

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Wien, 13. Oktober 2021

**STELLUNGNAHME VON FILM AUSTRIA ZUM  
BEGUTACHTUNGSENTWURF VOM 2.9.2021 ZUR URHG-NOV 2021 (143/ME 27. GP)**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der österreichische Filmproduzentenverband **Film Austria** hat die Kunz Wallentin Rechtsanwälte GmbH mit der Ausarbeitung einer Stellungnahme zu dem am 2. September 2021 veröffentlichten Begutachtungsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/789 (im Folgenden: „Online-KabSat-RL“) sowie der Richtlinie (EU) 2019/790 (im Folgenden: „DSM-RL“) beauftragt.

Vorweg darf ich ausdrücklich festhalten, dass Film Austria erleichtert ist, dass gegenüber dem Vorentwurf vom Dezember 2020 im Begutachtungsentwurf sachlich gerechtfertigte Entschärfungen im Bereich des **Urhebervertragsrechts** vorgenommen wurden. Diese Entschärfungen sind auch unbedingt erforderlich, damit österreichische Filmproduzenten gegenüber ihrer Konkurrenz im Ausland keinen unverhältnismäßigen Wettbewerbsnachteil erleiden, und tragen folglich dazu bei, dass der Filmstandort Österreich weiterhin attraktiv bleibt. Dessen ungeachtet besteht aus Sicht der österreichischen Filmproduzenten auch im Bereich des Urhebervertragsrechts (noch) Verbesserungspotential.

Sehr viel größeren Nachbesserungsbedarf erblickt Film Austria im Bereich der **Plattformhaftung**: Hier offenbart der Begutachtungsentwurf einseitige Begünstigungen der Nutzerinteressen, die sich weder auf Richtlinienvorgaben stützen können noch mit Unionsrecht vereinbar sind.

Film Austria weist zudem darauf hin, dass die Leitlinien der EU-Kommission zu Art. 17 DSM-RL vom 4. Juni 2021 für die Mitgliedstaaten keine verbindliche Wirkung haben und inhaltlich überdies sehr umstritten sind, weil darin Interpretationen erfolgen, die keinerlei Deckung im Text der DSM-RL

finden. Die Interpretation von EU-Richtlinien fällt in die ausschließliche Zuständigkeit des EuGH, nicht jene der Kommission. Mehrere Mitgliedstaaten – Frankreich, Spanien, Italien, Portugal, Griechenland, Dänemark und Kroatien – haben der Anleitung der Kommission zu Art 17 DSM-RL in einer Note an Kommissar Breton dementsprechend auch ausdrücklich widersprochen.

Zu den im Ministerialentwurf vorgesehenen Bestimmungen im Einzelnen:

## I. Urhebervertragsrecht

### **Zu § 24c Abs 1 (Zweckübertragungsgrundsatz)**

Für die Übernahme des Zweckübertragungsgrundsatzes deutscher Prägung in das österreichische Urheberrecht besteht keine legislative Notwendigkeit; der **Zweckübertragungsgrundsatz** ist in der DSM-RL nicht vorgesehen und wird im Sinne einer **Auslegungs- bzw. Zweifelsregel** von der Rechtsprechung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage **in Österreich bereits seit langem judiziert**.

§ 31 Abs 5 dUrhG, den **§ 24c Abs 1** rezipiert, beinhaltet **darüber hinaus** aber auch einen **Vertragskorrekturmechanismus** für den Fall pauschaler und nicht näher spezifizierter Rechtseinräumungen (*Walter, Urheber- und Verwertungsgesellschaftenrecht* 15 (2015) 112; *Walter, Handbuch Urheberrecht* (2008) Rz 1788 ff). § 31 Abs 5 dUrhG bewirkt demnach (zusätzlich) eine einseitige **Spezifizierungspflicht zu Lasten des Rechtserwerbers**: Sorgt er nicht dafür, dass die Nutzungsarten „ausdrücklich einzeln bezeichnet“ werden, so wird die Auslegung zwingend auf den Vertragszweck fixiert, was meist einen **Rechtsnachteil für den Erwerber** bedeutet (*Ohly in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht*<sup>6</sup> (2020) § 31 Rz 56). Ein solcher Mechanismus ist als einseitige Bestimmung zulasten der Nutzer nicht sachgerecht.

Die Einführung des Zweckübertragungsgrundsatzes deutscher Prägung in das österreichische Recht hätte naheliegender Weise eine „**Amerikanisierung der Vertragspraxis**“ zur Folge, die darin besteht, äußerst kasuistische und extrem lange Verträge zu formulieren, die sicher nicht zu einer besonders hohen „Verständnistransparenz“ für Nicht-Juristen führt, sondern zu Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten. Die Aufdröselung in einzelne Nutzungsarten ist **wirtschaftlich**

**völlig kontraproduktiv**, wäre **in Widerspruch zur Branchenübung** und würde die Finanzierbarkeit von insbesondere größeren Filmprojekten mit ausländischen Partnern erheblich gefährden bzw. Unsicherheit erzeugen.

Die Film Austria plädiert daher für die **Streichung** des § 24c Abs 1, in jedem Fall aber für eine **Erweiterung** der in § 24c Abs 1 letzter Satz statuierten **Ausnahmen** (arbeitsrechtliche Verhältnisse, nachrangige Beiträge) **auf Filmwerke und zur Herstellung eines Filmwerks benutzte Werke**.

### **Zu § 24c Abs 2 und 3 (Unbekannte Verwertungsarten)**

Das in § 24c Abs 2 normierte Widerrufsrecht des Urhebers für unbekannte Verwertungsarten bedeutet aus Sicht der FilmproduzentInnen **Rechtsunsicherheit** und **behindert die Erschließung neuer Geschäftsfelder**.

Neue (vormals unbekannte) Nutzungsarten lösen häufig (in technischer Hinsicht) nur „alte Nutzungsarten“ ab. Wenn aber die Nutzung der „alten Nutzungsart“ vom Willen der Vertragsparteien umfasst war, warum sollte dies in einem solchen Fall nicht auch für die „neue“ Nutzungsart gelten? Erfahrungen in der Rechtspraxis zeigen darüber hinaus, dass häufig unklar ist, was im Einzelfall unter einer „unbekannten Verwertungsart“ zu verstehen ist. Eine naheliegende Folge ist eine Pattsituation, in der sowohl Kreative, als auch deren Vertragspartner aus Sorge vor allfälligen Vertrags- bzw. Rechtsverletzungen die Auswertung des Werks im strittigen Ausmaß unterlassen werden und die Verwertung folglich teilweise und unnötiger Weise „brach liegt“.

