

Rechtsanwalt  
**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 USt-IdNr.: ATU 12738108

---

An das Bundesministerium Justiz  
Abteilung - I 4  
Urheber-, Kartell- und Grundbuchsrecht  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Wien, am 13. Oktober 2021

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at;  
zugleich auf die Website des Parlaments hinaufgeladen

**Betrifft:** Stellungnahme der Initiative Urhebervertragsrecht zum  
Ministerialentwurf UrhGNov 2021  
GZ Geschäftszahl: 2021-0.153.868  
A) *Umsetzung des Art 17 Binnenmarkt-RL/§§ 18c, 24a und 89a ff UrhG*  
B) *Urhebervertragsrecht und Verlegerbeteiligung*

Sehr geehrter Herr Sektionschef Dr Georg Kathrein,  
Sehr geehrter Herr Mag Auinger,

Für die Einladung zur Stellungnahme zum Ministerialentwurf einer UrhGNov 2021 zur Umsetzung der Binnenmarkt-RL 2019 dankt Ihnen die **Initiative Urhebervertragsrecht** sehr. Auftrags und namens der Initiative darf ich zu den vorgeschlagenen Regelungen betreffend die Umsetzung des **Art 17 Binnenmarkt-RL** in den §§ 18c UrhG und 89a ff UrhG (Teil A) sowie zu den in Aussicht genommenen Regelungen betreffend das **Urhebervertragsrecht** und die **Verlegerbeteiligung** (Teil B) hiermit

## STELLUNG

nehmen wie folgt:

### **A. Umsetzung des Art 17 Binnenmarkt-RL in den §§ 18c UrhG und 89a ff UrhG**

#### **I. GRUNDSÄTZLICHE UND SYSTEMATISCHE ÜBERLEGUNGEN**

##### **1. Sendung und öffentliches Zurverfügungstellen**

Auch der Ministerialentwurf sieht die Umsetzung des Art 17 Binnenmarkt-RL zunächst im Zusammenhang mit den Bestimmungen über das Senderecht und das Recht der öffentlichen Zurverfügungstellung, also als Ergänzung zu den urheberrechtlichen Verwertungsrechten der §§ 17 und 18a UrhG vor, welchen mit § 18c eine weitere Bestimmung hinzugefügt werden soll. Dies scheint insoweit auf der Hand zu liegen, als das österreichische UrhG den Begriff der öffentlichen Wiedergabe als umfassenden Begriff nicht kennt und der Ministerialentwurf auch nicht vorsieht, die Anregung

umzusetzen, diese Situation systematisch zu verbessern und an die Vorgaben des Art 3 Info-RL anzupassen, was zu bedauern ist; im Folgenden wird jedoch von diesem Konzept des Entwurfs ausgegangen.

## **2. Erforderlicher Ausschluss eines Gegenschlusses in Bezug auf „kleine Plattformen“**

**2.1.** Der Richtlinie folgend sieht der Ministerialentwurf insoweit die Klarstellung vor, dass die Anbieter großer Online-Plattformen – je nach Lage des Falls – einen (zustimmungspflichtigen) Akt der Sendung oder des öffentlichen Zurverfügungstellens vornehmen, wenn sie der Öffentlichkeit Zugang zu von ihren Nutzern „hochgeladenen“ (richtig: „hinaufgeladenen“) urheberrechtlich geschützten Werken verschaffen, weshalb die Zustimmung der Urheber einzuholen ist.

**2.2.** Dem ist – abgesehen von den im Folgenden angeregten verbesserten Formulierungen – grundsätzlich zuzustimmen, da es sich nicht um ein neues (spezifisches) „Plattform-Verwertungsrecht“ handelt, sondern um eine Klarstellung, dass jedenfalls solche großen Plattformen einen Akt der öffentlichen Wiedergabe im Sinn des Art 3 Info-RL vornehmen, also nach der – im Entwurf beibehaltenen – österr Terminologie einen Akt der Sendung oder des öffentlichen Zurverfügungstellens.

In diesem Zusammenhang weisen die Erläuternden Bemerkungen auch auf ErwG 64 und die darin angesprochene Möglichkeit hin, dass auch andere Diensteanbieter als große Plattformen einen Akt der öffentlichen Wiedergabe vornehmen können, was durch die Vorschrift des Art 17 nicht eingeschränkt werden soll. Dieser Hinweis in den Erläuterungen auf den erwähnten Erwägungsgrund erscheint jedoch nicht ausreichend, um zu verhindern, dass aus der gewählten Formulierung des vorgeschlagenen § 18c UrhG im Gegenschluss argumentiert werden könnte, andere Dienste (Plattformen) würden keinesfalls einen Akt der öffentlichen Wiedergabe vornehmen. Es wird deshalb angeregt, dies auch im Gesetzestext selbst zum Ausdruck zu bringen, etwa wie unten bei Punkt 6 noch gesondert vorgeschlagen („jedenfalls“).

## **3. Einbeziehung des Vervielfältigungsrechts (Speicherung)**

Wie in den Erläuternden Bemerkungen zum Ministerialentwurf zu Recht bemerkt, stellt die Richtlinie auch auf das Speichern der von Nutzern hinaufgeladenen Inhalte ab und geht deshalb davon aus, dass die Haftungsregelung auch für solche Speicherungen (Vervielfältigungen) gilt, die gleichfalls solchen großen Plattformen zuzurechnen sind. Dies führt einerseits dazu, dass auch hierfür die Erlaubnis der Rechteinhaber erforderlich ist, während andererseits auch die Freistellung der Nutzer im Fall einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Rechteinhaber und Plattform abgedeckt sein muss. Auch wenn dies in Art 17 nicht mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht wird, kann diese Vorschrift nur dahingehend verstanden werden, was bei der Umsetzung in österreichisches Recht auch zu berücksichtigen wäre<sup>1</sup>.

## **4. Zum fehlenden Schutz ausübender Künstler (und von Tonträgerherstellern) im Fall der Qualifizierung als Sendung**

**4.1.** In den Verweisungsbestimmungen der §§ 68 Abs 4 und 76 Abs 6 UrhG wird zwar jeweils auf die neue Bestimmung des § 18c UrhG verwiesen, es fehlt in diesen Vorschriften bzw bei der Umschreibung der diesen Rechteinhabern zustehenden Verwertungsrechte aber weiterhin ein Verweis auf das Senderecht (§ 17 UrhG). Dies insoweit zu Recht, als diesen Rechteinhabern das Senderecht nur bedingt zusteht, und zwar jedenfalls dann nicht, wenn die Sendung mit Hilfe eines rechtmäßig

---

<sup>1</sup> Siehe auch dazu den Formulierungsvorschlag bei Punkt 6 unten.

hergestellten Schallträgers vorgenommen wird. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, wie dies im gegenständlichen Zusammenhang (Hinaufladen durch Nutzer) der Fall ist, steht diesen Rechteinhabern deshalb kein Senderecht, sondern nur ein „Verwendungsrecht“ nach den §§ 68 Abs 2 bzw 76 Abs 2 UrhG zu, was auch im Zusammenhang mit einer Nutzung durch große Plattformen anwendbar sein müsste.

**4.2.** Die vorgeschlagene Formulierung „nimmt eine Sendung ... auch vor“ trägt dem aber nicht ausreichend Rechnung, weil es sich in diesen Sonderfällen eben nicht um eine Sendung im engeren Sinn, sondern nur um eine Verwendung für Sendezwecke handelt. Auch dieser Umstand wird in den nachstehenden (Um)Formulierungsvorschlag bei Punkt 6 berücksichtigt.

## **5. Weitere Anmerkungen zu den vorgeschlagenen Formulierungen**

**5.1.** Die Formulierung „unter den Voraussetzungen des § 17 Abs 1 und 2 und des § 18a nimmt ...“ erscheint nicht erforderlich und eher verwirrend, weil in den genannten Bestimmungen keine „Voraussetzungen“ festgeschrieben sind, sondern lediglich das Senderecht und das Zurverfügungstellungsrecht knapp und eben gerade ohne Abgrenzung zum Auftrags-, Vortrags- und Vorführungsrecht umschrieben wird. Der Hinweis auf dort nicht näher umschriebene Voraussetzungen und Abgrenzungen sollte deshalb besser entfallen.

**5.2.** Der zweite Satz („Er hat deshalb die Erlaubnis der Urheber einzuholen.“) stammt zwar aus der Richtlinie, erscheint aber jedenfalls überflüssig, weil es im Wesen von Ausschlussrechten liegt, dass im Fall einer Nutzung durch Dritte die Erlaubnis der Rechteinhaber einzuholen ist. Auch bei allen anderen ausschließlichen Verwertungsrechten fehlt ein entsprechender Hinweis, wobei auch diese Diskrepanz bei der Auslegung Verwirrung stiften könnte. Dagegen werden in den Richtlinien Ausschlussrechte in der Regel mit dem Hinweis darauf beschrieben, dass der jeweilige Rechteinhaber das Recht hat „zu erlauben oder zu verbieten“, was jedoch für das österreichische Recht nicht zutrifft. Die Übernahme dieses Hinweises aus der Richtlinie würde im österreichischen Recht deshalb einen Fremdkörper darstellen.

## **6. Formulierungsvorschlag**

Ausgehend von dem im Ministerialentwurf vorgeschlagenen Text könnten die §§ 18c und 24a unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen deshalb wie folgt lauten:

### **Sendung und Zurverfügungstellung durch Anbieter großer Online-Plattformen**

§ 18c. ~~Unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 und 2 und des § 18a~~ Eine **Vervielfältigung**, Sendung bzw. eine öffentliche Zurverfügungstellung eines Werkes **nimmt jedenfalls** auch **derjenige** vor, **der** als Anbieter einer großen Online-Plattform von seinen Nutzern **hinaufgeladene urheberrechtlich geschützte Werke speichert (vervielfältigt) und** der Öffentlichkeit **zu diesen** Zugang verschafft. ~~Er hat deshalb die Erlaubnis der Urheber einzuholen.~~ Anbieter einer großen Online-Plattform ist ...

### **Werknutzungsbewilligung oder Werknutzungsrecht für die Sendung oder die öffentliche Zurverfügungstellung nach § 18c**

§ 24a. Wurde dem Anbieter einer großen Online-Plattform eine Werknutzungsbewilligung für die **Vervielfältigung**, Sendung oder die öffentliche Zurverfügungstellung nach § 18c erteilt oder dazu ein Werknutzungsrecht eingeräumt oder übertragen, so ist es auch den Nutzern dieses Dienstes gestattet, über die Online-Plattform die betroffenen Werke im Umfang der erteilten Erlaubnis **zu vervielfältigen**, zu senden oder der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, sofern nicht diese Nutzer auf der Grundlage einer gewerblichen

Tätigkeit handeln oder mit ihrer Tätigkeit erhebliche Einnahmen erzielen. Eine dem Nutzer erteilte Erlaubnis berechtigt auch den Anbieter des Dienstes zur erlaubten Nutzung.

