Reformanliegen in Bezug auf Filmurheber siehe etwa *Walter*, Urheberrechtsgesetz – UrhG 2003 (2003) 203f.

<sup>17</sup> Änderungen sind durch Fettdruck hervorgehoben.

<sup>18</sup> Zweiter Satz unverändert.

§ 38. (1) Die Verwertungsrechte an gewerbsmäßig hergestellten Filmwerken stehen mit der im § 39 Abs 4 enthaltenen Beschränkung dem Inhaber des Unternehmens (Filmhersteller) zu. Durch diese Vorschrift werden Urheberrechte, die an den bei der Schaffung des Filmwerks benutzten Werken bestehen, nicht berührt. (*unverändert*)

## **2. Integrale Weiterleitungsrechte**

### **2.1. Vergütungsanspruch**

**(1a) Für das Recht der Weiterleitung von Rundfunksendungen im Sinn des § 59a Abs 1<sup>19</sup> gilt Abs 1 mit der Maßgabe, dass der Nutzer dem Urheber gleichwohl eine angemessene Vergütung in derselben Höhe wie dem Filmhersteller zu bezahlen hat, die nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden kann; § 59a Abs 2 gilt entsprechend.** Die gesetzlichen Vergütungsansprüche des Filmurhebers stehen dem Filmhersteller und dem Filmurheber je zur Hälfte zu<sup>20</sup>. (*letzter Satz unverändert*)

### **2.1. Gemeinsamer Anspruch**

**(1a) Das Recht der Weiterleitung von Rundfunksendungen im Sinn des § 59a Abs 1 steht dem Filmhersteller und dem Filmurheber gemeinsam zu; § 11 gilt entsprechend. Die Aufteilung der Erlöse erfolgt zwischen dem Filmhersteller und dem Filmurheber zu gleichen Teilen.** Die gesetzlichen Vergütungsansprüche des Filmurhebers stehen dem Filmhersteller und dem Filmurheber je zur Hälfte zu<sup>21</sup>. (*letzter Satz unverändert*)

## **3. Altersschichtung**

### **3.1. Aufhebung der Altersschichtung mit Inkrafttreten der UrhGNov 2005**

Artikel III Änderung der UrhGNov 1996

Die Urheberrechtsgesetz-Novelle 1996, BGBl. Nr. 151/1996, wird geändert wie folgt:

Artikel VI wird aufgehoben.

### **3.2. Beibehaltung der Altersschichtung**

Artikel III Änderung der UrhGNov 1996

Die Urheberrechtsgesetz-Novelle 1996, BGBl. Nr. 151/1996, wird geändert wie folgt:

*Art VI Abs 3 hat zu lauten wie folgt:*

**(3) Abs 2 gilt für die Weiterleitung von Rundfunksendungen im Sinn des § 59a Abs 1 sinngemäß; § 38 Abs 1a ist entsprechend anzuwenden.**

Mit freundlichen Grüßen

(HonProf. Dr. Michel WALTER–  
Präsident Landesgruppe Österreich)

<sup>19</sup> Eine Ausdehnung dieser Regelung auf das Recht der öffentliche Wiedergabe im Sinn des § 59 UrhG erscheint überlegenswert.

<sup>20</sup> Zweiter Satz unverändert aber ohne Hinweis auf abweichende Vereinbarungen.

<sup>21</sup> Zweiter Satz unverändert aber ohne Hinweis auf abweichende Vereinbarungen.

**ALAI – LANDESGRUPPE ÖSTERREICH**

Association Littéraire et Artistique Internationale – Internationale Vereinigung für Literatur und Kunst

A-1080 Wien, Laudongasse 25/6 – Tel ++43/1/402 45 000 – Fax: ++43/1/408 27 44 22 – E-Mail: copyright@walterlaw.at

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Wien, am 16. November 2005  
StellEnforcemEndg2005.11 Mi

Betrifft: UrhGNov 2005  
Umsetzung Rechtsdurchsetzungs-RL

Sehr geehrter Herr Sektionschef Dr. Hopf,  
sehr geehrter Herr Leitender Erster Staatsanwalt Dr. Auer!

Namens der österreichischen **Landesgruppe der ALAI** danke ich für die Zusendung des Entwurfs einer UrhGNov 2005 samt Erläuterungen<sup>22</sup>. Die österr Landesgruppe nimmt hiermit ergänzend zu den bereits überreichten Stellungnahmen zum Folgerecht und zum Filmurheberrecht nunmehr in aller Kürze auch zu den Vorschlägen in Bezug auf die Umsetzung der **Rechtsdurchsetzungs-RL**<sup>23</sup> Stellung wie folgt.

### I. VORBEMERKUNG

Der Ministerialentwurf einer UrhGNov 2005 nimmt sich für den Teilbereich des Urheberrechts auch bereits der Umsetzung der Rechtsdurchsetzungs-RL an, die allerdings erst bis zum 29. April 2006 umzusetzen wäre. Gegen eine vorzeitige Umsetzung ist zwar grundsätzlich nichts einzuwenden, würde darunter nicht aus zeitlichen Gründen eine grundlegende Diskussion der zahlreichen umzusetzenden Bestimmungen der Richtlinie im Hinblick auf den gedrängten „Fahrplan“ der parlamentarischen Behandlung im Zusammenhang mit der späten Versendung des MinEntw notgedrungen leiden. Auch wenn eine zügige Umsetzung im Interesse des Schutzes des Geistigen Eigentums ist, könnten durch den gegebenen Zeitdruck wichtige Fragen unerörtert oder überhaupt auf der Strecke bleiben. Mit diesem Vorbehalt ist die geplante (vorzeitige) Umsetzung zu begrüßen.