Film Austria **begrüßt** daher **die in § 24c Abs 3 vorgesehene Ausnahme** hinsichtlich des Widerrufsrechts **für unbekannte Verwertungsarten für Filmwerke und vorbestehende Werke**. Film Austria regt überdies an, **§ 24c Abs 3 als Ausnahmebestimmung zu § 24c Abs 2 (als Ganzes) zu formulieren**, sodass auch das Schriftformgebot (und nicht nur das Widerrufsrecht) für den Filmbereich nicht zur Anwendung gelangt. Dafür spricht schon, dass im Filmbereich von einer Vielzahl an Beteiligten urheberrechtlich relevante Leistungen erbracht werden und es nicht üblich ist, mit sämtlichen Urhebern immer auch schriftliche Verträge abzuschließen.

### **Zu § 31a (Recht zur anderweitigen Verwertung nach fünfzehn Jahren bei pauschaler Vergütung)**

Die **Ausnahme in § 40 Abs 3** zum Recht zur anderen Verwertung nach 15 Jahren bei Abgeltung durch Pauschalvergütungen (§ 31a) **ist erfreulich und entspricht einem wichtigen praktischen Bedürfnis der Produzenten**: Im Filmbereich werden regelmäßig **große Investitionen** getätigt, die erst über einen langen Zeitraum hinweg refinanziert werden können. Die Möglichkeit zur einseitigen Entwertung der getroffenen Vereinbarung mit dem Urheber und Künstler verunmöglicht in solchen Fällen eine umfassende Refinanzierung oder es wird dadurch überhaupt verhindert, dass sich ein Finanzier an der Finanzierung beteiligt, wenn er nur einen zeitlich beschränkten Refinanzierungshorizont zugestanden bekommt. Die Regelung unterstellt überdies, ohne dass dies schlüssig beweisbar wäre, dass eine Pauschalvereinbarung immer wirtschaftlich von Nachteil für den Kreativen ist. § 31a würde Kreative und Kreativwirtschaft aber zwingend in Erlösbeteiligungsmodelle drängen, die weder immer sachgerecht noch auch stets im Interesse der Kreativen sind.

Um die österreichischen ProduzentInnen gegenüber den deutschen ProduzentInnen (vgl § 90 Abs 2 dUrhG) nicht zu benachteiligen, ist es jedoch notwendig, dass die **Ausnahme zu § 31a** nicht nur hinsichtlich der Rechte am Filmwerk als solchem gilt, sondern **auch auf vorbestehende (zur Herstellung des Filmwerks benutzte) Werke erweitert** wird. Dies entspricht einem praktischen Bedürfnis der ProduzentInnen, deren **Rechte etwa an der Drehbuchnutzung**, vor allem aber auch an dem basierend darauf hergestellten Film andernfalls nach 15 Jahren durch etwaige Remakes/Spin-Offs Dritter **wirtschaftlich massiv entwertet** würden. Daher wäre eine gänzliche Ausnahmeregelung auch für die vorbestehenden Werke sinnvoll. Zumindest müsste diese gesetzliche Vorgabe aber vertraglich schon vor Realisierung des Filmprojektes **abbedungen werden können**.

### **Zu § 37b (Grundsatz der angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung)**

Nach Ansicht von Film Austria ist § 37b als **annehbare und ausgeglichene Umsetzungsbestimmung der Richtlinienvorgaben** zu werten. Dies gilt insbesondere für § 37 Abs 4-6, die den Vorrang von kollektivvertraglichen Vereinbarungen vor Vergütungsregeln und einen Kartellrechtsvorbehalt normieren. Erfreulich ist überdies die Klarstellung in den Materialien, dass Erlöse aus der Nutzung, welche der Urheber direkt über Verwertungsgesellschaften bezieht, bei der Angemessenheitsprüfung mit zu berücksichtigen sind.

**Nicht sinnvoll** und mit Blick auf Art 18 DSM-RL auch nicht erforderlich ist es, in **§ 37b Abs 1** eine programmatische Bestimmung - (wieder) nach deutschem Vorbild (§ 11 dUrhG) - aufzunehmen. Der darin zum Ausdruck kommende **Beteiligungssatz** (siehe die Erläuterungen zu § 37b) steht in einem unklaren Verhältnis zur **Vertragsfreiheit** (Art 18 Abs 2 DSM-RL; siehe auch die Anmerkungen zu § 37f unten) und zur prinzipiellen **Möglichkeit unentgeltlicher Rechtseinräumungen** (vgl. ErwGr 74 DSM-RL) und würde in der Vertragspraxis bei Streitigkeit regelmäßig als einseitige Zweifelsregelung zulasten der Rechtenutzerseite ins Treffen geführt werden.

Film Austria regt zudem an, dass sich die Formulierung des § 37b Abs 3 stärker am Richtlinienwortlaut orientieren und die Bestimmung folglich den **wirtschaftlichen Wert** der Nutzung als zentrales Kriterium (ErwGr 73 DSM-RL) in den Vordergrund stellen sollte, weshalb dieses Kriterium auch **in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden sollte**. Die Schlussfolgerung in den Erläuterungen, dass die Richtlinie keine abschließende Regelung der Angemessenheit enthält, mag auf mit Blick auf die Gestaltungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers richtig sein. Bis zur Auslegung durch den EuGH ist jedoch ungewiss, inwieweit die in ErwGr 73 festgelegten Kriterien (insbesondere der wirtschaftliche Wert) den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten begrenzen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der umfassenden Rechtsprechung des EuGH zum Marktmissbrauchsverbot (beginnend mit EuGH 13.07.1989, 395/87, *Tournier* sowie EuGH 13.07.1989, 110-88, 241/88, 242/88, *Lucazeau/SACEM*), in der der Gerichtshof den Begriff des wirtschaftlichen Werts im urheberrechtlichen Kontext bereits europarechtlich konturiert hat.