§ 68 Abs 4 lautet:

(4) Die §§ 11, 12, 13, § 15 Abs. 1, § 16 Abs. 1 und 3, §§ 16a, 18a, 18b, 18c, 23, 24, 24a, 24b, 24c, § 25 Abs. 1, 2, 3 und 5, §§ 26, 27, § 28 Abs. 1, §§ 29, 31, 31a, 32, 33, 37b, 37c, 37d, 37e, 37f, 59a und 59b gelten entsprechend. **An die Stelle der im § 31 Abs. 2 genannten Frist von fünf Jahren tritt jedoch eine solche von einem Jahr; an die Stelle der in § 18c genannten Sendung tritt § 68 (2) oder [... der zweite Absatz der gegenständlichen Bestimmung].**

§ 76 Abs 6 lautet:

„(6) Die §§ 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, § 14 Abs. 2, § 15 Abs. 1, § 16 Abs. 1 und 3, die §§ 16a, 18a, 18b, § 18c, § 23 Abs. 2 und 4, §§ 24, 24a, 24b, § 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, 42d, 42e, 42g, 42h, 56, 56e, 56f, 57 Abs. 3a Z 1, 3a und 4, § 71 Abs. 3 und § 74 Abs. 2 bis 5 gelten entsprechend. **An die Stelle der in § 18c genannten Sendung tritt § 76 (2) oder [... der zweite Absatz der gegenständlichen Bestimmung].**

## II. ZUM WEGFALL DES UNMITTELBAREN VERGÜTUNGSANSPRUCHS IM ZUSAMMENHANG MIT DER „PLATTFORMEN-HAFTUNG“

1. Der Arbeitsgruppenentwurf hat in § 17 Abs 2a (bzw § 18 Abs 3) für Urheber – und nur für Urheber – einen unmittelbaren (verwertungsgesellschaftenpflichtigen und unverzichtbaren) Vergütungsanspruch gegen die Betreiber großer Online-Plattformen vorgesehen, wenn die originären Rechteinhaber (Dritten) ausschließliche Rechte hieran eingeräumt haben. Dies war ein wesentlicher Beitrag zu einer faireren Verteilung der Verwertungserträge, als dies mit den „mühsamen“ Mitteln des Urhebervertragsrechts jemals zu erreichen wäre. Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass den Inhabern von Werknutzungsrechten aufgrund ihrer Ausschlussrechte ohnehin die Entscheidung über die Nutzung als solche oder deren Verboten verbleibt, während Urhebern bloß für den Fall der Zustimmung der jeweiligen Inhaber der vom Urheber abgeleiteten Rechte ein unmittelbaren Vergütungsanspruch zustehen sollte.

Auf diesem Weg kann bei den originär Berechtigten auch ein angemessener Anteil „ankommen“, während anderenfalls erfahrungsgemäß eine Beteiligung – wenn überhaupt – bei den kreativ Tätigen nur im Fall der Verankerung eines ausgewogenen und dem Grundsatz des Schutzes des Schwächeren verpflichteten Urhebervertragsrechts gelingen kann, welches in Österreich nach dem Ministerialentwurf aber ohnehin weiterhin unterentwickelt bleiben soll. Dies ganz abgesehen davon, dass die vorgeschlagenen minimalen Verbesserungen jedenfalls erst für künftige Verträge gelten werden<sup>2</sup>. Aber selbst wenn und soweit dies noch verbessert werden sollte, schneiden im Fall eines „Marsches durch die Verwertungskette“ so viele mit, dass für den Urheber in aller Regel kaum etwas übrigbleibt.

2. Dieser im Arbeitsgruppenentwurf noch enthaltene unmittelbarer Vergütungsanspruch ist im Ministerialentwurf nun ersatzlos gestrichen. Dies ist aus der Sicht der Kreativ eine bedeutende Verschlechterung und mehr als enttäuschend. Dies umso mehr, als – wie eben schon angedeutet – auch die urhebervertragsrechtlichen Verbesserungen minimal sind.

3. Durch diese „Kehrtwende“ würde das österreichische Urheberrecht nicht nur im Vergleich zum deutschen Recht für Urheber weiterhin maßgeblich nachteiliger bleiben, sondern auch im Vergleich zum schweizerischen Recht, welches seit 2020 einen solchen unmittelbaren Vergütungsanspruch gewährt,

---

2 Nach den vorgesehenen Übergangsbestimmungen.

und zwar nicht nur im Zusammenhang mit den von den großen Online-Plattformen zu zahlenden Entgelten.

### III. ZU WEITEREN IM MINISTERIALENTWURF FEHLENDEN VERGÜTUNGSANSPRÜCHEN IM ZUSAMMENHANG MIT DER PLATTFORMENHAFTUNG

1. Das Haftungsregime des Art 17 Binnenmarkt-RL geht davon aus, dass große Plattformen für das Teilen von Online-Inhalten grundsätzlich die Zustimmung der Berechtigten einzuholen haben, was in manchen Fällen auch greifen wird. In zahlreichen Fällen wird dies aber aus unterschiedlichen Gründen nicht der Fall sein, etwa wegen der Beschränkung des Lizenzierungsgebots auf bloße „Anstrengungen“ des Plattformbetreibers oder deshalb, weil bestimmte Rechteinhaber nicht bereit sein werden, ihre Ausschlussrechte (zu den angebotenen oder durchsetzbaren) Bedingungen zu vergeben, da diese die Grundlage für ihre Vermarktungsstrategie darstellen. In solchen Fällen sind vom Plattformbetreiber – über Verlangen der Berechtigten – *ex ante* für allgemein umschriebene Inhalte bzw. *ex post* für konkrete Werke (Schutzgegenstände) - bestimmte „Filtermaßnahmen“ zu setzen, die das Verbot der Nutzung (überwiegend mit technischen Mitteln) durchsetzen sollen. Hält der Plattform-Betreiber die hierfür vorgesehenen Kriterien ein, ist er von einer Haftung befreit.

2. Dieses System geht davon aus, dass die Rechteinhaber einen bedeutenden Aufwand betreiben müssen, indem sie alle Plattformen dieser Welt überwachen, mit entsprechenden Informationen versorgen und im Fall eines Versagens der Filtereinrichtungen individuell jede einzelne Rechtsverletzung aufgreifen und das „Herunternehmen“ (*take down/stay down*) dieser Inhalte verlangen müssen. Art 17 Binnenmarkt-RL mutet den Rechteinhabern diesen Aufwand zu, was sowohl mit der in den internationalen Verträgen verankerten Natur von Ausschlussrechten als auch mit dem Grundsatz Formfreiheit in einem Spannungsverhältnis steht.

Jedenfalls aber handelt es sich hierbei um einen Aufwand, den nur die Großen und wirtschaftlich Starken der sog. „Kreativ-Wirtschaft“ tätigen werden können, nicht aber kleinere Teilnehmer am Kultur-Betrieb oder gar einzelne Urheber und Künstler. Weder einzelne Autoren noch Kleinverlag oder sog. Independent Labels werden diesen Aufwand finanzieren können. Aber auch für den Fall, dass dies möglich sein sollte, wird eine Vielzahl von Rechteinhabern diesen Müheaufwand jedenfalls scheuen oder auch gar nicht aufwenden wollen. Ungeachtet des „ausgetüftelten“ Haftungsregimes wird es deshalb eine Vielzahl von Werken und anderen Schutzgegenstände gegeben, die weiterhin online bleiben, ohne dass es hierfür irgendeinen auch nur einen finanziellen Ausgleich gäbe.

Für diese Fälle hatte schon der Arbeitsgruppenentwurf den Vorschlag der Einführung ergänzender (unmittelbarer) Vergütungsansprüche<sup>3</sup> nicht aufgegriffen, was für den Ministerialentwurf bedauerlicher Weise gleichermaßen gilt und einen gravierenden Mangel desselben darstellt.

3. Die vom Ministerialentwurf in Weiterführung des Arbeitsgruppenentwurfs vorgeschlagene umfangreiche Regelung betreffend die Umsetzung des Art 17 Binnenmarkt-RL folgt weitgehend dem – für den einzelnen „Rechtsunterworfenen“ kaum durchschaubaren – Richtlinienentwurf, fügt diesem aber Regelungen zum „Schutz der Nutzer“ hinzu, die weitgehend dem in der Zwischenzeit verabschiedeten deutschen Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz [dUDG] vom 13. Mai 2014 entsprechen und noch

---

3 Siehe § 89a Abs 5 des Vorschlags der Initiative Urhebervertragsrecht, abgedruckt auch bei *Michel Walter*, Diskussionsentwurf, Beilage zu MR 2020/3 (23).

4 dBGBI I 1204, 1215.

durch verwaltungsrechtliche Aufsichts- und Sanktionsmaßnahmen ergänzen. Dies allerdings mit einem wesentlichen Unterschied. Während das deutsche Gesetz seine Regelung mit zwei gesonderten Vergütungsansprüchen flankiert, nämlich als Ausgleich für die erweiterte und zwingende Berücksichtigung von hinaufgeladenen, urheberrechtlich relevanten Inhalten im Rahmen freier Werknutzungen (§ 5 Abs 2 dUDG) sowie für die „verzögerte Blockierung“ im Fall kleiner Ausschnitte und von Inhalten, die vom Nutzer (freilich einseitig) als urheberrechtlich zulässig bezeichnet wurden (im Weg des sog *pre-flagging*), verzichtet auch der Ministerialentwurf auf solche ausgleichenden Vergütungsansprüche zur Gänze. Unterstellt man die grundsätzliche Zulässigkeit des „deutschen Wegs“ in diesem Zusammenhang, erscheint jedenfalls der „österreichische Weg“ nicht nur ausgesprochen „urheberfeindlich“, sondern aus internationalrechtlicher und unionsrechtlicher Sicht mehr als fragwürdig und mit dem „Drei-Schritt-Test“ unvereinbar.

Dies umso mehr, als eine Nutzung unter Berufung auf die freien Werknutzungen des Zitatrechts, einschließlich der Kritik, der – vom EuGH weit und recht eigenwillig ausgelegten – Parodie, vor allem aber auch der neuen freien Werknutzung der Pastiche, ein inhaltlich völlig unbestimmter Begriff, im Rahmen des sog *User Generated Content* zu einer massiven Nutzung urheberrechtlich geschützten Materials führen wird, welche die normale Werkverwertung ebenso maßgeblich beeinträchtigt wird wie sonstige Urheberinteressen. Dessen ungeachtet soll diese Nutzung nach dem Ministerialentwurf völlig vergütungsfrei erfolgen können. Auch insoweit bleibt der Ministerialentwurf hinter der deutschen Regelung zurück, was aus Sicht der Initiative Urhebervertragsrecht unannehmbar erscheint.

4. Völlig offen lässt der Ministerialentwurf weiterhin die Behandlung „kleiner Plattformen“<sup>5</sup>, für deren – in der Regel gleichfalls gewinnorientierte und höchst einträgliche – „Vermittlungstätigkeit“ keine Regelung vorgesehen ist, obwohl die Binnenmarkt-RL hierfür Spielraum lässt, da diese von der Sonderregelung des Art 17 nicht erfasst sind. Sofern diese die – strengen – Kriterien der EuGH Judikatur<sup>6</sup> erfüllen, wären diese im Vergleich zu den großen Plattformen schlechter gestellt, was ebenso zu Wertungswidersprüchen führt wie die generelle Anwendung des Host-Provider-Privilegs auf solche Plattformen, ohne auch nur einen Anspruch auf angemessene Vergütung vorzusehen.

Auch insoweit sind die Anregungen der Initiative Urhebervertragsrecht in ihrer Stellungnahme zum Arbeitsgruppenentwurf bedauerlicherweise unberücksichtigt geblieben.

#### **IV. SONSTIGE BEMERKUNGEN ZUR UMSETZUNG DES ART 17 BINNENMARKT-RL**

1. Während das Verhältnis der Sonderregelung im vorgeschlagenen § 89a UrhG zu anderen als Schadenersatzansprüchen nach dem Arbeitsgruppenentwurf noch unklar war, ist die nunmehrige Regelung nach den Erläuternden Bemerkungen zu Ministerialentwurf nur als schadenersatzrechtliche Sonderregelung zu verstehen, die alle anderen Ansprüche unberührt lässt, wozu Unterlassung, Beseitigung, Urteilsveröffentlichung, angemessenes Entgelt etc gehören. Dies wird damit begründet, dass nach ErwG 66 ein spezielles Haftungsverfahren eingeführt werden soll, welches andere Rechtsbehelfe unberührt lässt.

---

5 Siehe § 89a Abs 6 des Vorschlags der Initiative Urhebervertragsrecht, abgedruckt auch bei *Michel Walter*, Diskussionsentwurf, Beilage zu MR 2020/3 (23).

6 Siehe zuletzt EuGH 26822.06.2021 C-682/18 und C-683/18 – „Peterson/Google – YouTube - Elsevier/Cyando“ GRUR 2021, 1054 (*Louisa Specht-Riemenschneider*) = CR 2021, 540 = ZUM 2021, = ZIIR 2021, 339 (*Ranjana Andrea Achleitner*) = MMR 2021, 705 = ÖJZ 2021/111, 906 (*Christoph Brenn*).

Diese Sichtweise hält die Initiative Urhebervertragsrecht für fragwürdig, da Art 17 offensichtlich die Haftung großer Plattformen insgesamt regeln will, und mit dem angedeuteten Vorbehalt anderer Rechtsbehelfe solche gegen die Endbenutzer oder solche gegen Plattformen zu verstehen sind, die auch andere rechtsverletzende Handlungen wie etwa die unmittelbare Beteiligung an Urheberrechtsverletzungen oder deren Erleichterung (siehe auch § 89a Abs 5 MinEntw) setzen. Es erscheint wenig wahrscheinlich, dass die vorgeschlagene Regelung vor dem EuGH halten könnte.

2. Handelt es sich aber tatsächlich um eine auf Schadenersatz beschränkte Sondervorschrift, ist der Hinweis in Abs 1 „haftet er einem dadurch Geschädigten aus Verschulden“ nicht nur überflüssig, weil für Schadenersatz ganz allgemein – im Urheberrecht unter Berücksichtigung der Sonderregeln des § 87 UrhG – nur bei Vorliegen eines Verschuldens gehaftet wird, weshalb der nochmalige Hinweis hierauf weniger erhellend denn verwirrend ist. Ist die Vorschrift aber als allgemeine Haftungsregelung zu verstehen, wovon die Initiative Urhebervertragsrecht ausgeht, muss dieser Hinweis jedenfalls entfallen, weil andere Ansprüche als Schadenersatzansprüche und Ansprüche auf Herausgabe des Verletzergewinns (§ 87 Abs 4 UrhG) verschuldensunabhängig zu verstehen sind.

3. Wenn der Ministerialentwurf im zweiten Satz des vorgeschlagenen § 89a Abs 4 festhält, dass die Anwendung des § 16 ECG auf von § 18c UrhG erfasste Diensteanbieter unberührt bleibt, so ist dies nicht recht verständlich, und ist vermutlich § 18 ECG gemeint, wonach Diensteanbieter iSd §§ 13 bis 17 ECG sind nicht verpflichtet sind, die von ihnen gespeicherten, übermittelten oder zugänglich gemachten Informationen allgemein zu überwachen oder von sich aus nach Umständen zu forschen, die auf rechtswidrige Tätigkeiten hinweisen. Allerdings erscheint ein gesonderter Hinweis hierauf schon deshalb entbehrlich, weil ein Ausschluss der Anwendung des § 16 ECG ohnehin die Anwendung anderer Bestimmungen dieses Gesetzes nicht ausschließt, die daher unberührt bleiben.

## **V. SONSTIGE VOM MINISTERIALENTWURF UNBERÜCKSICHTIGTE VERGÜTUNGSANSPRÜCHE**

In Erinnerung gerufen sei schließlich, dass die Initiative Urhebervertragsrecht auch die Einführung weiterer, ergänzender (unmittelbarer) Ansprüche auf angemessene Vergütung vorgeschlagen hat, was auch der Ministerialentwurf in keiner Weise berücksichtigt. Es gilt dies insbes für weitere Sekundärverwertungen, wie die integrale Kabelweiterleitung nach § 59a UrhG nach dem Vorbild des § 20b Abs 2 dUrhG, die öffentliche Rundfunkwiedergabe iSd § 59 UrhG oder die Nutzung verwaister Werke. Vor allem im Zusammenhang mit der integralen Kabelweiterleitung würde dies zugleich die Möglichkeit geben, die massive Benachteiligung von Filmurhebern und Filmdarstellern (§§ 38 Abs 1 und Abs 1a sowie § 69 UrhG) einfach und fair zu beseitigen, ohne die – allerdings ohnehin weitgehend verwertungsgesellschaftspflichtigen – Ausschlussrechte der Produzenten/Rundfunkunternehmer zu beeinträchtigen, womit der Schutz von Urhebern und ausübenden Künstlern an das deutsche Schutzniveau angeglichen werden könnte.

Aus der Sicht der Initiative Urhebervertragsrecht ist es bedauerlich, dass auch der Ministerialentwurf diese Chance ungenutzt lässt.

## **B) Zu den Regelungen betreffend das Urhebervertragsrecht und die Verlegerbeteiligung**

### **I. Vorbemerkungen**

1. Die Initiative Urhebervertragsrecht begrüßt es außerordentlich, dass das Bundesministerium Justiz die Vorschläge der Initiative aufgegriffen hat, über die Umsetzung der in der Binnenmarkt-RL zwingend vorgesehenen Bestimmungen hinaus die – wenig entwickelten – Vorschriften des österr Urheberrechtsgesetzes zum Urhebervertragsrecht auszubauen und auf ein Niveau zu bringen, das demjenigen entspricht, wie es in „entwickelten“ Europäischen Urheberrechtsordnungen seit Langem vorgesehen ist und laufend weiterentwickelt wird. Es trägt dies dem allgemein bekannten Umstand Rechnung, dass die Kreativen, also Urheber aller Sparten und Ausübende Künstler, typischerweise die schwächere Verhandlungsposition im Verhältnis zu ihren primären Vertragspartnern (Produzenten, Verleger) haben, welche die Verträge in der Regel vorgeben, die ausschließlich im Produzenteninteresse ausgearbeitet sind, wobei ernsthafte Verhandlungen hierüber meist nicht möglich sind.

Die Initiative Urhebervertragsrecht begrüßt in diesem Zusammenhang auch das Bekenntnis des gegenständlichen Entwurfs zu der Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen zum Schutz der schwächeren Vertragspartei, wie dies in den Erläuternden Bemerkungen ausdrücklich zum Ausdruck gebracht wird.

2. Die Initiative Urhebervertragsrecht erinnert daran, dass diese Linie – aus politischer Sicht – auch in der Regierungserklärung der Koalitionsparteien deutlich zum Ausdruck kommt. Dies ungeachtet des Umstands, dass die Interessensvertretungen der Produzenten, wie sie etwa in der sogenannten „Allianz Kreativwirtschaft“ zusammengeschlossen ist, einen fairen Ausbau des Urhebervertragsrechts „reflexartig“ ablehnt hat. Nicht nur um die Umsetzung der Binnenmarkt-RL geht es aber, sondern ganz allgemein um die Herstellung fairer Rahmenbedingungen, wie sie in zahlreichen Urheberrechtsgesetzen innerhalb und außerhalb Europas ohne erkennbare „Standortnachteile“ seit Langem vorgesehen sind. Jedenfalls können „Standortüberlegungen“ nicht zu Lasten der kreativ Schaffenden Österreichs gehen.

3. Allerdings musste die Initiative mit Bedauern feststellen, dass die im Arbeitsgruppenentwurf vom Dezember 2020 enthaltenen Regelungen nun im Ministerialentwurf weitgehend zurückgenommen wurden, wobei auch schon der Arbeitsgruppenentwurf im Einzelnen enttäuschend war, was nun umso mehr für den Ministerialentwurf gilt. Abgesehen davon, dass eine Auseinandersetzung mit den wohl überlegten und in einigen Punkten sogar wesentlich produzentenfreundlicheren, zugleich auch effizienteren und praktikableren Vorschlägen der Initiative Urhebervertragsrecht<sup>7</sup> bedauerlicher Weise auch im nunmehr vorliegenden Ministerialentwurf zur Gänze fehlt, wurden einige wichtige Bestimmungen völlig eliminiert, während andere in entscheidenden Punkten wesentlich abgeschwächt wurden. Insgesamt wurden deutsche Vorbilder zum Teil kritiklos übernommen, während andere Vorschriften völlig übergangen, abgeschwächt bzw so formuliert wurden, dass sie weitgehend zahnlos bleiben müssen.

---

7 Dies gilt entsprechend für den Diskussionsentwurf von *Michel Walter*, veröffentlicht in Beiheft 3 zu MR3/20.



## II. Zu den richtlinienunabhängigen Vorschlägen (§§ 24c, 31a und 37b MinEntw)

### 1. Zweckübertragungsgrundsatz (§ 24c Abs 1 MinEntw)

#### 1.1. Allgemeine Bemerkung

Die Vorsehung des Zweckübertragungsgrundsatzes ist zu begrüßen. Dieser Auslegungsgrundsatz, der über den in der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz der Zweckauslegung hinausgeht, entspricht rechtsvergleichend betrachtet dem Standard fortschrittlicher Urheberrechtsordnungen (siehe etwa Deutschland oder die Niederlande). Allerdings ist die Ausformulierung im Einzelnen unzureichend und unsachlich eingeschränkt; sie weichen damit vom deutschen Vorbild ohne jede sachliche Begründung ab.

#### 1.2. Unvollständige Übernahme des deutschen Vorbilds

Der Ministerialentwurf beschränkt sich auf die Übernahme des deutschen Vorbilds (§ 31 Abs 5 dUrhG), ohne dieses kritisch zu hinterfragen. Es fehlen deshalb auch im Ministerialentwurf wesentliche Ergänzungen, die erforderlich wären, um dem Zweckübertragungsgrundsatz praktische Relevanz zu verleihen.

- Da es auch beim Zweckübertragungsgrundsatz um vertragliche Transparenz geht, fehlt ein Hinweis darauf, dass die Nutzungsarten „ausdrücklich und deutlich im Einzelnen bezeichnete“ sein müssen, um einen Rückgriff auf den Zweckübertragungsgrundsatz zu vermeiden. Da auch der – von beiden Vertragsparteien zu Grunde gelegte – Vertragszweck der Auslegung unterliegt, erscheint auch ein Hinweis auf die Berücksichtigung der im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche unverzichtbar (§ 914 ABGB).
- Werden in einem Vertragswerk alle nur erdenklichen Nutzungsarten angeführt, dient dies gleichfalls nicht der Transparenz und der Umschreibung dessen, was tatsächlich beabsichtigt ist, sondern letztlich der Umgehung des Zweckübertragungsgrundsatzes. Der von der Initiative Urhebertvertragsrecht vorgeschlagene Zusatz, dass der Zweckübertragungsgrundsatz auch dann sinngemäß anzuwenden ist, wenn die Nutzungsarten - auf vielen Seiten eines vom Vertragspartner des Urhebers vorgegebenen Vertrags im „Kleingedruckten“ – im Wesentlichen unbeschränkt bezeichnet werden, erscheint gleichfalls unverzichtbar.

#### 1.2. Abzulehnende Einschränkungen des Zweckübertragungsgrundsatzes

Abzulehnen ist aus der Sicht der Initiative auch der neue Zusatz, wonach der Zweckübertragungsgrundsatz weder für in Arbeitsverhältnissen geschaffene Werke noch für Werke gelten soll, die im Verhältnis zum Gesamtwerk einen nachrangigen Beitrag darstellen, womit der Grundsatz massiv eingeschränkt wird, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre. Denn Transparenz ist auch in diesem Zusammenhang geboten, was auch ein Desideratum der Binnenmarkt-RL darstellt, gegen deren Geist damit gleichfalls verstoßen wird.

Auch das deutsche Vorbild kennt diese Ausnahme zu Recht nicht, und ist nicht einzusehen, weshalb im künftigen österreichischen Recht nur eine abgeschwächte Version gelten sollte, zumal auch aus der deutschen Praxis keine Unzulänglichkeiten bekannt sind. Dazu sei die Bestimmung des § 43 dUrhG in Erinnerung gerufen, die vielmehr ausdrücklich festhält, dass die Vorschriften dieses Unterabschnitts (§§ 31 bis 42 und 44 dUrhG) auch anzuwenden sind, wenn der Urheber das Werk in

Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeit- oder Dienstverhältnis geschaffen hat, soweit sich aus dem Inhalt oder dem Wesen des Arbeits- oder Dienstverhältnisses nichts anderes ergibt.

## **2. Unbekannte Nutzungsarten und künftige Rechte (§ 24c Abs 2 und 3 MinEntw)**

### **2.1. Allgemeine Bemerkung**

Auch der Ministerialentwurf übernimmt insoweit - mehr oder weniger wörtlich – den Kern der entsprechenden Bestimmung des § 31a Abs 1 dUrhG. Dies ist zwar grundsätzlich zu begrüßen und entspricht einem seit Langem vorgetragenen Wunsch der kreativ Schaffenden und der ausübenden Künstler. Es fehlen aber sinnvolle ergänzende Bestimmungen, wie sie das deutsche Recht vorsieht, und wird dieses im Übrigen auch in Punkten kritiklos übernommen, die eine differenzierte Lösung nahelegen.

### **2.2. Ausschließliche Möglichkeit des Widerrufs unzureichend**

(a) Das deutsche Recht geht grundsätzlich von der Möglichkeit eines Widerrufs der Einräumung von Nutzungsrechten oder der Erteilung entsprechender Nutzungsbewilligungen für künftige Nutzungsarten aus, wenn diese zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bekannt waren. Allerdings erscheint es fraglich, ob eine solche Widerrufsmöglichkeit überhaupt erforderlich ist und nicht in erster Linie auf eine zusätzliche Vergütung abgestellt werden sollte, zumal der Ministerialentwurf einen Widerruf ohnehin ausschließt (Abs 3 Ende), wenn vertraglich eine solche zusätzliche angemessene Vergütung vereinbart wurde. Dazu kurz Folgendes.

- Im Fall der (schriftlichen) Einräumung von Rechten (Bewilligungen) in Bezug auf zum gegebenen Zeitpunkt unbekannt Nutzungsarten werden die Vertragspartner von Urhebern verständlicher Weise auch auf eine solche Vereinbarung zurückgreifen wollen, ohne Gefahr zu laufen, dass der Urheber oder ausübende Künstler einer solchen Nutzung widersprechen könnte, und es zu keiner Einigung zwischen den Vertragspartnern kommt. Freilich wäre eine angemessene Vergütung gesetzlich vorzusehen, wenn sie nicht schon vertraglich vereinbart worden sein sollte.
- Aber auch Urhebern und ausübenden Künstlern geht es in aller Regel nicht darum, eine solche Nutzung zu verhindern, der sie schriftlich zugestimmt haben, sondern vielmehr um eine angemessene Vergütung hierfür, und zwar unabhängig von den Vorgaben und dem erforderlichen (mühsamen) Procedere, wie im Vertragsanpassungsmechanismus nach § 37c UrhG vorgesehen.

(b) Geht man aber auch von der Möglichkeit eines Widerrufs aus, wie im Ministerialentwurf vorgesehen, wäre dieser praktikabler auszugestalten, als dies im deutschen Recht und im Entwurf vorgesehen ist (siehe dazu näher unten). Davon abgesehen fehlt aber auch Ministerialentwurf jedenfalls eine dem § 32c dUrhG entsprechende Regelung über die gesonderte angemessene Vergütung für später bekanntwerdende Nutzungsarten, wenn es zu keinem Widerruf kommt.

- Die hierfür gegebene Begründung, Urheber und ausübende Künstler könnten die erfolgte Rechtseinräumung widerrufen, und läge das entsprechende Verwertungsrecht damit ohnehin in ihren Händen, überzeugt schon deshalb nicht, weil Urheber und ausübende Künstler damit gezwungen werden, die Rechtseinräumung zu widerrufen, um eine zusätzliche Vergütung aushandeln zu können, obwohl dies möglicher Weise gar nicht in ihrem Sinn ist.

- Jedenfalls werden damit - anders als im deutschen Vorbild – die zahlreichen Fälle nicht geregelt, in welchen der originär Berechtigte aus welchen Gründen immer - nicht widerspricht, nicht widersprechen möchte oder auch nicht (zeitgerecht) widersprechen kann, weil ihn die Verständigung seines (ehemaligen) Vertragspartners nicht rechtzeitig erreicht oder er/sie (berufsbedingt) abwesend ist oder die Verständigung des Vertragspartners – aus welchen Gründen immer – im Spamordner landet und unbemerkt bleibt.

### 2.3. Ausgestaltung der Verständigung

- Nach der, gleichfalls dem deutschen Recht entnommenen, Regelung über die Verständigung des originär Berechtigten genügt die Zustellung an die zuletzt bekannte Anschrift, wobei für den Lauf der bloß dreimonatigen Frist der Zeitpunkt der Absendung maßgebend ist und keinerlei Vorschriften über die Art der Verständigung (schriftlich, eingeschrieben, per E-Mail etc) vorgesehen sind.
- Damit wird das Risiko des tatsächlichen Erhalts einer solchen Verständigung einseitig dem Urheber (ausübenden Künstler) auferlegt, was in der Praxis zu Fällen führen muss, in welchen ein zeitgerechter Widerspruch nicht möglich ist. Auch diese Regelung erscheint wenig überzeugend und zielt offensichtlich darauf ab, den befristeten Widerruf möglichst nicht zum Tragen kommen zu lassen, und all dies, ohne dass der Urheber auch nur einen ergänzenden Vergütungsanspruch hätte.

### 2.4. Fehlen einer entsprechenden Regelung für künftige Rechte

Darüber hinaus fehlt eine entsprechende Regelung auch für künftige Rechte, die der Gesetzgeber erst nach Vertragsabschluss gewährt und die deshalb sinnvoll nicht Gegenstand früherer Verträge sein können. Auch insoweit ist die vorgeschlagene Regelung unvollständig und deshalb wenig befriedigend.

### 2.5. Abzulehnende Einschränkungen der Regelung

(a) Abzulehnen ist auch der Zusatz, wonach die Regelung weder für in Arbeitsverhältnissen geschaffene Werke noch für Werke gelten soll, die im Verhältnis zum Gesamtwerk einen nachrangigen Beitrag darstellen. Damit wird auch in diesem Zusammenhang der Anwendungsbereich der Regelung massiv eingeschränkt, was sachlich nicht gerechtfertigt und auch im deutschen Recht nicht vorgesehen ist (siehe dazu auch das oben schon zum Zweckübertragungsgrundsatz bei Punkt 1.2. Gesagte).

(b) Im gegebenen Zusammenhang kommt noch eine weitere generelle Ausnahme zum Nachteil der an einem Filmwerk beteiligten Urheber sowie von Werken hinzu, die zur Herstellung eines Filmwerks benutzt werden (Romanvorlage/Stoffrechte, Drehbuch etc). Auch wenn eine Sonderbehandlung von Filmwerken unter bestimmten Voraussetzungen sachgerecht erscheinen mag, führt die vorgeschlagene Regelung zu einem gänzlichen Ausschluss des gerechten Anspruchs auf einen Vorteilsausgleich im Zusammenhang mit neuen Nutzungsarten, was sachlich gleichfalls nicht zu rechtfertigen ist und die Diskriminierung von Filmurhebern weiter ausbaut.

Auch in diesem Zusammenhang zeigt sich der gewählte Regelungsansatz (nur Widerrufsrecht) als unzureichend, und ist nicht einzusehen, weshalb im Bereich Film keine entsprechende Regelung in Bezug auf eine zusätzliche angemessene Vergütung für neue Nutzungsarten (und Rechte) gelten sollte.

### **3. „Zeitlichen Beschränkung“ von Urheberrechtsverträgen und die vorgeschlagene Ersatzlösung durch anderweitige Verwendung nach nunmehr fünfzehn Jahren (§ 31a MinEntw)**

Im Hinblick auf den Umstand, dass Urheberrechtsverträge in der Regel auf „Schutzfristdauer“ und sohin auf einen nachgerade unüberschaubar langen Zeitraum abgeschlossen werden, hat die Initiative Urhebervertragsrecht vorgeschlagen, Nutzungsverträge zeitlich insoweit zu beschränken, als nach Ablauf von zwanzig Jahren eine Anpassung der Vertragsbedingungen an die geänderten Verhältnisse verlangt werden kann, und zwar einschließlich einer Berücksichtigung der eventuell erhöhten Bekanntheit des Urhebers (oder ausübenden Künstlers). Dieser Vorschlag wird auch vom Ministerialentwurf bedauerlicherweise nicht übernommen und durch eine aus dem deutschen Urheberrecht übernommene Bestimmung zur anderweitigen Verwendung nach fünfzehn Jahren bei pauschalen Vergütungen substituiert (§ 31a dUrhG).

Die Initiative Urhebervertragsrecht hält dies in mehrfacher Hinsicht für unzureichend.

#### *3.1. Vergleich des Vorschlags mit den (nicht aufgegriffen) Vorschlägen der Initiative Urhebervertragsrecht*

Wie eben angedeutet, stellt der Vorschlag der Initiative eine ausgewogene Lösung dar, die den Urheber (ausübenden Künstler) in die Lage versetzen soll, insbes in jungen Jahren abgeschlossene Verträge, deren Inhalt erfahrungsgemäß mehr oder weniger von der Produzentenseite diktiert wird, nach Ablauf eines längeren Zeitraums, nämlich von nicht weniger als zwanzig Jahren „nachzuverhandeln“, ohne deren weitere Gültigkeit in Frage zu stellen und ohne den Vertragspartner auf nichtausschließliche Rechte zu reduzieren.

Dieser Grundgedanke, der eine tatsächliche Verbesserung der Situation der Kreativen bedeuten würde, findet in der vorgeschlagenen Lösung keinen entsprechenden Ersatz. Denn der bloße Ersatz ausschließliche Rechte durch eine bloß nichtausschließliche Nutzungsbewilligung verbessert die Situation des Urhebers wenig, weil er seinerseits gleichfalls keine ausschließlichen Rechte vergeben kann und deshalb kaum einen engagierten anderen Vertragspartner (zu besseren Bedingungen) finden wird. Dagegen befindet sich der ursprüngliche Vertragspartner weiterhin an einer privilegierten Position. Denn er muss in der Regel keine zusätzlichen Investitionen tätigen, weil Druckunterlagen und sonstige Produktionsmittel bereits vorhanden sind.

Im Vergleich zu Lösungen in ausländischen Urheberrechtsgesetzen, die von Vorneherein eine zeitliche Befristung von Urheberrechtsverträge vorsehen, wie etwa das italienische Recht für Verlagsverträge, stellt der Vorschlag der Initiative eine angemessene und zurückhaltende Alternative dar. Dabei ist im gegenständlichen Zusammenhang zu bedenken, dass selbst das wenig „urheberfreundlich“ ausgelegte US-amerikanische Urheberrecht ein Rückrufsrecht nach Ablauf von 35 Jahren vorsieht (*termination right*).

#### *3.1. Zum Vorschlag des Ministerialentwurfs in Bezug auf eine anderweitige Verwendung nach Ablauf von fünfzehn Jahren bei Pauschalvereinbarungen (§ 31a MinEntw)*

Auch dieser Vorschlag des Ministerialentwurfs stammt aus dem deutschen Urheberrecht, wo diese Regelung mit dem Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 20. Dezember 2016<sup>8</sup> eingeführt wurde. Wenn der MinEntw zwar mehr oder weniger

---

<sup>8</sup> dBGBl I 3037; in Kraft getreten am 01.03.2017.

wörtlich der Formulierung des deutschen UrhG folgt, dies aber nicht auch für die im deutschen Recht ausdrücklich vorgesehene Unabdingbarkeit gilt (§ 40a Abs 4 dUrhG), wird die Halbherzigkeit dieses Vorschlags nur unterstrichen.

Im Einzelnen dazu Folgendes.

**(a) Beschränkung auf Pauschalentgelt-Vereinbarungen**

Der Ministerialentwurf beschränkt die Regelung auf Vereinbarungen, die ein Pauschalentgelt vorsehen, und stellt schon deshalb keinen validen Ersatz für eine Überprüfung der vereinbarten (Entgelt)Regelung nach Ablauf einer längeren Zeitspanne dar. Bekanntlich haben jüngere Urheber und ausübende Künstler, die am Anfang ihrer Karriere stehen, eine noch schlechtere Verhandlungsposition und sind deshalb häufig gezwungen, auch unterdurchschnittliche Beteiligungssätze zu akzeptieren. Eine Überprüfung auch solcher Vereinbarungen nach Ablauf eines längeren Zeitraums ist deshalb ein berechtigtes Anliegen, das im Ministerialentwurf in keiner Weise berücksichtigt ist.

**(b) Keine Unabdingbarkeit der Regelung**

Wie bereits angedeutet, sieht der Vorschlag – anders als das deutsche UrhG - keine Unabdingbarkeit der Regelung vor (siehe auch § 37f MinEntw), womit diese in der Praxis kaum Anwendung finden würde. Denn die in aller Regel einseitig von der Produzentenseite vorgegebenen Vertragsbedingungen werden ab sofort entsprechende Klauseln enthalten, mit welchem der Urheber auf eine Überprüfung nach Ablauf von 15 Jahren verzichtet.

Hinzu kommt, dass – insoweit wieder dem deutschen Vorbild folgend – auf die vorgesehene Umwandlung in ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht (Nutzungsbewilligung) nach Ablauf von fünf Jahren gesondert verzichtet werden kann, womit Kreative wieder unter Druck gesetzt werden können. - Die Verzichtbarkeit dieses Anspruchs steht auch mit dem Konzept der vergleichbaren Regelung in § 37a UrhG (Zweitverwertungsrecht von Urhebern wissenschaftlicher Beiträge) in Widerspruch, wo die Unverzichtbarkeit im letzten Satz dieser Vorschrift ausdrücklich vorgesehen ist.

**(c) Auf 15 Jahre verlängerte Frist**

Auch in Bezug auf die Frist bleibt die vorgeschlagene Regelung hinter dem deutschen Vorbild zurück, welches eine Frist von 10 Jahren vorsieht, wie diese auch im Arbeitsgruppenentwurf des BMJ vorgesehen war, was eine weitere Verschlechterung darstellt.

**(d) Entgegenstehende Leistungsschutzrechte des Produzenten**

Davon abgesehen, scheidet eine praktische Anwendung dieser Regelungen mangels einer im Entwurf vorgesehenen Sonderbestimmung auch in all jenen Fällen von Vornherein aus, in welchen dem Produzenten eigene Leistungsschutzrechte zustehen, was für alle Produzenten – mit Ausnahme von Verlegern – zutrifft (Tonträgerhersteller, Laufbildhersteller, Rundfunkunternehmer). Mangels einer diesbezüglichen Regelung, wie sie die Initiative Urhebervertragsrecht auch in anderen Zusammenhängen begründet vorgeschlagen hat, ist die Vorschrift in all jenen Fällen von Vornherein zum Scheitern verurteilt. Dies gilt aber auch im Verlagswesen, wenn es sich etwa um abgeleitete Rechte (zB Übersetzungen geschützter Werke) handelt, die der Übersetzer nicht ohne Zustimmung des Originalurhebers, der hierüber allerdings zu Gunsten seines Verlegers verfügt hat (mit Beteiligungsregelung), in der Regel nicht erwerben können wird.

### **III. Streichung vom im Arbeitsgruppenentwurf noch enthaltenen und wesentlichen ergänzenden Vorschriften (§§ 24d und § 24e Arbeitsgruppenentwurf)**

#### **1. Streichung des Rückrufsrechts wegen gewandelter Überzeugung (§ 24d Arbeitsgruppenentwurf)**

**1.1.** Während der Arbeitsgruppenentwurf das von der Initiative Urhebervertragsrecht vorgeschlagene Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung noch übernommen hatte, ist diese wesentliche Bestimmung im Ministerialentwurf nicht mehr enthalten. Diese Vorschrift hätte eine wesentliche Abrundung der persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse des Urhebers (und ausübenden Künstlers) dargestellt, wie sie etwa im französischen (*droit de repentir*) und auch im deutschen Urheberrecht (§ 42 dUrhG) seit Langem gewährleistet ist, ohne dass in der Praxis Schwierigkeiten bekannt geworden wären. Im Übrigen kommt diese Befugnis in den Ländern, die sie vorsehen, auch nur vergleichsweise selten zur Anwendung, was aber nicht darüber hinwegtäuschen soll, dass es sich dabei um eine wesentliche urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnis handelt, die im österreichischen Urheberrecht schon seit Langem schmerzlich vermisst wurde.

**1.2.** Umso bedauerlicher ist es aus der Sicht der Initiative Urhebervertragsrecht, dass diese Bestimmung im Ministerialentwurf völlig gestrichen wurde, ohne dass hierfür sachliche Gründe ersichtlich wären.

#### **2. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge (§ 24e Arbeitsgruppenentwurf)**

Entsprechendes ist zu der für die Rechtspraxis ganz wesentlichen Bestimmung über allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge zu sagen, wie sie in § 24e Arbeitsgruppenentwurf enthalten war, nun aber völlig gestrichen wurde. Auch hierfür sind keine legitimen Gründe ersichtlich, und ist nicht einzusehen, weshalb diese dem Konsumentenschutzgesetz nachgebildete Bestimmung für Urheber und ausübende Künstler nicht entsprechend anwendbar sein sollte, obwohl auch der Ministerialentwurf anerkennt, dass die Kreativen in aller Regel die schwächeren Vertragsparteien sind, die eines besonderen Schutzes bedürfen. Es zeigt dies die tägliche Praxis im Umgang mit den - für Urheber und ausübende Künstler *de facto* nicht verhandelbaren - AGBs von Produzenten jeder Art (ORF und private Rundfunkunternehmer, Filmproduzenten, Tonträgerproduzenten, Google & Co etc). Da Künstler nach herrschender Ansicht als „Unternehmer“ gelten, scheidet ohne eine solche Regelung die Anwendung des KSchG nach herrschender, allerdings nicht unumstrittener Ansicht aus.

### **IV. Zur vorgeschlagenen Umsetzung der Vorgaben der Binnenmarkt-RL (§§ 37b bis 37g und 40 Abs 3 MinEntw)**

#### **I. Faire Vergütung, Vertragsanpassung und Auskunft (§§ 38a, 38b und 38c)**

Nach Ansicht der Initiative Urhebervertragsrecht sind die in den §§ 38a, 38b und 38c UrhG vorgeschlagenen Regelungen betreffend den Grundsatz der angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung (§ 37b MinEntw), den Vertragsanpassungsmechanismus (§ 37c MinEntw) und den Auskunftsanspruch (§ 37d MinEntw) zwar zu begrüßen und auch von der Binnenmarkt-RL zwingend vorgegeben, allerdings in der derzeitigen Form in mehrfacher Hinsicht ungenügend. Abgesehen davon, dass sich auch der Ministerialentwurf in keiner Weise mit den von der Initiative vorgelegten Vorschlägen auseinandersetzt, wird weiterhin nur eine Minimalumsetzung vorgeschlagen, die nach Ansicht der Initiative unzureichend ist.

Dazu im Einzelnen Folgendes.

### **1. Programmatische Einleitung (§ 37b Abs 1 MinEntw)**

Auch der Ministerialentwurf übernimmt aus dem deutschen UrhG (§ 11 dUrhG) das programmatische Bekenntnis (§ 37b Abs 1 MinEntw), dass das Urheberrecht den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk sowie in der Nutzung des Werks schützt und zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werks dient. Gegen die Aufnahme einer solchen programmatischen Klausel in das Gesetz ist an sich nichts einzuwenden. Sie würde allerdings besser in den III. Abschnitt („Das Urheberrecht“) passen, etwa vor den Verwertungsrechten in einem neuen § 13a. Vor allem aber handelt es sich hierbei im Wesentlichen um nichts Neues, und stellt der Vorschlag deshalb keine wesentliche und praxisorientierte Klarstellung dar und hat als Selbstverständlichkeit kaum normativen Gehalt.

Auch geht es weniger um ein „Programm“, sondern vielmehr um dessen effiziente Umsetzung, die der Entwurf in mehrfacher Hinsicht vermissen lässt. Auch hierin unterscheidet sich der Ministerialentwurf wesentlich von der schon geltenden deutschen Rechtslage: Diese enthält zwar auch eine programmatische Einleitung, lässt dieser aber – anders als der Ministerialentwurf - durchsetzbare und daher wirksame Ansprüche folgen (!).

### **2. Zum Grundsatz der angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung (§ 37b Abs 2 und 3 MinEntw)**

**2.1.** Der Ministerialentwurf setzt die Vorgaben der Binnenmarkt-RL in § 37b Abs 2 weitgehend wörtlich um. Der vorgeschlagenen Regelung im zweiten Absatz der erwähnten Bestimmung ist grundsätzlich zuzustimmen, wenngleich zahlreiche Fragen nicht angesprochen werden, wie sie im Vorschlag der Initiative (§ 30a) sachgerecht vorgeschlagen wurden.

**2.2.** Zumindest folgende Aspekte bedürften jedoch dringend der Klarstellung bzw Ergänzung.

(a) Dem Richtlinienentwurf folgend ist von einer „angemessenen und verhältnismäßigen“ Vergütung die Rede, wobei das Verhältnis dieser beiden Begriffe unklar bleibt. Grundsätzlich geht die Richtlinie davon aus, dass eine Beteiligung (an den Umsätzen) angemessen ist, was als Grundsatz, der allerdings Ausnahmen zulässt, auch ausgesprochen werden sollte. Dies würde dann die folgende Klarstellung, dass auch pauschale Regelungen – aber eben nur ausnahmsweise - nicht ausgeschlossen sind, auch verständlicher machen.

(b) Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang das Abstellen nur auf „die branchenüblichen Marktgegebenheiten“. Abgesehen davon, dass Marktgegebenheiten nicht branchenüblich, sondern gegebenenfalls nur branchenspezifisch sein können, müsste vielmehr auf die redliche Verkehrssitte abgestellt werden, wie dies der österreichischen Rechtssprache (§ 914 ABGB) entspricht und auch im Folgenden dritten Absatz zu Recht angesprochen wird („üblicher und redlicher Weise“).

(c) Nicht angesprochen wird im Ministerialentwurf die Frage der Vereinbarung von Unentgeltlichkeit, welche die Richtlinie nicht völlig ausschließen will. Die Initiative Urhebervertragsrecht hat dazu vorgeschlagen, die Erbringung künstlerischer Leistungen zum „Null-Tarif“ zumindest von der Erfüllung des Erfordernisses der Schriftlichkeit abhängig zu machen. Auch müsste in solchen Fällen ein spezieller Vertragsanpassungsmechanismus vorgesehen werden, wie von der Initiative gleichfalls vorgeschlagen (§ 30a Abs 4), weil die allgemeine Bestimmung des § 37c solche Fälle schon deshalb nicht umfasst, weil hierfür eine „ursprünglich vereinbarte Vergütung“

Grundvoraussetzung ist, die im Fall einer unentgeltlichen Verfügung fehlt. Der Ministerialentwurf ist insoweit deshalb nach wie vor unvollständig.

**2.2. Unklar** erscheint die Formulierung eingangs des zweiten Absatzes, wonach der Urheber für die Rechtseinräumung „eine angemessene und verhältnismäßige Vergütung erhalten soll“. Dies lässt nach dem Sprachgebrauch im Deutschen Zweifel daran aufkommen, ob es sich bei dem Anspruch auf angemessene (und verhältnismäßige) Vergütung um einen Rechtsanspruch handelt, was ohne Zweifel der Fall sein muss, sich klar aus dem deutschen Vorbild ergibt und auch von Art 18 Binnenmarkt-RL gefordert wird („Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Urheber und ausübenden Künstler ... das Recht auf eine angemessene und verhältnismäßige Vergütung haben“). Es muss sich beim Anspruch auf eine solche Vergütung deshalb um einen Rechtsanspruch handeln und nicht bloß „um ein „Leitbild“ und eine „Orientierungshilfe“ für die Entscheidungspraxis, so wie dies auch beim Anspruch auf angemessenes Entgelt im Fall einer Urheberrechtsverletzung nach § 86 UrhG der Fall ist.

Der zweite Absatz des § 37b MinEntw müsste deshalb zumindest lauten wie folgt:

„Der Urheber, der einem anderen das ausschließliche Recht eingeräumt hat, das Werk auf einzelne oder alle nach den §§ 14 bis 18a bzw nach den § 18b und 18c<sup>9</sup> ihm vorbehaltene Verwertungsarten zu benutzen, oder der eine solche Nutzung gestattet hat<sup>10</sup>, hat Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Diese soll in der Regel in einer Beteiligung an den aus der Werkverwertung erzielten Umsätzen bestehen.“

Aus der Formulierung „in der Regel“ folgt, dass die verhältnismäßige Beteiligung zwar die Regel sein soll, Pauschalvereinbarungen aber nicht ausgeschlossen sind. Besonderer (und abweichender) Regelungen für solche Pauschalvereinbarungen bedarf es nicht, da auch diese angemessen sein müssen, wie dies im dritten Absatz umschrieben ist. Dabei ist ohnehin auf den wirtschaftlichen Wert der betroffenen Rechte, den Beitrag des Urhebers und die redliche Verkehrssitte Bedacht zu nehmen. Die im Ministerialentwurf vorgeschlagenen unterschiedlichen Formulierungen der Abs 2 und 3 stiften dagegen Verwirrung.

**2.3.** Im Ministerialentwurf fehlt weiters eine Vorschrift über die Unabdingbarkeit des Anspruchs auf angemessene Vergütung, da § 37b MinEntw in der Bestimmung des § 37f über die Unabdingbarkeit nicht erwähnt ist. Nun ist es zwar richtig, dass auch die Richtlinie nicht ausdrücklich von der Unabdingbarkeit des Anspruchs auf angemessene und verhältnismäßige Vergütung spricht. Dies hat seinen Grund aber ausschließlich darin, dass man unentgeltliche Verfügungen ebenso wenig völlig ausschließen wollte wie die unentgeltliche Erteilung einfacher Werknutzungsbewilligungen für jedermann (§ 30a Abs 4 Ende des Entw der Initiative)<sup>11</sup>. Lässt man aber ohne jede Differenzierung die Abdingbarkeit des Anspruchs auf angemessene und verhältnismäßige Vergütung zu, wie dies der Ministerialentwurf vorschlägt, ist § 37b des Entwurfs „das Papier nicht wert, auf dem er geschrieben“ steht.

So kann diese Kernbestimmung der Binnenmarkt-RL mit Sicherheit nicht verstanden werden. Auch das deutsche Recht sieht den Anspruch auf angemessene Vergütung ungeachtet der Möglichkeit, Unentgeltlichkeit zu vereinbaren, zwingend vor. Die Regelung steht und fällt mit deren grundsätzlicher Unabdingbarkeit; auch aus diesem Grund ist der Entwurf in Bezug auf eine (schriftliche) Vereinbarung

<sup>9</sup> Siehe dazu unten bei Punkt 2.6.

<sup>10</sup> Diese Formulierung ließe sich im Übrigen durch einen Hinweis auf § 24 UrhG auch vereinfachen und verkürzen.

<sup>11</sup> Dies stellt der Arbeitsgruppenentwurf in § 38c Abs 3 ohnehin ausdrücklich gesondert klar.



der Unentgeltlichkeit ergänzungsbedürftig. Anderenfalls wird künftig in jedem Vertragsformular der Anspruch nach § 37b MinEntw abbedungen werden.

**2.4.** Schließlich fehlt auch eine Ausnahme in Bezug auf die Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften, welchen gleichfalls Werknutzungsrechte (Wahrnehmungsrechte) eingeräumt werden.

**2.5.** Zur Frage der Vergütungsregelungen sowie kollektivvertraglicher Vereinbarungen in Bezug auf den Anspruch auf angemessene Vergütung wird unten wegen der Bedeutung dieser Frage noch gesondert Stellung genommen. Auch geht es bei gesamtvertraglichen Regelungen durch Interessenvertretungen (beider Seiten) nicht nur um die Entgeltfrage.

**2.6.** In Bezug auf die neuen Regelungen betreffend ergänzende Online-Dienste (§ 18b MinEntw) und für die Nutzung durch Anbieter großer Online-Plattformen (§ 18c MinEntw) ist es richtig, dass es sich dabei um keine „neuen Verwertungsrechte“ handelt, weshalb in § 37b Abs 2 des Entw an sich eine Bezugnahme auf die in den §§ 14 bis 18a geregelten Verwertungsrechte genügt. Da es sich aber um besondere Regelungen im Bereich der Verwertungsrechte handelt, sollte – um jeden Zweifel auszuschließen – ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass der Grundsatz der angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung auch im Fall vertraglicher Regelungen anwendbar ist, die sich auf diese „Nutzungsarten“ beziehen. Dies umso mehr, als auch in dem pauschalen Verweis auf die §§ 14 bis 18a Bestimmungen enthalten sind, die keine eigenständigen Verwertungsrechte darstellen (siehe § 17a betreffend Satellitensendungen und § 17b betreffend verschlüsselte Sendungen).

Zumindest aber sollte eine entsprechende Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen vorgenommen werden.

### **3. Zum Vertragsanpassungsmechanismus**

**3.1.** Der Ministerialentwurf setzte den in der Binnenmarkt-RL zwingend vorgesehenen Vertragsanpassungsmechanismus gleichfalls eher minimalistisch um, gewährt aber zumindest einen einklagbaren Anspruch auf eine zusätzliche, angemessene und faire Vergütung, wobei das Verhältnis von „angemessen und fair“ einerseits (§ 37c) zu „angemessen und verhältnismäßig“ (§ 37a) andererseits offenbleibt.

**3.2.** Jedenfalls fehlt aber ein ausdrücklicher Hinweis auch auf sonstige Vorteile, also andere Vorteile als finanzielle Einnahmen völlig. Zwar spricht auch die Richtlinie (Art 20) nur von Einnahmen, die auch den Hauptanwendungsfall darstellen, es kann dies aber bei vernünftiger Betrachtung nicht der ausschließlich relevante Gesichtspunkt sein, und ist auch im deutschen Vorbild (§ 32a dUrhG) mit guten Gründen so geregelt (und von der Initiative vorgeschlagen) worden.

**3.3.** Bedauerlich ist schließlich, dass auch der Ministerialentwurf die weiteren Vorschläge des Entwurfs der Initiative Urhebervertragsrecht in diesem Zusammenhang, wie sie weitgehend auch im deutschen Recht vorgesehen sind, nicht übernimmt und sich damit auch in keiner Weise auseinandersetzt.

### **4. Zum Transparenzgebot**

**4.1.** Der Entwurf der Initiative Urhebervertragsrecht war bemüht, in Bezug auf das Auskunftsrecht (Transparenzgebot) für beide Seiten (!) gut handhabbare Vorschläge zu erstellen. Dabei ging der Entwurf von drei Stufen aus:

- Eine unbedingte Auskunftspflicht (ohne Anfrage) sollte danach nur in Fällen bestehen, in welchen der Urheber (ausübende Künstler) am Verwertungserfolg beteiligt ist (§ 37e Abs 2 des Initiative-Entw) – erster Fall.
- In anderen Fällen sollte eine Auskunftspflicht nur über Anfrage und unter der Voraussetzung des Vorliegens eines berechtigten Interesses bestehen, was – auch aus Nutzersicht – sinnvoller erscheint als die Vorsehung einer Kaskade von Ausnahmen (§ 37d Abs 2 und 3) – zweiter Fall. - Ein solches berechtigtes Interesse ist allerdings zwingend dann anzunehmen, wenn dies zur Vorbereitung der Geltendmachung insbes von Ansprüchen auf angemessene Vergütung oder Vertragsanpassungen erforderlich ist (§ 37e Abs 1 Ende des Initiative-Entw).
- Schließlich sollte eine Auskunftspflicht in den Fällen des § 28 Abs 2 UrhG (bzw der nunmehr in § 37d Abs 2 Z 1 am Ende geregelten Fällen) auf die Fälle der Vertragsanpassung beschränkt sein – dritter Fall.

Die von der Initiative vorgeschlagenen Regelung erscheint – auch aus Nutzersicht – im Vergleich mit der im Ministerialentwurf vorgesehenen Regelung sinnvoller und zugleich praktikabler und flexibler. Zudem überzeugen die im Ministerialentwurf vorgesehenen Ausnahmen auch nicht durchgängig, sind in der Praxis schwer durchzusetzen und müssten zu einer Vielzahl von gerichtlichen Auseinandersetzungen führen, die sich freilich gerade im Kulturbereich  kreativ Tätige nicht leisten können (!). Nur ein Beispiel im Zusammenhang mit der im dritten Absatz vorgesehenen Ausnahme:

Wie soll der Urheber, der auf Auskunft dringt/klagt, vor einer Auskunftserteilung wissen, ob der Verwaltungsaufwand im Vergleich zu den „erzielten Einnahmen“ unverhältnismäßig ist, wenn er vor Auskunftserteilung weder den (angebliche) Verwaltungsaufwand noch die erzielten Einnahmen kennt?

**4.2.** Legt man den folgenden Ausführungen gleichwohl die in § 37d MinEntw vorgeschlagene Regelung zu Grunde, so weist diese jedenfalls folgende Mängel auf:

- Eine „automatische“ Auskunftspflicht (ohne Anfrage) ist nur dann sinnvoll, zugleich aber auch selbstverständlich, wenn der Vertrag eine Beteiligungsregelung vorsieht, was zwar die Regel darstellen soll, aber nicht immer zutreffen wird. In anderen Fällen kann die Auskunftsverpflichtung auch nur über Anfrage erfolgen, zumal auch die Richtlinie (Art 19 Binnenmarkt-RL) nicht von einer automatischen Auskunftsverpflichtung ausgeht. Damit wären die Vertragspartner von Urhebern und ausübenden Künstlern massiv entlastet, kann diesen aber ein umfassendes Auskunftsrecht über eigene Initiative zugestanden werden.
- Der Ministerialentwurf beschränkt die Auskunftsverpflichtung auf „einmal jährlich“, weicht damit zu Lasten der Urheber vom Arbeitsgruppenentwurf ab und erscheint darüber hinaus richtlinienwidrig, da in der Binnenmarkt-RL aus guten Gründen ausdrücklich von „mindestens einmal jährlich“ die Rede ist, was je nach Branche auch üblich ist. Die gewählte Formulierung „einmal jährlich“ könnte sogar den Schluss nahelegen, dass abweichende Vereinbarungen zu Gunsten des Urhebers unzulässig (unwirksam) sein könnten, wie diese in manchen Branchen üblich sind.
- Weiters ist die Einschränkung der Auskunftspflicht auf die entgeltliche Nutzung unsachgemäß, da auch im Fall einer unentgeltlichen Rechtseinräumung ein besonderes Interesse daran bestehen kann zu erfahren, was der Nutzer mit Hilfe einer solchen tatsächlich „treibt“. Wie zuvor schon

erwähnt, sollte im Übrigen die Anwendung des Vertragsanpassungsmechanismus in bestimmten Fällen auch für unentgeltliche Rechtseinräumungen gelten, was dann auch insoweit ein besonderes Interesse an dem Auskunftsanspruch rechtfertigt.

- Zu den vorgesehenen Ausnahmen kurz Folgendes:
  - Die Umschreibung sog. „nachrangiger Werke“ (Abs 2 Z 1), die offensichtlich aus der deutschen Umsetzung stammt, ist wenig überzeugend, zumal unklar ist, was in diesem Zusammenhang unter „Produkt“ oder „Dienstleistung“ zu verstehen ist.
  - Jedenfalls greift die Ausnahme zu Gunsten der Ausübung des Rechts auf Vertragsanpassung zu kurz, und muss diese zumindest auch für den Anspruch auf angemessene Vergütung gelten.
  - Davon abgesehen ist nicht einzusehen, weshalb im Fall einer Beteiligungsregelung die Nachrangigkeit eines Werks oder einer Darbietung überhaupt eine Rolle spielen sollte.
  - Die nicht näher umschriebene Ausnahme im Fall sonstiger Unverhältnismäßigkeit stellt ein weiteres unkalkulierbares Hindernis für die Inanspruchnahme des Transparenzgebots dar und bedürfte jedenfalls der Präzisierung. Dies gilt entsprechend für die generelle Ausnahme des dritten Absatzes und das Abstellen auf ein „billiges Ermessen“.
- Zur Auskunftspflicht in der Vertragskette:
  - Die Verankerung einer Auskunftspflichtung auch von Unterlizenznehmern ist zu begrüßen und auch durch die Richtlinie geboten (Art 19 Abs 2 Binnenmarkt-RL).
  - Die vorgeschlagene Umsetzung ist jedoch unvollständig, weil der Urheber infolge Beschränkung der Auskunftspflichtung seines unmittelbaren Vertragspartners auf die Offenlegung der „Identität des Dritten“ nicht darüber informiert ist, über welche Informationen der Vertragspartner verfügt, der Anspruch gegen Unterlizenznehmer sich aber nur auf solche Auskünfte bezieht, die dem ursprünglichen Vertragspartner des Urhebers nicht zur Verfügung stehen. Der letzte Satz des § 37d Abs 4 müsste deshalb zumindest lauten wie folgt:

„... Der Vertragspartner des Urhebers hat diesem gegenüber zu diesem Zweck die Identität des Dritten offenzulegen und mitzuteilen, über welche Informationen er verfügt.“

4.3. Schließlich fehlt auch im Ministerialentwurf die Möglichkeit, die zu erteilenden Auskünfte auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen, wie dies für den Fall der Rechtsverletzung in § 87a Abs 1 UrhG vorgesehen ist. Weshalb dies im gegenständlichen Zusammenhang nicht gelten sollte, ist nicht ersichtlich, macht die Auskunftspflichtung zahnlos und könnte im Übrigen auch zu nicht sachgemäßen *e contrario* Schlüssen führen.

## **5. Unabdingbarkeit und anzuwendendes Recht**

### **5.1. Zur Unabdingbarkeit**

Wie zuvor schon ausgeführt, beschränkt sich die vorgeschlagene Unabdingbarkeit ausschließlich auf den Vertragsanpassungsmechanismus, den Auskunftsanspruch und auf die Vermittlung durch den Schlichtungsausschuss<sup>12</sup>. Dies ist nach Ansicht der Initiative unzureichend, weil damit nicht nur der Zweckübertragungsgrundsatz, sondern auch die Beschränkung einer Verfügung über künftige

---

<sup>12</sup> Siehe dazu gesondert unten bei Punkt V.

Nutzungsarten (und Rechte) abdingbar wäre, was für den Anspruch auf angemessene und verhältnismäßige Vergütung entsprechend gilt.

Auch insoweit bliebe die österr Regelung maßgeblich hinter dem deutschen Vorbild zurück, welches die Unverzichtbarkeit nicht nur für den Bestseller-Paragrafen (§ 32a Abs 3 dUrhG), sondern auch für den Anspruch auf angemessene Vergütung (§ 32 Abs 3 dUrhG) ausdrücklich vorschreibt. Die im Ministerialentwurf vorgesehene Regelung ist dies aus der Sicht der Initiative Urhebervertragsrecht in keiner Weise gerechtfertigt.

Zu all dem kommt noch, dass sich die Vorschrift des § 37f MinEntw über die Unabdingbarkeit auf den gesamten Abschnitt Va bezieht, und in diesem Fall auch die programmatische Bestimmung des § 37b Abs 1 MinEntw erfasst sein könnte. Dies trifft bei sinnvoller Auslegung zwar nicht zu, stellt dabei eine zusätzliche Gefahr einer möglichen Fehlinterpretation dar.

### 5.2. Unzureichend sind auch die vorgeschlagenen Vorschriften zum anwendbaren Recht.

(a) Anders als noch im Arbeitsgruppenentwurf vorgesehen, handelt es sich dabei nur um eine Umschreibung der ohnehin in Art 3 Abs 4 Rom I-VO vorgesehenen unionsrechtlichen Vorschrift für reine Binnensachverhalte. Abgesehen davon, dass die Bestimmungen der Rom I-VO unmittelbar anwendbar sind und keiner Umsetzung bedürfen (!), fehlt auch eine Bezugnahme auf die entsprechende Vorschrift des dritten Absatzes, wobei darauf hinzuweisen ist, dass beide Vorschriften nicht dem Schutz der schwächeren Vertragspartei dienen, sondern der Einschränkung der Rechtswahl für reine Binnensachverhalte in Bezug auf zwingendes Recht, wobei sich die Bestimmung des dritten Absatzes auf jede Rechtsordnung (auch eines Drittstaats) bezieht, während der vierte Absatz der Anwendung zwingender Vorschriften des Unionsrechts schützen will. Die vorgeschlagene Regelung ist im Übrigen aber auch unzureichend, weil unklar ist, worauf sich die Wortfolge „in einem solchen Staat“ bezieht. - Der Zusatz bringt der schwächeren Partei nichts und wäre jedenfalls zu streichen<sup>13</sup>.

(b) Anders als noch im Arbeitsgruppenentwurf fehlt aber eine ganz wesentliche Vorschrift, wie sie in § 32b dUrhG – schon seit dem „Stärkungsgesetz 2002“ – vorgesehen ist. Danach wird die Rechtswahl zumindest für die Ansprüche auf angemessene Vergütung und den „Bestseller Paragrafen“ dann eingeschränkt, wenn ohne Rechtswahl (im Wege objektiver Anknüpfung) deutsches Recht anwendbar wäre oder soweit eine vertragsgemäße Nutzung maßgeblichen in Deutschland stattfindet. Mit Umsetzung der Binnenmarkt-RL in Deutschland wurde die Anwendung dieser Bestimmung noch auf weitere Ansprüche (Vergütung für später bekanntwerdende Nutzungsarten, Auskunftsanspruch und Mediation) ausgedehnt. Dabei handelt es sich um vertragsrechtliche Eingriffsnormen iSd Art 9 Rom I-VO zum Schutz der schwächeren Vertragspartei, die für einen Umgehungsschutz wesentlich ist und im Ministerialentwurf nun völlig fehlen<sup>14</sup>.

### 5.3. Gerichtsstand

Schließlich fehlt im gegebenen Zusammenhang auch der von der Initiative vorgeschlagene subsidiäre Gerichtsstand für solche Vertragspartner und deren Sub-Lizenznehmer in der Lizenzkette, die keinen allgemeinen oder besonderen Gerichtsstand im Inland bzw auf dem Unionsgebiet einschließlich des EWR haben.

---

<sup>13</sup> Vgl zu all dem näher *Michel Walter* in *Ulrich Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts<sup>3</sup> (2021) § 64 Rz 229ff und 237.

<sup>14</sup> Siehe auch hierzu ausführlich *Michel Walter* aaO § 64 Rz 291ff.

## V. Zu den fehlenden urheberrechtlichen Rahmenverträgen und zur Schlichtung durch den Schlichtungsausschuss

### 1. Fehlen einer funktionsfähigen und praxisorientierten Regelung betreffend urheberrechtliche Rahmenverträge

1.1. Ganz allgemein fehlt weiterhin eine griffige Bestimmung über urheberrechtliche Rahmenverträge, deren Ermöglichung eine Kernforderung der Initiative Urhebervertragsrecht darstellt, weil sie ein Verhandeln der Vertragsbedingungen „auf Augenhöhe“ erst ermöglicht. Auch insoweit bietet das deutsche Recht mit den dort vorgesehenen „allgemeinen Vergütungsregeln“ ein einigermaßen ausgewogenes Vorbild, das allerdings unnötig kompliziert, deshalb schwer handhabbar und auch inhaltlich nicht weitreichend genug. Die auch im Ministerialentwurf vorgesehenen „allgemeinen Vergütungsregeln“ sind bewegen sich jedoch nicht einmal auf dem Niveau des deutschen Vorbilds, sind völlig unzureichend und aus mehrfachen Gründen von vornherein zum Scheitern verurteilt.

- Der Ministerialentwurf geht zwar grundsätzlich davon aus, dass sich repräsentative Vereinigungen von Urhebern und Werknutzern im Zusammenhang mit dem „Anspruch“ auf angemessene Vergütung – und nur hierüber - nach § 37b MinEntw auf eine „Vergütungsregel“ einigen können (§ 37b Abs 4 MinEntw), wobei nun auch Vorschriften über die Feststellung der Repräsentativität vorgesehen sind (§ 38b Abs 4 letzter Satz und Abs 5). Diese Regelung ist aus der Sicht der Initiative Urhebervertragsrecht aber in mehrfacher Hinsicht unzureichend:
- Zunächst fehlen weiterhin Vorschläge über die Finanzierung solcher Vereinigungen, was für Vereinigungen der Produzenten (WKO) von ungleich geringerer Relevanz ist.
- Weiters ist die Möglichkeit einer Schaffung kollektiver Urheberverträge nach dem Entwurf auf die Vergütungsfrage beschränkt, was wenig befriedigend ist. Denn sinnvollerweise können kollektive Absprachen, wie sie auch die Binnenmarkt-RL vor Augen hat, auch in Bezug auf eine Reihe weiterer Fragen getroffen werden und nicht hinsichtlich der Frage der angemessenen Vergütung.
- Vor allem aber fehlen - wie schon im Arbeitsgruppenentwurf – sinnvolle Vorschriften für den Fall, dass eine Einigung auf Vergütungsregeln scheitert oder sich die potentiellen Verhandlungspartner für eine bestimmtes Sparte erst gar nicht auf entsprechende Verhandlungen einlassen und diese vielmehr ablehnen. Zwar kann jeder Beteiligte nach dem Entwurf (§ 37b Abs 6) den Schlichtungsausschuss nach § 82 VerwGesG 2016 anrufen, doch muss sich die Gegenseite auch auf ein solches Verfahren nicht einmal einlassen<sup>15</sup>.
- Hinzu kommt, dass der Schlichtungsausschuss auch nach dem Ministerialentwurf nicht einmal verpflichtet ist, einen Einigungsvorschlag zu erstatten („kann“), und jedenfalls beide Streitparteien einem solchen Vorschlag widersprechen können, was die Sinnhaftigkeit dieser Lösung dramatisch in Frage stellt. Denn – anders als bei Gesamtverträgen nach dem VerwGesG - ist auch die von der Initiative vorgeschlagene Möglichkeit, den

<sup>15</sup> Siehe Bescheid Urheberrechts-Senat 05.09.2018 UrhRS 1/18–4. Die in den Erläuterungen angesprochene „Kostensanktion“ durch Auferlegung der Kosten für das vom Urheberrechtssenat zu bestellende „Ersatzmitglied“ fällt nicht nur nicht ins Gewicht, sondern kommt nach dieser Entscheidung erst gar nicht zum Tragen.

Urheberrechtssenat anzurufen, weiterhin nicht vorgesehen. Die vorgeschlagene Lösung ist deshalb nach Ansicht der Initiative völlig unzureichend und in dieser Form abzulehnen.

- Schließlich sind die Anforderungen an die Repräsentativität von Künstlervereinigungen nachgerade prohibitiv, wenn vorausgesetzt wird, dass die „Mitgliederzahl der Vereinigung die weitaus überwiegende Mehrheit der Mitglieder der betroffenen Berufsgruppe umfasst“.

**1.2.** Auch der Vorrang kollektivvertraglicher Regelungen ist nicht zielführend und abzulehnen. Während Gewerkschaften in arbeitsrechtlicher Hinsicht mit Sachwissen ausgestattet sind, trifft dies für urheberrechtliche Fragen nicht zu. Hinzu kommt, dass Gewerkschaften in Bezug auf ihren Mitgliederstand gerade im Hinblick auf die große Gruppe der freiberuflich tätigen Urheber und ausübenden Künstler in keiner Weise repräsentativ sind, dessen ungeachtet aber – ohne jede Prüfung der Repräsentativität - zum Abschluss von Kollektivverträgen befugt sind, die dann noch den Vorrang genießen sollen (!). Dies ganz abgesehen davon, dass freischaffende Urheber und ausübende Künstler oft in bloß temporäre Arbeitsverhältnisse gezwungen werden, die ihrer Gesamtsituation nicht gerecht werden. Meist geht es nur um sporadische „Anmeldungen“, und zwar häufig auch nur für wenige Tage (zB Drehtage).

Die Interessen gerade in urheberrechtlichen Fragen werden deshalb typischerweise nicht von den traditionellen Gewerkschaften, sondern von (repräsentativen) Vereinigungen der Kunstschaffenden vertreten, weshalb die Regelung der fairen Abgeltung der ihnen zustehenden urheberrechtlichen Befugnisse sinnvollerweise nicht in Kollektivverträgen traditioneller Art erfolgen sollte.

In jedem Fall dürfte ein allfälliger Vorrang von Kollektivverträgen nur dann gelten,

- wenn die betreffende Gewerkschaft repräsentativ is der auch für Künstlervereinigungen vorgesehenen Weise sind, und wenn
- der betreffende Kollektivvertrag (neben den Mindestgagen) auch eine gesonderte Regelung für angemessene nutzungsbezogene Vergütungen/Beteiligungen enthält.

### **1.3. Zur sonstigen Schlichtung durch den Vermittlungsausschuss (§ 37e MinEntw)**

(a) Gegen die Vermittlung durch den Schlichtungsausschuss in Fragen betreffend Vertragsanpassung und Auskunftserteilung, wie in § 37e Ministerialentwurf vorgesehen, ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Allerdings ist nicht einzusehen, weshalb der Vermittlungsausschuss nur in Bezug auf die genannten Fragen tätig werden können sollte. Zwingend ist dies in der Binnenmarkt-RL zwar nur in dem erwähnten Zusammenhang vorgesehen, doch schließt dies eine erweiterte Zuständigkeit nicht aus und erscheint empfehlenswert.

(b) Jedenfalls sollte die Bestimmung durch einen Hinweis darauf ergänzt werden, dass der Schlichtungsausschuss den Streitparteien auch Regelungsvorschläge (Vergleichsvorschläge) unterbreiten kann bzw sinnvollerweise unterbreiten muss, welche die Streitparteien nicht notwendig annehmen müssen. Fehlt eine solche Vorschrift, könnte *e contrario* aus § 37b Abs 6 letzter Satz MinEntw gegebenenfalls sogar abgeleitet werden, dass dies im gegebenen Zusammenhang nicht zulässig ist.

(c) Im Übrigen gilt das zuvor zu den Vergütungsregeln Gesagte entsprechend.

## **VI. Fehlen ergänzender Bestimmungen betreffend den Rechterückruf wegen Nichtausübung (§ 29 UrhG) und die Verjährung von Ansprüchen aus Urheberrechtsverträgen**

1. Die Erläuternden Bemerkungen zum Ministerialentwurf führen zum Rechterückruf wegen Nichtausübung aus, die Regelungen in den §§ 29, 30 und 68 Abs 4 des geltenden UrhG bedürften keiner Ergänzung und würden den Vorgaben des Art 22 Binnenmarkt-RL ausreichend Rechnung tragen. Wenngleich es richtig ist, dass die vorzeitige Vertragsauflösung wegen Nichtausübung die – im Wesentlichen einzige (!) – Bestimmung des geltenden UrhG ist, die dem Umstand Rechnung trägt, dass Urheber und ausübende Künstler in aller Regel die schwächeren Vertragsparteien und deshalb schützenswert sind, fehlen einige Details, die in der Binnenmarkt-RL vorgesehen und – auch unabhängig davon – sinnvoll und klärungsbedürftig sind.

1.1. So fehlt zunächst die Klarstellung, dass der ursprünglich Berechtigte das eingeräumte Werknutzungsrechte zur Gänze oder zum Teil, etwa eben gerade in jenem Bereich, für welchen der Werknutzungsberechtigte hiervon keinen Gebrauch macht (zB vom Übersetzungsrecht), zurückrufen kann, wie dies in Art 22 Abs 1 Binnenmarkt-RL ausdrücklich vorgesehen ist, nach österreichischem Recht aber strittig sein könnte. Eine Klarstellung in diesem Sinn erscheint deshalb dringend erforderlich.

1.2. Dasselbe gilt für die von der Initiative vorgeschlagene Klarstellung, dass anstelle eines Rechterückrufs auch eine „Umwandlung“ eines ausschließlichen Werknutzungsrechts in eine nicht ausschließliche Werknutzungsbewilligung zulässig ist (siehe auch die vorgeschlagene Regelung des § 31a MinEntw). Natürlich lässt sich die Ansicht vertreten, dass dies auch nach geltendem Recht als „gelinderes Mittel“ zulässig ist. Weshalb dies aber anlässlich einer umfassenden Reform des österreichischen Urheberrechts anlässlich der Umsetzung der Binnenmarkt-RL und der Online-Übertragung-RL nicht ausdrücklich klargestellt werden sollte, ist nicht recht verständlich. Dies umso weniger, als dies in Art 22 Abs 2 Unterabs 4 und Abs 3 letzter Satz Binnenmarkt-RL ausdrücklich für zulässig erklärt wird.

1.3. Auch mit weiteren Vorschlägen der Initiative Urhebervertragsrecht in einem, etwas zu ergänzenden § 29 UrhG (Regelung für Miturheberschaft, schriftliche Erklärung, Behandlung von Produktionsvereinbarungen etc) setzt sich der Ministerialentwurf in keiner Weise auseinander, was bedauerlich ist.

1.4. Dies gilt insbesondere – aber nicht nur - für die vorgeschlagene Regelung für Fälle, in welchen dem Vertragspartner des Urhebers (ausübenden Künstlers) eigene Leistungsschutzrechte (als Tonträgerhersteller oder Laufbildhersteller) zustehen<sup>16</sup>, mit deren Hilfe dieser die Ausübung der zurückgerufenen Rechte blockieren kann, was zu einer Patt-Situation führt, die es zu vermeiden gilt. Hierfür hat die Initiative einen ausgewogenen Vorschlag unterbreitet (§ 29 Abs 7 neu UrhG).

### **2. Verjährung urhebervertragsrechtlicher Ansprüche**

Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die Frage der Verjährung von Ansprüchen aus Urheberrechtsverträgen im Hinblick auf die sich laufend wandelnde Judikatur in Bezug auf die analoge Anwendung der kurzen, dreijährigen Verjährungszeit auch auf andere als die in § 1486 ABGB genannten Verträge unklar ist. Eine Klarstellung erscheint deshalb dringend erforderlich und erscheint auch im Interesse der Rechtssicherheit geboten. In diesem Zusammenhang sei zur Vermeidung von

---

<sup>16</sup> Siehe dazu auch schon oben.

Wiederholungen auf die Vorschläge der Initiative in § 37f und insbes darauf verwiesen, dass eine Verjährungszeit von zehn Jahren angemessen erscheint.

### **III. Gesetzliche Vergütungsansprüche und Verlegerbeteiligung**

1. Die Initiative Urhebervertragsrecht hat zu den gesetzlichen Vergütungsansprüchen und deren Verteilung gleichfalls Vorschläge unterbreitet (§ 24b), die auch im Ministerialentwurf bedauerlicherweise in keiner Weise berücksichtigt werden. Da Urhebern und ausübenden Künstlern sowie Tonträgerproduzenten, Filmherstellern und Rundfunkunternehmer jeweils eigenständige Vergütungsansprüche zustehen, die von den Verwertungsgesellschaften fair zu verteilen bzw zwischen den Gruppen von Berechtigten auszuverhandeln sind, wenn sie in unterschiedlichen Verwertungsgesellschaften angesiedelt sind, bedarf es grundsätzlich keiner Übertragung gesetzlicher Vergütungsansprüche in den Urheberrechtsverträgen. Diese sollten zur Aufrechterhaltung eines angemessenen Gleichgewichts deshalb unübertragbar sein, wie dies in anderen Rechtsordnungen wie etwa der deutschen auch anerkannt ist.

Entgegen der Annahme der Erläuternden Bemerkungen zum Ministerialentwurf entspricht dies auch der Rechtsprechung des EuGH, wobei die Unverzichtbarkeit von Vergütungsansprüchen bei richtigem Verständnis freilich auch deren Unübertragbarkeit impliziert. Die gegenteiligen Ausführungen der Erläuternden Bemerkungen überzeugen nicht. Zudem geht die Annahme, Urheber und ausübende Künstler würden für eine Übertragung gesetzliche Vergütungsansprüche eine Gegenleistung erhalten, an der Praxis völlig vorbeigeht und ist rein fiktiv.

2. Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt auch aus dem – fakultativen – Art 16 Binnenmarkt-RL selbst, der auf das Basisrecht (etwa der Vervielfältigung) und eine mögliche Beteiligung von Verlegern abstellt, was nicht erforderlich wäre, wenn die zum wirtschaftlichen Ausgleich für gesetzlich zulässige Vervielfältigung (zum privaten und/oder eigenen Gebrauch) vorgesehenen gesetzlichen Vergütungsansprüche auf Verleger übertragbar wären, was auch nach Inkrafttreten der Binnenmarkt-RL nicht der Fall ist.

3. Die eben erwähnte besondere Problematik der „Verlegerbeteiligung“ ist nur darauf zurückzuführen, dass Verlegern – anders als den sonstigen Produzenten (siehe oben Punkt 1) - eben kein eigenes Leistungsschutzrecht zusteht, und diese Gruppe ein solches – aus welchen Gründen immer – auch nicht anstrebt. Insoweit hat die Rechtsprechung des EuGH (kurz zusammengefasst) eine Beteiligung von Verlegern ausgeschlossen und damit – anders als in den Erläuterungen Bemerkungen des Ministerialentwurfs angenommen – freilich auch den Unübertragbarkeitsgrundsatz festgeschrieben, was – wie bereits erwähnt – in Art 16 Binnenmarkt-RL auch bestätigt wird.

4. Art 16 Binnenmarkt-RL gestattet nun dem nationalen Gesetzgeber der Mitgliedstaaten vorzusehen, dass Verleger unter der Voraussetzung einen angemessenen Anteil an gesetzlichen Vergütungsansprüchen (der Urheber!) erhalten, dass ihnen von den originär Berechtigten das entsprechende Basisrecht (nicht die entsprechenden gesetzlichen Vergütungsansprüche!) eingeräumt wurden, also dem Buchverleger etwa das Recht zur Vervielfältigung (und Verbreitung) in Buchform. Dahinter steht die Überlegung, dass Verleger durch die Herausgabe eines Buchs erst die Voraussetzung dafür schaffen, dass Nutzungen auf Grund bestimmter freier Werknutzungen (zB Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch) vorgenommen werden. Dabei kann es – sinnvoll gelesen – nicht um formelle Rechtseinräumungen gehen, sondern ist auf den Beitrag abzustellen, den der Verleger zur Werkverwertung leistet.



Dies ist etwa bei Buchverlegern - allerdings gibt es auch hier Ausnahmen wie sog „Autorenverlage“<sup>17</sup> – in aller Regel der Fall, nicht aber in anderen Fällen der rein routinemäßigen Einräumung von „Hauptrechten“, von welchen der Berechtigte tatsächlich in keiner Weise Gebrauch macht, und eine Verpflichtung hierzu meist sogar vertraglich ausgeschlossen wird.

5. Gegen eine faire Beteiligung von Verlegern, die sich für die Herausgabe und Vermarktung eines Werks auch einsetzen, ist deshalb grundsätzlich, nichts einzuwenden, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass dies auch tatsächlich zutrifft.

Die vom Ministerialentwurf vorgeschlagene Regelung ist insoweit aber in mehrfacher Hinsicht unzulänglich:

- Wie schon erwähnt, geht der Entwurf – entgegen den Kernaussagen des Unionsrechts – weiterhin davon aus, dass gesetzliche Vergütungsansprüche auf den Vertragspartner des Urhebers (Produzent, Verleger) übertragen werden können. Dies würde es Produzenten etwa sogar ermöglichen, eine eigene Verwertungsgesellschaft zu gründen und dieser die auf sie übertragenen gesetzlichen Vergütungsansprüche ausschließlich im eigenen Interesse (und ohne Beteiligung der Kreativen) zur Wahrnehmung einzuräumen. Dann käme im Übrigen der Beteiligungsanspruch des Verlegers nach dem vorgeschlagenen § 57a MinEntw sogar noch hinzu (!).
- Der Ministerialentwurf vernachlässigt weiters die für eine Verlegerbeteiligung erforderliche Grundvoraussetzung, dass der Verleger auch einen entsprechenden Beitrag zur Werkverwertung leisten muss. Damit übersieht der Entwurf die ganz wesentliche *raison d'être* eines solchen Beteiligungsanspruchs und prolongiert bestehende vertragliche Regelungen, die auf ein bloßes „Mitschneiden“ ohne Erbringung einer ins Gewicht fallenden Leistung des „Verlegers“ hinauslaufen.

Mit freundlichen Grüßen



(HonProf Dr Michel Walter)

---

<sup>17</sup> Dies sind Verlage, die deren Produktionen so gut wie ausschließlich von den Urhebern selbst finanziert werden, und die zwar die Drucklegung übernehmen, sich aber meist nicht um die Verbreitung und Vermarktung kümmern.