### II. ZUR BEWEISMITTELVORLAGE NACH ART 6 DER RD-RL

#### 1.

Der MinEntw geht davon aus, dass die Regelung des Art 6 RD-RL, wonach die gegnerische Partei in ihrer Verfügung befindliche Beweismittel vorzulegen hat, vollinhaltlich der Regelung entspricht, wie sie in den §§ 303 bis 307 ZPO betreffend die Vorlage von Urkunden oder Augenscheinsgegenständen (durch den Prozessgegner) vorgesehen ist. Wenn ein entsprechender Vorlageauftrag des Gerichts danach zwar nicht erzwingbar ist, die Unterlassung der aufgetragenen Vorlage aber der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt, so sieht der MinEntw hierin kein Umsetzungsdefizit, weil

<sup>22</sup> Im Folgenden kurz „MinEntw“.

<sup>23</sup> Im Folgenden kurz „RD-RL“.

die Durchsetzbarkeit von der RD-RL nicht zwingend vorgeschrieben sei, und die Regelung des geltenden Rechts auch dem Ansatz in Art 43 Abs 2 TRIPs-Abkommen entspricht. Der MinEntw sieht deshalb keinerlei Umsetzungsbedarf.

## 2.

**2.1.** Hierzu ist zunächst kritisch anzumerken, dass die fehlende Durchsetzbarkeit dem Anliegen der Richtlinienbestimmung nicht entspricht, zumal in Art 6 Abs 1 RD-RL ausdrücklich von einer „Anordnung“ die Rede ist, und die Richtlinie der Durchsetzung von Rechten am geistigen Eigentum dienen soll. Art 6 Abs 1 RD-RL geht offensichtlich über eine bloß indirekte Sanktion durch Berücksichtigung bei der Beweismittelwürdigung hinaus. Hinzu kommt die Überlegung, dass die Vorlage von Beweismitteln vor allem auch der Information des in seinen Rechten Verletzten (insbes über den Umfang der Rechtsverletzung) dienen soll, wobei dem Verletzten mit einer Berücksichtigung bei der Beweismittelwürdigung wenig gedient ist, wenn wesentliche Informationen – auch zur Bemessung des Schadens nach § 273 ZPO – fehlen.

Im Übrigen erscheint es zumindest fraglich, ob Art 43 Abs 2 TRIPs-Abkommen tatsächlich (auch) auf die Beweismittelvorlage des Abs 1 abstellt, zumal der zweite Absatz dieser Bestimmung weiter ausholt und ganz allgemein den Zugang zu notwendigen Informationen sichern und die Behinderung eines Verfahrens zur Durchsetzung eines Rechts an geistigem Eigentum verhindern will, allerdings insgesamt bloß fakultativ ist<sup>24</sup>.

**2.2.** Die Durchsetzbarkeit einer gerichtlichen Vorlageaufforderung an den Prozessgegner im Weg der Abnahme durch den Vollstrecker (§ 346 EO) oder die Verhängung von Beugestrafen (§ 354 EO) erscheint deshalb entgegen der Ansicht des MinEntw geboten, wie dies bei Vorlageaufträgen an Dritte auch nach geltendem Recht der Fall ist (§ 308 Abs 2 Seite 3 ZPO).

## 3.

**3.1.** Art 6 Abs 1 RD-RL gestattet zwar eine Rücksichtnahme auf den Schutz vertraulicher Informationen, präzisiert dies aber nicht näher. Dagegen sieht § 304 ZPO eine unbedingte Vorlageverpflichtung nur dann vor, wenn der Prozessgegner auf ein Beweismittel selbst Bezug genommen hat, nach bürgerlichem Recht zur Herausgabe verpflichtet ist oder es sich um eine gemeinschaftliche Urkunde handelt. In allen anderen Fällen besteht eine Vorlagepflicht nach § 305 ZPO dann nicht, wenn es sich um Tatsachen des Familienlebens handelt, die Verletzung einer Ehrenpflicht, die Schande oder Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung (des Gegners oder eines Dritten) mit der Vorlage verbunden wäre, eine anerkannte Verschwiegenheitspflicht betroffen ist, Kunst- oder Geschäftsgeheimnisse oder andere gleichwichtige Gründe dagegen sprechen.

**3.2.** Diese Ausnahmen von einer Vorlagepflicht sind so weit gefasst, dass die Verpflichtung zur Vorlage von Urkunden und Augenscheinsgegenständen nach geltendem Recht weitgehend ausgehöhlt ist, und nicht davon ausgegangen werden kann, dass kein Umsetzungsbedarf besteht. Hinzu kommen die offenen Fragen, inwieweit der Datenschutz und das Telekommunikationsgeheimnis im gegenständlichen Zusammenhang greifen.

**3.3.** Eine sinnvolle Umsetzung des Art 6 RD-RL sollte insoweit deshalb eine Einschränkung und klare Festlegung berechtigter Verweigerungsgründe vornehmen. Gegebenenfalls könnte im Fall berücksichtigungswürdiger Gründe die Vorlage an das Gericht oder einen „Vorlagesequester“ vorgesehen werden, der die Beweismittel nur „gefiltert“ an den Prozessgegner weitergibt. Hierauf wird auch in anderem Zusammenhang zurückzukommen sein<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Von dieser weitergehenden Ermächtigung des nationalen Gesetzgebers Gebrauch machen weder Art 6 Abs 1 RD-RL noch der MinEntw Gebrauch.

<sup>25</sup> Siehe dazu die verwandte Regelung des § 298 Abs 2 ZPO.

#### 4.

**4.1.** Nach Art 6 Abs 2 RD-RL haben die Mitgliedstaaten im Fall einer Rechtsverletzung von gewerblichem Ausmaß<sup>26</sup> den Gerichten die Möglichkeit einzuräumen, in geeigneten Fällen auf Antrag einer Partei die Übermittlung von in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen anzuordnen, wobei auch hier der Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten ist.

