

Bundesministerium für Justiz

Museumstraße 7

1070 Wien

Per E-Mail an: [team.z@bmj.gv.at](mailto:team.z@bmj.gv.at)

Wien, 12.10.2021

## **GZ 2021-0.153.868 – Entwurf der Urheberrechts-Novelle 2021**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf den mit Schreiben vom 02.09.2021 übermittelten Gesetzesentwurf, mit dem das UrhG, das VerwGesG 2016 und das KommAustria-Gesetz geändert werden sollen und danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme, die aus Sicht der von der LSG vertretenen Musiklabels („Tonträgerhersteller“) erfolgt.

### **Einleitung**

Der nun vorgelegte Begutachtungsentwurf beruht auf zahlreichen Stellungnahmen, die zu den früheren „Arbeitsgruppenentwürfen“ des BMJ abgegeben wurden und ist zudem Ergebnis mehrmonatiger Beratungen und Verhandlungen unter Einbindung ministerieller und politischer Stellen sowie betroffener Stakeholder und Experten. Wir verkennen nicht – und möchten dies auch ausdrücklich positiv hervorheben –, dass der aktuelle Entwurf deutlich ausgewogener als frühere Entwürfe ist und sich sichtlich um einen gerechteren Interessenausgleich auch unter Berücksichtigung der Anliegen der heimischen Musiklabels bemüht. Insofern treten wir Bestrebungen entschieden entgegen, die auf das Zurücksetzen auf den Stand früherer, einseitiger und zu Lasten der Musik- und Kreativwirtschaft unausgewogener Entwurffassungen gerichtet sind. Von dominanter Bedeutung sind für uns die beiden Themen Plattformhaftung und Urhebervertragsrecht.

### **Unsere wesentlichen Forderungen vorweg**

- Bei der **Plattformhaftung** stechen **zwei eklatante Problembestimmungen** hervor. Konkret geht es hier um die uE richtlinienwidrige und verfassungsrechtlich angreifbare Verwässerung

der Plattformhaftung durch Ausnahmen für „**kleine Ausschnitte**“ (§ 89b Abs. 3) und „**Pre-Flagging**“ (§ 89b Abs. 4). Beide Bestimmungen sollten ersatzlos gestrichen werden.

- Beim **Urhebervertragsrecht** lehnen wir ein Mehr an staatlicher Regulierung in Verträgen, eine kartellrechtlich angreifbare kollektive Preisfestsetzung für Urheberrechte, neue Vergütungsansprüche für Verwertungsgesellschaften und die generelle Forderung nach einer weitgehenden Kollektivierung der Kulturproduktion in Österreich entschieden ab. Für uns sind **Vertragsfreiheit, Rechtssicherheit und Kalkulationssicherheit** unverzichtbar. Denn diese sind letztlich entscheidend dafür, wieviel am Standort Österreich produziert werden kann.

Für die österreichische und die europäische Musikbranche steht bei dieser Novelle viel auf dem Spiel. In den letzten Jahren und Jahrzehnten wandelte sich das frühere Produktgeschäft (Verkauf von Tonträgern) weitgehend in ein Lizenzgeschäft (Lizenzierung von Online-Musikservices). Der wirksame Schutz unseres Contents durch ein modernes und praxisgerechtes Urheberrecht ist daher von existenzieller Bedeutung für die Zukunft der Musiklabels und der vielen Künstlerinnen und Künstler mit denen die Labels in partnerschaftlichen Vertragsbeziehungen stehen. Die größten Musikanbieter sind nicht die von uns bereits lizenzierten Abo-Dienste wie Spotify, Deezer und Co., sondern Sharing-Plattformen, wie YouTube, Facebook und TikTok. Ohne eine auf das Urheberrecht gestützte starke Verhandlungsposition können wir mit den marktmächtigen Online-Plattformen nicht auf Augenhöhe verhandeln und haben keine realistische Chance auf faire Lizenzverträge. Deshalb ist die DSM-RL und deren korrekte Umsetzung so bedeutsam. Selbstverständlich werden Künstlerinnen und Künstlern die mit ihnen vereinbarten Anteile an den erzielten Verwertungserlösen entlang der Lizenzkette transparent abgerechnet. Das gilt für alle erzielten Erlöse, egal ob aus dem Verkauf von Tonträgern oder aus der Lizenzierung von Online-Music Services.

Musiklabels investieren einen erheblichen Anteil ihrer Einnahmen wieder in neue Musikproduktionen und den Aufbau noch unbekannter Acts. Hier liegt auch der augenscheinlichste Unterschied zwischen dem Geschäftsmodell der Kreativwirtschaft und der Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften. Letztere dürfen nur Gelder einsammeln und verteilen, nicht aber in neue Produktionen investieren.

**Forderung:** Als Musiklabels fordern wir daher die **Stärkung ausschließlich wirkender Lizenzrechte der originären Rechteinhaber** und treten insgesamt für eine Novelle ein, die die wirtschaftliche Realität der Produktion und Verwertung von Kulturgütern berücksichtigt. Die von einzelnen Verwertungsgesellschaften erhobene Forderung nach einer **weitgehenden Kollektivierung** des Marktes für Kunst- und Unterhaltungsproduktionen samt neuen **zwingend kollektiv wahrzunehmenden** Vergütungsansprüchen lehnen wir hingegen entschieden ab.

Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen wir ausdrücklich auf unsere Stellungnahmen vom 20.11.2019, 17.7.2020 und 28.12.2020 zu früheren Arbeitsentwürfen des Justizministeriums. Darüber hinaus sind wir Mitglied der Allianz Zukunft Kreativwirtschaft, deren Eingaben wir ebenfalls unterstützen und mittragen. Dies vorausgeschickt nehmen wir zum Begutachtungsentwurf wie folgt Stellung:

## **I. Plattformhaftung (Art. 17) samt Verhandlungsmechanismus (Art. 13)**

Kommentierte Bestimmungen im Entwurf: §§ 18c, 24a, 89a, 89b und 89c.

### **Vorbemerkung**

Art. 17 ist wahrscheinlich die Kernbestimmungen der DSM-RL. Sie stellt die urheberrechtliche Verantwortung der großen Sharing-Plattformen mit dem Ziel klar, dass Kunstschaffende und Kreativwirtschaft an den wirtschaftlichen Erträgen der Plattformen in fairer Weise teilhaben können (Schließen der sog. „Wertschöpfungslücke“ oder „Value Gap“). Über Text und Inhalt von Art. 17 (früher Art. 13) DSM-RL wurde auf europäischer Ebene über einen Zeitraum von mehr als drei Jahren intensiv verhandelt und gestritten. Alle Stakeholder kamen ausführlich zu Wort, von den Plattformen über die Nutzerorganisationen, die Datenschützer, die Kreativ- und Medienwirtschaft, die Kunstschaffenden, der Technologie-Sektor, die Mitgliedsstaaten, vier Parlamentsausschüsse und alle Fraktionen im europäischen Parlament. Am Ende wurde mit Art. 17 ein sorgfältig austarierter Kompromiss beschlossen, der nun in Österreich korrekt und möglichst nahe am Text der Richtlinie umzusetzen ist. Keinesfalls darf Art. 17 nur Ausgangspunkt für die Suche nach einem neuen Kompromiss sein mit dem der bereits gefundene Kompromiss wieder aufgeweicht wird!

Es ist nicht im Rahmen des Umsetzungsspielraums des nationalen Gesetzgebers, einzelne Elemente der Plattformhaftung wegzulassen oder neue Rechtsfiguren hinzuzufügen, die im Ergebnis das primäre Ziel der Richtlinie – nämlich die urheberrechtliche Haftung der Sharing-Plattformen – verwässern oder vereiteln würden. Genau das ist aber bei den im Begutachtungsentwurf vorgeschlagenen Rechtsfiguren „kurze Ausschnitte“ (§ 89b Abs. 3) und „Pre-Flagging“ (§ 89b Abs. 4) der Fall. Wir lehnen diese gerade für die Musiklabels massiv nachteiligen Bestimmungen entschieden ab und fordern deren **ersatzlose Streichung**.

Im Medien-Kapitel des Regierungsprogramms 2020-2024 wird wörtlich die „Umsetzung der Copyright-Richtlinie – Schutz des geistigen Eigentums“ angesprochen und als Regierungsziel vereinbart. Damit wird jedenfalls ausgeschlossen, dass die Umsetzung in Österreich hinter das Schutzniveau der DSM-RL zurückfällt. Dies wäre aber zwangsläufige Rechtsfolge der Bestimmungen in § 89b Abs. 3

(„kurze Ausschnitte“) und § 89b Abs. 4 („Pre-Flagging“), die die Plattformhaftung als neue und in der DSM-RL nicht vorgesehene Schlupflöcher zulasten der Kreativbranchen wieder einschränken würden.

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

Die Definition der Sharing-Plattformen in Art. 2 Z 6 DSM-RL sollte textgenau in § 18c übernommen und das Wettbewerbsselement „..., wenn dieser auf dem Markt für Online-Inhalte eine wichtige Rolle spielt, indem er mit Online-Inhaltediensten wie beispielsweise Audio- und Video-Streaming-Diensten um dieselbe Dienstgruppen konkurriert ...“ aus dem Gesetzestext gestrichen und allenfalls in den Erläuterungen berücksichtigt werden. Textlich beruht dieses Wettbewerbsselement auf ErwGr 62 DSM-RL und hat auch dort eine reine Erläuterungsfunktion, die nicht in den Text der Begriffsbestimmungen in Art. 2 DSM-RL aufgenommen wurde. Der oben angeführte Einschub enthält zudem zahlreiche unbestimmte Gesetzbegriffe, wie etwa „wichtige Rolle“, weiters bloß beispielsweise Anführungen („...wie beispielsweise...“) und den sehr volatilen Begriff der Konkurrenz um „dieselben Zielgruppen“. In der Praxis der Medien- und Werbewirtschaft ist es üblich, dass Zielgruppen immer differenzierter abgestuft werden. So könnte etwa ein Dienst, der eindeutig die Funktion einer Sharing-Plattform hat, möglicherweise nur deshalb nicht unter die Definition des § 18c (und sämtlicher dadurch ausgelösten Rechtsfolgen) fallen, weil dieser eine unterschiedliche Zielgruppe anspricht (also etwa 60+ statt 20-29 Jahre). Darüber hinaus kommt es immer wieder zu marktbedingten Anpassungen bei den angesprochenen Zielgruppen und zu Veränderungen im Wettbewerb. Dies darf aber keine Auswirkungen auf das Erfüllen der Definitionskriterien gem. § 18c bzw. Art. 2 Nr. 6 DSM-RL haben.