### **Zu § 37c (Vertragsanpassungsmechanismus)**

§ 37c setzt Art 20 DSM-RL wortgetreu und somit richtlinienkonform um. Ein Blick in die Erwägungsgründe offenbart jedoch zusätzliche, Art 20 DSM-RL inhärente Einschränkungen, die im Begutachtungsentwurf noch deutlicher herausgearbeitet werden sollten:

So sollte im Gesetzestext oder zumindest in den Materialien klargestellt werden, dass § 37c Abs 1 UrhG dann regelmäßig nicht zur Anwendung kommt, wenn der Beitrag des Urhebers/Künstlers eine **untergeordnete Bedeutung im Gesamtwerk/in der Gesamtdarbietung** hat (siehe ErwGr 73 DSM-RL).

Film Austria befürwortet überdies, dass der Vertragsanpassungsmechanismus erst nach einer bestimmten **Mindestvertragsdauer** greifen kann und schlägt dafür eine **Frist von 10 Jahren ab Vertragsabschluss** vor. Eine derartige gesetzliche Vorlauffrist entspricht dem Willen des europäischen Gesetzgebers, der in ErwGr 78 DSM-RL zum Ausdruck gebracht hat, dass der Vertragsanpassungsmechanismus nur bei einer „*lange[n] [Vertrags]Laufzeit*“ schlagend werden soll.

Die Änderung des Vorentwurfs dahingehend, dass der **Anspruch auf Nachvergütung in der Kette** beim jeweiligen Nutzer ansetzt, ist aus Sicht der ProduzentInnen (auch mit Blick auf die deutsche Rechtslage) **notwendig und sachgerecht**. Film Austria schlägt in diesem Zusammenhang vor, den Anspruch auf Nachvergütung nicht nur im Falle einer Übertragung eines Werknutzungsrechts oder einer Werknutzungsbewilligung beim Lizenznehmer in der Kette am Ende anzusiedeln, sondern auch dann, wenn der erste Lizenznehmer dem zweiten Lizenznehmer eine Sublizenz erteilt. Es ist nämlich zu bedenken, dass in der Praxis eine klare Abgrenzung zwischen einer (derivativen) *Übertragung* eines Werknutzungsrechts bzw. einer Werknutzungsbewilligung auf einen Dritten von der **(originären) Einräumung einer Sublizenz bzw eines Tochterrechts** (Einräumung einer Werknutzungsbewilligung durch den Werknutzungsberechtigten) nicht stets erfolgt. Eine Differenzierung zwischen diesen beiden Varianten wäre nicht sachgerecht, da in beiden Fällen Erlöse beim „Letztnutzer“ in der Kette anfallen, für die der erste Lizenznehmer nicht haften soll. Dies entspricht auch der geltenden deutschen Rechtslage (vgl § 32a Abs 2 dUrhG: „*Hat der andere das Nutzungsrecht übertragen oder weitere Nutzungsrechte eingeräumt [...]*“). Hier ist zu beachten, dass der Begriff Nutzungsrecht als

Überbegriff zu verstehen ist und nicht wie im öUrhG (nur) für ein ausschließliches Nutzungsrecht steht.

### **Zu § 37d (Anspruch auf Auskunft)**

Film Austria begrüßt, dass einige in der Stellungnahme vom 28.12.2020 zum Ausdruck gebrachte Forderungen (Beschränkung der Auskunft auf das vergangene Jahr; keine Anwendung bei unentgeltlicher Nutzung; keine sofortige Pflicht zur Offenlegung des Vertragspartners bei „Nutzung in der Kette“; Berücksichtigung von Verschwiegenheitsaspekten; Entfall der Verschränkung mit dem Vertragsanpassungsmechanismus) in den Begutachtungsentwurf eingeflossen sind.

Die Forderung der ProduzentInnen, den **Auskunftsanspruch erst mit dem Verlangen des Urhebers entstehen zu lassen**, wurde leider nicht berücksichtigt und folglich erneut vorgebracht. Bedauerlich ist überdies, dass im Begutachtungsentwurf – anders als in Deutschland (§ 32d Abs 3 dUrhG) – von der in Art 19 Abs 5 DSM-RL vorgesehenen **Möglichkeit zur (vorrangigen) Ausgestaltung der Transparenzpflicht in Kollektivverträgen** keinen Gebrauch gemacht hat. Denn letztere sind in besonderem Maße dazu geeignet, branchenspezifische Erfordernisse und Besonderheiten zu berücksichtigen.

§ 37d Abs 4 normiert, dass der **Auskunftsanspruch „auch“ gegenüber dem Dritten (dem Lizenznehmer „in der Kette“)** zusteht, wenn der Vertragspartner des Urhebers nicht über die notwendigen Informationen verfügt. Richtigerweise kann bzw sollte der Anspruch **nur gegenüber dem Dritten** (und nicht *auch* gegenüber dem Vertragspartner) bestehen, wenn der **Dritte dem Vertragspartner des Urhebers diese Auskunft (vertraglich) nicht erteilen muss** oder **dem Auskunftersuchen des Vertragspartners schlichtweg nicht nachkommt**, andernfalls das Gesetz dem Vertragspartner eine nicht erfüllbare bzw unzumutbare Verpflichtung auferlegen würde.

### **Zu § 37e (Vermittlung durch Schlichtungsausschuss)**

Film Austria wiederholt die Forderung, in **Kollektivverträgen vorgesehenen Schlichtungsverfahren** den Vorrang einzuräumen, sofern die darin bestimmten Schlichtungsorgane paritätisch besetzt sind. Erst in Ermangelung solcher Schlichtungsverfahren soll ein Verfahren vor dem Schlichtungsausschuss zur Anwendung gelangen.

### **Zu § 37f (Unabdingbarkeit)**

Nach Ansicht der österreichischen FilmproduzentInnen sollte im Gesetzestext, allenfalls auch nur in den Materialien, der klare Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck kommen, dass es sich bei der Bestimmung des § 37b um **dispositives Recht** handelt. Zwar sollte sich dieser Umstand bereits *e contrario* aus § 37f Satz 1 ergeben, dies wird aber in der Literatur teils mit der Begründung bestritten, dass es sich bei der Nichtanführung von Art 18 DSM-RL in Art 23 Abs 1 DSM-RL um ein Redaktionsversehen handle, Art 23 DSM-RL einer Umsetzung als relativ-zwingende Bestimmung jedenfalls nicht entgegenstehe bzw eine solche Umsetzung rechtspolitisch zu befürworten sei (siehe *Bernsteiner*, Zivilrechtliche Grundsatzfragen zur angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung im Urhebervertragsrecht, ÖJZ 2021, 264 (270) mwN).

