

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

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

Wien, am 11. Oktober 2021

ISPA Stellungnahme zum Bundesgesetz, mit dem das Urheberrechtsgesetz, das Verwertungsgesellschaftengesetz 2016 und das KommAustria-Gesetz geändert werden (Urheberrechts-Novelle 2021 - Urh-Nov 2021)

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, in Zusammenhang mit der öffentlichen Konsultation des Bundesministeriums für Justiz betreffend einen Entwurf zur Urheberrechts-Novelle 2021 wie folgt Stellung zu nehmen.

Im Sinne einer besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit ist die nachfolgende Analyse und Kommentierung anhand der Struktur des Gesetzesentwurfs orientiert:

Zur Umsetzung der Richtlinie 2019/790 (DSM-RL)

Zu § 76f Abs. 3

Gem. § 76f Abs. 3 UrhG-E erlischt das Leistungsschutzrecht des Herstellers einer Presseveröffentlichung im Einklang mit Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie (EU) 2019/790¹ zwei Jahre nach Veröffentlichung der Presseveröffentlichung, wobei die Frist mit 1. Jänner des auf die Veröffentlichung folgenden Jahres zu laufen beginnt.

¹ Im Folgenden wird die RL (EU) 2019/790 mit der gebräuchlichen Abkürzung „DSM-Richtlinie“ zitiert.

Die ISPA ersucht den Gesetzgeber um Klarstellungen, wie mit solchen Presseveröffentlichungen umzugehen ist, für die kein Veröffentlichungsdatum aus dem Text erkennbar ist. Anders als bei Printmedien ist es bei Online-Presseveröffentlichungen nicht unüblich, dass diese undatiert sind. Grundsätzlich ist die ISPA der Ansicht, dass ohne ein solches Datum auch keine Berechnung der Schutzdauer möglich ist und solche Presseveröffentlichungen daher vom Anwendungsbereich ausgenommen sein sollten. Darüber hinaus ist es nach Ansicht der ISPA nach wie vor unklar, ob die Bearbeitung eines älteren Artikels dazu führen würde, dass die Schutzdauer neu ausgelöst wird. Es fehlt nämlich eine Definition, ab wann eine neue „erstmalige Veröffentlichung“ iSd § 116 UrhG-E vorliegt. Keineswegs sollt es möglich sein, die Schutzdauer bereits durch geringfügige redaktionelle Überarbeitungen zu verlängern. Ansonsten könnte das Leistungsschutzrecht des Herstellers einer Presseveröffentlichung entgegen der Intention des Richtliniengabers theoretisch unendlich lange aufrechterhalten werden. Auch bei Artikeln, die um den Jahreswechsel veröffentlicht werden, kann dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Als Beispiel sei an einen Presseartikel gedacht, der am 31.12. veröffentlicht und am 1. Jänner ergänzt wird. Auch hinsichtlich dieser Frage ersucht die ISPA um Klarstellung, um nachträgliche Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

Zu § 76f Abs. 5

Die ISPA hat bereits im Vorfeld der nationalen Umsetzung des in Art. 15 DSM-Richtlinie geregelten Leistungsschutzrechts für Hersteller von Presseveröffentlichungen darauf hingewiesen, dass die freie Verlinkbarkeit von Inhalten im Netz gewährleistet bleiben muss. Erfreulicherweise wurden unsere Bedenken insofern aufgegriffen, als gem. § 76f Abs. 5 UrhG-E die Nutzung einzelner Worte oder sehr kurzer Auszüge einer Presseveröffentlichung auch als Bestandteil eines Hyperlinks vom Schutzrecht ausgenommen ist. Dadurch wird hinreichend deutlich, dass die Verlinkung von Inhalten im Netz urheberrechtlich unproblematisch ist, solange im Ankertext des Hyperlinks lediglich „einzelne Worte“ oder „sehr kurze Auszüge“ von Presseveröffentlichungen verwendet werden. Dies entspricht auch der Vorgabe von Art. 15 Abs. 1 DSM-Richtlinie, wonach der gewährte Schutz nicht für das Setzen von Hyperlinks gilt. Nachdem Art. 15 Abs. 1 DSM-Richtlinie auch die Nutzung einzelner Wörter oder einzelner Auszüge aus einer Presseverwendung vom Schutz ausnimmt, muss dies auch für die Kombination dieser Tatbestände, also die Verwendung einzelner Auszüge oder einzelner Wörter im Rahmen von Hyperlinks, gelten.