**Forderung:** Das Wettbewerbsselement „..., wenn dieser auf dem Markt für Online-Inhalte eine wichtige Rolle spielt, indem er mit Online-Inhaltediensten wie beispielsweise Audio- und Video-Streaming-Diensten um dieselbe Dienstgruppen konkurriert ...“ sollte **aus dem Gesetzestext des § 18c gestrichen und ggfs. in den Erläuterungen angeführt** werden.

Die in § 18c vorgeschlagene primäre Subsumption der Tätigkeit großer Online-Plattformen (auch unter das Senderecht ist uE fehlerhaft und würde bei den Tonträgerherstellern und ausübenden Künstlern massiv negative Auswirkungen haben, zumal sie bei Sendevorgängen nur einen kollektiv wahrzunehmenden Vergütungsanspruch haben (§ 76 Abs. 3 UrhG) aber kein Lizenzrecht. Diese eklatante Schwächung der Leistungsschutzberechtigten und deren mögliche Verdrängung aus dem Lizenzmarkt, den sie als wesentlicher Player gerade aufbauen, kann der DSM-RL nicht unterstellt werden. Darüber hinaus wird in Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 ausdrücklich festgehalten, dass die Plattformen die „Erlaubnis“ von den in Art. 3 Abs. 1 und 2 der InfoSoc-RL genannten Rechteinhabern „einholen“

müssen. Wir halten daher die Umsetzung in § 18c für nicht korrekt, weil die Sendung mit Bezug auf die Leistungsschutzrechte der Tonträgerhersteller und der ausübenden Künstler eben nicht als Ausschließungsrecht ausgestaltet ist. Bei einem Vergütungsanspruch ist bekanntlich keine Erlaubnis einzuholen und der Vergütungsanspruch ist gegenüber dem (ausschließlichen) Lizenzrecht die eindeutig schwächere Rechtsposition.

In der Praxis setzen die „Diansteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ gem. Begriffsbestimmung in Art. 2 Z. 6 UAbs. 1 grundsätzlich immer (auch) einen Akt der Zurverfügungstellung gem. § 18a UrhG. In Art. 2 Z. 6 UAbs. 1 wird klargestellt, dass die Nutzer urheberrechtlich geschützte Werke oder sonstige Schutzgegenstände „hochladen“, die dann von den Sharing-Plattformen „gespeichert“ werden und „der Öffentlichkeit Zugang hierzu“ verschafft wird. Dies entspricht uE eindeutig dem Zurverfügungstellungsrecht und schließt die Anwendbarkeit des Senderechts grundsätzlich aus.

Die Aufzählung in Art. 2 Z.6 UAbs. 2 DSM-RL von nicht unter die Definition fallenden Diansteanbietern ist deklaratorisch, während in § 18c eine konkrete Auflistung von Ausnahmen vorsieht. Wir sehen dies insofern kritisch, als damit die Möglichkeit geschaffen wird, dass solche Dienste niemals in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, selbst wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt eindeutige Merkmale entwickeln, die den Kriterien des Art. 2 Abs. 6 UAbs. 1 DSM-RL bzw. des § 18c entsprechen.

**Ausdrücklich begrüßt wird das Entfallen des sog. „Direktvergütungsanspruchs“** von Verwertungsgesellschaften gegenüber Sharing-Plattformen in einer früheren Entwurffassung. Nachdem einige Verwertungsgesellschaften und Künstlerorganisationen aber weiterhin die Einführung dieses Anspruchs fordern, begründen wir vorsorglich, weshalb dieser zusätzliche, nicht abdingbare und zwingend kollektiv wahrzunehmende Vergütungsanspruch strikt abzulehnen ist:

Der „Direktvergütungsanspruch“ gegenüber Sharing-Plattformen steht im Widerspruch zur der DSM-RL. Er hat definitiv keine Grundlage in Art. 17 DSM-RL. In Art. 18 Abs. 2 DSM-RL wird den Mitgliedstaaten zwar eine gewisse Freiheit bei der Ausgestaltung der eingeräumt, doch bezieht sich dies nur auf den dort angeführten Grundsatz der angemessenen Vergütung. Für einen gänzlich neuen Vergütungsanspruch hat der nationale Gesetzgeber uE keinen Spielraum. Außerdem verpflichtet Art. 18 Abs. 2 ausdrücklich zur Einhaltung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit. Ein unabdingbarer und zwingend kollektiv wahrzunehmender Vergütungsanspruch würde allerdings die Vertragsfreiheit maximal einschränken. Die Europäische Kommission, das Europäische Parlament und auch die Mitgliedstaaten haben sich während der Verhandlungen zur DSM-RL konkret mit einem solchen Direktvergütungsanspruch beschäftigt und dazu auch eine Studie eingeholt (*Europäisches Parlament, Studie für den JURI-Ausschuss „Stärkung der Position von Presseverlegern und Urhebern und ausübenden*

*Künstlern in der Urheberrechtsrichtlinie, September 2017*). Diese Studie kam zu dem Schluss, dass die Einführung eines solchen zusätzlichen unveräußerlichen Rechts ohne eine ordnungsgemäße Bewertung und unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Erfahrungen in den Mitgliedstaaten „potenziell störend“ wäre. Auch gab es im Europäischen Parlament mehrere Änderungsanträge zur Einführung eines solchen Anspruchs, die während des langen Verhandlungsprozesses eingebracht, ausführlich diskutiert und allesamt wieder verworfen wurden. Eine solche Überregulierung und Kollektivierung sollte daher für den österreichischen Gesetzgeber kein Thema sein.

Aber auch aus wirtschaftlicher Sicht ist gerade im Musiksektor ein zusätzliches Vergütungsrecht nicht gerechtfertigt, weil die Einnahmen der Urheber und ausübenden Künstler aus der digitalen Verwertung steigen. Ein zwingend kollektiv verwalteter, zusätzlicher und unverzichtbarer Vergütungsanspruch für Online-Nutzungen würde den Digitalmarkt fragmentieren und der Entwicklung eines digitalen Binnenmarktes zuwiderlaufen. Die primären Nutznießer eines solchen Vergütungsanspruchs wären jene Verwertungsgesellschaften, die diese Rechte verwalten und nur in weiterer Folge die einzelnen Urheber oder ausübenden Künstler. Zudem stellt sich die Frage, ob Verwertungsgesellschaften die massenhaften, kleinteiligen digitalen Nutzungsvorgänge überhaupt ihrer Verteilung zugrunde legen und nutzungsgerecht verteilen können. Es ist zu befürchten oder jedenfalls nicht auszuschließen, dass solche Vergütungseinnahmen pauschal bemessen, pauschal sonstigen Einnahmen zugeschlagen und nach anderen Kriterien als jenen der tatsächlichen Nutzung verteilt werden könnten.

Die Forderung eines solchen Anspruchs wird oftmals damit begründet, dass Urheber und ausübende Künstler heute nichts von den Erlösen aus der Online-Verwertung erhalten würden. Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn Online-Plattformen sich generell weigern, Vergütungen für Inhalte zu bezahlen. Diesfalls hat aber kein einziger Rechteinhaber eine Vergütung erhalten („Value Gap“) und genau diese Grauzone soll durch Art. 17 DSM-RL beseitigt werden. Sind Einnahmen aus digitalen Vertriebskanälen erzielt worden, dann ist es im Musikbereich gang und gäbe, dass Urheber und ausübende Künstler (sog. *featured artists*) an diesen Erlösen beteiligt werden. Die ausübenden Künstler erhalten ihre Beteiligung von den Labels im Rahmen jener Verträge abgerechnet, die zwischen Labels und Künstlern bei der Herstellung einer Musikproduktion abgeschlossen werden. Dieses Modell funktioniert und hat infolge des Wachstums am Digitalmarkt auch zu steigenden Einnahmen der ausübenden Künstler (und auch der Urheber) geführt. Freilich gilt dies nur für jene Muskschaffenden, deren Werke entsprechend nachgefragt und genutzt werden. Gegen wenig Konsumentennachfrage vermag aber auch ein Direktvergütungsanspruch nicht zu helfen, weil auch Verwertungsgesellschaften Vergütungen nur für tatsächlich erfolgte Nutzungen der Rechte ihrer Bezugsberechtigten einziehen dürfen.

Darüber hinaus kann ausgeschlossen werden, dass Plattformen für die Nutzung bestimmter Werke, Darbietungen oder Aufnahmen doppelt zahlen (einmal auf Grundlage von Lizenzverträgen und für dieselbe Nutzungshandlung ein zweites Mal an eine Verwertungsgesellschaft). Es folgt einer wirtschaftlichen Logik, dass Zahlungen an Verwertungsgesellschaften von den Lizenzzahlungen in Abzug gebracht werden. Dies ist jedenfalls unbillig und würde im Ergebnis den Vertragspartner der Kreativen faktisch zwingen, die wirtschaftliche Last des Direktvergütungsanspruchs allein zu tragen. Er würde zuerst die Künstlerlizenzen aus dem Vertrag bezahlen und müsste sich ggfs. von der Plattform bereits geleistete Vergütungen an die Künstlerverwertungsgesellschaft in Abzug bringen lassen. Dies wäre jedenfalls ein Eingriff in geschlossene Verträge und ein eklatanter Verstoß gegen die Vertragsfreiheit. Darüber hinaus würde der Binnenmarkt durch solche Konstruktionen, die anderen EU-Mitgliedstaaten fremd sind, gänzlich fragmentiert und das Harmonisierungsziel der Richtlinie ausgehebelt.

Zur Klarstellung: Wir lehnen Verwertungsgesellschaften keinesfalls ab, sehen deren Funktion aber eindeutig in der Sekundärverwertung und nicht am primären Lizenzmarkt, der den originären Rechteinhabern und deren Partnern vorbehalten bleiben muss. Immer möglich ist es hingegen, dass sich bestimmte Rechteinhabergruppen – wie etwa die Musikautoren – frei dafür entscheiden, ihre Rechte kollektiv wahrnehmen zu lassen. Der „Direktvergütungsanspruchs“ wäre hingegen eine gesetzliche Zwangsbestimmung, die abzulehnen ist.

#### **Zu § 24a (Werknutzungsbewilligung oder Werknutzungsrecht für die Sendung oder die öffentliche Zurverfügungstellung nach § 18c)**

Wir begrüßen die Klarstellung, dass es bei der Erstreckung von Erlaubnissen, die im Rahmen von Lizenzverträgen erteilt werden, ausschließlich um das Zurverfügungstellungsrecht geht (und das damit allenfalls verbundene Senderecht, wengleich wir hier - siehe oben zu § 18c - Bedenken haben), nicht jedoch um das Vervielfältigungsrecht. Weiters unterstützen wir den Hinweis darauf, dass diese Erstreckung der Erlaubnis immer nur im Rahmen des jeweils lizenzierten Rechteumfangs erfolgt und niemals darüber hinaus. Dies sollte aber jedenfalls auch für die Lizenzerstreckung vom Nutzer auf die Plattform gelten (§ 24a letzter Satz). Gem. ErwGr 69 ist darüber hinaus jede Art von Rechtsvermutung zugunsten der Plattformen auszuschließen. Dies hat in der Praxis große Bedeutung und soll verhindern, dass Plattformen ihnen mutmaßlich erteilte Nutzungsbefugnisse nur mit dem bloßen Hinweis auf die von ihnen selbst vorgegebenen Nutzungsbedingungen nachweisen können. (ErwGr 69 letzter Satz: „*Jedoch sollte nicht zugunsten der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten vermutet werden, dass ihre Nutzer alle einschlägigen Rechte geklärt haben*“).

### **Zu § 89a (Anspruch auf Schadenersatz gegen den Anbieter einer großen Online-Plattform)**

Die bei der Umsetzung von Art. 17 gewählte Konstruktion einer schadenersatzrechtlichen Sonderbestimmung verbunden mit der wichtigen Klarstellung in den Erläuterungen (S. 37 unten), wonach die verschuldensunabhängigen Rechtsfolgen eines Eingriffs in Urheberrechte (insb. §§ 81, 82 und 86) unberührt bleiben, wird ausdrücklich als sachgerecht begrüßt.

Dessen ungeachtet sind auch bei § 89a noch einige Anpassungen erforderlich:

**Zu § 89a Abs. 1:** Die Erläuterungen (Pkt. 3. Folgen der Pflichtverletzung, S. 38) widersprechen klar Art. 17 Abs. 4 lit. a DSM-RL und würden den Rechteinhabern potenziell erheblichen Schaden zufügen. Der primäre Sinn der Plattformhaftung besteht darin, dass die Plattformen angehalten werden, Lizenzverträge abzuschließen, weil sie sonst einem Haftungsrisiko ausgesetzt sind. Wenn nun aber die einzige Folge unzureichender Bemühungen um die Einholung einer Lizenz die ist, dass die Plattformen nur ein „angemessenes Entgelt“ zu bezahlen haben – also so gestellt werden, wie ein vertraglicher Nutzer –, dann entfällt jegliche Incentivierung der Plattformen zum Lizenzerwerb. Sie müssten bloß eine technische Infrastruktur für *notice and stay-down* bzw. *notice and take-down* bereithalten und könnten dann den Rechteinhabern – ohne jede schadenersatzrechtliche Konsequenz – „einen Apfel und ein Ei“ für ihre Rechte anbieten und sich klagen lassen. Damit wäre die – kumulativ mit Art. 17 Abs. 4 lit. b und c – zu erfüllende Verpflichtung gem. Art. 17 Abs. 4 lit. a richtlinienwidrig aus den Angeln gehoben.

**Zu § 89a Abs. 2:** Für die Beurteilung der „Verhältnismäßigkeit“ in § 89a Abs. 2 sieht die DSM-RL eindeutige Kriterien vor, die sich auf die objektive Beschaffenheit des Dienstes, die angebotenen Inhalte oder die Verfügbarkeit und die Kosten von Technologien beziehen. **Nutzeranliegen dürfen in das Verhältnismäßigkeitskalkül gem. § 89a Abs. 2 nicht einbezogen werden.** Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit gem. § 89a Abs. 2 geht es darüber hinaus nur um das Rechtsverhältnis zwischen Plattformen und Rechteinhabern. Den Anliegen der Nutzer widmet sich in ausführlicher Weise § 89b.

Weiters würde das BMJ mit dem Einschub „... *sowie die Anliegen der Nutzer (§ 89b) ...*“ in § 89a Abs. 2 über die Vorgaben in Art. 17 Abs. 5 lit a und b hinausgehen und den Bewertungsmaßstab für die Verhältnismäßigkeitsprüfung der zulasten der Rechteinhaber verschieben. Im Ergebnis könnten dann nämlich die Anliegen der Plattformen (auf verhältnismäßige Maßnahmen) kombiniert mit den Anliegen der Nutzer (auf uneingeschränkten Upload und Downstream) die Anliegen der Rechteinhaber (auf faire Vergütung oder andernfalls *stay-down*) bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ständig „overrulen“. Das kann Art. 17 Abs. 5 lit a und b DSM-RL nicht unterstellt werden und wäre auch vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes bedenklich.

**Forderung:** Um die in Art. 17 Abs. 5 lit a und b DSM-RL abgebildete **Ausgewogenheit richtlinienkonform umzusetzen** ist es notwendig, in § 89a Abs. 2 die Wortfolge „...sowie die Anliegen der Nutzer (§ 89b) ...“ **ersatzlos zu streichen**.

### **Zu § 89b Abs. 3 („kleine Ausschnitte“)**

Die in § 89b Abs. 3 vorgeschlagenen „Bagatellgrenzen“ (in der Praxis sind es natürlich alles andere als Bagatellen) von bis zu 15 Sekunden Ton oder Film/Laufbild, bis zu 160 Zeichen Text oder bis zu 250 KB Lichtbild oder Grafik führen im Ergebnis dazu, dass solche „*kleinen Ausschnitte*“ wie eine Schrankenregelung wirken würden. Dies wäre aus unserer Sicht klar richtlinienwidrig und stünde im Widerspruch sowohl zum EU-Acquis als auch zu innerstaatlichen verfassungsrechtlich garantierten Grundrechten.

Sharing-Plattformen werden – gestützt auf § 89b Abs. 3 – nicht bereit sein, für die wohl massenhafte Nutzung „kleiner Ausschnitte“ eine Vergütung zu bezahlen und sich damit – entgegen den Intentionen der RL – einen weiteren wirtschaftlichen Vorteil zulasten der Rechteinhaber verschaffen. Die Bestimmung über „*kleine Ausschnitte*“ hat weder eine Grundlage in der DSM-RL noch in den ErwGr und geht uE weit über den Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers hinaus. Neben der Richtlinienwidrigkeit greift § 89b Abs. 3 in das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums (Art. 5 StGG) ein, weil die bloße Länge eines Ausschnitts, die Anzahl der Zeichen eines Textes oder die Datenmenge eines Fotos nichts über die eventuelle Anwendbarkeit einer urheberrechtlichen Schrankenregelung aussagen. Eine „Bagatell-Schranke“ bei 15 Sekunden ist dem EU-Recht fremd und müsste jedenfalls dem Dreistufentest unterzogen werden. Zweifelsohne wäre die normale Auswertung des Schutzgegenstandes beeinträchtigt und die Schranke unzulässig. Der EuGH hat in seiner Entscheidung *Metall-auf-Metall* (C-476/17, Urteil vom 29. Juli 2019) mit ausführlicher Begründung bereits eine zwei Sekunden lange Rhythmussequenz als lizenzpflichtig eingeordnet.

§ 89b Abs. 3 liegt offenbar auch die irrtümliche Annahme zugrunde, dass der Upload und die Zugänglichmachung eines „kurzen Ausschnitts“ die Verwertung des eigentlichen Inhalts nicht oder nur unerheblich beeinträchtigt. Tatsächlich ist aber das Gegenteil der Fall: Im Sportbereich sind beispielsweise wenige Sekunden ausreichend, um die Schlüsselszenen eines Fußballspiels samt entscheidenden Toren zu zeigen. Am Digitalmarkt für Musik und Videos geht die Tendenz ganz eindeutig in Richtung Kurz-Videodienste, wie z.B. TikTok oder YouTube Shorts, auf denen 15 Sekunden Ton oder Video bereits abgeschlossene Nutzungsvorgänge sind, für die die Sharing-Plattformen dann *de facto* keine Lizenzen mehr erwerben müssten. Die neue Plattform TikTok hat bereits knapp eine Milliarde User weltweit und basiert auf kürzesten Musikausschnitten von rd. 7 Sekunden, die von mehreren Labels

bereits lizenziert werden. Auch generell geht die Tendenz des Nutzerverhaltens bei *user uploaded content*-Plattformen in Richtung kurzer und kürzester Ausschnitte. Das bedeutet, dass gerade in Kurzformen ein großes wirtschaftliches Potenzial für die Musik- und generell für die Kreativbranchen liegt. Aktuelle Studien bescheinigen *user generated content* im Zusammenhang mit Musik ein massives Zukunftspotenzial und sehen darin bereits eine eigene Verwertungskategorie.

Durch die in § 89b Abs. 3 vorgeschlagene Ausnahmeregelung käme es zu einem massiven Eingriff in die wirtschaftliche Verwertbarkeit musikalischer und auch sonstiger Inhalte. Dadurch würde uE auch in das verfassungsrechtliche Grundrecht auf Erwerbs(ausübungs)freiheit (Art. 6 StGG) eingegriffen. Der in § 89b Abs. 3 angedachte mehrstufige Mechanismus – *stay-on*, Informationspflicht der Plattformen ggü. den Rechteinhabern, Möglichkeit des zeitlich befristeten *stay-down*, wenn sonst die wirtschaftliche Verwertung erheblich beeinträchtigt würde, und danach wieder *stay-on* mit Informationspflicht der Plattformen usw. – wäre darüber hinaus in der Praxis völlig undurchführbar.

Zur Klarstellung: Es liegt generell nicht im Interesse der Content-Branchen, die Nutzung „kleiner Ausschnitte“ zu blockieren oder sonst zu verhindern. Im Gegenteil: Ausschnitte jeglicher Länge sollen genutzt, dann aber seitens der Sharing-Plattformen im Rahmen von Lizenzvereinbarungen auch vergütet werden. Genau dieses Ziel gibt die DSM-RL vor – und dieses Ziel würde durch die Regelung in § 89b Abs. 3 (und ebenso jene in § 89b Abs. 4) verwässert und vereitelt. Den vermeintlichen Konflikt zwischen Rechteinhabern und Nutzern, den man durch Konstruktionen wie in § 89b Abs. 3 (und § 89b Abs. 4) auffangen müsste, gibt es realiter nicht. Die Musiklabels sind jederzeit bereit, die Nutzung „kleiner Ausschnitte“ gegenüber den Plattformen zu lizenzieren. Unser Ziel ist die Monetarisierung, nicht das Blockieren. Insofern sehen wir auch die Gefahr des sog. Overblockings nicht. Lediglich vorsorglich weisen wir darauf hin, dass die Lizenzierung der Plattformen durch die Inhaber originärer oder abgeleiteter Exklusivrechte erfolgen muss und keinesfalls im Wege eines durch Verwertungsgesellschaften wahrzunehmenden Vergütungsanspruchs. Ausschließlichkeitsrechte stärken die Verhandlungsposition und steigern damit auch die Chance auf faire Verhandlungsergebnisse. Vergütungsansprüche haben keine Verbotswirkung, zudem stehen Verwertungsgesellschaften unter Kontrahierungszwang.

**Forderung: § 89b Abs. 3 (Freistellung „kleiner Ausschnitte“) sollte ersatzlos gestrichen werden.**

#### Zu § 89b Abs. 4 („Pre-Flagging“)

Thematisch unterstellt das Justizministerium die in der DSM-RL nicht vorgesehene Rechtsfigur des „Pre-Flagging“ dem Bereich *User Generated Content*. Auch hier gilt, dass die Musiklabels jederzeit bereit sind, ihre Inhalte für neue und erst durch die Digitalisierung entstandene Nutzungsformen zu lizenzieren. Eine *User Generated Content-Schrankenregelung* wurde im Rahmen des Verhandlungsprozesses auf EU-Ebene vorgeschlagen, bewertet, diskutiert und explizit abgelehnt. Wir verwehren uns daher ausdrücklich gegen den Versuch, mit „Pre-Flagging“ gleichsam eine *User Generated Content-Schranke durch die Hintertüre* einzuführen. Die Verfügbarkeit von Content für die User kann und soll durch Lizenzvereinbarungen mit den Sharing-Plattformen gelöst werden. Der in § 89b Abs. 4 vorgeschlagene Mechanismus, der es *Uploadern* erlaubt die hochgeladenen Inhalte so zu kennzeichnen, dass diese unter die Schrankenregelungen der Karikatur, Parodie, Pastiche oder Zitate zu Zwecken wie der Kritik oder der Rezension fallen und diese dann sofort ohne jede Prüfung auf die Sharing-Plattform kommen, steht nicht im Einklang mit der DSM-RL, der InfoSoc-RL, dem EU-Acquis oder mit internationalen Urheberrechtsabkommen. Schrankenregelungen begründen bekannterweise kein Recht, sondern sind Ausnahmen vom Recht eines anderen, die von Fall zu Fall zu prüfen sind. Darüber hinaus würde durch das „Pre-Flagging“ die *stay-down* Verpflichtung der Plattform gemäß Art. 17 Abs. 4 lit b *ad absurdum* geführt und in das genaue Gegenteil, nämlich in eine *stay-on* Verpflichtung verkehrt. Die gesamte Logik des Art. 17 wäre in richtlinienwidriger Weise auf den Kopf gestellt.

§ 89b Abs. 4 würde nach Einschätzung der Praxis von den Plattformen wieder nur zum Vorwand genommen werden, sich einer angemessenen Vergütung von urheberrechtlich geschützten Inhalten und dem Abschluss diesbezüglicher Lizenzverträge zu entziehen. Das Richtlinienziel der – heute nicht gegebenen - Rechtssicherheit für die User kann darüber hinaus nur auf Grundlage von Lizenzvereinbarungen der Sharing-Plattformen hergestellt werden, weil nur diese gem. § 24a die Aktivitäten der Nutzer mit abdecken. Die Berufung auf „Pre-Flagging“ oder auch „kleine Ausschnitte“ lässt die Haftung der Nutzer mangels Lizenzierung unberührt, sofern keine der in der InfoSoc-RL harmonisierten Schrankenregelungen zur Anwendung kommt.

Die in § 89b Abs. 4 vorgeschlagene Selbsterklärung des Uploaders würde im Übrigen ohne jegliches Risiko einer Sanktion eingeführt, also auch bei einer absichtlichen und offenkundig falschen Erklärung wirken. Dieses Konstrukt steht im evidenten Widerspruch zum Unionsrecht und würde ohne jede Rechtsfolgenabschätzung auf nationaler Ebene in Österreich eingeführt. Dies ist gänzlich unverantwortlich, weil nämlich eher davon auszugehen ist, dass es auf Grundlage des „Pre-Flagging“ zu einer großen Anzahl unautorisierter Nutzungen durch die Plattformen (und ihre Nutzer) kommt. Die Leitli-

nien der Kommission sind für die Mitgliedstaaten ebenso unverbindlich wie das fragwürdige „Vorbild“ Deutschland (siehe dazu auch Pkt. V. unten).

**Forderung: § 89b Abs. 4 („Pre-Flagging“) sollte ersatzlos gestrichen werden.**

### **Zu § 89b Abs. 5 bis 9 (Beschwerdemechanismus)**

Zum Schutz von Nutzerinteressen sieht Art. 17 Abs. 9 DSM-RL einen spezifischen *ex-ante* Beschwerdemechanismus vor, der in § 89b Abs. 5 bis 9 extensiv umgesetzt wird. In diesem Rahmen soll auch eine neue Beschwerdestelle eingerichtet werden (§ 89c), an die sich Nutzer mit Beschwerden über die Unzulänglichkeit oder das Fehlen des Beschwerdeverfahrens wenden können. Der gesamte Beschwerdemechanismus ist gegenüber der bisherigen Gesetzeslage neu und stärkt die Nutzerrechte. (auch vor diesem Hintergrund sind Regelungen wie in § 89b Abs 3 und 4 sachlich nicht erforderlich). So sehr wir die Stärkung von Nutzerrechten im richtlinienkonformen Rahmen befürworten, so skeptisch bis ablehnend stehen wir gesetzlich angeordneten Kompetenzen von Nutzerorganisationen gegenüber. Ansätze eines solchen „VKI-Modells“ finden sich leider in § 89b Abs 2 und 7. Aus unserer Sicht können sich Nutzer immer von Nutzerorganisationen vertreten lassen, aber im Einzelfall und aufgrund einer für diesen Fall erteilten Vollmacht; dies bedarf auch keiner gesonderten Regelung. Ein darüberhinausgehendes Einschreiten von Nutzerorganisationen – sei es aufgrund gesetzlicher oder statutarischer Ermächtigung – lehnen wir ab. Die Erfahrung zeigt, dass dies allzu oft nur zur Profilierung solcher Organisationen missbraucht wird und insgesamt nicht zu konstruktiven Lösungsansätzen führt. Wir treten aus diesen Gründen dafür ein, die Bezugnahmen auf „Nutzerorganisationen“ in § 89b Abs 2 und 7 zu streichen und ausschließlich die Nutzer selbst als Berechtigte vorzusehen.

**Forderung: Die Bezugnahmen auf „Nutzerorganisationen“ in § 89b Abs 2 und 7 sollten aus den genannten Gründen gestrichen und ausschließlich die Nutzer selbst als Berechtigte vorgesehen werden.**

### **Exkurs zu Meinungsfreiheit und Nutzerrechten**

Die Meinungsfreiheit ist ein hohes und von Kulturproduzenten und Medienunternehmen geachtetes und verteidigtes Gut. Umso irritierender ist es für uns, dass die gravierenden Einschränkungen unserer Eigentumsrechte in § 89b Abs. 3 und 4 gerade mit der – in diesem Zusammenhang falsch verstandenen – Meinungsäußerungsfreiheit begründet werden. Der EuGH beschäftigt sich mit eben dieser Frage im aktuell anhängigen Verfahren der Republik Polen, wobei der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen bereits ausdrücklich festgehalten hat, dass er in Art. 17 DSM-RL keinen Widerspruch

zum Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit sieht. Es wäre daher für den österreichischen Gesetzgeber naheliegend, Art. 17 möglichst nahe am Text der Richtlinie – d.h. ohne neue Rechtsfiguren wie „kleine Ausschnitte“ oder „Pre-Flagging“ – umzusetzen und die voraussichtlich Ende 2021/Anfang 2022 ergehende EuGH-Entscheidung abzuwarten. Dieses Urteil wird eine grundrechtskonforme Interpretation von Art. 17 DSM-RL vornehmen, die dann unmittelbar auch auf die Umsetzung in Österreich anwendbar sein wird, sofern Art. 17 korrekt und ohne nationale Hinzufügungen implementiert wird. Auch das spricht eindeutig für eine textgenaue Umsetzung von Art. 17 DSM-RL im Rahmen der UrhG-Nov 2021.

### **Zu § 89c („Aufsicht über Anbieter großer Online-Plattformen“)**

Wir halten die Zuständigkeit der KommAustria für die Aufsicht über Sharing-Plattformen für sachgerechter als die in früheren Entwürfen vorgesehenen Modelle. In § 89c Abs. 4 wird eine Verwaltungsstrafe in Höhe von bis zu 1 Mio. Euro für Sharing-Plattformen vorgesehen, wenn diese gegen die in der UrhG-Nov 2021 normierten Pflichten verstoßen, unter anderem wenn sie den Nutzern systematisch das rechtmäßige Hochladen von Werken auf die Plattformen verwehren.

Gerade in Bezug auf das zuvor angeführte Hochladen von Inhalten im Rahmen der Schrankenregelungen, etwa für Zwecke der Karikatur, der Parodie, des Pastiche etc. kann es zu schwierigen Entscheidungssituationen kommen, die selbst unter Experten im Einzelfall zu prüfen und oft nicht klar zu beantworten sind. So könnte aus mehreren problematischen Einzelfällen bereits auf eine systematische Verhinderung von Uploads geschlossen werden. Durch die diesfalls drohenden hohen Verwaltungsstrafen würde die Sharing-Plattformen zur Vermeidung des Risikos hoher Strafzahlungen eher dazu motiviert sein, jeden Upload im Zweifel zuzulassen. Der dadurch ausgelöste Lenkungseffekt würde das Ziel der DSM-RL – nämlich den Schutz des geistigen Eigentums zu verbessern – mehr konterkarieren als unterstützen.

Ganz allgemein wird der Umstand, dass die KommAustria den Plattformen bei Verstößen gegen Bestimmungen des § 89b, die ausschließlich im Nutzerinteresse liegen, Verwaltungsstrafen in Höhe von bis zu 1 Mio. Euro auferlegen kann, dazu führen, dass die Plattformen die Interessen der Nutzer stärker wahren werden als jene der Rechteinhaber. Es sollten daher entweder die Strafdrohungen herabgesetzt werden oder die Aufsichtsbehörde auch Konsequenzen (einschließlich Geldbußen) für den Fall verhängen dürfen, dass 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.

**Forderung:** Wir regen daher an, die Höhe der Verwaltungsstrafe in § 89c zu reduzieren oder solche Strafen auch für Fälle der systematischen Verletzung von Urheber- und Leistungsschutzrechten durch die Plattformen vorsehen.

## **II. Urhebervertragsrecht (Art. 18 bis 23)**

Kommentierte Bestimmungen im Entwurf: §§ 24c, 31a, 37b, 37c, 37d, 37e, 37f und 116 Abs 16.

### **Vorbemerkung**

Zur Sicherung des Bestands und vor allem der Zukunft des Produktions- und Medienstandorts Österreich sind Vertragsfreiheit (so auch Art 18 Abs 2 DSM-RL), Rechtssicherheit und Kalkulationssicherheit unverzichtbar. Wir lehnen daher das hauptsächlich von Kollektiven geforderte Mehr an staatlicher Regulierung mit zusätzlichen gesetzlichen Geboten und Verboten im Urhebervertragsrecht sowie die kartellrechtlich mehr als bedenkliche kollektive Festsetzung der Preise für Urheberrechte entschieden ab. Oftmals wird dabei auf Regelungen im Ausland verwiesen, die bei genauerer Betrachtung auf nicht vergleichbaren Grundlagen oder Marktverhältnissen beruhen. Eine Art „Best of“ der urhebervertragsrechtlichen Rechtsvergleichung aus der einseitigen Sicht der Künstlerorganisationen sollte der österreichischen Gesetzgebung keinesfalls als Maßstab dienen. Darüber hinaus verwehren wir uns generell gegen eine Übererfüllung der Umsetzungserfordernisse der DSM-RL („Gold-Plating“).

### **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 in Österreich auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage bereits seit langem judiziert.

Soweit denn der Zweckübertragungsgrundsatz in Österreichisch eingeführt werden soll, hätte dies 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. Natürlich wird dadurch auch ein hoher Ressourcenaufwand auf allen Seiten verursacht. Vor allem bei massenhaft und kleinteiligen Anwendungsbereichen wie etwa bei unentgeltlichen TV- oder Radio-Interviews, aber auch bei (mit finanziell vergleichsweise geringem Herstellungs-

budget ausgestatteten) Dokumentarfilmen, würde diese Regelung zu einem nicht administrierbaren „Verwaltungsoverkill“ führen. Kein Interviewpartner (bspw. im Rahmen eines Straßeninterviews mit einem Journalisten eines Medienunternehmens, das unentgeltlich erfolgt) würde einen umfassenden urheberrechtlichen Vertrag lesen und unterzeichnen (schon die über mehrere Vertragsseiten gehende enumerative Aufzählung sämtlicher einzelner Nutzungsrechte und Nutzungsarten wäre abschreckend). Interviews werden überdies häufig auch spontan vorgenommen.

Der Zweckübertragungsgrundsatz schränkt somit den Grundsatz der Vertragsfreiheit, auf den auch Art 18 Abs 2 DSM-RL ausdrücklich verweist, ohne sachliche Rechtfertigung ein.

**Forderung:** Wir plädieren dafür, von einer Übernahme des deutschen **Zweckübertragungsgrundsatzes** in das österreichische Recht **Abstand zu nehmen**. In jedem Fall wäre aber aufgrund der praktischen Anforderungen des Medien- und Produktionsalltags eine Ergänzung des § 24c Abs 1 um eine **Ausnahme für unentgeltlich eingeräumte Werknutzungsrechte und -bewilligungen** erforderlich.

#### Zu § 24c Abs 2: Unbekannte Verwertungsarten

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

Neue (vormals unbekannte) Nutzungsarten lösen häufig (in technischer Hinsicht) „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“.

**Forderung:** Wir sprechen uns aus den genannten Gründen **gegen das Widerrufsrecht für unbekannte Verwertungsarten** aus. Alternativ wäre eine Ausgestaltung von § 24c Abs 2 als **Dispositivbestimmung**, die **Streichung des Schriftformgebots** sowie die Statuierung einer weiteren **Ausnahme** in § 24c Abs 3 für **unentgeltlich** eingeräumte Werknutzungsrechte und -bewilligungen ein noch akzeptabler Kompromiss.

### **Zu § 29 (Rückrufsrecht wegen Nichtausübung)**

Hier weisen wir lediglich darauf hin, dass die Vorgaben des Art 22 DSM-RL mit der bereits im Gesetzesrang stehenden Bestimmung des § 29 UrhG zugunsten der Urheber und ausübenden Künstler übererfüllt werden. Insb. sieht Art. 22 das Rückrufsrecht nur in Fällen gänzlicher Nichtauswertung der eingeräumten Rechte vor, während § 29 auch bereits bei einer – die Interessen des Urhebers und des ausübenden Künstlers beeinträchtigenden – unzureichenden Verwertung eingreift.

### **Zu § 31 Abs 2 iVm § 68 Abs 4 UrhG (künftige Werke und Darbietungen, Fristen)**

Wenn bei der Umsetzung der DSM-RL legislativ in das Urhebervertragsrecht eingegriffen wird, möchten wir auf eine Bestimmung hinweisen, die in der Praxis des Musikgeschäfts geradezu desaströse Auswirkungen haben kann. In Künstlerverträgen übertragen Interpreten den Musiklabels in aller Regel die Nutzungsrechte an künftigen Darbietungen für einen bestimmten Zeitraum und erhalten dafür oftmals auch Vorschüsse oder sonstige Zusicherungen (zB. die gemeinsame Produktion mehrerer Alben über mehrere Jahre). Mit solchen Verträgen soll eine längerfristige Partnerschaft zwischen Künstlern und Labels begründet werden, in deren Verlauf das Label investiert und damit zunächst wirtschaftlich in Vorlage tritt. Wenn der Künstler einen solchen Vertrag, gestützt auf § 31 Abs 2 iVm § 68 Abs 4 UrhG, bereits nach nur einem Jahr (!) – gesetzlich zwingend und unabdingbar – wieder kündigen kann, dann geht das Label mit einem solchen Vertragsabschluss ein geradezu unverantwortliches wirtschaftliches Risiko ein. Denn nach nur einem Jahr können sich getätigte Investitionen niemals amortisiert haben, die Partnerschaft zwischen Künstler und Label steht dann erst ziemlich am Anfang. In den meisten Fällen funktionieren diese Vertragsbeziehungen, sodass es keinen faktischen Grund für eine vorzeitige Vertragskündigung gibt. Dennoch schwebt über dem Label immer das Damoklesschwert einer Kündigung nach nur einem Jahr Vertragslaufzeit und den damit einhergehenden Verlusten. Der Gesetzgeber sollte dies korrigieren und für ausübende Künstler dieselbe Frist von fünf Jahren vorsehen wie für Urheber. Die heute geltende massive Verschiedenbehandlung – fünf Jahre beim Urheber und nur ein Jahr beim ausübenden Künstler – ist selbst vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebots problematisch und schränkt darüber hinaus des Erwerbs(ausübungs)freiheit eines Musiklabels gegenüber einem Musikverlag in unsachlicher Weise ein. Es ist nämlich sachlich völlig unbegründet, weshalb hinsichtlich künftiger kreativer Leistungen für den Vertrag zwischen Künstlern und Label etwas so massiv anderes gilt als für den Vertrag zwischen Komponisten und Verlag. Die Fälle sind vielmehr unmittelbar vergleichbar. Gänzlich unverständlich ist vor diesem Hintergrund, wie das Regierungsabkommen von der Existenz von „Knebelverträgen“ in Österreich ausgehen kann.

**Forderung:** In der Verweisbestimmung in § 68 Abs 4 UrhG sollte die **Fristverkürzung auf nur ein Jahr** im letzten Satzteil **ersatzlos gestrichen** werden.

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

Die Bestimmung des § 31a soll Urhebern und ausübenden Künstlern ein einseitiges Abgehen von einer getroffenen Vereinbarung nach fünfzehn Jahren im Falle einer pauschalen Abgeltung eines Werknutzungsrechts ermöglichen. Dieser Vorschlag ist aus Sicht der Musiklabels in der gegenwärtigen Form nicht sachgerecht:

Zwar sieht § 31a Abs 3 einige Ausnahmen vom Recht zur anderweitigen Verwertung vor und wird deren Ergänzung im Begutachtungsentwurf sehr positiv bewertet. Die mit dem Recht zur anderweitigen Verwertung verbundenen Probleme werden dadurch aber nur teilweise entschärft: Häufig werden auch von den Musiklabels große Investitionen getätigt, die erst über einen langen Zeitraum hinweg refinanziert werden können (etwa die extrem aufwändige Produktion einer Operaufnahme). Die Möglichkeit zur einseitigen Entwertung der getroffenen Vereinbarung mit den Künstlern verunmöglicht in solchen Fällen eine umfassende Refinanzierung. Oder es wird dadurch überhaupt verhindert, dass sich ein Label zur Produktion der Aufnahme entscheidet und diese finanziert, wenn nur ein zeitlich beschränkter Refinanzierungshorizont besteht. Die Regelung unterstellt überdies, ohne dass dies schlüssig beweisbar wäre, dass eine Pauschalvereinbarung immer wirtschaftlich von Nachteil für den Kreativen ist. § 31a würde Musikschaffende und Musiklabels aber in Erlösbeteiligungsmodelle drängen, die nicht unbedingt und nicht immer sachgerecht sein müssen.

Die in § 31a Abs 3 vorgesehen Ausnahme für nachrangige Beiträge ist zu begrüßen, entschärft aber das Problem nicht. Problematisch ist nämlich regelmäßig nicht so sehr die Möglichkeit zur Wiederverwertung durch einen nachrangig beitragenden Urheber oder Künstler, sondern eine solche durch einen künstlerischen Hauptprotagonisten. In diesen Fällen können sich die künstlerischen Leistungen nämlich auch tatsächlich selbständig verwerten lassen.

**Forderung:** Wir sprechen uns aus den genannten Gründen **gegen ein Recht zur anderweitigen Verwertung nach fünfzehn Jahren** aus. Alternativ wäre eine Ausgestaltung von **§ 31a als Dispositivbestimmung**, die **Streichung des Schriftformerfordernisses in § 31a Abs 2** und eine Ergänzung des Katalogs in **§ 31a Abs 3** um eine **Ausnahme für unentgeltlich** eingeräumte **Werknutzungsrechte und -bewilligungen** ein aus unserer Sicht tragbarer Kompromiss.

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

Nach unserer Ansicht ist § 37b grundsätzlich als gelungene Umsetzungsbestimmung zu Art 18 DSM-RL zu werten, insb. auch deshalb, weil richtlinienkonform ein Grundsatz normiert wird, nicht jedoch ein einklagbares Recht. Begrüßt wird auch der ausdrückliche Kartellrechtsvorbehalt in Abs 4 letzter Satz.

Nicht sinnvoll und mit Blick auf Art 18 DSM-RL auch nicht erforderlich ist es aus unserer Sicht, in § 37b Abs 1 eine programmatische Bestimmung aufzunehmen. Der darin zum Ausdruck kommende Beteiligungsgrundsatz (siehe die Erläuterungen zu § 37b) steht in einem unklaren Verhältnis zur Vertragsfreiheit (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.

**Forderung:** Wir treten dafür ein, von der Übernahme der programmatischen Bestimmung des **§ 37b Abs 1** in den Gesetzestext Abstand zu nehmen. Überdies wird eine Klarstellung im Gesetzestext dahingehend angeregt, dass **§ 37b unentgeltlichen Rechtseinräumungen nicht entgegensteht**. Ebenso sollte die Formulierung des § 37b Abs 3 stärker am Richtlinienwortlaut orientiert sein und der Gesetzeswortlaut den **wirtschaftlichen Wert** der Nutzung **als zentrales Kriterium** (ErwGr 73 DSM-RL) in den Vordergrund stellen.

### Zu § 37c (Vertragsanpassungsmechanismus)

§ 37c setzt Art 20 DSM-RL wortgetreu und somit richtlinienkonform um. Ausdrücklich begrüßt wird, dass die für eine Vertragsanpassung erforderliche hohe Eintrittsschwelle auch im Gesetzestext (durch Einfügung des Wortes „*eindeutig*“) abgebildet werden soll (siehe ErwGr 78 DSM-RL). Um Unklarheiten von vornherein auszuschließen wird angeregt, die Satzstellung in § 37c Abs 1 wie folgt abzuändern: „[...] wenn sich die ursprünglich vereinbarte Vergütung im Vergleich zu sämtlichen späteren einschlägigen Einnahmen aus der Verwertung des Werks als eindeutig unverhältnismäßig niedrig erweist“.

Überdies 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 hat (siehe ErwGr 73 DSM-RL).

Bei der Übertragung von Werknutzungsrechten und -bewilligungen sollte es keine Haftung für auf anderen Ebenen der Verwertungskaskade erzielte Erlöse geben. Dies sollte durch einen Einschub in §

37c Abs 1 (vorletzter Satz) sichergestellt werden. „..., haftet der Erwerber dem Urheber nach Maßgabe des vorstehenden Satzes unmittelbar, sofern sich die eindeutige Unverhältnismäßigkeit aus den einschlägigen Einnahmen des Erwerbers ergibt. Die Haftung ...“.

Wir befürworten überdies, dass der Vertragsanpassungsmechanismus erst nach einer bestimmten Mindestvertragsdauer greifen kann und schlagen 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.

**Forderung:** Die Satzstellung in § 37c Abs 1 (Wort „eindeutig“) sollte geringfügig abgeändert werden. Bei der Übertragung von Werknutzungsrechten und -bewilligungen sollte sich die Haftung des Erwerbers auf die **von ihm erzielten Einnahmen** beziehen. Weiters sollte das Recht zur nachträglichen Vertragsanpassung erst nach einer **Mindestlaufzeit von 10 Jahren** anwendbar sein und zudem nicht zur Anwendung gelangen, wenn der Beitrag des Urhebers oder Künstlers von bloß **untergeordneter Bedeutung** ist.

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

Wir begrüßen ausdrücklich, dass einige in den Stellungnahmen zum „Arbeitsgruppenentwurf“ vom 4.12.2020 erhobenen und ausführlich begründeten Forderungen (konkret: digitale Bereitstellung, Beschränkung der Auskunft auf Erlöse aus dem vergangenen Jahr; keine Auskunftspflicht 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 bisherige Anregung, den Auskunftsanspruch erst mit dem Verlangen des Urhebers entstehen zu lassen wurde nicht berücksichtigt und wird folglich erneut vorgebracht, wiewohl die vorgelegte Fassung von § 37d einen tragfähigen Kompromiss darstellt.

**Forderung:** Wir regen an, dass Auskünfte gemäß § 37d erst auf **Verlangen des Urhebers** hin zu erteilen sind und die Modalitäten der Auskunftspflicht in **Kollektivverträgen** konkretisiert werden können.

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

**Forderung:** Wir wiederholen die bereits von verschiedenen Seiten zum Ausdruck gebrachte Forderung, den einvernehmlich zwischen den Parteien festgelegten oder in Kollektivverträgen vorgesehenen **Mechanismen der alternativen Streitbeilegung** den **Vorrang** vor dem Schlichtungsausschuss einzuräumen, sofern die festgelegten Schlichtungsorgane paritätisch besetzt sind oder deren Unabhängigkeit gewährleistet ist.

### Zu § 37f (Unabdingbarkeit)

Nach unserer Ansicht sollte im Gesetzestext, allenfalls auch nur in den Materialien, der Wille des Gesetzgebers klar 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, der ausschließlich auf §§ 37c, 37d und 37e und nicht auf § 37b verweist. 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 bzw. Art 23 DSM-RL einer solchen Umsetzung als relativ-zwingende Bestimmung jedenfalls nicht entgegensteht oder dies rechtspolitisch zu befürworten sei (*Bernsteiner*, Zivilrechtliche Grundsatzfragen zur angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung im Urhebervertragsrecht, ÖJZ 2021, 264 (270) mwN).

**Forderung:** Wir sprechen uns dafür aus, den **dispositive Charakter von § 37b** im Gesetzestext, jedenfalls aber in den Materialien ausdrücklich festzuhalten.