**4.2.** Von einer Umsetzung dieser Bestimmung sieht der MinEntw gleichfalls ab, worin ein weiteres Umsetzungsdefizit zu erblicken ist. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass es sich hier um die Vorlage zur Einsichtnahme durch die gegnerische Partei in einem laufenden Verfahren handelt und nicht um eine Übermittlung dieser Unterlagen (an das Gericht) im Zug eines Verfügungsverfahrens zur Sicherung finanzieller Ansprüche zu dem Zweck einer Sperrung von Bankkonten oder der Beschlagnahme sonstiger Vermögenswerte. Die in § 87c Abs 5 UrhG vorgesehene Bestimmung bezieht sich deshalb nicht auf die gegenständliche Richtlinienvorschrift.

### III. ZUR BEWEISSICHERUNG NACH ART 7 RECHTSDURCHSETZUNG-RL

#### 1.

**1.1.** Nach Art 7 haben die Mitgliedstaaten unter der Voraussetzung der Anspruchsbescheinigung schnelle und wirksame Beweissicherungsmaßnahmen vorzusehen, wenn eine Rechtsverletzung „behauptet“ wird. Auch solche Maßnahmen stehen unter dem Vorbehalt des Schutzes „vertraulicher Informationen“. Sie können in einer Beschreibung (auch mit Einbehaltung von Mustern) und einer dinglichen Beschlagnahme von Eingriffsgegenständen, Eingriffsmitteln und sonstigen Beweisgegenständen (Unterlagen) bestehen. Solche Maßnahmen können auch ohne Anhörung des Gegners angeordnet werden, insbes dann wenn die Gefahr der Beweismittelvernichtung besteht oder Gefahr im Verzug ist; in diesem Fall ist ein Prüfungsverfahren vorgesehen.

**1.2.** Die wesentliche Funktion dieser Maßnahmen liegt darin, schon vor Einleitung eines Rechtsstreits die erforderlichen Beweismittel zu beschaffen, wobei diese nicht bestimmt bezeichnet werden müssen. Es handelt sich deshalb offensichtlich um einen Erkundungsbeweis. Anders als im Fall der Beweissicherung nach den §§ 384ff ZPO ist zwar der Anspruch zu bescheinigen, nicht aber die Gefahr einer Beweismittelvernichtung oder -erschwerung. Anders als im Beweissicherungsverfahren ist dagegen eine Anspruchsbescheinigung erforderlich.

#### 2.

**2.1.** Auf der Hand liegen würde deshalb an sich eine Umsetzung im Rahmen der geltenden Beweissicherungsvorschriften (§§ 384ff ZPO) oder im Rahmen einer urheberrechtsspezifischen Sondervorschrift. Der MinEntw wählt dagegen den Weg einer Umsetzung im Rahmen der neu eingeführten Sondervorschrift betreffend Einstweilige Verfügungen (§ 87c UrhG), wobei hiermit auch eine Regelung der sich aus Art 9 RD-RL ergebenden ergänzenden vorläufigen Maßnahmen verbunden wird.

**2.2.** Wenngleich auch die allgemeinen Beweissicherungsvorschriften ergänzungsbedürftig erscheinen (insbes durch ausdrückliche Ausdehnung auf den Urkundenbeweis, Augenscheinsgegenstände und die Parteienvernehmung), lassen sich für die Position des MinEntw gute Gründe ins Treffen führen. Einmal wurde die Sicherung von Beweismitteln durch Einstweilige Verfügung schon durch die Rechtsprechung vorbereitet, nämlich mit Entscheidung des OLG Wien vom 15. Jänner 1999 –

<sup>26</sup> Zu diesem Begriff siehe unten bei Punkt IV.2.

„Microsoft“<sup>27</sup>, zum anderen stimmen die Erfordernisse des Art 7 RD-RL in Bezug auf die erforderliche Anspruchsbescheinigung und – im gegebenen Zusammenhang – mit dem Verzicht auf eine Gefährdungsbescheinigung<sup>28</sup> mit dem System der Einstweiligen Verfügungen besser überein.

Auch die übrigen Erfordernisse nach Art 7 RD-RL wie die Möglichkeit, Maßnahmen zunächst ohne Anhörung des Gegners anzuordnen, das sich in diesem Fall Prüfungsverfahren (Widerspruchsverfahren) und die übrigen Regelungen des Art 7 RD-RL wie Kautions (Abs 2), Rechtfertigungsverfahren (Abs 3) und Rechtsfolgen der Aufhebung (Abs 4) sind in Bezug auf Einstweilige Verfügungen im Wesentlichen bereits erfüllt. Der vom Entw eingeschlagene Weg ist deshalb zu befürworten.

### 3.

**3.1.** Auch den Einzelheiten der vorgeschlagenen Regelungen des MinEntw (§ 87c Abs 1, 3 und 4) ist im Wesentlichen zuzustimmen. So wird zunächst klargestellt (Abs 1), dass Einstweilige Verfügungen auch zur Sicherung von Beweismitteln und im Übrigen auch zur Sicherung von Beseitigungsansprüchen erlassen werden können<sup>29</sup>. Die Anführung auch des Beseitigungsanspruchs als sicherungsfähig erfolgt zu Recht auch im Hinblick darauf, dass Sicherungsmaßnahmen nach dem Konzept des Verfügungsverfahrens durch entsprechende Hauptansprüche gedeckt sein müssen.

**3.2.** Nicht angeführt sind im MinEntw die einzelnen Sicherungsmittel wie Beschlagnahme, Beschreibung, Verwahrung etc. Im Hinblick auf den offenen Katalog des § 382 EO erscheint dies aber nicht nachteilig zu sein.

### 4.

**4.1.** Kritisch anzumerken ist, dass die Fälle, in welchen Sicherungsmaßnahmen ohne Anhörung des Gegners angeordnet werden können, in § 87c Abs 4 MinEntw abschließend aufgezählt werden, während dies in Art 7 Abs 1 letzter Satz RD-RL bewusst nur beispielhaft erfolgt. Auch das Abstellen auf eine „Beweismittelvernichtung“ könnte zu eng sein, da Beweismittel nicht notwendig vernichtet werden müssen, sondern auch verbraucht oder sonst unterdrückt werden können. Auch sollte klar ersichtlich sein, dass die Erlassung Einstweiliger Verfügungen ohne Anhörung des Gegners auf Grund der allgemeinen Vorschriften durch diese Sonderregelung nicht ausgeschlossen ist. Es wird deshalb angeregt, die beiden angeführten Fälle in § 87c Abs 4 UrhG nur beispielhaft zu erwähnen, sodass Abs 4 etwa wie folgt lauten könnte:

**4.2.** Zu Recht hält – wie bereits erwähnt - § 87c Abs 3 UrhG fest, dass in Bezug auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche Einstweilige Verfügungen auch ohne Gefahrenbescheinigung (im Sinn des § 381 EO) erlassen werden können. Es entspricht dies hinsichtlich der Unterlassungsansprüche dem geltenden § 81 Abs 2 UrhG, ist aber für Beseitigungsansprüche neu und zu begrüßen. Es muss dies freilich auch für die Sicherung von Beweismitteln gelten, was in Abs 4 aber nicht ausreichend deutlich zum Ausdruck gebracht wird. Da die Sicherung von Beweismitteln in Abs 1 zu Recht selbständig neben Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen (sowie finanziellen Ansprüchen) angeführt wird, sollte dies zur Vermeidung eines unzulässigen *e contrario* Schlusses ausdrücklich festgehalten werden.

### 5.

**5.1.** Nach dem Konzept des Art 7 RD-RL dient die Beweissicherung insbes auch Erkundungsbeweisen zur Vorbereitung eines Rechtstreits. Ein (potentieller) Verfahrensgegner steht deshalb zum Zeitpunkt

<sup>27</sup> MR 1999, 167 (Walter) = GRUR Int 1999, 970. Siehe dazu auch Kucska, „Civil inaudita altera parte search – Hausdurchsuchung im Zivilprozess“, FS Dittrich (2000) 801.

<sup>28</sup> Sieht man von der Sicherung finanzieller Ansprüche ab.

<sup>29</sup> Siehe dazu näher unten bei Punkt IV.1.

der Antragstellung noch nicht notwendig fest. Dagegen richten sich Einstweilige Verfügungen gegen einen bekannten Antragsgegner. Der MinEntw lässt dies in § 87c Abs 1 UrhG zwar grundsätzlich offen, geht aber eher vom Vorhandensein eines Anspruchsgegners aus. Insoweit erweist sich die Regelung als unvollständig und müsste ergänzend festgehalten werden, dass sich die Maßnahmen gegen jedermann richten, der über Eingriffsgegenstände, Eingriffsmittel oder sonstige Beweismittel (Unterlagen) verfügt.

Gerade hierdurch ist etwa auch die *Saisie contrefaçon*<sup>30</sup> des französischen Rechts gekennzeichnet, die als Vorbild für die Bestimmung des Art 7 RD-RL diene. Diese zivilrechtlich geregelte urheberrechtliche Beschlagnahme (*saisie réelle*) oder Beschreibung (*saisie descriptive*) richtet sich sowohl gegen den mutmaßlichen Verletzer als auch gegen den besitzenden Dritten, wobei nach französischem Recht weder eine Gefahrenbescheinigung noch eine Anspruchsbescheinigung erforderlich ist, das damit noch über das Regelungskonzept des Art 7 RD-RL hinausgeht. Insoweit diene wieder die *Anton Piller Order*<sup>31</sup> des britischen Rechts als Modell, die ebenso wie das Konzept des Art 7 RD-RL eine Anspruchsbescheinigung und darüber hinaus auch eine gewisse Gefahrenbescheinigung (*extremely strong prima facie evidence*) voraussetzt.

Es wird deshalb angeregt, dies im Gesetzestext ausdrücklich klarzustellen, wobei sich für eine entsprechende Klarstellung § 87c Abs 3 anbietet, dem ein zweiter Satz hinzugefügt werden könnte.

#### IV. ZU DEN EINSTWEILIGEN MAßNAHMEN NACH ART 9 RECHTSDURCHSETZUNGS-RL

##### 1.

**1.1.** In Bezug auf die Sicherung von Ansprüchen (nicht von Beweismitteln) sieht die österreichische Rechtsordnung im Rahmen der EO schon nach geltendem Recht die Möglichkeit der Erlassung Einstweiliger Verfügungen vor, wobei zur Sicherung von Unterlassungsansprüchen nach dem geltenden § 81 Abs 2 UrhG keine Gefahrenbescheinigung erforderlich ist. Eine Sicherung von Beseitigungsansprüchen, wie sie Art 9 RD-RL fordert, kennt die Rechtsprechung dagegen nicht, nach welcher eine Vernichtung als Vorwegnahme des Hauptverfahrens nach geltendem Recht nicht zulässig ist<sup>32</sup>. Wenngleich dies richtig ist, schließt dies wohl auch nach geltendem Recht eine Sicherung von Beseitigungsansprüchen durch Beschlagnahme und gerichtliche Verwahrung oder Sequestrierung durch einen Verwahrer nicht aus, es bedarf aber einer entsprechenden Klarstellung.

Der MinEntw trägt dem durch die gesonderte Anführung auch von Beseitigungsansprüchen in § 87c Abs UrhG Rechnung und hält – den Erfordernissen der Richtlinie folgend – in Abs 3 ausdrücklich fest, dass Einstweilige Verfügung nicht nur in Bezug auf Unterlassungsansprüche wie bisher ohne Gefahrenbescheinigung erlassen werden können, sondern dass sich dies auch auf Beseitigungsansprüche bezieht. Wie bereits erwähnt, sollte dies auch in Bezug auf die Sicherung von Beweismitteln klargestellt werden.

**1.2.** Die Richtlinie stellt in Art 9 Abs 1 lit a 2. Halbs RD-RL klar, dass Einstweilige Verfügungen auch gegen eine Mittelsperson angeordnet werden können, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden. Diese Klarstellung setzt der MinEntw nicht um, was wohl darauf zurückzuführen sein wird, dass die Haftung des Vermittlers schon in den §§ 81 Abs 1a bzw 82 Abs 1 Halbs 2 UrhG geregelt ist und daher über § 87c Abs 1 auch im Zusammenhang mit der Erlassung Einstweiliger Verfügungen zur Anwendung kommt.

<sup>30</sup> Art L 332-1 bis 332-3 CPI.

<sup>31</sup> *Search Order* nach der Entscheidung *Anton Piller KG v Manufacturing process Ltd*.

<sup>32</sup> Vgl OGH 21.09.1955 - "Kurdirektor" ÖBl 1957, 12; OLG Wien 04.12.1978 - "Österreich-Spiegel I" ÖBl 1980, 86 = UFITA 92 (1982) 358 = Schulze Ausl Österr 79.

In diesem Zusammenhang ist allerdings zu bedenken, dass in der genannten Bestimmung eine Abmahnung vorgesehen ist, wenn die Verantwortlichkeit der Vermittler nach den §§ 13 bis 17 ECG ausgeschlossen ist, was im Zusammenhang mit Einstweiligen Verfügungen wenig sinnvoll ist und im Übrigen mit der Richtlinie insoweit in Widerspruch steht, als Einstweilige Verfügungen nach dieser auch ohne vorherige Anhörung (und Abmahnung) des Gegners erlassen werden können müssen.

Davon abgesehen sollte ganz allgemein klargelegt werden, dass sich der Begriff des Vermittlers nicht nur auf Internet-Provider, sondern auf alle Diensteanbieter, sohin auch auf Telekommunikationsunternehmen bezieht. Dies erscheint nach geltendem Recht zwar argumentierbar, dürfte aber zumindest unklar sein.

## 2.

**2.1.** In Bezug auf die Sicherung finanzieller Ansprüche hält der MinEntw zwar – richtlinienkonform – am Erfordernis einer Gefahrenbescheinigung fest, stellt im Sinn des Art 9 Abs 2 RD-RL aber klar, dass es ausreicht, wenn die Erfüllung der finanziellen Forderungen „fraglich“ ist, während die Anforderungen nach § 379 Abs 2 EO strenger sind. Zu Recht wird weiters festgehalten, dass nicht nur Schadenersatzansprüche im engeren Sinn, sondern auch Ansprüche auf angemessenes Entgelt und Gewinnherausgabe dieser Regelung unterliegen. Zu Recht hält der MinEntw dazu fest, dass die Richtlinie den Ausdruck „Schadenersatz“ in einem weiteren Sinn versteht, was sich auch aus Art 13 RD-RL ergibt.

**2.2.** Richtlinienkonform wird die Erlangung Einstweiliger Verfügungen auch zur Sicherung finanzieller Ansprüche auf den „Fall von Rechtsverletzungen in gewerblichem Ausmaß“ beschränkt. Es stellt sich allerdings die Frage, ob eine solche weitere Differenzierung sinnvoll ist, die zur Folge hat, dass bei Rechtsverletzungen in nicht gewerblichem Ausmaß Einstweilige Verfügungen nur nach den allgemeinen Vorschriften des § 379 Abs 2 ZPO angeordnet werden können. Hinzu kommt die Überlegung, dass die wohl erforderliche Glaubhaftmachung eines gewerblichen Ausmaßes gerade im Zusammenhang mit Einstweiligen Verfügungen in der Regel auf Schwierigkeiten stoßen wird, da diese zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu welchem das Ausmaß der erfolgten oder drohenden Rechtsverletzung gewöhnlich noch nicht feststeht. Hinzu kommt, dass die Erläuterungen (zu Art I Z 4 Punkt 3) selbst zu Recht darauf hinweisen, dass die Bedeutung des Ausdrucks „gewerbliches Ausmaß“ (*commercial scale*) unklar ist und auch offen bleiben soll, um die Formulierung für eine Interpretation durch den EuGH zuzulassen, womit allerdings Rechtsunsicherheit entsteht, die vermeidbar erscheint.

## 3.

**3.1.** Nach Art 9 Abs 2 RD-RL können Einstweilige Verfügungen zur Sicherung finanzieller Ansprüche auch durch Sperrung von Bankkonten angeordnet werden, und muss zu diesem Zweck die Möglichkeit eröffnet werden, die Übermittlung von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen oder einen geeigneten Zugang zu den entsprechenden Unterlagen anzuordnen. Der MinEntw setzt diese Bestimmung in § 87c Abs 5 UrhG explizit um, macht aber auch dies vom Vorliegen einer Rechtsverletzung „in gewerblichem Ausmaß“ abhängig, wozu auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen sei.

**3.2.** In Erinnerung gerufen sei in diesem Zusammenhang, dass eine Umsetzung der entsprechenden Bestimmung des Art 6 Abs 2 RD-RL fehlt.

## V. FORMULIERUNGSVORSCHLAG FÜR DEN NEUEN § 87C URHG

Unter Berücksichtigung der in den Punkten III. und IV. vorgeschlagenen Ergänzungen könnte die einschlägigen Bestimmung des § 87c UrhG deshalb etwa wie folgt lauten:

### § 87c Einstweilige Verfügungen

„(1) Mit Beziehung auf Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung, angemessenes Entgelt, Schadenersatz und Herausgabe des Gewinns nach diesem Gesetz können einstweilige Verfügungen sowohl zur Sicherung des Anspruchs selbst als auch zur Sicherung von Beweismitteln erlassen werden.

(2) Mit Beziehung auf Ansprüche auf angemessenes Entgelt, Schadenersatz und Herausgabe des Gewinns können ~~im Fall von Rechtsverletzungen in gewerblichem Ausmaß~~ einstweilige Verfügungen auch erlassen werden, wenn wahrscheinlich ist, dass die Erfüllung dieser Forderungen fraglich ist.

(3) Mit Beziehung auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche **sowie zur Sicherung von Beweismitteln** können einstweilige Verfügungen erlassen werden, auch wenn die im § 381 der Exekutionsordnung bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen. **Solche Einstweilige Verfügungen können gegen den Verletzer, den Vermittler (§ 81 Abs 1a Satz 1) und jede Mittelperson erlassen werden, deren Dienste vom Verletzer in Anspruch genommen werden. [Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Beweismitteln können auch gegen jeden erlassen werden, der Eingriffsgegenstände, Eingriffsmittel oder sonstige Beweismittel (Unterlagen) besitzt.]**

(4) Einstweilige Verfügungen nach Abs 1 sind auf Antrag der gefährdeten Partei **insbesondere dann** ohne Anhörung des Gegners zu erlassen, wenn der gefährdeten Partei durch eine Verzögerung wahrscheinlich ein nicht wieder zu gut machender Schaden entstände oder wenn die Gefahr besteht, dass Beweise vernichtet werden.“

(5) ~~Im Fall von Rechtsverletzungen in gewerblichem Ausmaß~~ Zum Zweck von einstweiligen Verfügungen nach § 379 Abs 3 der Exekutionsordnung kann **auch** die Übermittlung von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen angeordnet werden."

## VI. ZU DEN AUSKUNFTSANSPRÜCHEN NACH ART 8 RECHTSDURCHSETZUNGS-RL

### 1.

Zum Auskunftsanspruch nach Art 8 RD-RL vertreten die Erläuternden Bemerkungen die Ansicht, es handle sich bei dieser Vorschrift um eine verfahrensrechtliche, die durch die in der ZPO verankerten Zeugenpflichten in Verbindung mit den Bestimmungen über die Beweissicherung (§§ 384ff ZPO) vollinhaltlich erfüllt seien. Dies auch im Hinblick auf das in § 321 ZPO enthaltene Beweisverwertungsverbot.

Dieser Ansicht kann jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht beigespflichtet werden. Abgesehen davon, dass Art 8 – wie der MinEntw selbst richtig hervorhebt – auf Art 47 TRIPs-Abkommen zurückzuführen ist, der ohne Zweifel als – wenn auch fakultative – materielle Vorschrift zu verstehen ist, ergibt sich bei richtigem Verständnis auch aus der Wendung „im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums“ nicht das Gegenteil. Diese Formulierung wird einerseits auf die strafrechtliche Vorgeschichte der Richtlinie, zum anderen aber auch darauf zurückzuführen sein, dass der Auskunftsanspruch eben nicht auf ein bereits laufendes Verfahren beschränkt werden soll, sondern auch vor Einleitung eines solchen selbständig gestellt werden kann. Auch ErwG 23 spricht ausdrücklich von „gerichtlichen Anordnungen“, worunter mit Sicherheit nicht die bloße Verpflichtung zur Ablegung einer Zeugenaussage verstanden werden kann. Vor allem aber wäre der Zweck eines Auskunftsanspruchs nicht zu erreichen, wenn ein Verfahren gegen eine bestimmte Person noch nicht eingeleitet wurde bzw noch nicht eingeleitet werden konnte. Das von den Erläuternden Bemerkungen ins Treffen geführte Argument, nach den §§ 384ff ZPO könne im Rahmen eines Beweissicherungsverfahrens auch schon vor Einleitung eines Rechtsstreits eine Zeugenaussage erwirkt werden, greift deshalb nicht, weil eine Beweissicherung nach diesen Vorschriften eine Gefährdung des vorwegzunehmenden Beweismittels voraussetzt, was nach Art 8 RD-RL nicht der Fall ist.

### 2.

Es ist deshalb umso mehr zu begrüßen, dass der Entwurf gleichwohl einen Ausbau des bereits nach geltendem Recht vorgesehenen (verlängerten) materiellrechtlichen Auskunftsanspruchs vorsieht und die geltende Regelung entsprechend ausbaut. Zu Recht geht der MinEntw davon aus, dass es sich bei einem materiellrechtlichen Auskunftsanspruch jedenfalls um das zweckmäßigere Mittel der Rechtsdurchsetzung handelt. In systematischer Hinsicht wäre allerdings zu überlegen, die bestehenden und die neu geregelten Auskunftsansprüche neu zu ordnen und den sich auf „Parallelimporte“ beziehenden besonderen Auskunftsanspruch des § 87b Abs 1 UrhG und die sich auf die Durchsetzung der Leerkassettenvergütung beziehenden Sondervorschriften des § 87a Abs 2 und 3 UrhG ebenso zusammenzufassen wie die „verstreuten“ Bestimmungen in Bezug auf den allgemeinen Auskunftsanspruch (§§ 87a Abs 1 und 87 Abs 2 und 3 UrhG) und mit den neuen, ergänzten Auskunftsansprüchen allgemeiner Art zu verbinden.

Nur am Rande sei vermerkt, dass auch die Vorschriften betreffend die Auskunftspflicht in Bezug auf die Leerkassettenvergütung im Hinblick auf den zunehmenden Handel mit Trägermaterial auf dem Weg des E-Commerce überdacht und gegebenen Falls erweitert werden sollten.

### 3.

Hinsichtlich der Einzelheiten der Regelung folgt der MinEntw bewusst den in der Richtlinie gewählten Formulierungen. Als Verletzer sind sowohl der unmittelbare als auch der mittelbare Täter erfasst, worauf in den Erläuternden Bemerkungen ergänzend noch hingewiesen werden könnte. Zu Recht wird in Bezug auf den Auskunftsanspruch gegen den Verletzer auch nicht gewerbsmäßige Begehung vorausgesetzt.

Nicht umgesetzt wird nach dem MinEntw die Bestimmung des Art 8 Abs 1 lit d) RD-RL, und zwar mit der Begründung (zu Art I Z 4 Punkt 5), dass die Bezeichnung dritter Personen als Beteiligte zwar im Rahmen einer verfahrensrechtlichen Regelung ein geeignetes Kriterium darstellen könne, nicht aber als Voraussetzung eines materiellen Auskunftsanspruchs. Tatsächlich beteiligte Personen seien aber als Verletzer ohnehin vom Grundtatbestand erfasst. Diesen Überlegungen wird zumindest im Ergebnis zuzustimmen sein. Dies vor allem im Hinblick darauf, dass die Bestimmung der lit d) auch dahingehend verstanden werden kann, dass sich der Auskunftsanspruch freilich auch auf diejenigen Beteiligten (als Verletzer) bezieht, die auf Grund der (subsidiären) Auskunftsansprüche gegen die in lit a) bis c) genannten Personen als Beteiligte erst später hervorkommen.

### 4.

Zu Recht hält der MinEntw auch die Bestimmung des § 87b Abs 3 UrhG aufrecht, zumal sich diese – mit UrhGNov 2003 eingeführte – Vorschrift nicht nur an Vermittler richtet, die in gewerbsmäßigen Ausmaß tätig sind, weshalb diese Bestimmung über lit c) hinausgeht. Zu begrüßen ist auch die Klarstellung, dass der Vermittler jedenfalls an der Feststellung der Identität des Verletzers mitzuwirken hat, wenn nicht feststehen sollte, dass sein Vertragspartner selbst Rechtsverletzer ist. Auch im Zusammenhang mit dem Auskunftsanspruch macht aber die in § 81 Abs 1a UrhG vorgesehene Abmahnung keinen Sinn, weshalb bloß § 81 Abs 1a Satz 1 UrhG zu zitieren wäre. Darüber hinaus sollte auch im Zusammenhang mit dem Auskunftsanspruch klargestellt werden, dass auch Telekommunikationsunternehmen durch diese Bestimmung erfasst sind und nicht bloß Internet-Provider.

### 5.

Kritisch ist anzumerken, dass sich der MinEntw nicht mit den für die Praxis besonders wichtigen Fragen einer eventuellen Kollision mit dem Datenschutz oder sonstigen Geheimhaltungsverpflichtungen bzw dem Telekommunikationsgeheimnis auseinandersetzt, und diese Fragen weiterhin offen lässt. Schon bisher ist es gerade im Hinblick auf das Verhältnis der schon

bisher im Gesetz verankerten (zivilrechtlichen) Auskunftspflicht nach § 87b Abs 3 UrhG zu Schwierigkeiten gekommen. Auch in diesem Zusammenhang könnte an eine gerichtliche „Filterung“ oder die Institutionalisierung eines „Auskunftssequesters“ gedacht werden.

Auch der Problematik einer (zeitlich begrenzten) Aufbewahrungspflicht auch von „Verkehrsdaten“ nimmt sich der MinEntw nicht an, was gleichfalls zu Unzulänglichkeiten bei der Durchsetzung von Rechten am geistigen Eigentum führen kann.

## 6. Formulierungsvorschlag

Unter Berücksichtigung der erwähnten systematischen Überlegungen sowie der Ausführungen zur Verdeutlichung des Begriffs des „Vermittlers“ ließen sich die Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche etwa wie folgt systematisieren und formulieren. Die zuletzt angesprochenen Fragen des Verhältnisses zum Datenschutz und zum Telekommunikationsgeheimnis sind in diesem Formulierungsvorschlag noch nicht berücksichtigt.

### Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche

**§ 87a** (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 in einem auf dieses Gesetz gegründeten Ausschließungsrecht verletzt worden ist, kann Auskunft über den Ursprung und die Vertriebswege der rechtsverletzenden Waren und Dienstleistungen verlangen, sofern dies nicht unverhältnismäßig zur Schwere der Verletzung wäre; zur Erteilung der Auskunft sind der Verletzer und die Personen verpflichtet, die

1. rechtsverletzende Waren in gewerblichem Ausmaß in ihrem Besitz gehabt haben,
2. rechtsverletzende Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß in Anspruch genommen haben oder
3. für Rechtsverletzungen genutzte Dienstleistungen in gewerblichen Ausmaß erbracht haben.

(3) Die Pflicht zur Auskunftserteilung nach Abs 2 umfasst, soweit angebracht,

1. die Namen und Anschriften der Hersteller, Vertreiber, Lieferanten und der anderen Vorbesitzer der Waren oder Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren,
2. die Mengen der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren und die Preise, die für die Waren oder Dienstleistungen bezahlt wurden."

(4) Vermittler im Sinn des § 81 Abs 1a **Satz 1 und sonstige Mittelpersonen, deren Dienste vom Verletzer in Anspruch genommen werden**, haben dem Verletzten Auskunft über die Identität des Verletzers (Name und Anschrift) oder, wenn dies nicht möglich ist, die zur Feststellung der Identität des Verletzers erforderlichen Auskünfte zu geben.

**§ 87b** (1) Wer im Inland Werkstücke verbreitet, an denen das Verbreitungsrecht durch Inverkehrbringen in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums erloschen ist (§ 16 Abs 3), hat dem Berechtigten auf Verlangen richtig und vollständig Auskunft über Hersteller, Inhalt, Herkunftsland und Menge der verbreiteten Werkstücke zu geben. Anspruch auf Auskunft hat, wem das Recht, die Werkstücke im Inland zu verbreiten, im Zeitpunkt des Erlöschens zugestanden ist.

(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.

## VI. ZUM BESEITIGUNGS- UND UNTERLASSUNGSANSPRUCH

### 1.

Der MinEntw geht in Bezug auf die sonstigen Verletzungsfolgen davon aus, dass das geltende UrhG den Anforderungen der Rechtsdurchsetzungs-RL im Wesentlichen entspricht. Fraglich könnte dies allerdings für die „Abhilfemaßnahme“ nach Art 10 RD-RL sein, wonach die Mitgliedstaaten auch sicherzustellen haben, dass die Gerichte den Rückruf bzw das endgültige Entfernen aus den Vertriebswegen anordnen können müssen. Die Bestimmung wird wohl nicht dahingehend zu deuten sein, dass den Gerichten nur die Anordnung einer oder der anderen dieser Maßnahmen offen stehen muss. Sie wird vielmehr dahingehend zu lesen sein, dass den Gerichten nach Lage des Falles („gegebenenfalls“) jede dieser Anordnungen treffen können müssen.

Im Übrigen sollte in § 82 Abs 1 Halbs2 UrhG gleichfalls klargestellt werden, dass es auf eine Abmahnung im Zusammenhang mit einer Beseitigung nicht ankommt.

Schließlich geht Art 10 RD-RL wohl davon aus, dass sich der Beseitigungsanspruch gegen den Verletzer und jeden richtet, der über Eingriffsgegenstände oder –mittel rechtlich oder tatsächlich verfügt, während § 82 Abs 6 UrhG Beseitigungsansprüche lediglich gegen den Eigentümer gewährt.

### 2.

Was den Unterlassungsanspruch nach § 81 UrhG anlangt, richtet sich dieser nach Art 11 RD-RL nicht bloß gegen den Verletzer sondern – unbeschadet des Art 8 Abs 3 Info-RL auch gegen Mittelspersonen, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden. Dabei wird davon auszugehen sein, dass der Begriff der „Mittelsperson“ über den engeren Begriff des Vermittlers im Sinn des Art 8 Abs 3 Info-RL hinausgeht; anderenfalls würde sich der erwähnte Vorbehalt dieser Vorschrift erübrigen.

### 3. Formulierungsvorschlag

Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen könnten die §§ 81 und 82 UrhG etwa wie folgt lauten.

#### Unterlassungsanspruch

**§ 81 (1)** Wer in einem auf dieses Gesetz gegründeten Ausschließungsrecht verletzt worden ist oder eine solche Verletzung zu besorgen hat, kann auf Unterlassung klagen. Der Inhaber eines Unternehmens kann hierauf auch dann geklagt werden, wenn eine solche Verletzung im Betrieb seines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen worden ist oder droht.

(2) Bedient sich derjenige, der eine solche Verletzung begangen hat oder von dem eine solche Verletzung droht, hiezu der Dienste eines Vermittlers **oder einer Mittelperson, deren Dienste vom Verletzer in Anspruch genommen werden**, so kann auch dieser auf Unterlassung nach Abs 1 geklagt werden. Wenn bei diesem die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Verantwortlichkeit nach den §§ 13 bis 17 ECG vorliegen, kann er jedoch erst nach Abmahnung geklagt werden.

~~(2) Einstweilige Verfügungen können erlassen werden, auch wenn die im § 381 der Exekutionsordnung bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen.~~

#### Beseitigungsanspruch

**§ 82 (1)** Wer in einem auf dieses Gesetz gegründeten Ausschließungsrechte verletzt wird, kann verlangen, dass der dem Gesetz widerstreitende Zustand beseitigt werde; § 81 Abs 1a **Halbs 1** gilt sinngemäß.

(2) Der Verletzte kann insbesondere verlangen, dass die den Vorschriften dieses Gesetzes zuwider hergestellten oder verbreiteten sowie die zur widerrechtlichen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücke **aus den Vertriebswegen zurückgerufen und vernichtet werden** und dass die ausschließlich oder überwiegend zur widerrechtlichen Vervielfältigung bestimmten Mittel (Formen, Steine, Platten, Filmstreifen und dergleichen) unbrauchbar gemacht werden

(3) Enthalten die im Abs 2 bezeichneten Eingriffsgegenstände oder Eingriffsmittel Teile, deren unveränderter Bestand und deren Gebrauch durch den Beklagten das Ausschließungsrecht des Klägers nicht verletzen, so hat das Gericht diese Teile in dem die Vernichtung oder Unbrauchbarmachung aussprechenden Urteil zu bezeichnen. Bei der Vollstreckung sind diese Teile, soweit es möglich ist, von der Vernichtung oder Unbrauchbarmachung auszunehmen, wenn der Verpflichtete die damit verbundenen Kosten im voraus bezahlt. Zeigt sich im Exekutionsverfahren, dass die Unbrauchbarmachung von Eingriffsmitteln unverhältnismäßig große Kosten erfordern würde, und werden diese vom Verpflichteten nicht im voraus bezahlt, so ordnet das Exekutionsgericht nach Einvernehmung der Parteien die Vernichtung dieser Eingriffsmittel an.

(4) Kann der dem Gesetz widerstreitende Zustand auf eine andere als die im Abs 2 bezeichnete, mit keiner oder einer geringeren Wertvernichtung verbundene Art beseitigt werden, so kann der Verletzte nur Maßnahmen dieser Art begehren. Namentlich dürfen Werkstücke nicht bloß deshalb vernichtet werden, weil die Quellenangabe fehlt oder dem Gesetz nicht entspricht.

(5) Statt der Vernichtung von Eingriffsgegenständen oder Unbrauchbarmachung von Eingriffsmitteln kann der Verletzte verlangen, dass ihm die Eingriffsgegenstände oder Eingriffsmittel von ihrem Eigentümer gegen eine angemessene, die Herstellungskosten nicht übersteigende Entschädigung überlassen werden.

(6) Der Beseitigungsanspruch richtet sich gegen den **Verletzer**, den Eigentümer **und den Besitzer** der Gegenstände, die den der Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes dienenden Maßnahmen unterliegen. Der Anspruch kann während der Dauer des verletzten Rechtes so lange geltend gemacht werden, als solche Gegenstände vorhanden sind.

Mit freundlichen Grüßen

(HonProf. Dr. Michel WALTER–  
Präsident Landesgruppe Österreich)