Allerdings stehen die EB zu § 76f Abs. 5 UrhG-E insofern im Widerspruch zum Gesetzestext, als ihnen zufolge das vom Schutzrecht ausgenommene „Setzen von Hyperlinks“ **nicht** die

Vervielfältigung kleiner Teile (Snippets) im Link umfasst. Die ISPA regt an, die EB an den Gesetzestext anzupassen.

Die ISPA spricht sich zudem dafür aus, in die EB eine nähere Definition der Begriffe „einzelne Auszüge“ und „einzelne Wörter“ aufzunehmen, um die notwendige Rechtssicherheit zu erlangen. Diensteanbieter sollten nicht in Gefahr laufen, sich urheberrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt zu sehen, wenn die zulässige Schwelle aufgrund einer unterschiedlichen Interpretation dieser Tatbestandsmerkmale geringfügig überschritten wird. So hat etwa Litauen dieses Limit in der nationalen Umsetzung mit 200 Zeichen definiert. Eine derartige Quantifizierung gibt den Diensteanbietern Rechtssicherheit, dass Auszüge unterhalb dieser Grenze jedenfalls verwendet werden können.

Zudem wiederholt die ISPA ihre Anregung, dass weitere Ausnahmen für die Verwendung von Hyperlinks vorgesehen werden sollten. So wäre etwa eine generelle Ausnahme für die Überschriften von Presseerzeugnissen (unabhängig von deren Länge) möglich. Diese Überschriften würden sich auch gut als Ankertext für die jeweiligen Hyperlinks eignen und sicherstellen, dass die freie Verlinkbarkeit im Internet nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird. Von einer derartigen Ausnahme profitieren nicht zuletzt die Hersteller der Presseveröffentlichungen selbst, da eine größere Anzahl von Personen auf den jeweiligen Artikel aufmerksam werden. So wie die klassische Schlagzeile bei der Printzeitung einen Kaufanreiz am Kiosk darstellt, kann eine als Ankertext eines Hyperlinks verwendete Überschrift dazu führen, dass Medienkonsumenten auf das Online-Presseerzeugnis aufmerksam werden.

In diesem Zusammenhang möchte die ISPA auch darauf hinweisen, dass das Leistungsschutzrecht nicht nach der Größe und Reichweite des Unternehmens differenziert, das Auszüge aus der Presseveröffentlichung verwenden möchte. Es gibt zahlreiche spezialisierte kleinere Anbieter für Suchmaschinentechologien und Datamining (darunter auch Mitglieder der ISPA), deren Tools im Internet nach Presseveröffentlichungen zu bestimmten Spezialthemen suchen und die Ergebnisse aggregiert in einem Web-Interface verlinken. Gerade diese kleinen Unternehmen benötigen Rechtssicherheit dahingehend, welche Auszüge sie in der Übersichtsdarstellung verwenden dürfen und sollten in der öffentlichen Diskussion um Art. 15 der DSM-Richtlinie, die sich oftmals auf große, weltweit tätige Unternehmen beschränkt, nicht untergehen. Im Sinne der Förderung des Innovationsstandorts Österreich sollte es dem Gesetzgeber daher ein Anliegen sein, klare gesetzliche Rahmenbedingungen zu schaffen.

Weiters sieht Erwägungsgrund 76 der DSM-Richtlinie vor, dass die Rechte der Presseverlage nicht für in der Presseveröffentlichung angeführte „reine Fakten“ gelten. Dies soll verhindern, dass die Leistungsschutzrechte dazu führen, dass Nutzern faktische Informationen vorenthalten werden, weil sie in einer Presseveröffentlichung enthalten sind. Diese praktisch bedeutsame Ausnahme spiegelt sich jedoch weder im vorliegenden Entwurf noch in den EB wider. Die ISPA regt aufgrund der Wichtigkeit dieser Bestimmung daher an, diese direkt in den Gesetzestext als Ergänzung von § 76f Abs. 5 UrhG-E aufzunehmen:

(5) Die in Abs. 1 vorgesehenen Rechte gelten nicht für die private oder nicht-kommerzielle Nutzung von Presseveröffentlichungen durch einzelne Nutzer **oder für die Wiedergabe von reinen Fakten, selbst wenn diese Bestandteile einer Presseveröffentlichung sind.** [...]