### Zu § 116 Abs 16 (Inkrafttreten)

Wir sprechen uns für eine Neufassung von § 116 Abs 16 aus:

Der Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse durch die Anwendung der Bestimmungen über den Vertragsanpassungsmechanismus (§ 37c), den Anspruch auf Auskunft (§ 37d) und die Unabdingbarkeit (§ 37f) auf Altverträge ist als Eingriff in wohlerworbene Rechte nicht hinnehmbar. In diesem Sinne sieht Art 26 Abs 2 DSM-RL auch 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), wobei wir anregen,

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 Inhabern von Nutzungsbefugnissen zu ermöglichen, ihre innerbetrieblichen Abläufe an die neue Rechtslage anzupassen (vgl ErwGr 77 DSM-RL). Dabei wurde eine „Pufferphase“ von einem Jahr zwischen dem In-Kraft-Treten der Richtlinienumsetzung in nationales Recht (Art 29 Abs 1 DSM-RL) und der Anwendbarkeit des Transparenzmechanismus für angemessen befunden (siehe Art 27).

**Forderung: §§ 37c, 37d und 37f sollten nur auf Verträge anwendbar sein, die nach In-Kraft-Treten der Bestimmungen abgeschlossen werden. Überdies sollte § 116 Abs 16 dahingehend abgeändert werden, dass 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 werden.**

### **III. Kollektive Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung (Art. 12)**

#### **Zu § 25b VerwGesG**

Art. 12 DSM-RL ist fakultativ, d.h. es trifft den österreichischen Gesetzgeber keine Umsetzungspflicht. Es wird auch in keiner Weise begründet, ob überhaupt ein konkreter Bedarf für die Einführung der erweiterten kollektiven Rechtewahrnehmung (ECL) besteht. Dies wäre aber gemäß Art. 12 Abs. 2 Grundvoraussetzung jeder diesbezüglichen Regelungsabsicht. UE gibt es keine überzeugenden Argumente dafür, eine allgemeine ECL Regelung jetzt in Österreich einzuführen. Äußerst besorgniserregend und auch unzutreffend halten wir die auf S. 47 der Erläuterungen angeführte Begründung, wonach die aktuell überlegte Einführung von ECL im Zusammenhang mit der „Rechteklärung von Plattformen im Rahmen des Art 17“ stehe. Sinn und Inhalt des Art 17 ist es, die „Wertschöpfungslücke“ zu schließen und die Position des originären Rechteinhabers in seinen Verhandlungen mit den großen Online-Plattformen zu stärken. Gerade dieses Ziel würde durch die Einführung von ECL geradezu konterkariert, weil ECL nie die Stellung des originären Rechteinhabers stärkt, sondern nur jene der Verwertungsgesellschaft.

Für den Bereich der Lizenzierung des Online-Marktes mit Musikaufnahmen (gemeint sind die Masterrechte = Rechte der Tonträgerhersteller und die abgeleiteten Rechte der ausübenden Künstler) ist festzuhalten, dass sich seit einigen Jahren eine Lizenzpraxis etabliert hat. Insofern kann es hier a priori nicht zu einem Anwendungsfall von ECL kommen, weil die grundlegende Voraussetzung in Art. 12 Abs. 2 DSM-RL, nämlich ein gravierendes Defizit in der Lizenzierungspraxis, nicht erfüllt ist.

Auch die Primärverwertung von Filmen oder Games erfolgt seit jeher durch die originären Rechteinhaber; die kollektive Rechtewahrnehmung spielt hier in der Praxis keine Rolle. Eine Veränderung von etablierten und funktionierenden Marktgegebenheiten infolge von ECL lehnen wir ab.

Soweit in anderen Bereichen kollektive Lizenzen üblich oder erwünscht sein (etwa bei den Musikautoren), so sollte dies auf Grundlage einer erweiterten Rechteübertragung durch die originären Rechteinhaber möglich sein. Dieses opt-in Modell schützt die Interessen des originären Rechteinhabers deutlich besser als die opt-out Möglichkeit bei ECL. Wo eine individuelle Lizenzierung bereits stattfindet, sollte die Einführung von ECL per se ausscheiden.

Aus Sicht des originären Rechteinhabers konstituiert ECL eine Beschränkung, indem sie dem Rechteinhaber (der die Verwertungsgesellschaft nicht mandatiert hat) die Möglichkeit nimmt, seine Rechte gegenüber dem Nutzer direkt zu lizenzieren. Die Einführung von ECL unterliegt demnach uE zwingend dem Drei-Stufen-Test.

ECL darf gemäß der Richtlinie „*nur in genau bestimmten Bereichen der Nutzung*“ Anwendung finden. § 25b übernimmt dies zwar textlich, überlässt es aber der Aufsichtsbehörde über Antrag der betreffenden Verwertungsgesellschaft diesen Bereich zu definieren. Wer vertritt in diesem Kontext die originären Rechteinhaber, die durch ECL eingeschränkt werden sollen? Die Aufsichtsbehörde hat im ECL-Genehmigungsverfahren neben der Repräsentativität der Gesellschaft - betreffend die Rechteinhabergruppe und das genutzte Recht – auch zu prüfen, ob ein grundlegendes Marktversagen vorliegt, das den Einsatz von ECL rechtfertigt. Es ist jedenfalls unklar, ob und inwieweit die Aufsichtsbehörde aufgrund ihrer Struktur in der Lage ist, so weitgehende Folgeabschätzungen betreffend die Praxis der Lizenzmärkte auch tatsächlich durchzuführen. Dies ist insofern kritisch, als im ECL-Zulassungsverfahren die beantragende Verwertungsgesellschaft immer eine entsprechende Erweiterung ihres Wahrnehmungsbereiches (ggfs. über den Kopf zahlreicher betroffener Rechteinhaber hinweg) anstrebt und es ausschließlich in den Händen der sie beaufsichtigenden Behörde liegt, den Lizenzmarkt – ggfs. auch zu Lasten der originären Rechteinhaber - mit möglicherweise gravierenden Folgen zu verändern.

Wir sehen in ECL die konkrete Gefahr der überschießenden Kollektivierung des Lizenzwesens, für die es auch im Kontext mit Art. 17 oder mit den urhebervertragsrechtlichen Bestimmungen der Art. 18 – 23 weitere und für uns äußerst kritische Bezugspunkte gibt. So sehr sich Verwertungsgesellschaften im Bereich der Sekundärverwertung bewährt haben, im Bereich des Primärmarktes sollten sie entweder keine oder nur in Ausnahmefällen eine Funktion haben. An der Spitze der Verwertungspyramide steht der Rechteinhaber selbst – nicht die Verwertungsgesellschaft. Mit der Einführung einer generellen ECL-Regelung wäre dieses Prinzip in Gefahr.

Nur für den Fall, dass es dennoch zu einer solchen Regelung kommen sollte, merken wir dazu Folgendes an: Das in § 25b Abs. 2 Z. 2 VerwGesG angesprochene Erfordernis der Repräsentativität sollte auf gesetzlicher Ebene genauer ausgeführt werden. Die vorgeschlagene Formulierung „*beträchtlicher Teil*“ ist zu unbestimmt und birgt das Risiko der Arrogierung von Wahrnehmungsbefugnissen. Viel sachgerechter wäre es, die Formulierung aus § 25 VerwGesG zu übernehmen („... *Rechte am nahezu gesamten Bestand an Werken oder sonstigen Schutzgegenständen ...*“).

Für das (Nutzungs-) Recht selbst muss die Gesellschaft jedenfalls bereits als Vorbedingung des ECL-Antrags eine Wahrnehmungsberechtigung haben. Die Aufsichtsbehörde ist gemäß Entwurf zu einem Widerruf der erteilten ECL-Genehmigung verpflichtet, wenn die Voraussetzungen wegfallen (oder die betroffene Verwertungsgesellschaft verzichtet). Hier sollte ergänzend geregelt werden, dass der Fall des Widerrufs zwingend und amtswegig dann eintritt, wenn durch Ausübung der opt-out Befugnis der Rechteinhaber (§ 25 Abs. 1 Z. 3) die Repräsentativität hinsichtlich des Repertoirebestands wegfällt.

Von wesentlicher Bedeutung ist für uns die Feststellung, dass ECL kein geeignetes Lizenzmodell iZm Art 17 DSM-RL ist. Primäres Regelungsziel von Art 17 ist die Klarstellung, dass Sharing-Plattformen urheberrechtlich haften, Lizenzen einzuholen haben und sich nicht länger auf das Host-Provider Privileg zurückziehen können. Die DSM-RL hält zudem ausdrücklich fest, dass die Rechteinhaber am Content bei der Lizenzierung keinem Kontrahierungszwang unterliegen (ErwGr 61 DSM-RL). Die österreichischen Verwertungsgesellschaften haben Monopolcharakter und stehen unter einem äußeren (und inneren) Kontrahierungszwang und einer staatlichen Tarifkontrolle. Der originäre Rechteinhaber unterliegt diesen Auflagen nicht, wodurch auf Grundlage einer individuellen Lizenzierung das Ziel des hohen Schutzniveaus (ErwGr 2 DSM-RL) besser erreicht werden kann. Bei einer ausgeweiteten Kollektivierung ginge auch die Präventivnatur des Ausschließungsrechts verloren, wonach der Rechteinhaber lizenzieren kann aber eben nicht lizenzieren muss.

Wenn in § 25b Abs. 7 nur von Nutzungen im Inland die Rede ist, so gilt diese – an sich zutreffende und richtlinienkonforme – Einschränkung dann nicht, wenn für die betreffende Nutzungsart das Ursprungslandprinzip normiert wird. Dann wäre die grenzüberschreitende Nutzung mit der Nutzung im Inland qua Gesetz gleichgestellt.

<p><b>Forderung:</b> Wir sprechen uns aus den genannten Gründen <b>gegen</b> die gesetzliche Zulassung der sog. <b>Erweiterten kollektiven Rechtswahrnehmung</b> und damit gegen § 25b VerwGesG aus.</p>
--

#### **IV. Umsetzung der Online-KabSat-RL (2019/789)**

##### **Zu § 17 Abs. 4**

Wir begrüßen, dass der Bereich der Direkteinspeisung in Österreich gesetzlich geregelt wird. Neue Technologien öffnen neue Möglichkeiten der Signalverteilung und daran knüpfen sich auch neue und von der originären Verwertung abgegrenzte Geschäftsmodelle. An den wirtschaftlichen Erträgen dieser neuen Geschäftsmodelle sollten Urheber und Leistungsschutzberechtigte auch angemessen beteiligt sein. Aus Sicht der Tonträgerhersteller und der mit ihnen vertraglich verbundenen ausübenden Künstler ist es wesentlich, dass auch hinreichend klargestellt wird, dass Ansprüche gegenüber dem Signalverteiler jedenfalls auch den Tonträgerherstellern (und den ausübenden Künstlern) zustehen. Wie schon bisher bei der Kabelweitersendung bedarf es keiner ausdrücklichen Regelung des Verwertungsgesellschaftenzwangs, zumal den Tonträgerherstellern und ausübenden Künstlern bei der Sendung generell ein Vergütungsanspruch zusteht (§ 76 Abs. 3 UrhG).

Nachdem die Tonträgerhersteller bei der Sendung einen kollektiv wahrgenommenen Vergütungsanspruch haben, wäre der fakultativ vorgesehene Verwertungsgesellschaftenzwang für die Weiterleitung durch den Signalverteiler im Rahmen der Direkteinspeisung für uns unproblematisch (§ 17 Abs. 4 vorletzter und letzter Satz). Ordnungspolitisch relevant ist aber, dass dies nicht für „*pure direct injection*“ gelten kann. Der (originäre) Programmanbieter, der nicht selbst sendet, sondern sich nur eines Signalverteilers bedient, dürfte keinesfalls nur unter die Kollektivlizenz nach §§ 59a und 59b fallen; er muss Senderechte wie ein Programmveranstalter erwerben, sonst käme es zu einer unzulässigen Vermischung von Sendung und (beim Rechteerwerb privilegierter) Weitersendung und zu einer unzulässigen Verzerrung im Wettbewerb. Wesentlich ist auch, dass den Signalverteiler hinsichtlich seiner in Österreich erreichten Kunden auch eine Vergütungspflicht in Österreich trifft.

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

Wir stehen dem Ursprungslandprinzip grundsätzlich skeptisch gegenüber, zumal die Tonträgerhersteller aufgrund von Gegenseitigkeitsverträgen schon bisher und unter Anwendung des Bestimmungslandprinzips in der Lage waren, ergänzende Online-Dienste der Sendeunternehmen flexibel zu lizenzieren. Wenn aber nun Art. 3 RL das Ursprungslandprinzip vorgibt, dann sollte der Geltungsumfang dieses Prinzips (Art der Online-Dienste) genau und entsprechend dem Richtlinien-text definiert werden. § 17c Abs. 1 enthält keine Definition der Dienste und die Erläuterungen nennen „sendungsbegleitende Online-Angebote wie Simulcasting-Dienst und Catch-Up-Dienste, aber auch sendungsergänzendes Material“, also bloß beispielhafte Erwähnungen. Dem steht entgegen, dass die Definition

von „ergänzender Online-Dienst“ in Art. 2 RL erschöpfend ist und ErwGr 8 klar festhält, dass ein ergänzender Online-Dienst „eindeutig auf die Übertragungen des Sendeunternehmens bezogen und ihnen untergeordnet“ sein müssen. Damit wird ausgeschlossen, dass eigenständige Online-Angebote der Sendeunternehmen – also „online only“ oder „online first“ Angebote – unter den privilegierten Rechteerwerb in § 18b fallen könnten. Weiters beinhaltet Art. 2 Z. 1 RL bei der Definition des „ergänzenden Online-Dienstes“ die klare Maßgabe, dass Catch-Up-Angebote „für einen begrenzten Zeitraum“ online bereitgestellt werden dürfen (Nachholddienste). Es ist zu begrüßen, dass dieses Definitionskriterium nun in § 18b Abs. 1 berücksichtigt wurde. Dies ist notwendig, um die Rundfunkunternehmen nicht einseitig gegenüber allen anderen Online-Anbietern zu privilegieren. Bei anderen als den in Art. 2 RL definierten Diensten handelt es sich um „normale“ Online-Angebote, die hinsichtlich der Musikrechte ebenfalls ggü. den Rundfunkunternehmen lizenzierbar sind, aber eben nicht unter den Privilegien der RL.

In § 18b Abs. 2 sind die unter Abs. 1 fallenden Fernsehprogramme richtlinienkonform einschränkend definiert, während es in Abs. 2 Z 1 nur „Hörfunkprogramme“ heißt. Es sollte daher in den Erläuterungen klargestellt werden, dass unter „Hörfunkprogramme“ einzelne Hörfunksendungen oder Ausschnitte aus Sendungen, wie etwa Features, Sendungsbeiträge zu verstehen sind, keinesfalls aber die einzelnen Musiktitel, die im Radioprogramm enthalten waren und dann *stand-alone* als Songs interaktiv angeboten werden. Hörfunkprogramme werden bekannterweise zum überwiegenden Teil mit Musikproduktionen gestaltet, die von den Tonträgerherstellern auf deren Kosten produziert und veröffentlicht werden. Diese Titel werden von den Musiklabels im Rahmen neuer digitaler Angebote an Download- oder Streaming-Dienste lizenziert. Es ist mit Sicherheit nicht die Intention der RL, dass „ergänzende Online-Dienste“ von Rundfunkunternehmen in unmittelbare Konkurrenz zu lizenzierten Music-On-Demand-Diensten treten.

Die in Abs. 4 richtlinienkonform vorgesehene Möglichkeit, den Lizenzumfang vertraglich einzuschränken begrüßen wir ausdrücklich. Der Erwerb von Nutzungsrechten für den gesamten Binnenmarkt wird naturgemäß erheblich teurer sein als der Lizenzwerb für einen territorial eingeschränkten Umfang.

## **V. Bewertung der Grundlagen der UrhG-Nov 2021**

Als textliche Grundlagen der UrhG-Nov 2021 werden in den Erläuterungen angeführt:

- Die umzusetzenden Richtlinien (EU) 2019/790 und 2019/789,
- das Regierungsprogramm 2020-2024,
- die Leitlinien der Europäischen Kommission zu Art. 17 vom 4.6.2021,

- die Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-401/19 (Nichtigkeitsklage der Republik Polen gegen Art. 17) vom 15.7.2021 sowie
- die Umsetzung der Richtlinien in der Bundesrepublik Deutschland.

Aus einer auffälligen Vielzahl von Referenzstellen in den Erläuterungen wird klar, dass die deutsche Umsetzung dem österreichischen Justizministerium offenbar als „Vorbild“ diene. Dabei wird aber völlig übersehen, dass die Bundesrepublik Deutschland mit ihrer Vorstellung der Richtlinienumsetzung einen singulären Sonderweg gegangen ist, der sowohl innerstaatlich als auch bei anderen EU-Mitgliedsstaaten auf große Skepsis und Ablehnung stößt und von Experten als richtlinien- und verfassungswidrig heftig kritisiert wird. Aus unserer Sicht sollte die UrhG-Nov 2021 eng auf den textlichen und inhaltlichen Vorgaben der beiden EU-Richtlinien beruhen, diese umsetzen und keinesfalls Anleihen an den teilweise äußerst missglückten Regelungsansätzen des deutschen Gesetzgebers nehmen.

Nicht minder problematisch sind die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Umsetzung von Art 17 vom 4.6.2021 (COM (2021) 288). Die Kommission stützt ihre Kompetenz zur Herausgabe dieser Leitlinien auf Art 17 Abs 10 DSM-RL, in dem ein von der Kommission zu moderierendes Konsultationsverfahren vorgesehen ist, wodurch die „Anwendung dieses Artikels“ in der Praxis erleichtert werden soll. Fälschlicherweise nimmt die Kommission diese Bestimmung aber zum Anlass, ihre Auslegung von Art 17 kundzutun und diese den nationalen Gesetzgebern der Mitgliedsstaaten nahezu legen. Die Interpretation von EU-Richtlinien fällt aber in die ausschließliche Kompetenz des Europäischen Gerichtshofs. Insofern sind die Leitlinien der Kommission vom 4.6.2021 für die nationale Umsetzung nicht verbindlich und enthalten im Übrigen praxisferne und wohl eher politisch motivierte Interessensabwägungen.

In den Schlussanträgen des Generalanwalts im Verfahren C-401/19 (Rn. 223, S. 36) treten darüber hinaus evidente Meinungsunterschiede zwischen dem Generalanwalt und der Kommission offen zu Tage. Letztlich ist aber auch festzuhalten, dass der EuGH nicht an die Schlussanträge des Generalanwalts gebunden ist und gerade in letzter Zeit in seinen Entscheidungen häufig von Schlussanträgen abgewichen ist.

**Forderung:** Die UrhG-Novelle 2021 soll die Richtlinien (EU) 2019/790 („DSM-RL“) und (EU) 2019/789 („Online-SatCab-RL“) **korrekt und möglichst nahe am Richtlinientext** umsetzen. Der **deutsche Sonderweg** weist in die falsche Richtung und darf weder Maßstab noch Vorbild für den österreichischen Gesetzgeber sein. Die Leitlinien der Kommission vom 4.6.2021 und die Schlussanträge des Generalanwalts im Verfahren C-401/19 vom 15.7.2021 sind **nicht verbindlich**.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Stellungnahme bei der weiteren Behandlung der UrhG-Nov 2021 und stehen für weitere Auskünfte oder Erläuterungen sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. Medwenitsch', written in a cursive style.

Dr. Franz Medwenitsch  
Geschäftsführer