Film Austria befürwortet die vorgenommene Einschränkung der Eingriffsnormbestimmung (keine international-zwingende Anwendung von §§ 37c, 37d und 37e hinsichtlich sämtlicher Nutzungen im Bundesgebiet), geben aber zu bedenken, dass sich die in § 37 Abs 1 Satz 2 und 3 normierten Rechtsfolgen **überwiegend bereits aus Art 3 Abs 4 Rom I-VO ergeben** und die mit § 37 Abs 1 Satz 2 und 3 bewirkte **Erstreckung der Regelung über „EU-Binnensachverhalte“ in Art 3 Abs 4 Rom I-VO auf EWR-Staaten im Widerspruch zu Art 3 Abs 4 Rom I-VO** steht. § 37 Abs 1 Satz 2 und 3 sollten daher nicht in den Gesetzestext aufgenommen werden.

Was die Regelung des § 37f Abs 2 (**Anwartschaften**) betrifft, so statuiert § 37f Abs 1 ohnehin, dass auf § 37c im Voraus nicht verzichtet werden kann. Für eine **zusätzliche „Absicherung“** der Anwartschaft mittels § 37f Abs 2 besteht somit **kein Bedarf**.



### **Zu § 40 Abs 3 iVm § 29 (Rückrufsrecht wegen Nichtausübung)**

Der seitens der ProduzentInnen artikulierte Wunsch einer bloßen Möglichkeit zur **Kündigung der Ausschließlichkeit** seitens des Vertragspartners anstelle eines Rückrufs (Art 22 Abs 2 aE DSM-RL) und die Möglichkeit zur **Ausgestaltung des Rückrufsrechts in Kollektivverträgen** (Art 22 Abs 5 DSM-RL) wurden vom Ministerium bedauerlicherweise nicht aufgegriffen.

Bedauerlich ist zudem, dass die UrhG-Novelle 2021 nicht zum Anlass dafür genommen wurde, **§ 29 UrhG entsprechend den Vorgaben der DSM-RL zu modifizieren:**

Anders als § 29 UrhG lässt etwa Art 22 Abs 3 DSM-RL das Rückrufsrecht **erst nach einer gewissen Zeit entstehen** und weicht insoweit konzeptionell von § 29 Abs 3 UrhG ab, der ein (für eine Dauer von maximal drei Jahren) vertragliches Abbedingen des Rückrufsrechts erforderlich macht, um dem Entstehen eines Widerrufsrechts zuvorzukommen.

Außerdem sollte § 29 UrhG **auf Fälle gänzlicher Nichtausübung der eingeräumten Rechte eingeschränkt** werden und die richtlinienwidrige **Verschweigungsregel des § 29 Abs 4 ersatzlos gestrichen** werden. Überdies ist die **Verschuldensregel des § 29 Abs 1 an den Wortlaut des Art 22 Abs 4 DSM-RL anzupassen**, da Art 22 Abs 4 DSM-RL - anders als § 29 Abs 1 - gerade keine subjektive Vorwerfbarkeit auf Urheberseite voraussetzt, um das Entstehen eines Rückrufsrechts zu hindern.

Eine zentrale und langjährige Forderung der ProduzentInnen verdient an dieser Stelle eine besondere Hervorhebung: Nach geltender Rechtslage kann auf das Rückrufsrecht wegen Nichtausübung (§ 29 UrhG) auch dann nur für einen Zeitraum von maximal drei Jahren verzichtet werden, wenn Gegenstand der Rechtseinräumung das **Verfilmungsrecht** ist. Die Rechtslage weicht insoweit von derjenigen in Deutschland ab (§ 90 Abs 1 Satz 3 dUrhG). Film Austria bringt daher erneut die Forderung zum Ausdruck, die Frist des § 29 Abs 3 UrhG hinsichtlich der Verfilmung vorbestehender Werke **von drei auf fünf Jahre zu verlängern** bzw das Rückrufsrecht erst nach fünf Jahren entstehen zu lassen. Überdies sollte klargestellt werden, dass der **Beginn der Dreharbeiten den Zeitpunkt des erstmaligen „Gebrauchs“ (§ 29 Abs 1 UrhG)** der vorbestehenden Werke bewirkt (so auch § 90 Abs 1 Satz 3 dUrhG).

## Zu § 69 (Rechte an Darbietungen für ein Filmwerk)

§ 69 Abs 2 in der Fassung des Ministerialentwurfs beinhaltet keinen **Verweis auf § 29**. Ein solcher wäre aus Gründen der Rechtssicherheit und **Klarstellung** aber durchaus sinnvoll und mit den unionsrechtlichen Vorgaben (Art 22 Abs 2 UAbs 2 DSM-RL) vereinbar. Inhaltlich ist anzumerken, dass auch in Deutschland den mitwirkenden Künstlern im Filmbereich das Rückrufsrecht wegen Nichtausübung nicht zusteht (§ 92 Abs 3 dUrhG), da diese Ausnahme erforderlich ist, um eine ungestörte Auswertung des Filmwerks zu ermöglichen (vgl. *Katzenberger/Reber* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG<sup>6</sup> (2020) § 92 Rz 18).

## Zu § 116 Abs 16 (Inkrafttreten)

Film Austria bekräftigt die Forderung, § 116 Abs 16 wie folgt neu zu fassen:

Ein Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse durch eine **Anwendung der Bestimmungen über den Vertragsanpassungsmechanismus (§ 37c), den Anspruch auf Auskunft (§ 37d) und die Unabdingbarkeit (§ 37f) auf Altverträge** (= Verträge, die vor Inkrafttreten der UrhG-Nov 2021 abgeschlossen werden/wurden) ist als **Eingriff in wohlerworbene Recht** nicht hinnehmbar. Folglich sieht Art 26 Abs 2 DSM-RL vor, dass die Richtlinie Rechte nicht berührt, die vor Inkrafttreten der Richtlinie (im Fall einer verspäteten Umsetzung wohl: vor Inkrafttreten der Umsetzungsbestimmungen) erworben wurden.

Hinsichtlich **§ 37d** sollte zudem gelten, dass nur solche Einnahmen aus **Neuverträgen** der Auskunftspflicht unterliegen, die ab dem **7.6.2022** erwirtschaftet wurden (Art 27 DSM-RL) und auch tatsächlich eingegangen sind, wobei angeregt wird, diesen **Zeitpunkt aufgrund der Verzögerungen bei der Umsetzung der DSM-RL in Österreich weiter nach hinten zu legen**: Ratio der späteren Anwendbarkeit der Transparenzpflicht ist es, den betroffenen Rechtsunterworfenen zu ermöglichen, ihre innerbetrieblichen Abläufe an die neue Rechtslage anzupassen (vgl. ErwGr 77 DSM-RL), wobei eine **„Pufferphase“ von einem Jahr** zwischen dem Ende der Umsetzungsfrist der DSM-RL in nationales Recht (Art 29 Abs 1 DSM-RL) und der

Anwendbarkeit des **Transparenzmechanismus** (siehe Art 27 DSM-RL) für angemessen befunden wurde. Folglich sollten nur solche **Einnahmen** aus Neuverträgen der Auskunftspflicht nach § 37d unterliegen, die **nach Ablauf einer Frist von einem Jahr ab Inkrafttreten der UrhG-Nov 2021 erwirtschaftet und tatsächlich vereinnahmt werden.**

## II. Senderecht und Online-KabSat-RL Umsetzungsbestimmungen

### **Zu § 17 Abs 3 (ORF-Privileg)**

Aus Sicht von Film Austria sollte die UrhG-Novelle 2021 zum Anlass dafür genommen werden, das **völlig unsachliche „ORF-Privileg“** (das den ORF gegenüber allen anderen Rundfunkanstalten schlechter stellt und daher in keiner Weise privilegiert) **zu streichen**. Es ist nicht einzusehen, warum FilmproduzentInnen und Kreative von einer integralen Weiterleitung von Programmen des ORF durch *andere Unternehmen* nicht finanziell profitieren sollten. Dies gilt umso mehr, als der ORF (insbesondere aufgrund des Film/Fernseh-Abkommens) ein wichtiger Partner der unabhängigen österreichischen FilmproduzentInnen ist und folglich eine Vielzahl von österreichischen Produktionen ausstrahlt, aus deren Weiterverbreitung die ProduzentInnen und Kreativen de facto keinen Vorteil ziehen.

### **Zu § 17 Abs 4 (Direct Injection)**

Die nunmehr vorgeschlagene Regelung zur Direct Injection ist schlüssig und **nicht weiter zu beanstanden**. Der Satz *„Dies gilt nicht, wenn der Rundfunkunternehmer das auch selbst sendet.“* könnte um einen Verweis auf die §§ 59a, 59b (die in diesem Fall zur Anwendung gelangen) ergänzt werden, um möglichen Missverständnissen vorzubeugen.

### **Zu § 18 Abs 3 (Verhältnis zum Senderecht)**

**In keiner Weise nachvollziehbar und folglich abzulehnen** ist die im Begutachtungsentwurf vorgesehene Ergänzung des § 18 Abs 3. Die Sorge des Ministeriums, dass in Zukunft das

Hotelfernsehen von der Rechtsprechung unter das Senderecht *und* das Recht der öffentlichen Vorführung/Aufführung bzw des öffentlichen Vortrags subsumiert werden könnte, kann nicht zum Anlass dafür genommen werden, eine **generelle, undifferenzierte, apodiktische und inhaltlich unverständliche „Entweder-oder-Norm“** im ersten Satz der vorgeschlagenen Ergänzung zu § 18 Abs 3 zu statuieren. Dass die Bestimmung nur auf das Hotelfernsehen zugeschnitten ist, geht im Übrigen aus dem ersten Satz der Ergänzung des § 18 Abs 3 in keiner Weise hervor und ergibt sich alleine aus den Erläuterungen!

Der erste Satz der vorgeschlagenen Ergänzung von § 18 Abs 3 könnte auch so gelesen werden, dass die Sendung eines Werks zur Folge hat, dass dieses nicht mehr dem Ausschlussrecht des § 18 Abs 3 UrhG unterliegt und es folglich zu dessen **Erschöpfung** kommt, auch wenn der Nutzer – in der Terminologie des EuGH gesprochen – ein anderes technisches Verfahren einsetzt oder durch seine Intervention ein zusätzliches Publikum (über die bloße Sendung hinaus) erreicht (zB öffentliche Leinwandübertragung (Public-Viewing) parallel zur Sendung). Noch plastischer ist der umgekehrte Fall: Führt der Umstand, dass ein Werk öffentlich (zB im Theater) vorgetragen oder aufgeführt wird, dazu, dass eine Live-Übertragung (Sendung) dieser Aufführung oder Vorführung (zB Übertragung im Fernsehen) keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung ist? Die Unsinnigkeit und eklatante Konventions- und Unionsrechtswidrigkeit eines solche Ergebnisses ändert nichts daran, dass eine solche Interpretation vom Wortlaut der Bestimmung gedeckt wäre.

Im Übrigen ist zu bedenken, dass dem **österreichischen Gesetzgeber** wohl auch die **Kompetenz** für die avisierte Regelung fehlt: Sowohl das Senderecht als auch das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach § 18 Abs 3 UrhG beinhalten ein „Distanzelement“ und setzen folglich Art 3 Info-RL in nationales Recht um. Die Frage, ob ein einheitlicher faktischer Vorgang rechtlich als eine oder zwei öffentliche Wiedergabe(n) zu qualifizieren ist, obliegt daher dem EuGH.

Die vorgesehene Ergänzung des § 18 Abs 3 ist daher **in ihrer Gesamtheit abzulehnen**. Allfällige unsachgerechte Konsequenzen aus einer parallelen Anwendung von § 17 und § 18 Abs 3 sind weiterhin durch die (nationale und unionsrechtliche) Rechtsprechung aufzulösen.

#### **Zu § 18b (Ergänzende Online-Dienste)**

Die In Abs 1 letzter Satz vorgenommene Einschränkung der ergänzenden Online-Dienste auf eindeutig auf die Sendung bezogene und ihr untergeordnete Dienste, die sich auf ErwGr 8 der Online-KabSat-RL stützen kann, wird befürwortet. Die aus Sicht der ProduzentInnen äußerst relevanten Frage, was unter einem „**begrenzten Zeitraum**“ zu verstehen ist, lässt sich weder aus dem Gesetzestext noch aus den Materialien heraus beantworten. Film Austria spricht sich dafür aus, dies im Gesetz oder zumindest in den Materialien klarzustellen, wobei ein Zeitraum **von bis zu 7 Tagen** angemessen erscheint und der marktüblichen Dauer von Catch-up-Diensten entspricht.

#### **Zu § 59a (Benutzung von Rundfunksendungen)**

Aus Sicht von Film Austria sollte im Eingangssatz von § 59a Abs 1 nicht auf die „für den öffentlichen Empfang bestimmten *Werke[n]*“ abgestellt werden, kann es doch nicht darauf ankommen, dass ein Werk (irgendwann einmal) öffentlich gesendet werden soll oder nicht. Maßgeblich ist daher, dass **die konkrete Sendung (bzw das weitergesendete Programm) für den öffentlichen Empfang bestimmt** ist (vgl Art 2 Z 2 Online-KabSat-RL).

### **III. Plattformhaftung und Plattformnutzungen**

#### **Zu § 18c (Sendung und Zurverfügungstellung durch Anbieter großer Online-Plattformen)**

Film Austria spricht sich ausdrücklich **gegen die Einengung des Begriffs der großen Online-Plattformen** aus, die im Begutachtungsentwurf gegenüber dem Vor-Entwurf vom 4. Dezember 2020 vorgenommen wurde: Zwar rezipiert die Einschränkung auf Plattformen, die eine **"wichtige Rolle"** spielen, indem sie beispielsweise mit "Audio- und Video-Streamingdiensten um **dieselbe Zielgruppe**" konkurrieren, ErwGr 62 DSM-RL. Die völlig unbestimmten Kriterien der "Wichtigkeit" und des Konkurrenzverhältnisses mit (sonstigen) Streamingdiensten schränken aber den Wortlaut von Art 2 Z 6 DSM-RL (und damit den Anwendungsbereich des Art 17 DSM-RL) außerhalb des eigentlichen Normtexts massiv ein und sollten – wenn überhaupt – nur in den Materialien

aufgegriffen werden.

Die Erweiterung des Ausnahmenkatalogs auf **künstlerische Repositorien** hat hingegen überhaupt keine Grundlage im Richtlinienentwurf und sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

#### **Zu § 24a (Werknutzungsbewilligungen und Werknutzungsrechte bei Plattformnutzungen)**

Film Austria befürwortet die Klarstellung, dass eine personelle Erstreckung der einer Onlineplattform erteilten Lizenz auf die Nutzer nicht greift, wenn der Nutzer auf der Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handelt *oder* mit seiner Tätigkeit erhebliche Einnahmen erzielt.

Im Übrigen wird eine **Streichung des letzten Satzes in § 24a** (wonach eine dem Nutzer erteilte Lizenz auch die Plattform zur Nutzung berechtigt) gefordert: Eine solche Erstreckung hat keine Grundlage im Richtlinienentwurf.

#### **Zu § 89a Abs 2 (Beurteilung der Verhältnismäßigkeit)**

Der Aufnahme der **Nutzeranliegen als Kriterium für die Verhältnismäßigkeit** kann nicht beigepflichtet werden: Dieser Aspekt ist in Art 17 Abs 5 DSM-RL nicht genannt und sollte folglich auch bei der Umsetzung in österreichisches Recht **kein relevantes Kriterium** sein.

#### **Zu § 89b Abs 3 (Bagatell-Ausnahme)**

Aus Sicht der Filmwirtschaft schlichtweg **inakzeptabel** ist der Umstand, dass die nunmehr in § 89b Abs 3 vorgesehene "**Bagatell-Ausnahme**" beibehalten wurde, die **im Richtlinienentwurf keine Grundlage hat**. Der Bestimmung liegt offenbar die irrtümliche Annahme zu Grunde, dass der Upload und die Zugänglichmachung eines „kurzen Ausschnitts“ die Verwertung des eigentlichen Inhalts nicht oder nur unerheblich beeinträchtigt. Tatsächlich geht die Tendenz am Digitalmarkt für Videos eindeutig in Richtung Kurz-Videodienste, wie z.B. TikTok oder YouTube Shorts, bei denen 15 Sekunden Ton oder Video bereits ein abgeschlossener Nutzungsvorgang sind, für den die Sharing-Plattformen dann keine Lizenzen mehr erwerben müssten.

Der Tatsache, dass die Bagatellgrenzen gegenüber dem Vorentwurf vom Dezember 2020 geringfügig nach unten verschoben wurden (von 20 Sekunden auf 15 Sekunden), steht der Umstand gegenüber, dass nunmehr sogar **auch kommerzielle (!) Nutzungen von der "Bagatell-Ausnahme" profitieren sollen.**

Aus Sicht der FilmproduzentInnen sollte daher § 89 Abs 3 **ersatzlos gestrichen** werden.

#### **Zu § 89 Abs 4 (Pre-Flagging)**

Die **Erweiterung des Instruments des Pre-Flagging** gegenüber dem Vorentwurf vom 4. Dezember 2020 durch die nunmehr bloß beispielhaft aufgelisteten erlaubten Nutzungen ("*insbesondere*") und die Erweiterung um das Zitatrecht erhöhen den Handlungsspielraum der Nutzer gegenüber dem Vorentwurf ganz wesentlich. Das Instrument des Pre-Flagging entspricht materiell einer *User Generated Content*-Schrankenregelung, die im Rahmen des langen Verhandlungsprozesses auf EU-Ebene vorgeschlagen, bewertet, diskutiert und explizit abgelehnt wurde. Es steht im krassen Widerspruch zur DSM-RL, der Info-RL, dem EU-Acquis oder mit internationalen Urheberrechtsabkommen. Es ist als solches aus Sicht der FilmproduzentInnen **strikt abzulehnen.**