Mit einer derartigen Ergänzung wäre ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Schutzrechten der Hersteller von Presseveröffentlichungen einerseits und dem Recht der Nutzer auf Information über reine Fakten andererseits sichergestellt.

Die Leistungsschutzrechte gelten gem. § 76f Abs. 5 UrhG-E in Umsetzung von Art. 15 Abs. 1 DSM-Richtlinie nicht für die „private oder nicht-kommerzielle Nutzung von Presseveröffentlichungen durch einzelne Nutzer“. Es ist aus Sicht der ISPA unklar, wo die Schranken für eine private oder nicht-kommerzielle Nutzung liegen. So stellt sich etwa die Frage, ob bereits die Nutzung einer Presseveröffentlichung auf einer an sich privaten Webseite, auf der Online-Werbung geschaltet wird, als kommerzielle Nutzung gesehen wird, weil anhand der Webseiteninhalte ein erhöhtes Benutzeraufkommen und dadurch Werbeeinnahmen generiert werden. Nach Ansicht der ISPA sollte von einer derart restriktiven Auslegung der „nicht kommerziellen Nutzung“ Abstand genommen werden und dies auch in den Erläuternden Bemerkungen klargestellt werden.

Darüber hinaus sollen gemäß § 86 Abs. 1 UrhG-E iVm § 91 Abs. 1 u. 2 UrhG Eingriffe in das Leistungsschutzrecht künftig mit einer Freiheitstrafe von bis zu zwei Jahren sanktioniert werden. Gerade vor diesem Hintergrund ist eine klare, unmissverständliche Definition der Ausnahmebestimmungen in Abs. 5 daher unverzichtbar, und gemäß dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot *nulla poena sine lege* auch verfassungsgemäß zwingend erforderlich.

Zu § 76f Abs. 7

Die ISPA ist erstaunt, dass gem. § 76f Abs. 7 UrhG-E Ansprüche aus dem Leistungsschutzrecht gegen marktbeherrschende Diensteanbieter für das Teilen von Online-

Inhalten nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können, obwohl der zuständige EU-Kommissar für Binnenmarkt und Dienstleistungen Thierry Breton in einer Beantwortung einer Anfrage des Europäischen Parlaments ausdrücklich betont hat, dass eine Verwertungsgesellschaftspflicht unionsrechtswidrig wäre.² Auch nach Ansicht der ISPA widerspricht eine Verwertungsgesellschaftspflicht der Grundintention hinter Art. 15 DSM-Richtlinie und steht einer Harmonisierung auf EU-Ebene entgegen. Auch in grundrechtlicher Hinsicht stellt die Beschränkung der individuellen Dispositionsfreiheit im Rahmen einer Verwertungsgesellschaftspflicht einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Privatautonomie iSd Art. 5 StGG dar. Dementsprechend wird auch in den EB zu § 76f Abs. 7 UrhG-E explizit ausgeführt, dass grundsätzlich nicht in die individuelle Dispositionsbefugnis der Verleger eingegriffen werden soll.

Der Gesetzgeber begründet den Eingriff in den EB zu § 76f Abs. 7 UrhG-E lediglich pauschal mit „den Erfahrungen in Frankreich“ sowie damit, dass dieser Eingriff offenbar im eigenen Interesse der Verleger „zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile“ notwendig sei. Nach Ansicht der ISPA ist die kollektive Rechteaübung über Verwertungsgesellschaften hingegen nur dann sinnvoll, wenn die individuelle Rechtswahrnehmung nicht möglich oder tunlich erscheint. Aus den Ausführungen des Gesetzgebers ist jedoch nicht ableitbar, weshalb eine individuelle Ausübung des Leistungsschutzrechts in Österreich nicht möglich sein soll. Vielmehr scheint es als würde die freie Ausgestaltung von Vertragsbeziehungen zwischen Diensteanbietern und Verlegern ohne Grund erheblich eingeschränkt werden. