

HonProf Dr Michel Walter

1080 Wien, Laudongasse 25/6

Tel: +43/1/402 45 000 – Fax: +43/1/402 45 00 22

E-Mail: copyright@walterlaw.at

IBAN: AT66 20111 000 168 00249 BIC: GIB AAT WXX XX

USt-IdNr.: ATU 12738108 – DVR: 0970263

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Wien, am 12. Juni 2015

Per E-Mail: team.z@bmj.gv.at

Betrifft: MinEntw UrhGNov 2015
BMJ Z8.119/0023 – I 4/2015

Sehr geehrter Herr Sektionschef HonProf Dr Kathrein,
Sehr geehrter Herr Mag Auinger,
Sehr geehrter Herr Dr Dokalik,

Ich erlaube mir, Ihnen beiliegend meine Stellungnahme zum MinEntw einer UrhGNov 2015 zu überreichen, die naturgemäß unter großem Zeitdruck entstanden ist. Nach meiner bescheidenen Ansicht enthält der Entwurf manches, was im Sinn einer zeitgemäßen Weiterentwicklung des österreichischen Urheberrechts diskussionswürdig erscheint, dessen ungeachtet aber wohl überlegt werden und diskutiert werden sollte, was aber weitgehend nicht geschehen ist.

Zum überwiegenden Teil aber dient der Entwurf mE einseitig den Interessen von Nutzern und Zahlungspflichtigen und freilich auch derjenigen des ORF; er erscheint alles andere als ausgewogen. Konventions-, Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeiten werden offensichtlich bewusst in Kauf genommen. Ganz wesentliche Reformanliegen werden dagegen nicht angesprochen.

Ich darf diese Stellungnahme als Präsident der Österreichischen Landesgruppe der *Association Littéraire et Artistique Internationale* (Internationale Vereinigung für Literatur und Kunst) auch in deren Namen sowie freilich auch im **eigenen Namen** abgeben, wenngleich eine Abstimmung mit dem Vorstand der ALAI im Hinblick auf die – mit Verlaub – unangemessen kurze Frist zur Stellungnahme nicht mehr erfolgen konnte.

Im Übrigen darf ich die Gelegenheit wahrnehmen, Sie zu ersuchen, die ALAI wieder in den Verteiler aufzunehmen, aus welchem sie aus unerklärlichen Gründen offensichtlich herausgefallen ist.

Mit den besten Grüßen

- e.h. per E-Mail –

(Michel Walter)

1 Stellungnahme

cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

STELLUNGNAHME ZUM ENTWURF EINER URHGNOV 2015

von HonProf Dr Michel M Walter

I. Vorbemerkungen

1. Zunächst ist anzumerken, dass die Vorgangsweise des österreichischen Gesetzgebers im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen UrhGNov 2015 nicht nur ungewöhnlich, sondern darüber hinaus in rechtspolitischer Hinsicht mehr als bedenklich ist. Denn die Novelle behandelt wichtige Themen, die für geistig Schaffende von eminenter Bedeutung sind, ohne diese mit den beteiligten Verkehrskreisen offen diskutiert und dazu die Meinung kompetenter Experten eingeholt zu haben. Offensichtlich haben mit einzelnen Beteiligten (Kammern) mehr oder weniger geheime Besprechungen stattgefunden, während den interessierten Kreisen, vor allem aber den Interessenvertretungen der geistig Schaffenden hierzu keine bzw nur eine völlig untergeordnete Gelegenheit gegeben wurde.
2. Darüber hinaus wurde der vorliegende Entwurf, der in zahlreichen Punkten von dem seinerzeit vom Bundesministerium für Justiz vorgelegten Arbeitspapier vom November 2012 beträchtlich abweicht, und die Rechte von Urhebern, ausübenden Künstlern und anderen Rechteinhabern einschneidenden Beschränkungen unterzieht, nun mit einer unzumutbar kürzeren Begutachtungsfrist von bloß zehn Tagen (darunter ein Feiertag mit „verlängertem Wochenende“) vorgelegt, was eine ausreichend eingehende Befassung mit dem Entwurf unmöglich macht. Freilich wird auch der Gesetzgeber selbst mit Sicherheit nicht in der Lage sein, die zahlreichen, dessen ungeachtet eingehenden Stellungnahmen auch nur zu überfliegen, geschweige denn angemessen zu studieren und gebühlich zu berücksichtigen. Dies umso weniger, als der Entwurf dem Vernehmen nach bloß zwei Werkstage danach bereits dem Ministerrat zur Entscheidung vorliegen soll.
3. Vorausgeschickt sei weiters, dass zahlreiche Bestimmungen des vorgeschlagenen Entwurfs mit Sicherheit auf Vorgaben des internationalen Urheberrechts zuwiderlaufen und aus verfassungsrechtlicher Sicht ebenso bedenklich sind wie aus unionsrechtlicher. Schon aus Gründen einer möglichen Staatshaftung sei deshalb dringend davon abgeraten den Entwurf in unterstrichen dieser Fassung zu verabschieden.
4. Nicht zuletzt sei darauf hingewiesen, dass der vorliegende Entwurf es verabsäumt, weitere wichtige Fragen im Bereich des Urheberrechts zu regeln, wie etwa ein ausgeglichenes Urhebervertragsrecht und eine praktikable Regelung des Auskunftsanspruchs in Bezug auf Internet-Provider. Dieses Manko der Rechtsdurchsetzung – was seit Jahren bekannt ist - führt dazu, dass im Hinblick auf die oberstgerichtliche Rechtsprechung zur geltenden Gesetzeslage der Auskunftsanspruch de facto undurchsetzbar ist, womit gleichfalls Unionsrecht verletzt wird.
5. Wenn dessen ungeachtet im Folgenden versucht wird, zu den Bestimmungen des Vorschlags im Einzelnen Stellung zu nehmen, so sei ausdrücklich hinzugefügt, dass dies unter einem unzumutbaren Zeitdruck geschieht, und deshalb zahlreiche weitere wichtige Fragen nicht angesprochen werden können.

II. Zum Filmurheberrecht

Der Entwurf versucht, das Filmurheberrecht in den §§ 38 und 69 – zum Teil - neu zu regeln; diese Bestimmungen sollen nach dem Entwurf wie folgt lauten:

„Rechte am Filmwerk

(1) Wer sich zur Mitwirkung bei der Herstellung eines Filmes verpflichtet, räumt damit für den Fall, dass er ein Urheberrecht am Filmwerk erwirbt, dem Filmhersteller im Zweifel das ausschließliche Recht ein, das Filmwerk sowie Übersetzungen und andere filmische Bearbeitungen oder Umgestaltungen des Filmwerkes auf alle Nutzungsarten zu nutzen. Hat der Urheber des Filmwerkes dieses Nutzungsrecht im Voraus einem Dritten eingeräumt, so behält er gleichwohl stets die Befugnis, dieses Recht beschränkt oder unbeschränkt dem Filmhersteller einzuräumen. Das Urheberrecht an den zur Herstellung des Filmwerkes benutzten Werken, wie Roman, Drehbuch und Filmmusik, bleibt unberührt. Dieser Absatz gilt für die Rechte zur filmischen Verwertung der bei der Herstellung eines Filmwerkes entstehenden Lichtbildwerke entsprechend. Die gesetzlichen Vergütungsansprüche des Filmurhebers stehen dem Filmhersteller und dem Filmurheber je zur Hälfte zu, soweit sie nicht unverzichtbar sind.

Rechte an Darbietungen für ein Filmwerk

§ 69. Die Verwertungsrechte ausübender Künstler, die an den zum Zweck der Herstellung eines gewerbsmäßig hergestellten Filmwerks oder anderen kinematographischen Erzeugnisses vorgenommenen Darbietungen in Kenntnis dieses Zwecks mitgewirkt haben, stehen dem Inhaber des Unternehmens (Filmhersteller oder Hersteller) zu. Die gesetzlichen Vergütungsansprüche stehen den ausübenden Künstlern und dem Filmhersteller oder Hersteller je zur Hälfte zu, soweit sie nicht unverzichtbar sind.

1. Vorbemerkungen

1.1. Der vorliegende Entwurf ist in Bezug auf die Regelungen des Filmurheberrechts ist aus der sich der Filmschaffenden völlig abzulehnen. Er bringt für diese nur eine weitere Verschlechterung ihrer schon nach geltendem Recht unsachlich schlechten Rechtsposition und ist ausschließlich produzentenfreundlich konzipiert. Die vorgeschlagenen Regelungen sind, was die Umwandlung der *cessio legis* in eine widerlegliche Vermutung anlangt, bereits durch die Rechtsprechung des EuGH und diejenige des Obersten Gerichtshofs vorgezeichnet und bringen keine Neuerung, während andere dringende Reformanliegen überhaupt nicht angesprochen werden. Im Bereich des Schutzes ausübender Künstler wird vorgeschlagen, die geltende Regelung, die eklatant unionsrechtswidrig ist, beizubehalten.

Die vorgeschlagene Regelung ist, wie eben erwähnt, ausschließlich produzentenfreundlich ausgestaltet und steht mit den Ansprüchen an ein modernes Filmurheberrecht in auffallendem Widerspruch; sie hielte im Fall ihrer Gesetzwerdung einem wertenden Vergleich mit den Gesetzen anderer EU-Mitgliedstaaten in keiner Weise stand.

1.2. Hinzu kommt, dass Filmurheber und Filmdarsteller in die Vorbereitung dieses Novellenvorhabens in keiner Weise einbezogen wurden, während die Anliegen der Produzentenseite offensichtlich kritiklos umgesetzt werden sollen. Schon zum seinerzeitigen Arbeitspapier vom November 2012 erstattete Stellungnahmen und auf eine gerechte und zeitgemäße Interessenabwägung abzielende Formulierungsvorschläge wurden in keiner Weise berücksichtigt.

2. Zur vorgeschlagenen Vermutungsregelung

2.1. Gegen eine ausdrückliche Umwandlung der bisher als originäre Rechtezuweisung verstandenen *cessio legis* Regelung in eine widerlegliche Vermutungsregelung besteht kein Einwand. Es handelt sich dabei, wie schon angedeutet, allerdings um keine Neuerung, da

diese Aussage sowohl in der Rechtsprechung des EuGH¹ als auch in derjenigen des OGH² in richtlinienkonformer Auslegung des geltenden Textes bereits ausdrücklich bestätigt wurde. Eine Notwendigkeit zu der nun vorgeschlagenen ausdrücklichen „Umsetzung“ besteht deshalb in Wahrheit nicht.

2.2. Die neu hinzugekommene Einbeziehung von Übersetzungen und (filmischen) Bearbeitungen bzw Umgestaltungen eines Filmwerks steht mit der Regelung des § 39 in Widerspruch. Denn nach § 39 Abs 4 bedarf es hierfür grundsätzlich der Einwilligung des Filmurhebers, während bestimmte Sonderfälle im zweiten Satz dieser Bestimmung ohnehin geregelt sind. Wenn für diese Einwilligung nun gleichfalls eine gesetzliche Vermutung eingeführt werden soll, so ist dies mit den Wertungen der erwähnten Bestimmungen unverträglich und stellt gegebenenfalls eine weitere Verschlechterung der Rechtsposition von Filmurhebern dar, die durch nichts begründet ist. Sie wurde offensichtlich unbesehen aus dem deutschen UrhG übernommen und passt in keiner Weise ins österreichische Recht. Gerade mit solchen Einzelurhebern wie den Übersetzern von Dialogen und demjenigen, der das Filmmaterial – wohl vor allem im Hinblick auf einen neuen Schnitt – umgestaltet, kann der Produzent ohne jede Schwierigkeiten individuell verhandeln, und bedarf es keiner Vermutungsregelung.

2.3. Das eben Gesagte trifft aber auch für den Hauptregisseur eines Filmwerks zu. Auch mit diesem kann und soll der Produzent ebenso wie mit den Urhebern vorbestehender Werke (Drehbuchautoren und Urhebern von Stoffrechten) individuell verhandeln, und ist kein Grund dafür einzusehen, weshalb für die Rechtseinräumung durch den Haupturheber des Filmwerks eine Vermutungsregelung gelten sollte, was dessen meist ohnehin nur schwache Verhandlungsposition im Verhältnis zu den meist „übermächtigen“ Produzenten noch weiter verschlechtert. Die Möglichkeit, mit Filmherstellern „auf Augenhöhe“ zu verhandeln, entspricht einer seit Jahren gestellten Forderung der Regieverbände und wird in dem vorliegenden Entwurf in keiner Weise berücksichtigt.

2.4. Vor allem aber ist die im zweiten Satz vorgesehene Unwirksamkeit von Vorabtretungen (an Verwertungsgesellschaften) unsachlich und spricht dem Filmurheber die Möglichkeit ab, seine Rechte - in Teilbereichen - kollektiv wahrnehmen zu lassen. Dies verstößt gegen elementare Grundsätze des Verwertungsgesellschaftenrechts und dessen Anliegen ebenso wie gegen fundamentale zivilrechtliche Prinzipien, wonach niemand mehr Rechte einräumen kann, als er selbst hat. Wörtlich genommen ist diese Regelung auch gleichheitswidrig und verletzt grundlegende Prinzipien der Vertragsautonomie, die auch verfassungsrechtlich garantiert ist. Der Verfassungsgerichtshof hat dies in einem anderen urheberrechtlichen Zusammenhang erst kürzlich bestätigt³. Es wird damit ohne Zweifel auch die in Art 16 Charta der Grundrechte verankerte unternehmerische Freiheit drastisch eingeschränkt .

In diesem Zusammenhang übersieht der Entwurf auch, dass diese aus dem deutschen Recht übernommene Bestimmung im deutschen Recht nach herrschender Ansicht⁴ gleichfalls auf die primäre Werkverwertung beschränkt ist und nicht für sekundäre Verwertungsrechte und Vergütungsansprüche gilt. Davon abgesehen gewährt § 20b dUrhG einen von der Innehabung

¹ Vgl EuGH 09.02.2012 C-277/10 – „Luksan/van der Let“ MR 2012, 23 (Michel Walter) = RdW 2012/164, 153 = wbl 2012/72, 203 = ZUM 2012, 313 = GRUR Int 2012, 341 = GRUR 2012, 489 = MMR 2012, 320.

² OGH 17.12.2013 4 Ob 184/13g – „Fußballübertragungen/Live-Sportübertragungen“ MR 2014, 75 (Michel Walter) = GRUR Int 2014, 697 (Michel Walter) = ZfRV 2014/18, 85 = ÖBl 2014/31, 134 (Manfred Büchele) = wbl 2014/81, 233 = RdW 2014,57 (Info aktuell) = jusIT 2014/28 S 58 (Elisabeth Staudegger) = ecolex 2014, 447 (Michael Horak) = EvBl 2014/75, 514 (Christoph Brenn); 17.09.2014 4 Ob 76/14a – „Luksan/Van der Let II“ MR 2015, 37 (Michel Walter) = ÖBl 2015/9, 42 (Manfred Büchele).

³ VfGH 25.06.2014 B-17 705/2013 MR 2014, 355 (Michel Walter).

⁴ Siehe nur Katzenberger in Schrickner/Loewenheim, aaO § 89 Rz 21; Dreier in Dreier/Schulze, aaO § 89 Rz 37.

der Rechte unabhängigen selbständigen Vergütungsanspruch des Urhebers gegen den Kabelbetreiber, was im österreichischen Recht ebenfalls fehlt.

Wie – mit Verlaub – absurd die vorgeschlagene Regelung ist, macht ein Zitat aus den Erläuternden Bemerkungen deutlich, in welchen die vorgeschlagene Regelung zwar in keiner Weise sachlich begründet und nur mit dem verfehlten Hinweis auf die deutsche Regelung zu rechtfertigen versucht wird, wenn abschließend wörtlich ausgeführt wird:

„... Ein aus einer Vorausabtretung berechtigter Dritter ist danach ‚nur mehr‘ auf eventuelle Schadenersatzansprüche gegen den Filmurheber verwiesen.“

Damit soll eine Rechtseinräumung an Verwertungsgesellschaften zwar gesetzlich für wirkungslos erklärt werden, den Urheber zugleich aber eine Schadenersatzpflicht gegenüber seiner Verwertungsgesellschaft aufgebürdet wird (!).

2.5. Aber auch die Erstreckung der Vermutungsregel auf alle Nutzungsarten ist unsachlich, weil der Filmhersteller (wenn überhaupt) nur hinsichtlich der Primärnutzung einer Absicherung bedarf. Nur insoweit ist eine Vermutungsregelung auch durch Art 14^{bis} Abs 2 RBÜ gedeckt⁵. Das deutsche Recht enthält zwar eine ähnliche Formulierung, wird aber von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung dahingehend verstanden, dass die Vermutung nur für die primäre Verwertung gilt⁶; diese Einschränkung fehlt im Entwurf einer UrhGNov 2015.

Zwar gilt die Vermutung nach deutschem Recht neuerdings auch für zulässige – allerdings ausdrücklich zu vereinbarende – künftige (zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unbekannt) Nutzungsarten, doch gewährt das deutsche Recht – anders als das in urhebervertragsrechtlicher Hinsicht „rückständige“ österreichische Recht – einen Anspruch auf angemessene Vergütung (§ 32c dUrhG). Eine Übernahme der Formulierung des deutschen Gesetzes ohne dessen Grundhaltung und ohne Berücksichtigung des gesamten und in wesentlichen Fragen abweichenden rechtlichen Umfelds ist deshalb gleichfalls unsachlich.

2.6. Auch diese Vorschrift bezüglich der Rechte zur filmischen Verwertung der bei der Herstellung eines Filmwerkes entstehenden Lichtbildwerke⁷ stammt aus dem deutschen Recht, ist aber im österreichischen Recht entbehrlich, da niemals strittig war, dass die vom Kameramann im Zug der Filmaufnahmen erstellten Kaderbilder in das Filmwerk einfließen, an welchem er Miturheber ist. Die nunmehr vorgesehene Vermutungsregel gilt deshalb für den Kameramann ohnehin, während die einfachen Licht- und Laufbildrechte originär dem gewerbsmäßigen Filmhersteller zustehen, weshalb es keiner Vermutungsregelung bedarf.

Sollten aber die anlässlich der Herstellung eines Filmwerks entstehenden Lichtbilder (Standfotos) gemeint sein, was unklar ist, so ist diese Sonderregelung nicht recht verständlich, weil der Filmhersteller hierüber ohne Schwierigkeiten vertragliche Regelungen herbeiführen kann und überdies unklar wäre, worin die filmische Verwertung von Standfotos bestehen könnte.

3. Zu den gesetzlichen Vergütungsansprüchen

3.1. Das Festhalten des Entwurfs an der Hälfteregelung für alle Vergütungsansprüche mit Ausnahme der Leerkassettenvergütung, ist gleichfalls nicht verständlich und steht jedenfalls mit dem Geist der „Luksan/Van der Let“ Entscheidung des EuGH in Widerspruch. Die damit verbundene Diskriminierung der Filmschaffenden, die sich die Vergütungsansprüche ohnehin

⁵ Siehe dazu ausführlich *Michel Walter*, Die Regelung der Filmurheberschaft in der Berner Übereinkunft und die Schutzdauer-RL, MR 2011, 198.

⁶ Siehe *Paul Katzenberger* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht – Kommentar⁴ § 89 Rz 19; *Gernot Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 89 Rz 34.

⁷ Siehe dazu auch die entsprechende Regelung im Lichtbildrecht.

mit den Filmdarstellern teilen müssen, wird darüber hinaus durch die - uE gleichheitswidrige - Altersschichtung und durch den Umstand noch verschärft, dass die Filmhersteller über parallele Laufbildrechte verfügen, die sie sich – aus nicht nachvollziehbaren Gründen – doppelt abgelten lassen wollen, obwohl es sich um ein und dieselbe Leistung handelt.

Die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf einer UrhGNov 2015 führen dazu wörtlich bloß folgendes aus:

„Da der EuGH mit Beziehung auf Hauptregisseure aber ohnedies ausgesprochen hat, dass der Anspruch auf den gerechten Ausgleich unverzichtbar ist, kommt hiefür auch die Aufteilungsregel des § 38 Abs. 1 UrhG nicht zum Tragen, sodass eine Änderung nicht erforderlich ist.“

Damit übersehen die Erläuterungen, dass neben dem Hauptregisseur auch noch zahlreiche weitere Filmurheber, wie Kameralleute, Schnitt, Post-Production, Filmarchitekten, Kostümbildner u.v.a. in Frage kommen, auf welche diese Aussage zwar gleichfalls anwendbar ist, vom Entwurf aber nicht klaggestellt wird. Dasselbe gilt für die Rechte der Filmдарsteller. Davon abgesehen erfolgte die Klarstellung durch den EuGH – aus Gründen des beschränkten Anlassfalls - nur in Bezug auf die Leerkassettenvergütung, nicht aber auf sonstige gesetzliche Vergütungsansprüche, für welche die Rechtslage gleichfalls klarzustellen wäre.

3.2. Im Übrigen wäre die Unverzichtbarkeit (und Unabtretbarkeit) der gesetzlichen Vergütungsansprüche nach dem Vorbild des § 63a dUrhG auch ins österreichische Recht zu übernehmen und jedenfalls für die Leerkassettenvergütung auch gesetzlich festzuschreiben. Die aus dem geltenden Gesetz übernommene Wendung „soweit sie nicht unverzichtbar sind“ ist zudem unverständlich, weil das österreichische Recht – im Gegensatz zum deutschen – die Unverzichtbarkeit der gesetzlichen Vergütungsansprüche – mit Ausnahme des hier nicht relevanten Folgerechts bildender Künstler und des hier gleichfalls nicht relevanten Beteiligungsanspruchs (nicht Vergütungsanspruchs!) im Fall des Vermietens oder Verleihens – nicht festgeschrieben hat.

Sie ist allerdings bei richtigem Verständnis der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Luksan/van der Let“ aus dieser abzuleiten und wäre deshalb gleichfalls ausdrücklich gesetzlich festzuschreiben.

4. Zur vorgeschlagenen Regelung für Filmдарsteller

4.1. Die in den Erläuterungen zum Arbeitspapier 2012 vertretene und sich in dem Vorschlag auf Beibehaltung der geltenden Formulierung dieser Bestimmung niederschlagende Ansicht, die Vermiet- und Verleih-RL würde (dem nationalen Gesetzgeber) „weiterreichende Möglichkeiten der Übertragung der Rechte der Schauspieler an den Produzenten“ vorsehen, ist falsch⁸. Denn nach ErwG 19 Vermiet- und Verleih-RL ist es dem Gesetzgeber der Mitgliedstaaten zwar vorbehalten, eine dem Art 2 Abs 5 entsprechende Vermutungsregelung – bei Gewährung eines unverzichtbaren Anspruchs auf angemessene Vergütung im Sinn des Art 4 – vorzusehen, keineswegs aber eine originäre Rechtseinräumung an den Produzenten⁹. Die vorgeschlagene Regelung, wonach die Rechte von Filmдарstellern originär dem Produzenten zustehen sollen, ist deshalb jedenfalls unionrechtswidrig.

8 Siehe *Silke v Lewinski* in *Walter/v Lewinski*, *European Copyright – A Commentary* (Oxford 2010) Rz 6.10.17.

9 Zur Vermeidung von Missverständnissen sei hinzugefügt, dass sich der zweite Teil des ErwG 19 nicht auf Verträge mit Filmproduzenten, sondern auf Verträge ausübender Künstler mit Tonträgerproduzenten und Rundfunkunternehmern bezieht und darüber hinaus voraussetzt, dass eine solche vermutete Einwilligung mit dem Rom-Abkommen vereinbar ist, was nicht der Fall sein dürfte. Vgl auch insoweit *v Lewinski*, aaO Rz 6.10.18.

4.2. Die Erläuternden Bemerkungen zum nunmehrigen Entwurf einer UrhGNov 2015 haben dies offensichtlich eingesehen und es vorgezogen, die Beibehaltung der unionrechtswidrigen Regelung gar nicht zu begründen, wenn dort wörtlich folgendes ausgeführt wird:

„§ 69 übernimmt die derzeit in § 69 Abs. 1 enthaltene Bestimmung über die Zuweisung der Verwertungsrechte ausübender Künstler an einem gewerbsmäßig hergestellten Filmwerk an den Filmhersteller. Auf die Erläuterungen zu § 38 wird verwiesen.“

Dazu ist nur zu bemerken, dass die Erläuterungen zu § 38 hierzu naturgemäß keine Aussagen machen, zumal dort eine widerlegliche Vermutungsregelung vorgesehen wird.

4.3. Die vorgeschlagene Regelung ist aber auch nicht sachgerecht, und ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch in diesem Fall die Vorsehung einer widerleglichen Vermutungsregel ausreichen sollte; eine solche einzuführen, ist jedenfalls unionsrechtlich geboten.

4.4. Im Übrigen kann auf die vorstehenden Ausführungen zu den Rechten der Filmurheber verwiesen werden, wobei sich die Problematik für Filmdarsteller entsprechend darstellt.

5. Unberücksichtigte Reformanliegen

Bleibt zu bemerken, dass der Entwurf einer UrhGNov 2015 die Bemühungen der österreichischen Filmschaffenden um eine zeitgemäße Reform des österreichischen Filmurheberrechts völlig unberücksichtigt lässt, obwohl anlässlich der Diskussionen um das Arbeitspapier 2012 vom Bundesministerium für Justiz angekündigt wurde, hierüber Verhandlungen führen zu wollen. Offensichtlich ist dies am Widerstand des zuständigen Fachverbands in der WKO und/oder des ORF gescheitert. Wie bereits erwähnt, fanden solche Gespräche aber nicht statt, und beschränkt sich der vorliegende Entwurf darauf, Selbstverständliches festzuschreiben und eine weitere Verschlechterung der Rechtsposition von Filmurhebern und Filmdarstellern zu bewirken.

Wir erlauben uns, in diesem Zusammenhang folgendes in Erinnerung zu rufen:

- In Bezug auf die gesetzlichen Vergütungsansprüchen wäre, wie bereits erwähnt, ganz allgemeineren Unverzichtbarkeit ausdrücklich festzuschreiben und darüber hinaus klarzustellen, dass eine Unverzichtbarkeit – abgesehen von Abtretungen an Verwertungsgesellschaften – freilich auch die Unabtretbarkeit dieser Ansprüche in sich schließt.
- Im Übrigen sollte im Hinblick auf die Unwägbarkeiten individueller Vereinbarungen und kollektivvertraglicher Regelungen eine gesetzliche Aufteilungsregelung vorgesehen werden, was auch für die Beteiligung an den sekundären Nutzungsrechten einschließlich der Kabelweiterleitung iSd §§ 59a UrhG und für künftige Nutzungsarten, Rechte und Vergütungsansprüche, einschließlich der Zeiträume von Schutzfristverlängerungen, gilt.
- Die Filmurheber und Filmdarsteller extrem benachteiligende Sondervorschrift des § 38 Abs 1a UrhG für die Einkünfte aus der integralen Kabelweiterleitung sollte aufgegeben werden, nach welcher Filmurhebern und Filmdarstellern zusammen nur ein Drittel zustehen soll, den Produzenten dagegen zwei Drittel, wobei noch gesondert Ansprüche aus dem Leistungsschutzrecht des Laufbildherstellers geltend gemacht werden. Die Beibehaltung dieser Regelung erscheint in keiner Weise sachgerecht.
- Schließlich wäre auch die in dieser Vorschrift vorgesehene „Untermieterstellung“ in Bezug auf das Recht der integralen Kabelweiterleitung ausdrücklich aufzugeben, die im Hinblick auf die „Luksan/Van der Let“-Entscheidung ohnehin weitgehend an Bedeutung verloren hat, durch das vorgeschlagene Abtretungsverbot aber wieder „aufstehen“ soll (!).

- Davon abgesehen erscheint die Aufgabe der unsachlichen und uE verfassungswidrigen „Altersschichtung“ gleichfalls dringend geboten, welche von allem Anfang an sachlich nicht gerechtfertigt war und heute gleichfalls weitgehend an Bedeutung verloren hat.

III. Zum vorgeschlagenen Zweitverwertungsrecht von Urhebern wissenschaftlicher Beiträge

Der Entw einer UrhGNov 2015 schlägt vor, nach § 37 UrhG folgender Bestimmung einzufügen:

„Zweitverwertungsrecht von Urhebern wissenschaftlicher Beiträge

§ 37a. Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der von diesem als Angehörigem des wissenschaftlichen Personals einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtung geschaffen wurde und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein Werknutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

1. Diese Bestimmung ist wörtlich der mit dem deutschen Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 1. Oktober 2013¹⁰, welches mit 1. Januar 2014 in Kraft getretenen ist, eingeführten Vorschrift des § 38 Abs 4 dUrhG nachgebildet. Es soll dies den Autoren wissenschaftlicher Beiträge, die überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert wurden, die Möglichkeit geben, ohne Rücksicht auf den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung mit dem betreffenden Verleger bestimmter periodisch erscheinender Sammlungen solche Beiträge zu nicht gewerblichen Zwecken online zu nutzen, und zwar nach Ablauf einer zwölfmonatigen Sperrfrist.

2. Eine solche Lockerung des auch den Verlegern wissenschaftlicher periodischer Publikationen meist eingeräumten umfassenden ausschließlichen Werknutzungsrechts erscheint in diesem vergleichsweise engen Rahmen vertretbar. Die Beschränkung auf die überwiegend öffentliche Finanzierung solcher Forschungsbeiträge wäre allerdings zu überdenken.

3. Die Übernahme des deutschen Vorbilds macht allerdings Korrekturen erforderlich. So müsste im Sinn der österreichischen Terminologie nicht von „öffentlich zugänglich machen“ sondern vom öffentlichen „Zurverfügungstellen“ die Rede sein, und sollte konsequenter Weise nicht von einer „Erstveröffentlichung“, sondern vielmehr vom „(ersten) Erscheinen“ gesprochen werden.

IV. Zur Neuregelung einiger freien Werknutzungen

1. Unwesentliches Beiwerk

Schon das Arbeitspapier 2012 hatte vorgesehen, eine neue freie Werknutzung für die Nutzung von Werken als unwesentliches Beiwerk vorzusehen, wie dies etwa in § 57 dUrhG der Fall ist und nach Art 5 Abs 3 lit i Info-RL auch zulässig ist. Der Entw einer UrhGNov 2015 hat diesen Vorschlag beibehalten und formuliert in Anlehnung an das deutsche Vorbild wie folgt:

„Unwesentliches Beiwerk

§ 42e. Werke dürfen vervielfältigt, verbreitet, durch Rundfunk gesendet, der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt und zu öffentlichen Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen benutzt

¹⁰ BGBl 2013 I 59.

werden, wenn sie dabei nur zufällig oder beiläufig und ohne Bezug zum eigentlichen Gegenstand der Verwertungshandlung genutzt werden.“

Dem Vorschlag des Entwurf einer UrhGNov 2015 ist zuzustimmen, wenngleich mit dem relativ offenen Begriff des unwesentlichen Beiwerks auch Auslegungsschwierigkeiten im Einzelfall verbunden sein werden.

2. Öffentliche Zurverfügungstellung für Unterricht und Lehre

Der Entwurf einer UrhGNov 2015 sieht für Zwecke des Unterrichts bzw der Lehre eine weitere (neue) freie Werknutzung im Weg des Zurverfügungstellens in Bildungseinrichtungen jeder Art vor. Dieser Vorschlag einer Erweiterung scheint im Hinblick darauf sinnvoll zu sein, dass sich der eigene Lehrgebrauch nach § 42 Abs 6 UrhG nur auf die Vervielfältigung und Verbreitung, nicht aber auf das Zurverfügungstellen im Intranet von Unterrichts- und Lehrinrichtungen bezieht. Zu Recht wird diese Regelung auch durch einen gesonderten Anspruch auf eine angemessene Vergütung flankiert. Die vorgeschlagene Regelung soll wie folgt lauten:

„Öffentliche Zurverfügungstellung für Unterricht und Lehre

§ 42g. (1) Schulen, Universitäten und andere Bildungseinrichtungen dürfen für Zwecke des Unterrichts beziehungsweise der Lehre veröffentlichte Werke zur Veranschaulichung im Unterricht für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern beziehungsweise Lehrveranstaltungsteilnehmern vervielfältigen und der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Werke, die ihrer Beschaffenheit und Bezeichnung nach zum Schul- oder Unterrichtsgebrauch bestimmt sind. Für Filmwerke gilt Abs. 1, wenn seit der Erstaufführung des Filmwerkes entweder im Inland oder in deutscher Sprache oder in einer Sprache einer in Österreich anerkannten Volksgruppe mindestens zwei Jahre vergangen sind.

(3) Für die Vervielfältigung und die öffentliche Zurverfügungstellung nach Abs. 1 steht dem Urheber ein Anspruch auf angemessene Vergütung zu. Solche Ansprüche können nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.“

2.1. Klargestellt werden sollte allerdings, dass die Zurverfügungstellung auch nur an den erwähnten abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern erfolgen darf und nicht an die Öffentlichkeit schlechthin. Die vorgesehene Zeitsperre für Filmwerke ist dem geltenden § 56d UrhG (Schlechtwetterprogramm) entnommen und erscheint sachgerecht.

2.2. Problematisch mag die Ausdehnung auch auf andere Bildungseinrichtungen sein, zumal der Begriff recht unscharf ist und wohl zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führen wird.

3. Zur Vervielfältigung zum privaten oder eigenen Gebrauch

Der Entwurf einer UrhGNov 2015 schlägt in diesem Zusammenhang vor, die Frage der Legitimität der Quelle (Vorlage) gesetzlich im Sinn des deutschen Vorbilds (§ 53 Abs 1 dUrhG) zu lösen und dem § 42 Abs 5 am Ende hinzuzufügen:

„... oder wenn hierfür eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird.“

3.1. Die Frage, ob die **Legitimität der Quelle** Voraussetzung für die Anwendbarkeit der freien Werknutzung der „Privatkopie“ ist, hat EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache „ACI Adam/Thuiskopie“ dahingehend entschieden, dass diese Frage zu bejahen, und die Legitimität der Quelle eine (ungeschriebene) Voraussetzung für die Zulässigkeit der „Privatkopieausnahme“ ist.

3.2. Der Entwurf sieht nun vor, in Anlehnung an die entsprechende Bestimmung des deutschen UrhG, diese in der Rechtsprechung des EuGH bestätigte Voraussetzung nun auch ausdrücklich im Gesetz zu verankern. Dagegen besteht kein Einwand, auch wenn dies – aus heutiger – Sicht nichts Neues ist. Bedenklich erscheint allerdings die – gleichfalls der deutschen Regelung entnommene – Einschränkung auf die „Offensichtlichkeit“ der Unrechtmäßigkeit der Quelle, worauf der EuGH eben nicht abgestellt hat. Es erscheint dies insofern auch systemwidrig, als die Frage der Rechtswidrigkeit nichts mit derjenigen der Schuldhaftigkeit eines Verhaltens zu tun hat und ausschließlich im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen von Bedeutung sein kann.

3.3. Im Übrigen ist zu bedenken, dass diese zusätzliche Voraussetzung für die Zulässigkeit von Vervielfältigungen zum privaten und/oder eigenen Gebrauch – streng logisch – dazu führt, dass für Vervielfältigungen, die (rechtswidrig) unter Benützung einer illegalen Quelle zum privaten Gebrauch hergestellt wurden, nicht der Leerkassettenvergütung (Speichermedienvergütung) unterliegen, was in der Rechtsprechung des Europäischen Höchstgericht auch zum Ausdruck kommt. Dies steht einer Auslegung des geltenden Rechts aber ebenso wenig entgegen, wie einer Klarstellung durch den Gesetzgeber, dass auch solche Vervielfältigungen der Leerkassettenvergütung unterliegen sollen, was allerdings nichts daran ändert, dass es sich um rechtswidrige Vervielfältigungsvorgänge handelt, die der Rechteinhaber – zumindest theoretisch – auch als solche verfolgen könnte. Dabei wäre die auf solche Vervielfältigungen entfallende Leerkassettenvergütung auf die finanziellen Ansprüche nach den §§ 86 und 87 UrhG in diesem Fall anzurechnen. Eine solche gesetzliche Klarstellung erscheint dringend geboten, um das völlig unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden, dass solche Rechtsverletzungen in der Praxis (schon wegen des Fehlens eines entsprechenden Auskunftsanspruchs) zwar nicht verfolgt werden können, diese aber noch dazu *de facto* von der Leerkassettenvergütung „befreit“ wären. Eine entsprechende Regelung könnte danach wie folgt lauten:

„... oder wenn hierfür eine ~~offensichtlich~~ rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zur Verfügung gestellte Vorlage verwendet wird; die auf solche Vervielfältigungen anteilig entfallende Speichermedienvergütung ist auf die Ansprüche nach den §§ 86 und 87 anzurechnen.“

4. Archivausnahme

Der Entwurf sieht weiters eine maßgebliche Erweiterung des eigenen Bibliotheksgebrauchs vor, indem dem Abs 7 eine generelle Archivausnahme hinzugefügt werden und dieser Absatz eingangs wie folgt formuliert werden soll:

„(7) Der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen, die Werkstücke sammeln, dürfen Vervielfältigungsstücke zur Aufnahme in ein eigenes Archiv herstellen (Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen)¹¹⁾, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist. Dies ist auf anderen als den im Abs. 1 genannten Trägern aber nur dann zulässig, wenn sie damit keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen (Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch von Sammlungen). Unter dieser Einschränkung dürfen sie ferner

1. unverändert ...
2. unverändert ...“

4.1. Die Erläuterungen halten dazu fest, dass die betroffenen Institutionen durch diese Archivausnahme in die Lage versetzt werden sollen, für eigene interne Zwecke und nicht zur Weitergabe an die Besucher einzelne Vervielfältigungsstücke herzustellen.

¹¹⁾ Die zweifache Anführung des Klammerausdrucks xxx in der Fassung nach dem Arbeitspapier 2012 wird auf eine redaktionelles Versehen zurückzuführen gewesen sein.

4.2. Da solche Kopien von veröffentlichten, aber nicht erschienenen oder von vergriffenen Werken ohnehin hergestellt werden dürfen, erscheint die Erweiterung der Ausnahme zu Gunsten von Sammlungen keineswegs zwingend zu sein und geht einseitig zu Lasten der Rechteinhaber, zumal auch von dieser Ausnahme sogar ganze Bücher betroffen sind (Abs 8), was ohne Zweifel unionsrechtswidrig ist.

5. Kopienversand durch Bibliotheken

Der Entw einer UrhGNov 2015 sieht die Anfügung folgenden Absatzes in § 42a UrhG vor:

„(2) Der Öffentlichkeit zugängliche Einrichtungen, die Werkstücke sammeln, dürfen auf Bestellung unentgeltlich oder gegen ein die Kosten nicht übersteigendes Entgelt Vervielfältigungsstücke auf beliebigen Trägern zum eigenen Schulgebrauch oder zum eigenen oder privaten Gebrauch für Zwecke der Forschung herstellen.“

5.1. Die vorgeschlagene Bestimmung bestätigt zunächst die Richtigkeit der Ansicht, dass die Vorschrift zu Gunsten der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch eines Dritten (§ 42a UrhG – bisher einziger Abs) nur jene Fälle des § 42 UrhG umfasst, die den eigenen Gebrauch i.e.S. regeln (also Abs 1 – Papier, Abs 2 - Forschungsgebrauch, Abs 3 – Tagesereignisse sowie Abs 6 – Schulgebrauch und Abs 7 - Bibliotheksgebrauch).

Die nun vorgeschlagene Bestimmung soll es öffentlich zugänglichen Sammlungen (Bibliotheken, Archiven, Museen etc) unter der Grundvoraussetzung des ersten Absatzes, also nur auf Bestellung, allerdings auch ermöglichen, Vervielfältigungen zum „eigenen Schulgebrauch“ oder zum „eigenen oder privaten Gebrauch für Forschungszwecke“ (für andere) herzustellen. Diese Erweiterung erscheint keineswegs sachgerecht.

5.2. Die Formulierung dieser Vorschrift ist zunächst im Hinblick darauf wenig glücklich, dass solche Sammlungen insoweit keinen „eigenen“ Gebrauch haben; es geht vielmehr um den eigenen Gebrauch Dritter. Auch wäre die Verbindung zu den zuvor genannten spezifischen Fällen des § 42 herzustellen, um sicherzustellen, dass die Einschränkungen, wie sie in § 42 vorgesehen sind, auch für den Fall gelten, dass die Vervielfältigungen auf Grund des zweiten Absatzes des § 42a von Sammlungen hergestellt werden. Nur in diesem Sinn kann dieser Vorschlag auch verstanden werden, da dem „vernünftigen Gesetzgeber“ nicht unterstellt werden kann, dass Forschungseinrichtungen Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch auf anderen Trägern als Papier nach § 42 Abs 2 UrhG zwar nur zu nicht-kommerziellen Zwecken vornehmen dürfen, dies aber nicht für Sammlungen gelten soll, die zum eigenen Gebrauch Dritter vervielfältigen.

5.3. Hinzu kommt allerdings, dass diese Vorschrift einerseits weitgehend entbehrlich und andererseits noch wenig überlegt, geschweige denn mit den betroffenen Verkehrskreisen diskutiert worden wäre. Denn die Zulässigkeit der unentgeltlichen Vervielfältigung auf Bestellung für alle Fälle des eigenen Gebrauchs eines anderen ergibt sich schon aus § 42a in seiner geltenden Fassung, und zwar sowohl für den eigenen Forschungs- als auch für den eigenen Schulgebrauch.

Eine Erweiterung stellt allerdings die Vervielfältigung zum „privaten Forschungsgebrauch“ durch Dritte dar. Freilich stellt sich insoweit wieder die Frage, was unter einem „privaten Forschungsgebrauch“ zu verstehen ist, der wohl nur Hobby-Astronomen und ähnliche „Forscher“ umfassen könnte, nicht aber eine beruflich ausgeübte Forschungstätigkeit. Schließlich ist die Überprüfung der vorgegebenen Zweckbestimmung Sammlungen kaum möglich und zumutbar und würde in der Praxis nur in einer rein formularmäßigen Bestätigung bestehen können, die wenig aussagekräftig und gleichfalls unüberprüfbar wäre.

5.4. Schließlich beschränkt sich der Inhalt des Regelungsvorschlags deshalb in Wahrheit auf die Zulässigkeit, Kostenersatz zu begehren, was allerdings gleichfalls äußerst problematisch

ist, weil damit die wohlbedachte Einschränkung auf die bloß unentgeltliche Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch eines Dritten in diesen Fällen wegfiele.

Dies steht schon deshalb mit dem „Drei-Stufen-Test“ in Widerspruch, weil hierfür – anders als nach § 53a Abs 2 dUrhG - nicht einmal ein gesonderter Vergütungsanspruch vorgesehen wird. Vielmehr soll diese doch recht umfassende freie Nutzung („Kopienversand durch Bibliotheken“) nach den ErlBem 2015 durch die Leerkassetten- und Reprografievergütung abgedeckt werden, was angesichts der für diese Bereiche vorgeschlagenen „Preisbremsen“ eine wenig realistische Vorstellung ist.

Dazu hatte der deutsche BGH schon in seiner Entscheidung – „Kopienversandtdienst“ wörtlich ausgeführt:

„Die nach nationalem Recht durch § 54a [d]UrhG (Geräte- und Betreibervergütung) gewährten Vergütungsansprüche sind dafür jedoch schon im Hinblick auf die gesetzliche Regelung zur Vergütungshöhe unzureichend. Den Anforderungen des Konventionsrechts kann nur entsprochen werden, wenn den Urhebern jedenfalls ein zusätzlicher, auf Werknutzungen der streitgegenständlichen Art zugeschnittener Vergütungsanspruch zugestanden wird.“¹²⁾

5.5. Zu bedenken ist aber auch, dass eine so weitgehende Freigabe des Kopienversands durch Sammlungen vor allem das wissenschaftliche Verlagswesen schwer beeinträchtigen würde, zumal nicht einmal eine Zeitsperre vorgesehen ist. Im Hinblick auf die aufgezeigten Unwägbarkeiten würde dieser Vorschlag *de facto* zur Freigabe des gesamten, in Sammlungen zur Verfügung stehenden wissenschaftlichen Schrifttums gegen „Kostenersatz“ führen, und dies nicht einmal auf „schriftähnliche“ Formate wie PDF beschränkt (!).

Hinzu kommt, dass es sich in diesen Fällen nicht bloß um die Frage der Ausfolgung (vor Ort) geht, sondern massiv auch in das Verbreitungsrecht bzw das Recht des öffentlichen Zurverfügungstellens eingegriffen wird, was in diesem Ausmaß gleichfalls mit dem „Drei-Stufen-Test“ nicht in Einklang stünde.

Schließlich stünde die vorgeschlagene Bestimmung auch mit den Vorgaben der Info-RL in Widerspruch, die Vervielfältigungen durch Sammlungen nur dann freigibt, wenn diese keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zwecken dient (Art 5 Abs 2 lit c), was im Fall eines Kostenersatzes jedoch der Fall ist¹³.

6. Zur Neufassung der freien Werknutzung zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen (§ 42d UrhG)

Die Bestimmung des § 42d UrhG soll nach dem Entwurf folgende Fassung erhalten:

Menschen mit Behinderungen

§ 42d. (1) Zulässig ist die nicht kommerzielle Benutzung eines erschienenen Werkes durch die Vervielfältigung für sowie die Verbreitung und öffentliche Zurverfügungstellung an Menschen mit Behinderungen in einer für sie geeigneten Form, soweit ihnen wegen ihrer Behinderung der Zugang zum Werk durch sinnliche Wahrnehmung oder Handhabung eines Werksstücks nicht möglich oder erheblich erschwert ist. Für die Zwecke dieser Bestimmung ist einem erschienenen Werk ein Werk gleichzuhalten, das mit Zustimmung des Urhebers der Öffentlichkeit in einer Weise zur Verfügung gestellt wurde, dass es für die Allgemeinheit zugänglich ist.

(2) Zu der Benutzung nach Abs. 1 sind Organisationen berechtigt, die auf Grundlage einer staatlichen Anerkennung, Befugnis oder finanziellen Unterstützung Ausbildungen, Schulungen

¹² Vgl BGH 25.02.1999 I ZR 118/96 GRUR 1999, 707 = MMR 1999, 665 (Thomas Hoeren) = ZUM 1999, 566.

¹³ Siehe auch die ähnliche Einschränkung in Bezug auf das Zurverfügungstellen in Art 5 Abs 3 lit a.

und adaptiven Lese- oder Informationszugang für Menschen mit Behinderungen auf gemeinnütziger Basis bereitstellen, sowie staatliche Einrichtungen oder gemeinnützige Organisationen, die im Rahmen ihrer Haupttätigkeiten oder institutionellen Verpflichtungen Menschen mit Behinderungen diese Dienste anbieten. Diese Organisationen sind für die Zwecke des Abs. 1 auch berechtigt, Werke in für Menschen mit Behinderungen zugänglichen Formaten untereinander auszutauschen.

(3) Die befugten Organisationen haben Methoden festzulegen und zu befolgen, die

1. sicherstellen, dass es sich bei den Menschen, die in den Genuss ihrer Dienste kommen, um Menschen mit Behinderungen handelt, und nur solchen Menschen oder anderen befugten Organisationen Vervielfältigungen von Werken zugänglich gemacht werden;

2. die unbefugte Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zurverfügungstellung verhindern und

3. die für die Handhabung der Werke erforderliche Sorgfalt und die Führung von Aufzeichnungen hierüber sicherstellen.

(4) Für die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Zurverfügungstellung steht dem Urheber ein Anspruch auf angemessene Vergütung zu. Dieser Anspruch kann nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.

6.1. Der Entwurf einer UrhGNov 2015 sieht bereits eine Anpassung der geltenden Vorschrift des § 42d UrhG an die internationale Vereinbarung von Marrakesch (2014) vor. Danach sollen vor allem auch (im Internet) zur Verfügung gestellte Inhalte und nicht bloß erschienene Werke im Rahmen dieser Bestimmung erfasst werden, und soll sich die freie Nutzung auch auf das Zurverfügungstellen im Internet beziehen. Weiters soll die Nutzung auf bestimmte (wohltätige) Einrichtungen beschränkt, und ein – auch grenzüberschreitender – Austausch zwischen solchen Einrichtungen ermöglicht werden. Zu Recht wird die schon bisher vorgesehene Vergütungspflicht beibehalten (siehe dazu Art 4 Abs 5 Marrakesch-Vertrag).

6.2. Wenig glücklich erscheint die Formulierung „*der Öffentlichkeit in einer Weise zur Verfügung gestellt wurde, dass es [das Werk] für die Allgemeinheit zugänglich ist.*“ Denn der Begriff der „Allgemeinheit“ ist dem österr Urheberrechtsgesetz fremd und steht zudem nicht in Einklang mit der Begriffsbestimmung des „Werks“ in Art 2 lit a des Abkommens. Danach sind darunter, Werke iSd des Art 2 Abs 1 Berner Übereinkunft „in der Form von Texten, Notationen und/oder damit verbundenen Illustrationen“ zu verstehen, gleichviel ob diese „erschienen oder auf andere Weise in irgend einem Medium öffentlich zugänglich gemacht wurden“. Dazu stellt das entsprechende *Agreed Statement* klar, dass damit auch Werke in „hörbarer Form“ (*audio form*) wie Hörbücher (audiobooks) erfasst werden¹⁴.

7. Zur vorgeschlagenen Erweiterung des Zitatrechts (§ 42f UrhG)

Der Entwurf einer UrhGNov 2015 schlägt weiters vor, die Bestimmungen betreffend das Zitatrecht in einer neuen Vorschrift § 42f für alle Werkkategorien zusammenzufassen und durch eine Generalklausel zu ergänzen. Danach soll diese Bestimmung wie folgt lauten:

Zitate

§ 42f. (1) Ein veröffentlichtes Werk darf zum Zweck des Zitats vervielfältigt, verbreitet, durch Rundfunk gesendet, der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt und zu öffentlichen Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen benutzt werden, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies insbesondere, wenn

14 „works“ means literary and artistic works within the meaning of Article 2(1) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, in the form of text, notation and/or related illustrations, whether published or otherwise made publicly available in any media“.

1. einzelne Werke nach ihrem Erscheinen in ein die Hauptsache bildendes wissenschaftliches Werk aufgenommen werden; ein Werk der in § 2 Z 3 bezeichneten Art oder ein Werk der bildenden Künste darf nur zur Erläuterung des Inhaltes aufgenommen werden;
2. veröffentlichte Werke der bildenden Künste bei einem die Hauptsache bildenden wissenschaftlichen oder belehrenden Vortrag bloß zur Erläuterung des Inhaltes öffentlich vorgeführt und die dazu notwendigen Vervielfältigungsstücke hergestellt werden;
3. einzelne Stellen eines veröffentlichten Sprachwerkes in einem selbstständigen neuen Werk angeführt werden;
4. einzelne Stellen eines veröffentlichten Werkes der Tonkunst in einer literarischen Arbeit angeführt werden;
5. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes in einem selbstständigen neuen Werk angeführt werden.

(2) Für die Zwecke dieser Bestimmung ist einem erschienenen Werk ein Werk gleichzuhalten, das mit Zustimmung des Urhebers der Öffentlichkeit in einer Weise zur Verfügung gestellt wurde, dass es für die Allgemeinheit zugänglich ist.

7.1. Die vorgeschlagene Generalklausel erscheint problematisch, ist wenig systemkonform und steht mit den folgenden ausdrücklich geregelten Fällen in einem Spannungsverhältnis. Sachgerechter erschiene vielmehr eine ergänzende Regelung jener Fälle außerhalb des Schulzitats und des wissenschaftlichen Zitats, in welchen ein großes Zitatrecht – etwa auch für Werke der bildenden Künste – tatsächlich notwendig erscheinen könnte¹⁵, sowie eine spezifische Regelung des – bisher zur Gänze fehlenden – Filmzitats.

7.2. Der Vorschlag läuft für den Bereich des Zitierens auf eine *Free Use* Regelung hinaus, welche die Festlegung der „Zitierregeln“ zur Gänze der Rechtsprechung überlässt, damit die erforderliche Rechtssicherheit vermissen lässt und zu vermeidbaren Rechtsstreitigkeiten führen muss.

Das „kleine Zitat“ nach Z 3 bzw Z 5 setzt einmal bloß Veröffentlichung und zum Anderen Erscheinen voraus, was nicht verständlich ist. Die bedingungslose Gleichsetzung des bloßen Zurverfügungstellens im Internet mit dem qualifizierten Erscheinen erscheint nicht sachgerecht und stiftet durch die gleichzeitige Verwendung der Begriffe „Öffentlichkeit“ und „Allgemeinheit“ zusätzlich Verwirrung.

15 Siehe zum Bildzitat Handbuch Rz 1304ff.

IV. Zur Leerkassettenvergütung (Speichermedienvergütung) und zur Reprografievergütung § 42b UrhG

Der Entwurf einer UrhGNov 2015 sieht in § 42b UrhG eine Neuregelung der Leerkassettenvergütung (Speichermedienvergütung) vor. Die Bestimmung soll danach wie folgt lauten:

(1) Ist von einem Werk, das durch Rundfunk gesendet, der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt oder auf einem zu Handelszwecken hergestellten Speichermedium festgehalten worden ist, seiner Art nach zu erwarten, dass es durch Festhalten auf einem Speichermedium nach § 42 Abs. 2 bis 7 zum eigenen oder privaten Gebrauch vervielfältigt wird, so hat der Urheber Anspruch auf eine angemessene Vergütung (Speichermedienvergütung), wenn Speichermedien jeder Art, die für solche Vervielfältigungen geeignet sind, im Inland gewerbsmäßig in den Verkehr kommen.

(2) Ist von einem Werk seiner Art nach zu erwarten, dass es mit Hilfe reprographischer oder ähnlicher Verfahren zum eigenen Gebrauch vervielfältigt wird, so hat der Urheber Anspruch auf eine angemessene Vergütung (Reprografievergütung),

1. wenn ein Gerät, das seiner Art nach zur Vornahme solcher Vervielfältigungen bestimmt ist (Vervielfältigungsgerät), im Inland gewerbsmäßig entgeltlich in den Verkehr kommt (Gerätevergütung) und

2. wenn ein Vervielfältigungsgerät in Schulen, Hochschulen, Einrichtungen der Berufsbildung oder der sonstigen Aus- und Weiterbildung, Forschungseinrichtungen, öffentlichen Bibliotheken oder in Einrichtungen betrieben wird, die Vervielfältigungsgeräte entgeltlich bereithalten (Betreibervergütung).

[unverändert]

(2a) Die Ansprüche nach Abs. 1 und 2 entfallen, soweit nach den Umständen erwartet werden kann, dass den Urhebern durch die Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch nur ein geringfügiger Nachteil entsteht.

(3) Folgende Personen haben die Vergütung zu leisten:

1. die Speichermedien- und die Gerätevergütung derjenige, der die Speichermedien oder das Vervielfältigungsgerät von einer im In- oder im Ausland gelegenen Stelle aus als erster gewerbsmäßig in den Verkehr bringt; wer die Speichermedien oder das Vervielfältigungsgerät im Inland gewerbsmäßig, jedoch nicht als erster in den Verkehr bringt oder feil hält, haftet wie ein Bürge und Zahler; von der Haftung für die Speichermedienvergütung ist jedoch ausgenommen, wer im Halbjahr Speichermedien mit nicht mehr als 10.000 Stunden Spieldauer bezieht oder Kleinunternehmer im Sinne des UStG 1994 ist; hat der Beklagte im Inland keinen allgemeinen Gerichtsstand, so sind die Gerichte, in deren Sprengel der erste Wiener Gemeindebezirk liegt, zuständig;

2. die Betreibervergütung der Betreiber des Vervielfältigungsgeräts.

(4) Bei der Bemessung der Vergütung ist insbesondere auf die folgenden Umstände Bedacht zu nehmen:

1. auf die bisher in Geltung gestandenen vergleichbaren Vergütungssätze und das Gesamtvolumen der Vergütung, wobei unverhältnismäßige Veränderungen vermieden werden sollen;

2. auf vergleichbare Vergütungssätze und -volumina in Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Vertragsstaaten des EWR;

3. auf den Nachteil der Vervielfältigungen für den Urheber, deren Auswirkung auf die normale Werkverwertung und auf die berechtigten Interessen des Urhebers;

4. auf den Vorteil desjenigen, der vervielfältigt, und auf den Vorteil des Zahlungspflichtigen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Entwicklung des betreffenden Wirtschaftszweigs, einschließlich des Umsatzes mit Geräten und Zubehör;

5. auf das Ausmaß, in dem die Speichermedien und Geräte durchschnittlich für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch genutzt werden und auf das Gesamtausmaß solcher Nutzungen, wobei auch die Auswirkungen der Anwendung technischer

Schutzmaßnahmen auf die Nutzung der betreffenden Werke für vergütungspflichtige Vervielfältigungen zu berücksichtigen sind;

6. auf die nutzungsrelevanten Eigenschaften der Speichermedien und Geräte, insbesondere die Leistungsfähigkeit von Geräten sowie die *Speicherkapazität und Mehrfachbeschreibbarkeit von Speichermedien;*

7. auf die wirtschaftlichen Interessen der Hersteller, Händler und Importeure von Geräten und Speichermedien, die nicht unzumutbar beeinträchtigt werden dürfen;

8. auf ein wirtschaftlich angemessenes Verhältnis der Vergütung zum typischen Preisniveau der Geräte oder der Speichermedien, wobei die Vergütung 6% dieses Preisniveaus für Speichermedien und 11% dieses Preisniveaus für Geräte nicht übersteigen soll; soweit aufgrund empirischer Nachweise eine fast ausschließliche Nutzung eines Gerätes und eines Speichermediums nach Abs. 1 oder 2 nachgewiesen wird, ist ein Überschreiten dieser Grenze zulässig;

9. bei der Betreibervergütung auf die Art und den Umfang der Nutzung des Vervielfältigungsgeräts, die nach den Umständen, insbesondere nach der Art des Betriebs, dem Standort des Geräts und der üblichen Verwendung wahrscheinlich ist.

(5) Vergütungsansprüche nach den Abs. 1 und 2 können nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.

(6) Die Verwertungsgesellschaft hat bezahlte Vergütungen zurückzuzahlen

1. an denjenigen, der Speichermedien oder ein Vervielfältigungsgerät vor der Veräußerung an den Letztverbraucher in das Ausland ausführt;

2. an den Letztverbraucher, der Speichermedien zu einem Preis erworben hat, der die bezahlte Vergütung einschließt, diese jedoch nicht für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch benutzt oder benutzen lässt.

Die den Rückzahlungsanspruch begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen.

(7) Vergütungsansprüche nach Abs. 1 stehen nicht zu, wenn der Zahlungspflichtige glaubhaft macht, dass die Speichermedien weder von ihm selbst noch von Dritten für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch verwendet werden.

(8) Die Verwertungsgesellschaft hat auf ihrer Website einen einfachen, verständlichen und für den durchschnittlichen Nutzer nachvollziehbaren Weg für die Geltendmachung des Rückersatzanspruchs und der Befreiung von der Zahlungspflicht anzubieten, der eine wirksame Geltendmachung ermöglicht und mit keiner übermäßigen Erschwernis verbunden ist.

(9) In Rechnungen über die Veräußerung oder ein sonstiges Inverkehrbringen der in Abs. 1 und 2 genannten Speichermedien und Geräte ist auf die auf das Speichermedium oder das Gerät entfallende Vergütung hinzuweisen.

1. Speichermedienvergütung nach Absatz 1

Im ersten Absatz des § 42b UrhG, der die Leerkassettenvergütung (nun: Speichermedienvergütung) regelt, stellt der Entwurf klar, dass der bisherige Begriff des „Trägermaterials“ (nun: Speichermedien) alle Speichermedien umfasst, die für Vervielfältigungen zum eigenen und/oder privaten Gebrauch geeignet sind. Damit wird auch auf legistischer Ebene klargestellt, dass zB Computer-Festplatten zu den vergütungspflichtigen Speichermedien zählen, was insbes auch für Speicherkarten in MP3-Handys und sonstigen Mobiltelefonen gilt.

1.1. Mit diesem Vorschlag wird ein Schlussstrich unter die langjährigen Auseinandersetzungen hierüber gezogen, was allerdings schon in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs sowie derjenigen des Gerichtshofs der Europäischen Union vorgezeichnet wurde und daher nichts grundsätzlich Neues ist. So hat der OGH bereits in

seiner Entscheidung vom 17. Dezember 2013¹⁶⁾ den noch in seiner „GERICOM“-Entscheidung aus dem Jahr 2005 vertretenen Standpunkt aufgegeben und ausgesprochen, dass die Multifunktionalität von Computer-Festplatten kein Hindernis für deren Vergütungspflicht darstellt, wie dies in der vorgenannten Entscheidung in der Rechtssache „GERICOM“ noch angenommen wurde. In Bezug auf Speicherkarten für Mobiltelefone hat dies jüngst auch der EuGH bestätigt und in seinem Urteil in der Rechtssache „Copydan Båndkopi/Nokia Danmark“¹⁷⁾ ausgesprochen, dass eine unterschiedliche Behandlung verschiedenen Trägermaterials auch gleichheitswidrig wäre. Eine entsprechende Klarstellung durch den österr Gesetzgeber auch im Gesetzestext selbst ist zwar zu begrüßen, stellt aber keine grundsätzliche Neuerung mehr dar.

1.2. Dazu sei festgehalten, dass eine entsprechende gesetzliche Klarstellung in Verbindung mit den nachstehend noch zu erörternden, für die Rechteinhaber überwiegend nachteiligen Regelungen keine ausgewogene Problemlösung darstellt. Dessen ungeachtet sei zu den vorgeschlagenen Regelungen auch im Einzelnen Stellung genommen.

- Zu begrüßen ist grundsätzlich die Vereinfachung der Definition der Speichermedien, die nur mehr für die Nutzung zum privaten und/oder eigenen Gebrauch geeignet sein müssen, während die Formulierung „oder bestimmt“ nur historisch zu erklären ist und heute mehr zu Auslegungsschwierigkeiten führen könnte denn zu einer Klärung. Auch die Reduzierung des maßgebenden Inverkehrbringens auf das gewerbsmäßige und der damit verbundene Wegfall des zusätzlichen Kriteriums der Entgeltlichkeit macht die Anwendung dieser Bestimmung einfacher und ist deshalb positiv zu bewerten.
- Kritisch ist jedoch in jedem Fall hervorzuheben, dass der Vorschlag, auch die Auslagerung von Speicherungen in die „Cloud“ zu regeln, bedauerlicher Weise nicht aufgegriffen wurde, obwohl diese zunehmend an Bedeutung gewinnt und allein über die Vergütungspflicht von Festplatten nicht abzudecken ist. Für eine entsprechende Regelung wurden bereits Vorschläge unterbreitet¹⁸⁾, und könnte ein zeitgemäßer Zusatz am Ende des ersten Absatzes etwa wie folgt lauten:

„... oder wenn Speicherplatz für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch Dritter bereit gehalten wird.“¹⁹⁾

2. Änderungsvorschlag bezüglich der Kriteriums der Entgeltlichkeit (Abs 2)

Im zweiten Absatz dieser Bestimmung sind keine Änderungen vorgesehen. Es sollte jedoch, wie schon in den Vorbesprechungen hervorgehoben, klargestellt werden, dass sich das Erfordernis der Entgeltlichkeit nur auf den letzten der in Z 2 angeführten Fälle bezieht („Copyshop“-Fall). Es folgt dies zwar aus Wortlaut, Systematik und Sinn dieser Vorschrift, wurde aber in der Vergangenheit gelegentlich bezweifelt, weshalb eine Klarstellung sinnvoll erscheint.

Danach könnte die Bestimmung am Ende lauten wie folgt:

„... Bibliotheken oder in *solchen* Einrichtungen betrieben wird, die Vervielfältigungsgeräte entgeltlich bereithalten (Betreibervergütung).“

¹⁶⁾ 4 Ob 138/13t – „HP Computer-Festplatten“ MR 2014, 21 (*Michel Walter*) = ÖBI 2013/21, 90 (*Roman Heidinger*) = GRUR Int 2014, 402 = ZIR 2024, 149 = RdW 2014/378, 341.

¹⁷⁾ EuGH 05.03.2015 C-463/12 JUS EuGH/540 = GRUR Int 2015, 367 = RdW 2015/216, 232 = ZIR 2015, 190 (*Lukas Feiler*) = EuZW 2015, 351 (*Ole Jani/Frederik Lenen*) = ÖBI 2015/29, 137 (*Roman Heidinger*) = ZUM 2015, 381 (*Stefan Müller*).

¹⁸⁾ Siehe *Michel Walter*, Die vergütungspflicht von Computer-Festplatten und anderen multifunktionalen Speichermedien nach österr Recht, GRUR Int 2014, 437.

¹⁹⁾ Die Gewerbsmäßigkeit oder Erwerbsmäßigkeit erscheint in diesem Fall nicht notwendig vorliegen zu müssen.

3. Entfall des gerechten Ausgleichs (Abs 2a)

3.1. Dieser zusätzliche Absatz 2a) ist insoweit inhaltlich richtig, als ErwG 35 Info-RL einräumt, dass in besonderen Fällen ein Anspruch auf „gerechten Ausgleich“ auch entfallen kann, nämlich dann, wenn Urheber und Leistungsschutzberechtigten nur ein geringfügiger Nachteil, also ein nicht ins Gewicht fallender Schaden entsteht. Dies wurde auch in der Rechtsprechung des EuGH gelegentlich angesprochen. Es ist dies im Sinn richtlinienkonformer Auslegung allerdings ohnehin geltendes Recht, während die ausdrückliche Verankerung in § 42b UrhG diesen Ausnahmefall mE über Gebühr betont.

Auch ist mit dieser allgemeinen Umschreibung für die Auslegung des § 42b UrhG nichts gewonnen und wird übersehen, dass es sich bei dieser Bemerkung in ErwG 35 nur um einen Vorbehalt zu Gunsten einer konkretisierten Regelung durch den Gesetzgeber der Mitgliedstaaten handelt, nicht aber um eine von den Gerichten anzuwendende Generalklausel.

3.2. Davon abgesehen wird auch folgender Aspekt völlig außer Acht gelassen:

Nach richtiger Ansicht geht es nämlich nicht ausschließlich um den Ausgleich des den Rechteinhabern durch die Privatkopie-Ausnahme entstehenden Schadens, sondern auch um eine angemessene Abgeltung der – ohne Zustimmung des Berechtigten – zulässigen Nutzung²⁰. Auch wenn in der Rechtsprechung des EuGH immer wieder vom Schadensausgleich die Rede ist, hat das Europäische Höchstgericht diese zweite Funktion (Nutzungsentgelt) schon in seiner „Padawan“-Entscheidung²¹ gleichfalls betont. Ist in der vorgeschlagenen ausdrücklichen Vorschrift des Abs 2a aber nun lediglich von „geringfügigen Nachteilen“ die Rede, wird dieser zweite wesentliche Aspekt völlig vernachlässigt. Aus all diesen Gründen sollte dieser zusätzliche Absatz jedenfalls gestrichen werden.

3.3. Sollten diese Überlegungen jedoch keine Berücksichtigung finden, wäre diese Bestimmung jedenfalls zu ergänzen wie folgt:

(2a) Die Ansprüche nach Abs. 1 und 2 entfallen, soweit nach den Umständen erwartet werden kann, dass den Urhebern durch die Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch nur ein geringfügiger Nachteil entsteht. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn es sich dessen ungeachtet um eine nicht zu vernachlässigende Nutzung durch den Letztverbraucher handelt.

4. Zur Einschränkung der Händlerhaftung (Abs 3)

4.1. Die sogenannte „Händlerhaftung“, also die Haftung desjenigen, der Speichermedien zwar gewerbsmäßig in den Verkehr bringt, aber nicht als Erster, ist für die Durchsetzung der Speichermedienvergütung von wesentlicher Bedeutung. Ein sachlicher Grund für die Erhöhung der Bagatellgrenze in zweierlei Hinsicht ist jedoch nicht ersichtlich und wurde in keiner der zahlreichen Vorbesprechungen auch nur erwähnt. Die Hinaufsetzung der Bagatellgrenze ist auch durch die technische Entwicklung nicht erklärbar. Im Gegenteil: Im Hinblick auf die Fortschritte in der Komprimierungstechnik ist es möglich, immer größere Datenmengen auf kleinste Speicher zu kopieren. Ein Grund dafür, weshalb eine Angleichung der Obergrenze auf 10.000 Spielstunden auch für das Format Video geboten sein könnte, ist gleichfalls nicht ersichtlich und schlicht willkürlich.

4.2. Nicht sachgerecht ist auch die Neueinführung der davon unabhängigen Haftungsbeschränkung für Kleinunternehmer iSd UmsatzsteuerG, die unsachlich ist, weil die

20 Siehe näher *Michel Walter*, Die Leerkassettenvergütung nach österreichischem Urheberrecht vor dem Hintergrund der „SGAE/Padawan“-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union, in FS *Irmgard Griss* (2011) 693.

21 EuGH 21.10.2010 C-467/08 – „Padawan“ Slg 2010 I 10055 = MR Int 2011, 115 (*Michel Walter*) = MMR 2010, 828 (*Thomas Hoeren*) = RdW 2010/782, 778 = GRURInt 2010, 1043 = wbl 2010/231, 629 = EuZW 2010, 951 = GRUR 2011, 50 (*Kröber*) = CR 2011, 6 = jusIT 2010/99, 204 = ZfRV-LS 2010/62, 259 = jusIT 2011/1, 1 (*Elisabeth Staudegger*).

Größe eines Unternehmens keine Rückschlüsse auf das Volumen der Umsätze mit Speichermedien erlaubt.

4.3. Unter Hinweis auf den Vorschlag zur Einbeziehung auch von Vervielfältigungen zum eigenen und/oder privaten Gebrauch in der „*Cloud*“ wäre der dritte Absatz durch die Festlegung des Zahlungspflichtigen auch für diesen Fall zu ergänzen, und könnte eine solche Regelung wie folgt lauten:

„3. die Speicherplatzvergütung derjenige, der Speicherplatz von einer im In- oder im Ausland gelegenen Stelle aus im Inland zur Verfügung stellt; der letzte Halbsatz der Z 1 gilt entsprechend.“

5. Zu den vorgeschlagenen Parametern betreffend die Höhe des gerechten Ausgleichs

5.1. Gegen eine Neufassung und Ergänzung der Parameter in Bezug auf die Höhe der Speichermedien- und Reprografievergütung in Abs 4 ist grundsätzlich nichts einzuwenden. In der vorgeschlagenen Form ist der vierte Absatz jedoch nicht angemessen und enthält nahezu ausschließlich Beschränkungen zum Vorteil der Nutzerseite („Preisbremsen“), deren Berücksichtigung die Festlegung eines „gerechten Ausgleichs“ unmöglich macht. Zwar hat der nationale Gesetzgeber aus unionsrechtlicher Sicht bei der Festlegung der Höhe des gerechten Ausgleichs einen gewissen Spielraum, doch dürfen die zu berücksichtigenden Kriterien nicht einseitig die Nutzerinteresse berücksichtigen, wie es bei den vorgeschlagenen Formulierungen in nicht weniger als neun Einzelbestimmungen nahezu ausschließlich der Fall ist.

5.2. Dazu im Einzelnen Folgendes:

Zu Z 1:

Die Rücksichtnahme auf bisher in Geltung gestandene vergleichbare Tarifansätze erscheint vor allem im Hinblick auf neue Speichermedien bzw Geräte, auf welche die bisherigen Tarife nicht unmittelbar anwendbar sind, sinnvoll. In diesem Zusammenhang erscheint es sachgerecht, sich an vergleichbaren, bisherigen Tarifansätzen zu orientieren.

Nicht sachgerecht ist dagegen der Hinweis auf das Gesamtvolumen der Vergütung sowie darauf, dass keine unverhältnismäßigen Veränderungen eintreten sollen. Schon das Kriterium des Gesamtvolumens erscheint unsachlich, weil sich dieses aus den Einzeltarifen und dem Volumen (dem Umsatz) mit Speichermedien und Geräten ergibt. Vergrößert sich dieses Volumen, muss sich ohne Zweifel auch das Gesamtvolumen der Vergütungen vergrößern, wenn ein gerechter Ausgleich gewährleistet werden soll. Gegebenenfalls kann es auch zu größeren Veränderungen kommen, was allerdings nicht notwendig der Fall sein muss.

Zu Z 2:

Dies gilt entsprechend für die vorgeschlagene Berücksichtigung ausländischer Tarife und Volumina in allen Mitgliedstaaten der EU bzw Vertragsstaaten des EWR. Sicherlich können ausländische Tarife zum Vergleich herangezogen werden, es bedarf dies aber keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz und sollte der richterlichen Beurteilung überlassen bleiben. Im Übrigen müssen nicht nur die Vergütungssätze vergleichbar sein, sondern muss in dem betreffenden Ausland auch eine vergleichbare rechtliche Situation gegeben sein und muss es sich um einen vergleichbaren Markt handeln, worauf die Formulierung in keiner Weise Rücksicht nimmt. Wenn in diesem Zusammenhang gesondert wiederum auf die Volumina (im Ausland) abgestellt wird, so ist dies unverständlich, weil diese von den verschiedensten Umständen abhängen und keine Schlüsse auf die Angemessenheit des gerechten Ausgleichs zulassen.

Zu Z 3:

Die Berücksichtigung der Nachteile für die Rechteinhaber entspricht, wie bereits ausgeführt, der ständigen Rechtsprechung des EuGH und den Vorgaben des ErwG 35 Info-RL und ist insoweit nichts Neues. Der Hinweis auf die Auswirkung auf die normale Werkverwertung und die berechtigten Interessen des Urhebers stammt aus dem konventions- und unionsrechtlichen „Drei-Schritt-Test“, weshalb gegen diesen Hinweis keine grundsätzlichen Einwände bestehen. Allerdings handelt es sich dabei um Generalklauseln, die für die Bemessung der Höhe des Anspruchs auf angemessene Vergütung wenig aussagen und nach Art 9 Abs 2 Berner Übereinkunft und Art 5 a 5 Info-RL ohnehin zu berücksichtigen sind.

Zu Z 4:

Der Hinweis auf die Vorteile des Nutzers sowie diejenigen des Zahlungspflichtigen entspricht gleichfalls den Vorgaben des ErwG 35 Info-RL und der Rechtsprechung des EuGH. Diese Formulierung macht zu Recht deutlich, dass auch ohne ins Gewicht fallende Nachteile für die Rechteinhaber die Vorteile des Nutzers, nämlich ein zustimmungsfreier und grundsätzlich kostenloser Werkgenuss, abzugelten ist (siehe dazu schon oben).

Wenn dieser Parameter durch die Berücksichtigung auch der wirtschaftlichen Situation der jeweiligen Branche ergänzt wird, erscheint dies allerdings bedenklich, kann aber im Weg einer Gesamtbetrachtung allenfalls akzeptiert werden, wenn auch auf die wirtschaftliche Situation der Rechteinhaber Bezug genommen wird, um deren Gewährleistung und Verbesserung es der Regelung des § 42b UrhG insgesamt gehen muss²²). Dies versäumt der vorliegende Entwurf einer UrhGNov 2015 aber.

Im Sinn einer Einbeziehung auch der „Cloud“-Problematik müsste diese Bestimmung jedenfalls am Ende etwa wie folgt lauten:

„... einschließlich des Umsatzes mit Geräten und Zubehör *bzw mit der Zurverfügungstellung von Speicherplatz*;“

Zu Z 5:

Die in Z 5 festgelegten Kriterien erscheinen sachgerecht und wurden bei den Gesamtvertragsverhandlungen auch stets berücksichtigt. Auch der Hinweis auf die Anwendung technischer Maßnahmen ist an sich richtlinienkonform, für die Speichermedienvergütung aber nicht relevant und müsste deshalb gestrichen werden.

Abgesehen davon, dass technische Maßnahmen - vor allem in Bezug auf den sog Kopierschutz - immer weniger angewandt werden, wirken sich diese auf den Umfang der Vervielfältigung zum privaten und/oder eigenen Gebrauch in diesem Bereich nicht aus. Machen technische Maßnahmen ein Kopieren nämlich unmöglich, werden Speichermedien entsprechend weniger umgesetzt und verwendet; dieser Umstand wird deshalb bei der Anwendung der Tarife automatisch durch die geringeren Stückzahlen berücksichtigt. Im Bereich der Speichermedienvergütung spielen technische Maßnahmen deshalb keine Rolle. Diese können nur für eine Gerätevergütung relevant sein, weil diese im Fall der Anbringung eines Kopierschutzes oder sonstiger technischer Maßnahmen weniger für einschlägige Vervielfältigungen verwendet werden können. Da Österreich aber keine Gerätevergütung kennt, hat dieser Hinweis zu entfallen.

Im Hinblick auf die bereits mehrfach angedeutete Einbeziehung auch der „Cloud“-Problematik könnte die gegenständliche Vorschrift insgesamt lauten wie folgt

22) Siehe dazu die ErwG 9 bis 11 Info-RL (vom EuGH wiederholt zitiert!).

„4. auf das Maß, in welchem Speichermedien, Geräte **und Speicherplatz** durchschnittlich für Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch genutzt werden und auf das Gesamtausmaß solcher Nutzungen. ~~Dabei sind die Auswirkungen der Anwendung technischer Schutzmaßnahmen auf die Nutzung der betreffenden Werke für vergütungspflichtige Vervielfältigungen zu berücksichtigen.~~“

Zu Z 6:

Die in Z 6 festgelegten Parameter erscheinen sachgerecht.

Zu Z 7:

Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen von Herstellern, Händlern und Importeuren erscheint gleichfalls unangebracht, zumal diese keine Anhaltspunkte für die Höhe des gerechten Ausgleichs liefern können. Diese Bestimmung müsste deshalb zur Gänze entfallen oder durch eine entsprechende Berücksichtigung auch der Interessen der Rechteinhaber ergänzt werden.

Zu Z 8:

Die vorgesehene Abhängigkeit der Höhe des gerechten Ausgleichs vom Preis der Speichermedien und Geräte erscheint jedenfalls nicht sachgerecht. Bekanntlich werden diese zu immer geringeren Preisen gehandelt, und dürften auch die Herstellungskosten laufend sinken, was jedoch das Kopiervolumen insgesamt nicht verringert, sondern vielmehr laufend steigert.

Weiters hängen weder die den Rechtsinhabern entstehenden Nachteile noch die Höhe des angemessenen Nutzungsentgelts in irgendeiner nachvollziehbaren Weise vom Preisniveau der Speichermedien und der Kopiergeräte ab. Die vorgeschlagene Regelung ist deshalb willkürlich und sowohl aus unionsrechtlicher als auch aus verfassungsrechtlicher Sicht mehr als bedenklich. Dies umso mehr als - ausschließlich im Interesse der Nutzer und im Interesse der Zahlungspflichtigen willkürliche Prozentsätze (6% bzw 11%) vorgeschlagen werden.

Zu Z 9:

Entspricht der bisherigen Z 3.

6. Vorabfreistellung und Rückvergütung (Abs 5 bis 9)

6.1. Die Neutextierung der **Z 2** des 5. Absatzes ist grundsätzlich zu begrüßen, müsste aber modifiziert werden. Dies in zweierlei Hinsicht:

- Zwar ist davon auszugehen, dass die Rückzahlungsverpflichtung an den Letztverbraucher nicht dahingehend zu verstehen ist, dass diese auch private Nutzer einbeziehen soll, es müsste dies aber klargestellt werden. Denn eine Rückzahlung an Private ist einerseits im Hinblick auf die in der Zwischenzeit ständige Rechtsprechung des EuGH nicht erforderlich, zum Anderen wäre dies aus praktischer Sicht auch undurchführbar und würde einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern.

Es entspricht dies auch nicht der seit Jahren geübten Praxis der *austro-mechana*, ohne dass dies jemals zu Schwierigkeiten geführt hätte. Zudem wären die Angaben Privater, die zu alledem auch nur glaubhaft gemacht werden müssten, in keiner Weise überprüfbar. Wollte man aber eine Überprüfbarkeit auch für Private vorsehen, würde dies

auch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Privatsphäre darstellen. Schließlich können wiederbeschreibbare Speichermedien von Tag zu Tag anders verwendet werden.

In diesem Zusammenhang hat der EuGH in seiner jüngsten Entscheidung zum gerechten Ausgleich, dem Urteil in der Rechtssache „Copydan“²³ auch neuerlich klargestellt, dass „ein Nachweis der tatsächlichen Nutzung für private Zwecke nicht erforderlich ist“ und bei natürlichen Personen davon auszugehen ist, „dass die zur Verfügung gestellten Mittel vollständig ausgeschöpft werden“, weshalb „die entsprechende technische Möglichkeit“ ausreicht.

- Weiters sollte die Wendung am Ende der Z 2 „...oder benutzen lässt“ jedenfalls gestrichen werden, zumal nicht ersichtlich ist, auf welche Fälle sich diese beziehen soll. Sowohl der (vergütungspflichtige) eigene Gebrauch als auch der private Gebrauch setzt nach § 42 UrhG voraus, dass die Vervielfältigung von der berechtigten Person oder Institution selbst vorgenommen wird. Dies trifft aber auch für die Vervielfältigung zum eigenen (oder privaten) Gebrauch eines anderen nach § 42a UrhG zu. Denn nicht die Benützung (durch Dritte) als solche ist vergütungspflichtig, sondern die Herstellung der Kopien bzw des Inverkehrbringen von Geräten oder Trägermaterial. Der erwähnte Zusatz könnte deshalb nur zu Auslegungsschwierigkeiten führen und sollte deshalb jedenfalls entfallen.

Die ausdrückliche Klarstellung der von der *austro-mechana* seit Jahren geübten Praxi der sog „Vorabfreistellung“ im Gesetzestext selbst erscheint sinnvoll, zumal sich diese Form als effizienter erwiesen hat als Rückvergütungen im Nachhinein.

6.2. Auch die Information von Zahlungspflichtigen und Letztverbrauchern (Abs 8) über die Möglichkeiten einer Vorabfreistellung und einer Rückvergütung entsprechen der gängigen Praxis der *austro-mechana*. Die gesetzliche Festschreibung dieser Praxis erscheint auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „austro mechana/Amazon Gesellschaften“²⁴ sinnvoll.

6.3. Die vorgesehene Verpflichtung (Abs 9) zur Ausweisung der Speichermedien- und/oder Gerätevergütung auf den Rechnungen ist zu begrüßen und entspricht auch einem Anliegen der Endnutzer.

7. Die „Übergangsbestimmung“ des § 116 Abs 11 UrhG

§ 116 (11) Für die Jahre 2016 bis 2019 sollen die Einnahmen aus der Speichermedienvergütung und der Reprographievergütung insgesamt den Richtwert von 29 Millionen Euro vor Abzug der Rückerstattungen am jährlichen Gesamtaufkommen nicht übersteigen.“

Die vorgesehene „Übergangsregelung“ ist unsachlich und unionsrechtswidrig. Sie „deckelt“ die Einnahme aus der Speichermedienvergütung und der Reprographievergütung mit einem Betrag von € 29 Millionen jährlich, wobei diese Deckelung offensichtlich unabhängig von der ohnehin vorgeschlagenen – und gleichfalls nicht nachvollziehbaren – Deckelung der Vergütungsbeträge mit bestimmten Prozentsätzen des Abgabepreises von Speichermedien und/oder Geräten hinzukommen soll. Dazu in aller Kürze im Einzelnen Folgendes.

7.1. Zunächst ist die vorgeschlagene Regelung schon deshalb unsachlich, weil zwei völlig unterschiedliche Vergütungsregelungen, nämlich die Speichermedienvergütung einerseits und

23 EuGH 05.03.2015 C-463/12 – „Copydan Båndkopi/Nokia Danmark“ JUS EuGH/540 = GRUR Int 2015, 367 = RdW 2015/216, 232 = ZIR 2015, 190 (Lukas Feiler) = EuZW 2015, 351 (Ole Jani/Frederik Lenen) = ÖBl 2015/29, 137 (Roman Heidinger) = ZUM 2015, 381 (Stefan Müller).

24 EuGH 27.06.2013 C-457/11 bis 460/11 – MR 2013, 172 (Michel Walter) = ecolex 2013/337, 812 (Axel Anderl) = GRUR 2013, 1025 = GRUR Int 2013, 949 = EuZW 2013, 741 = CRi 2013, 632 = ZUM 2013, 780 = ÖBl 2013/69, 283 = ÖBl 2013/69, 283 = ZIR 2013, 378 (Sascha Jung/Georg Streit).

die Reprografievergütung andererseits zusammengerechnet werden, was nicht nachvollziehbar und jedenfalls unsachlich ist. Dies auch im Hinblick darauf, dass der Kreis der beteiligten Verwertungsgesellschaften ein unterschiedlicher ist.

7.2. Die Unionsrechtswidrigkeit folgt aber auch aus den Vorgaben der Info-RL, wonach – sowohl für den Bereich der reprografischen Vervielfältigung als auch für denjenigen der Vervielfältigung zum privaten Gebrauch auf anderem Trägermaterial als Papier – jeweils ein gerechter Ausgleich vorgesehen werden muss, dessen willkürliche „Deckelung“ mit einem solchen Anspruch unvereinbar ist. Sollte der „gerechte Ausgleich“ etwa tatsächlich bei € 35 Millionen liegen, führt die vorgeschlagene Deckelung unausweichlich dazu, dass der zu bezahlende Ausgleich darunter liegen würde und damit nicht gerecht (angemessen) sein könnte.

7.3. Hinzu kommt der Umstand, dass der vorgeschlagene Betrag von € 29 Millionen „vor Abzug der Rückerstattungen“ zu berechnen ist, was eine willkürliche und damit gleichheitswidrige Regelung darstellt, da die Deckelung damit Vergütungsbeträge in die Berechnung einbezöge, die tatsächlich nicht bei den Rechteinhabern verbleiben.

7.4. Davon abgesehen ist weder das Einkommen aus der Speichermedienvergütung noch dasjenige aus der Reprografievergütung im Vorhinein abzusehen; noch weniger trifft dies für den Umfang der Rückerstattungen zu. Die vorgeschlagene Regelung könnte deshalb lediglich dazu führen, dass die Vergütungsbeträge ex post herabgesetzt werden, was keineswegs den Letztverbrauchern zu Gute käme, die tatsächlich nutzen, sondern ausschließlich den Zahlungspflichtigen.

8. Die ergänzende Auskunftspflicht nach § 90a UrhG

Der Vorschlag des Entwurf einer UrhGNov 2015 (Meldepflicht für das Inverkehrbringen von Speichermedien und –geräten) lautet wie folgt:

Meldepflicht für das Inverkehrbringen von Speichermedien und Vervielfältigungsgeräten

§ 90a. (1) Wer Speichermedien oder Vervielfältigungsgeräte von einer im In- oder im Ausland gelegenen Stelle aus als erster gewerbsmäßig in den Verkehr bringt, ist unbeschadet der Auskunftspflicht nach § 87a Abs. 1 den zur Vergütung nach § 42b Berechtigten gegenüber verpflichtet, Art und Stückzahl der eingeführten Gegenstände einer gemeinsamen Empfangsstelle vierteljährlich bis zum zehnten Tag nach Ablauf jedes dritten Kalendermonats schriftlich mitzuteilen. Die Verwertungsgesellschaften haben der Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften jeweils eine gemeinsame Empfangsstelle für die Speichermedienvergütung und die Reprographievergütung zu bezeichnen; die Aufsichtsbehörde gibt diese auf ihrer Website bekannt.

(2) Kommt der Meldepflichtige seiner Meldepflicht nicht, nur unvollständig oder sonst unrichtig nach, kann der doppelte Vergütungssatz verlangt werden.

8.1. Der vorgeschlagene § 90a UrhG hat zwei wesentliche Funktionen:

Einerseits haben die Zahlungspflichtigen die Verpflichtung, entsprechende Auskünfte aus Eigenem und nicht erst auf Aufforderung einer Verwertungsgesellschaft zu erteilen. Zum anderen ist die Verletzung dieser Auskunftspflicht mit einer Verdoppelung der angemessenen Vergütung (bezüglich des unvollständigen oder unrichtigen Teils) sanktioniert. Beides erscheint sachgerecht und würde die Durchsetzung der Leerkassettenvergütung erheblich erleichtern. Inhaltlich geht allerdings diese Auskunftspflicht nicht wesentlich über die ohnehin schon gewährleistete Auskunftspflicht hinaus und ist darüber hinaus auch nur quartalsweise zu erfüllen. Mit Erteilung der erforderlichen Auskünfte wird allerdings auch die kurze dreijährige Verjährungsfrist nach § 90 UrhG zu laufen beginnen.

8.2. Da die Erteilung dieser Auskünfte – etwa wegen Vorliegens der Voraussetzungen für eine „Vorabfreistellung“ - nicht notwendig auch zu einer Zahlungspflicht führen muss, könnte

fraglich sein, ob die in § 42b Abs 3 UrhG geregelte Sonderzuständigkeit des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien auch auf Fälle anwendbar ist, in welchen der Auskunftspflicht nach § 90a UrhG zuwidergehandelt wird, was allerdings anzunehmen ist. Eine Klarstellung würde sich aber zur Vermeidung von Zuständigkeitsstreitigkeiten in Bezug auf potentielle Beklagte in Drittstaaten empfehlen. Eine solche könnte etwa lauten wie folgt:

„(3) § 42b (3) letzter Halbsatz der Z 1 gilt entsprechend.“

9. Zu den §§ 18a und 18b VerwGesG 2006

Der Entwurf einer UrhGNov 2015 schlägt ergänzend noch folgende Regelungen im VerwGesG vor:

Tarife für Geräte und Speichermedien

§ 18a. (1) Vor der Geltendmachung von neuen Vergütungen für Geräte oder Speichermedien hat die Verwertungsgesellschaft durch empirische Untersuchungen die tatsächliche Nutzung der Geräte oder Speichermedien zu ermitteln und auf deren Grundlage mit der Nutzerorganisation über die angemessene Vergütungshöhe und den Abschluss eines Gesamtvertrages zu verhandeln. Vor der Aufstellung eines Tarifs ist überdies der Bundesarbeitskammer Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(2) Kommt ein Gesamtvertrag zwischen Verwertungsgesellschaft und Nutzerorganisation binnen zwölf Monaten, nachdem die Verwertungsgesellschaft die Nutzerorganisation zu Verhandlungen aufgefordert hat, zustande, so können die Vergütungen für die betroffenen Speichermedien oder Geräte erst für die Zeit nach Abschluss des Gesamtvertrags geltend gemacht werden.

Beirat für die Geräte- und Speichermedienvergütung

§ 18b. (1) Zur Beratung über die Geräte- und Speichermedienvergütung nach § 42b UrhG wird ein Beirat eingerichtet.

(2) Aufgabe des Beirates ist die Beobachtung und Evaluierung des Marktes für Vervielfältigungsgeräte und Speichermedien, um neue Geräte und Speichermedien oder ein geändertes Nutzungsverhalten zu erfassen und den Abschluss oder die Neuverhandlung von Gesamtverträgen zu erleichtern.

(3) Der Beirat setzt sich aus Vertretern der die Vergütungen einhebenden Verwertungsgesellschaften, der Wirtschaftskammer Österreich und der Bundesarbeitskammer zusammen.

(4) Die Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften unterstützt als Geschäftsstelle den Beirat bei der Erfüllung seiner Aufgaben. Sie veröffentlicht jährlich einen Bericht über die Tätigkeit des Beirates auf ihrer Website.

(5) Nähere Bestimmungen kann der Bundesminister für Justiz mit Verordnung festlegen.

§ 40(5) § 13 Abs. 5, § 16 Abs. 1, § 18 Abs. 1, §§ 18a und 18b sowie § 19 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/2015 treten mit 1. Oktober 2015 in Kraft.“

9.1. Grundsätzliches

(a) Die vorgeschlagenen Bestimmungen der §§ 18a und 18b VerwGesG 2006 haben insgesamt zum Ziel, die Bundesarbeiterkammer in die autonome Tarifbildung von Verwertungsgesellschaften und in die Gesamtvertragsverhandlungen zwischen den beteiligten Wirtschaftskreisen (Gesamtvertragspartnern) einzubinden. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Arbeiterkammer nach dem vorgeschlagenen § 18a Abs 1 Satz 2 nur zu einer Stellungnahme Gelegenheit zu geben ist, und es sich bei dem vorgeschlagenen Beirat nach § 18b nur um ein beratendes Organ handeln soll.

(b) Diese Einbindung der Bundesarbeitskammer ist aber – bei allem Respekt vor dieser Institution, deren Aufgaben und Zielen – nicht nur systemwidrig, sondern darüber hinaus unsachlich und damit im verfassungsrechtlichen Sinn willkürlich. Denn die Bundesarbeiterkammer vertritt seit Jahren (und Jahrzehnten) einen – gelinde gesagt - wenig urheberfreundlichen Standpunkt und ist ausschließlich darauf bedacht, dass Kulturgüter zu möglichst niedrigen Preisen angeboten werden können. Dies ungeachtet des Umstands, dass die Bundesarbeiterkammer gesetzgemäß auch dazu berufen ist, nicht nur die sozialen, wirtschaftlichen und beruflichen Interessen, sondern auch die „kulturellen Interessen der Arbeitnehmer und ArbeitnehmerInnen zu vertreten und zu fördern“ (§ 1 ArbeiterkammerG). Mit den vorgeschlagenen Regelungen würden sich die Verwertungsgesellschaften nicht nur bei den Gesamtvertragsverhandlungen einer „doppelten Gegnerschaft“ gegenübersehen, sondern auch schon im Vorfeld im Zug der – gesetzlich angeordneten autonomen – Tariffestsetzung. Bei dieser handelt es sich ganz bewusst um die Verpflichtung, die eigenen Preisvorstellungen öffentlich zugänglich zu machen, über welche sodann „synallagmatische“ Verhandlungen mit der Interessensvertretung der Nutzerseite zu führen sind (hier: WKÖ). Die Einbeziehung der Bundesarbeiterkammer in diesen Prozess als weiteren „Gegner“ im Sinn eines möglichst niedrigen kulturellen Preisniveaus (im missverstandenen Interesse von Konsumenten) ist nicht nur systemwidrig, sondern in höchstem Maß unsachlich.

(c) Aus rechtlicher Sicht ist hinzuzufügen, dass die Einbindung der Bundesarbeiterkammer in die Tarifgestaltung der Verwertungsgesellschaften und die Vorbereitung der Gesamtvertragsverhandlungen mit dem „natürlichen Gegner“ Wirtschaftskammer Österreich das Gleichgewicht der betroffenen Wirtschaftskreise empfindlich stören würde, welches ein Grundanliegen der verwertungsgesellschaftlichen Gesamtvertragspraxis ist. Zudem beschränkt diese Einbindung auch die Vertragsautonomie der beteiligten Kreise ebenso maßgeblich wie die unternehmerische Freiheit, was schon für sich genommen nicht verfassungskonform ist. Der Verfassungsgerichtshof hat dies in einem anderen urheberrechtlichen Zusammenhang erst kürzlich bestätigt²⁵.

9.2. Zur vorgeschlagenen Regelung des § 18a im Einzelnen

(a) Aus der gewählten Formulierung „... *neuen Vergütungen für Geräte oder Speichermedien*“ dürfte abzuleiten sein, dass es sich hier um neue Gerätetypen, bisher unbekannte Arten von Speichermedien oder um bisher nicht in die gesamtvertragliche Vergütungsregelungen einbezogene Geräte oder Speichermedien handelt, für welche bisher keine gesamtvertragliche (oder satzungsmäßige) Regelung bestand, weil diese neu auf den Markt gekommen sind oder neu in die Vergütungspflicht einbezogen werden. Es geht insoweit deshalb nicht um „*neue Vergütungen*“, sondern um Vergütung „für neue Geräte oder Speichermedien“ bzw neu in die Vergütungspflicht einbezogene Geräte und Trägermaterialien, was bei der Formulierung jedenfalls zu berücksichtigen wäre. Eine dies berücksichtigende Formulierung könnte etwa wie folgt lauten:

„(1) Vor der Geltendmachung von ~~neuen~~ Vergütungen für Geräte oder Speichermedien, auf welche bisher weder ein Gesamtvertrag noch eine Satzung anwendbar war, hat die Verwertungsgesellschaft durch empirische Untersuchungen die tatsächliche Nutzung der Geräte oder Speichermedien zu ermitteln und auf deren Grundlage mit der Nutzerorganisation über die angemessene Vergütungshöhe und den Abschluss eines Gesamtvertrages zu verhandeln.“

25 VfGH 25.06.2014 B-17 705/2013 MR 2014, 355 (Michel Walter).

(b) Abgesehen von dem zuvor schon kommentierten letzten Satz (Einbeziehung der Bundesarbeiterkammer) bestehen gegen diese Vorschrift grundsätzlich keine Einwendungen; diese Vorgangsweise entspricht auch der bisherigen Praxis der Verwertungsgesellschaften, die hierfür auch die – nicht unbeträchtlichen – Kosten empirischer Untersuchungen tragen.

(c) Der vorgeschlagene zweite Absatz mit einer zwölfmonatigen Sperrfrist ist allerdings unklar. Sollte darunter zu verstehen sein, dass die begehrte Vergütung für den Fall des Zustandekommens eines Gesamtvertrags binnen zwölf Monaten erst ab dem Zeitpunkt des Abschlusses (gerichtlich) geltend gemacht werden kann, läuft dies auf eine „Enteignung“ für die Vergangenheit hinaus, weil damit für eine längere Zeitspanne, nämlich für den Zeitraum des erforderlichen Vorlaufs einschließlich der empirischen Untersuchungen und für einen weiteren Zeitraum von bis zu einem Jahr kein „gerechter Ausgleich“ zu bezahlen wäre. Dies stünde aber mit den zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben in Widerspruch.

Im Übrigen könnte sich diese Bestimmung auch als kontraproduktiv erweisen. Um diese Folge zu vermeiden, könnten Verwertungsgesellschaften versucht sein, die Verhandlungen ihrerseits nicht innerhalb eines Jahres abzuschließen. Dieser Nachteil dürfte durch den möglichen Anreiz für die Zahlungspflichtigen, möglichst innerhalb eines Jahres abzuschließen, um in den Vorteil dieser Regelung zu gelangen, nicht aufgewogen werden.

9.3. Zur vorgeschlagenen Regelung des § 18b im Einzelnen

(a) Der Vorschlag zur Einrichtung eines Beirats mit beratender Funktion läuft letztlich nur auf die Einbeziehung der Bundesarbeiterkammer hinaus, wie bereits ausgeführt. Denn die Befassung der Verwertungsgesellschaften einerseits und der Wirtschaftskammer Österreich als Vertretung der Zahlungspflichtigen andererseits mit der „Beobachtung und Evaluierung des Markts für Vervielfältigungsgeräte und Speichermedien“ sowie mit „neuen Geräten und Speichermedien“ bzw ein eventuell „geändertes Nutzungsverhalten“ ist für diese (potenziellen) Gesamtvertragspartner eine Selbstverständlichkeit. Es ist auch nicht ersichtlich, wie sich die tatsächlich beteiligten „Wirtschaftskreise“ selbst beraten können sollten. Die Einbeziehung der Bundesarbeiterkammer ist aber, wie schon oben ausgeführt, nicht sachgerecht und würde für Österreich ein „preisbremsendes Unikum“ darstellen, welches dem „Kulturland Österreich“ nicht wohl anstünde.

(b) Im Übrigen läuft die Befassung der betroffenen Kreise mit einem selbständigen Beirat auf die Bindung von Ressourcen insbes der Verwertungsgesellschaften hinaus, die zu Lasten ihrer Bezugsberechtigten gehen, was auch für die Aufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften gilt, deren Eigenständigkeit und Unabhängigkeit mit der Aufbürdung solcher vermeidbarer Verwaltungsaufgaben kaum gefördert würde.

(c) Schließlich sei in Erinnerung gerufen, dass die Umlegung der Modells der „Sozialpartnerschaft“, welches in anderen Zusammenhängen durchaus Sinn machen mag, auf urheberrechtliche Belange²⁶ ganz allgemein nicht sachgerecht ist, weil beide Kammern, wie bereits erwähnt, anders als etwa im Arbeits- oder Sozialrecht von ArbeitnehmerInnen oder auf anderen „sozialpartnerfähigen“ Gebieten nur einer Seite zuzurechnen sind. Dies im Hinblick auf die von der Wirtschaftskammer Österreich zu vertretenden Unternehmensinteressen und die von der Bundesarbeiterkammer vertretenen Konsumenteninteressen, die im gegenständlichen Zusammenhang nicht zu einer ausgewogenen Betrachtung führen können,

26 Siehe dazu die seinerzeitige Schiedsstelle, die sich am Ende ihrer wenig rühmlichen Tätigkeit selbst lahmgelegt hat.

sondern vielmehr zu einer unausgewogenen Bündelung von Wirtschafts- und Konsumenteninteressen gegen die legitimen Interessen der Rechteinhaber führen müssen²⁷.

VI. Zur Schutzdauer anonymer und pseudonymer Werke sowie zur vorgeschlagenen Auflösung des Urheberregisters

Der Entwurf einer UrhGNov 2015 sieht weiters folgende Regelung in Bezug auf die Offenbarung der Anonymität oder Pseudonymität eines Werks vor und schlägt zugleich die Aufgabe des - wenig genutzten - Urheberregisters vor. Danach soll die Bestimmung wie folgt lauten:

„§ 60 (1) Das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Tonkunst und der bildenden Künste endet siebenzig Jahre nach dem Tod des Urhebers (§ 10 Abs. 1). Bei einem von mehreren Urhebern gemeinsam geschaffenen Werk (§ 11) endet das Urheberrecht siebenzig Jahre nach dem Tod des zuletztlebenden Miturhebers (§ 10 Abs. 1).

§ 61. (1) Das Urheberrecht an anonymen und pseudonymen Werken endet siebenzig Jahre nach ihrer Schaffung. Wenn aber das Werk vor dem Ablauf dieser Frist veröffentlicht wird, endet das Urheberrecht siebenzig Jahre nach der Veröffentlichung.

(2) Wenn die Identität des Urhebers innerhalb der in Abs. 1 bezeichneten Frist offenbart wird oder das vom Urheber angenommene Pseudonym keinen Zweifel an seiner Identität zulässt, ist die Schutzfrist nach § 60 zu bemessen.

(3) Zur Offenbarung der Identität des Urhebers ist er selbst oder eine Person berechtigt, auf die das Urheberrecht nach seinem Tod übergegangen ist.

§ 116 (10) Das vom Bundesminister für Justiz geführte Urheberregister ist mit dem Tag des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes abzuschließen und nicht fortzuführen. § 60 Abs. 1 und § 61 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. XX/2015 gelten für alle Werke, deren Schutzdauer am Tag des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes noch nicht abgelaufen ist. Die Schutzfrist von Werken, für die vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes die Eintragung des Urhebers im Amtsblatt zur Wiener Zeitung gemäß § 61c öffentlich bekanntgemacht wurde, ist weiterhin nach § 60 zu bemessen.“

1. Das Verständnis des Begriffs anonymer und pseudonymer Werke folgt nach österr. Recht aus der in § 12 geregelten Urheberschaftsvermutung. Diese begriffliche Verknüpfung geht durch die Umformulierung der §§ 60 und 61 verloren und sollte – etwa durch einen Klammerverweis – wieder hergestellt werden. Auch wäre klarzustellen, dass mit dem Erscheinen des Werks oder dessen Veröffentlichung mit dem wahren Namen des Urhebers oder einem bekannten Künstlerzeichen jedenfalls die Offenbarung der Identität verbunden ist. Ob die Identität des Urhebers auch auf andere Weise offenbart werden kann, ist der Neuregelung nicht zu entnehmen und sollte gleichfalls klargestellt werden.

2. Richtig ist, dass das Urheberregister in der Praxis selten verwendet wurde. Ob dies dessen Abschaffung rechtfertigt, könnte fraglich sein, zumal dessen „begrenzte Öffentlichkeit“ doch einiges für sich hat.

²⁷ Vgl. dazu grundsätzlich schon Michel Walter, Urheberrecht mit dem menschlichen Antlitz - Ansätze und Ziele eines ausgleichenden (sozialen) Urheberrechts, Present Problems of Copyright and Industrial Property - FS für Karel Knap (1989) 129.

VII. Die Änderungsvorschläge im Bereich des Leistungsschutzrechts

1. Neuformulierung des Begriffs ausübender Künstler

Der Entwurf einer UrhGNov 2015 schlägt eine systematische Neuordnung der §§ 66ff UrhG vor und nimmt vereinzelt Klarstellungen vor. So soll der Begriff des ausübenden Künstlers – dem Beispiel des deutschen Gesetzes folgend – etwas allgemeiner umschrieben werden, und zwar wie folgt:

„Ausübender Künstler

§ 66. Ausübender Künstler im Sinn dieses Bundesgesetzes ist, wer ein Werk vorträgt, aufführt, auf eine andere Weise darbietet oder an einer solchen Darbietung künstlerisch mitwirkt, und zwar unabhängig davon, ob das dargebotene Werk den urheberrechtlichen Schutz dieses Bundesgesetzes genießt oder nicht.

1.1. Problematisch an dieser Umschreibung ist der Hinweis auf die „künstlerische“ Mitwirkung an Darbietungen, der auch im deutschen Recht zu unterschiedlichen Auslegungen geführt hat. Dazu sollte zumindest in den Erläuternden Bemerkungen darauf hingewiesen werden, dass damit die bisherige Auslegung nicht geändert werden soll, wonach jede Darbietung eines urheberrechtlich schützbaeren Werks den Schutz des Gesetzes genießt, und nur klargestellt werden soll, dass auch eine Mitwirkung in anderer Weise als durch das unmittelbare Vortragen oder Aufführen geschützt ist, wenn sie sich im künstlerischen Bereich und nicht bloß im technisch-organisatorischen bewegt. Denn ein Abhängigmachen des Schutzes von der künstlerischen Qualität einer Darbietung oder auch nur von der Qualifikation als künstlerisch wäre sachlich nicht gerechtfertigt und würde auch zu schwer lösbaren Auslegungsproblemen führen.

1.2. Hervorzuheben ist weiters, dass der Entwurf einer UrhGNov 2015 auch vorschlägt, die Persönlichkeitsrechte des ausübenden Künstlers mit den Anforderungen des WPPT in Einklang zu bringen und damit eine noch bestehende Umsetzungslücke zu schließen. Die dem urheberrechtlichen Pendant nachgebildete Vorschrift sollte danach wie folgt lauten:

„§ 67. (1) Der ausübende Künstler hat das Recht, in Bezug auf seine Darbietung als solcher anerkannt zu werden. Er kann dabei bestimmen, ob und mit welchem Namen er genannt wird.“

1.3. Kritisch anzumerken ist, dass die Verwertungsrechte des ausübenden Künstlers nach wie vor weit hinter denjenigen vergleichbarer ausländischer Gesetze zurückbleiben, woran der Entwurf einer UrhGNov 2015 nichts ändert. In diesem Zusammenhang sei insbes auf die unterentwickelten Bestimmungen des § 71 UrhG in Bezug auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe und die wenig klare Regelung der integralen Kabelweiterleitung verwiesen.

2. Recht der Kabelweiterleitung für den Signalschutz

Der Entwurf einer UrhGNov 2015 schlägt weiters vor, die Verweisungsbestimmung des § 76a Abs 5 UrhG durch einen Verweis auch auf § 59b UrhG zu ergänzen, so dass diese Bestimmung wie folgt lauten soll:

(5) Die §§ 5, 7, 8, 9, 11, 12 und 13, § 14 Abs. 2, § 15 Abs. 1, § 16 Abs. 1 und 3, §§ 16a und 18a, § 18 Abs. 2, § 23 Abs. 2 und 4, § 24, § 25 Abs. 2, 3 und 5, § 26, § 27 Abs. 1, 3, 4 und 5, § 31 Abs. 1, § 32 Abs. 1, § 33 Abs. 2, die §§ 41, 41a, 42c, 42e, 42g, 56, 56a und 56e, § 57 Abs. 3a Z 1 und 4, § 59b, § 71 Abs. 3 und § 74 Abs. 2 bis 5 gelten entsprechend.

2.1. Das Recht der Kabelweiterleitung steht den Inhabern bloßer Signalschutzrechte nach § 76a UrhG nicht zu²⁸. Die dagegen von *Heinz Wittmann* in einem im Auftrag des ORF

²⁸ Vgl Handbuch des Urheberrechts I Rz 1552.

erstellten Gutachten²⁹ ins Treffen geführten Gründe überzeugen nicht. Der Entwurf schlägt nun vor, eine „klarstellende“ Verweisungsbestimmung in § 76a Abs 5 UrhG einzufügen, ohne dass dies jemals diskutiert worden wäre.

Dies ist schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil dies nicht zumindest gleichzeitig auch zu Gunsten der ausübenden Künstler geschieht, sondern einseitig ausschließlich die Interessen des ORF bedient.

3. Zum Leistungsschutzrecht für Zeitungs- und Zeitschriftenverleger

Der Entwurf einer UrhGNov 2015 schlägt in einem Abschnitt IIb unter der Überschrift „Schutz der Hersteller von Zeitungen oder Zeitschriften“ folgende Regelung vor:

§ 76f. (1) Wer eine Zeitung oder Zeitschrift in einem Massenherstellungsverfahren oder in Form einer Internetausgabe herstellt, hat das ausschließliche Recht, die Zeitung, die Zeitschrift oder Teile davon zu gewerblichen Zwecken zu vervielfältigen, zu verbreiten und der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Bei gewerbsmäßig hergestellten Zeitungen oder Zeitschriften gilt der Inhaber des Unternehmens als Hersteller.

(2) Eine Zeitung, eine Zeitschrift oder Teile davon dürfen vervielfältigt, verbreitet und öffentlich zur Verfügung gestellt werden, soweit dies nicht durch gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen oder gewerbliche Anbieter von Diensten geschieht, die Inhalte entsprechend aufbereiten. Im Übrigen gelten die für das Vervielfältigungsrecht, das Verbreitungsrecht und das Zurverfügungstellungsrecht geltenden freien Werknutzungen sowie die §§ 7, 8, 9 und 11 bis 13, § 14 Abs. 2, § 15 Abs. 1, § 16 Abs. 1 und 3, § 18a, § 23 Abs. 2 und 4, §§ 24, 25 Abs. 2, 3 und 5, §§ 26, 27 Abs. 1, 3, 4 und 5, § 31 Abs. 1, § 32 Abs. 1, § 33 Abs. 2, § 74 Abs. 2 bis 5 entsprechend.

(3) Das Recht erlischt ein Jahr nach der Veröffentlichung der Zeitung oder Zeitschrift.

(4) Der Urheber ist an einer Vergütung angemessen zu beteiligen.

(5) Ansprüche nach Abs. 1 und 4 können nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.“

3.1. Der Vorschlag des Entwurf einer UrhGNov 2015 ist äußerst kritisch zu betrachten, systematisch wenig stimmig und in seinem Verhältnis zum Urheberschutz von Sammelwerken ebenso unklar wie in Bezug auf das Verhältnis zu den Rechten der Journalisten.

Der im ersten Absatz umschriebene umfassende Schutz wird im zweiten Absatz sodann auf seinen wahren Gehalt reduziert, nämlich die Nutzung durch Suchmaschinen und Nachrichten-Agglomeratoren.

Das Schutzrecht soll offensichtlich unabhängig von und parallel zu einem allfälligen Urheberschutz von Sammelwerken bestehen und darüber hinaus auch unabhängig von abgeleiteten Urheberrechten und vom Umfang der Übernahme und deren urheberrechtlicher Schutzfähigkeit.

3.2. Nicht recht verständlich ist auch, dass sich der Vorschlag ausschließlich ein Leistungsschutzrecht für Zeitungs- und Zeitschriftenverleger angelegen sein lässt, nicht aber die Rechte von Buch-, Kunst- und Musikalienverlegern.

²⁹ Das Leistungsschutzrecht des Rundfunkunternehmers nach § 76a UrhG an der Weitersendung, MR 2014/5 Beilage.