Besonders schwer wiegt die nunmehr vorgesehene **unbedingte Pflicht der Plattform zur Zugänglichmachung des Uploads**, während nach dem Vorentwurf vom Dezember 2020 die Plattform die hochgeladenen Videos erst dann zugänglich machen musste, wenn die Nutzung offenkundig rechtmäßig (erlaubt) war. Eine derartige Pflicht zur unbedingten Zugänglichmachung des Content seitens der Plattform ist aus dem Richtlinien text nicht abzuleiten, sie transformiert die Sorgfaltspflicht der Plattformen nach Art 17 DSM-RL in eine **Nachforschungspflicht der Rechteinhaber** und **verkehrt damit die von Art 17 DSM-RL vorgesehene Rollenverteilung ins Gegenteil.**

Nach Einschätzung von Film Austria ist es schlichtweg unrealistisch, dass KMUs, die die überwiegende Anzahl österreichischer Filmproduktionsunternehmen darstellen, ein solches

„screening“ leisten könnten bzw dass die Plattformen de facto allen Rechteinhabern gegenüber ihrer Informationspflicht nachkommen können bzw werden. Völlig unklar ist nämlich, **auf welchem Wege** (Über die Plattform selbst? Was hat zu geschehen, wenn der Rechteinhaber über keinen Kanal/Account auf der Plattform verfügt?) **bzw aufgrund welcher Informationslage die Plattform den Rechteinhaber** nach § 89b Abs 4 vom Pre-Flagging **verständigen soll**. Dass die Plattform den richtigen Rechteinhaber verständigt, setzt – so die Befürchtung der ProduzentInnen – voraus, dass die Angaben des Nutzers im Online-Formular richtig sind. Anderes formuliert: Können es die Plattformen leisten, von sich aus die Rechteinhaber zu eruieren, wenn die Angaben des Nutzers im Online-Formular unrichtig sind? Die FilmproduzentInnen bezweifeln das. Kann eine Verständigung des Rechteinhabers aber de facto nicht erfolgen, so wird ein solcher unter Umständen nie von der Nutzung nach § 89b Abs 4 erfahren.

#### **Zu § 89b Abs 7-9 (Beschwerdestelle)**

Der Umstand, dass **Nutzer ihre Anliegen wesentlich umfassender** (nämlich außerhalb von Streitigkeiten über Maßnahmen nach § 89a Abs 1 auch bei Unzulänglichkeit oder Fehlen von Informationen, des Online-Formulars oder des Beschwerdeverfahrens) **an die externe Beschwerdestelle herantragen können als Rechteinhaber**, die die Beschwerdestelle nur im Rahmen von Auseinandersetzungen über die Anwendung von Maßnahmen nach § 89a Abs 1 anrufen können, verdeutlicht, dass dieses Verfahren primär der Nutzerseite dienen soll. Die FilmproduzentInnen stehen auf dem Standpunkt, dass das Verfahren vor der Beschwerdestelle **auf Streitigkeiten über Maßnahmen nach § 89a Abs 1 beschränkt bleiben sollte**.

#### **Zu § 89c (Aufsicht über Plattformen)**

Film Austria sieht die vorgesehenen Regelungen über die Aufsicht der Plattformen äußerst kritisch: Der Umstand, dass die KommAustria den Plattformen bei **Verstößen** der Plattform gegen Bestimmungen des § 89b, die **ausschließlich (!) im Nutzerinteresse** liegen, gemäß § 89c Abs 4 **Strafen in Höhe von bis zu einer Million Euro** auferlegen kann, wird dazu führen, dass die Plattformen die Interessen der Nutzer stärker wahren werden als jene der Rechteinhaber.



Es sollten daher entweder die **Strafdrohungen in erheblichem Maße herabgesetzt** werden oder die Aufsichtsbehörde auch **Konsequenzen** (einschließlich Geldbußen) für den Fall verhängen dürfen, dass (insbesondere aufgrund der Möglichkeit des Pre-Flagging) **systematisch und in einem beträchtlichen Ausmaß rechtswidrige Inhalte öffentlich zugänglich gemacht werden** oder der **Diensteanbieter seine Verpflichtungen nach § 89a Abs 1 systematisch und in einem beträchtlichen Ausmaß verletzt**.

Völlig offen ist überdies, welche Plattformen die KommAustria überhaupt beaufsichtigen kann und darf, der Begutachtungsentwurf äußert sich dazu nicht. Es sei an diese Stelle nur darauf hingewiesen, dass Art 28a der Richtlinie 2010/13/EU idF RL (EU) 2018/1808 (AVMD-RL) auch für Video-Sharing-Plattform-Dienste das **Herkunftslandsprinzip** statuiert, und insofern fraglich ist, inwieweit die behördliche Aufsicht seitens der KommAustria in der Praxis überhaupt eine (große) Rolle spielen kann.

#### **IV. Freie Werknutzungen**

##### **Zu § 42f Abs 2 (Zitate, Karikaturen, Parodien und Pastiche)**

Film Austria **befürwortet die im Begutachtungsentwurf vorgenommene Einschränkung** der freien Werknutzungen auf die Sendungen und Zurverfügungstellungen über große Online-Plattformen.

##### **§ 42g (Digitale Nutzungen in Unterricht und Lehre)**

Film Austria **spricht sich gegen die vorgenommene Erweiterung der geringfügigen Nutzung von Filmwerken (Verdoppelung der erlaubten Nutzung von 5% auf 10%)** aus und fordert neuerlich, den Tatbestand dieser freien Werknutzung – analog zum Richtlinienentwurf – **auf Nutzungen für Zwecke der Veranschaulichung des Unterrichts zu beschränken** und den Zweck der Unterstützung, Bereicherung und Ergänzung des Unterrichts bzw der Lehrtätigkeit aus dem Gesetzestext zu streichen. Insbesondere die Zwecke der **„Bereicherung“** und **„Ergänzung“** bergen das Potential, die urheberrechtlich geschützten Inhalte unter dem Deckmantel des § 42g

frei zu nutzen, ohne dass ein hinreichender Bezug zum Unterrichtsinhalt gewährleistet sein muss.

Abermals wird darauf hingewiesen, dass Art 5 der DSM-RL bewusst keinen Bezug auf das (ebenfalls in Art 4 der Info-RL harmonisierte) **Verbreitungsrecht** nimmt, weshalb dieses **nicht von der freien Werknutzung des § 42g umfasst sein sollte**.

#### **Zu § 42h (Text und Data Mining)**

Wenngleich die Filmindustrie von dieser Ausnahmebestimmung nicht in besonderem Maße betroffen ist, spricht sie sich gegen die neu aufgenommene Privilegierung der künstlerischen Forschung (zumal auch völlig unklar ist, was mit „künstlerischer Forschung“ gemeint ist), die im Richtlinienentwurf keine Deckung findet, und die Streichung des Vergütungsanspruchs aus.

### **V. Vergriffene Werke und erweiterte kollektive Rechtswahrnehmung**

#### **Zu § 56f (Nicht verfügbare Werke)**

Film Austria ist der Ansicht, dass die im Begutachtungsentwurf nunmehr verwendete **Terminologie** („nicht verfügbare Werke“ anstelle von „nicht gehandelte Werke“) etwas passender gewählt ist. Nichtsdestotrotz ist nicht einzusehen, warum sich der österreichische Gesetzgeber nicht an die Terminologie der **(authentischen!) deutschen Sprachfassung** der DSM-Richtlinie (= „**vergriffene Werke**“) halten sollte.

Mangels sonstiger wesentlicher inhaltlicher Änderungen werden auch die übrigen und bisherigen Kritikpunkte und Forderungen aufrechterhalten:

So sollte mit Blick auf Art 8 Abs 4 DSM-RL („*jederzeit*“) erwogen werden, in § 56f Abs 3 die rechtliche **Möglichkeit eines proaktiven Widerspruchs** dadurch sprachlich klarzustellen, dass beispielsweise „widerspricht“ durch „widerspricht bzw. vorab widersprochen hat“ ersetzt wird. Ein solcher proaktiver Widerspruch könnte im Kontext des § 56f direkt gegenüber der Einrichtung des Kulturerbes oder gegenüber dem Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum abgegeben

werden.

Bezüglich § 56f Abs 4 wäre eine Klarstellung in den Erläuterungen zu begrüßen, dass das Fehlen etwa einer **bestimmten Sprachfassung oder Untertitelung** nicht von Kulturerbeeinrichtungen mittels der Bestimmungen zu den nicht verfügbaren/vergriffenen Werk „sanier“ werden kann, da die Regelung über nicht verfügbare/vergriffene Werk keine gesetzliche Grundlage für die Verwertung von Bearbeitungen von Werken oder Schutzgegenständen bietet (siehe auch ErwGr 37 DSM-RL, wonach das Urheberpersönlichkeitsrechte unberührt bleibt).

Unbedingt klargestellt werden sollte zudem, dass das aufgrund von § 56f genutzte Werk in jedem Land, in dem es online abrufbar ist, nicht verfügbar bzw vergriffen ist (**territoriale Beurteilung der fehlenden Verfügbarkeit/Vergriffenheit**). De facto erzielt werden könnte eine auf bestimmte Länder beschränkte Verfügbarkeit durch die Setzung wirksamer Geoblockingmaßnahmen seitens der Kulturerbeeinrichtung.

Aus Sicht von Film Austria wäre es mit Blick auf die Gefahr einer unverschuldeten Haftung gegenüber Lizenznehmern in anderen Territorien (insbesondere außerhalb der EU) sogar notwendig, sämtliche Nutzungen nach § 56f durch eine Kulturerbeeinrichtung an eine **gesetzliche Pflicht zur Setzung wirksamer Geoblocking-Maßnahmen**, die eine Abrufbarkeit ausschließlich in Österreich gewährleisten, zu knüpfen. Eine derartige Pflicht könnte in § 56f Abs 2 vorgesehen werden.

**Zu §§ 25a, 25b VerwGesG (Wahrnehmung von Rechten an nicht verfügbaren Werken, erweiterte kollektive Rechtewahrnehmung)**

Film Austria **bedauert es, dass der Begutachtungsentwurf daran festhält, das System der erweiterten kollektiven Lizenzen in das österreichische Recht zu integrieren** und allfällige Lösungsansätze für die Schwierigkeiten, die im Bereich der Werkkategorie Film vorprogrammiert sind (es existieren drei Verwertungsgesellschaften), nicht einmal in den Erläuterungen thematisiert. Wie bereits angesprochen steht Film Austria mit Blick auf die die gesetzliche

Vermutungsregelung in § 38 Abs 1 UrhG, die cesso legis Regelung bei Schauspielern (§ 69 UrhG) bzw. die originäre Rechtsinhaberschaft bei einfachen Laufbildern (§ 73 Abs 2 UrhG iVm § 74 Abs 1 Satz 2 UrhG) auf dem Standpunkt, dass nur die **VAM** als Verwertungsgesellschaft der FilmproduzentInnen (bzw bei Eigenproduktionen jene der Rundfunkunternehmer) zur Erteilung von Werknutzungsbewilligungen gemäß §§ 25a, 25b VerwGesG in Betracht kommt.

Bezüglich § 25a VerwGesG gelten die zu § 56f UrhG vorgebrachten Bedenken entsprechend und wäre folglich eine Klarstellung wünschenswert, dass das Erfordernis der **Vergriffenheit territorial für jeden Unions-/EWR-Mitgliedsstaat** erfüllt sein muss, auf den sich eine Werknutzungsbewilligung bezieht, andernfalls eine Erstreckung auf andere Staaten keinesfalls angebracht wäre. Zudem wäre eine Klarstellung wünschenswert, ob im Falle einer Nutzung gemäß § 25a VerwGesG über das österreichische Territorium hinaus die kontrahierende österreichische Verwertungsgesellschaft insoweit **(mittelbar) im gesamten räumlichen Anwendungsbereich der Werknutzungsbewilligung repräsentativ sein muss**, also die österreichische Verwertungsgesellschaft über Gegenseitigkeitsverträge mit den jeweils repräsentativen Verwertungsgesellschaft in allen betroffenen Staaten verfügen muss.

Abschließend ersuchen wir namens Film Austria weiterhin in den Gesetzgebungsprozess eingebunden zu bleiben und stehen selbstverständlich jederzeit gerne für weitere Auskünfte oder Gespräche zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



RA Prof Dr Thomas Wallentin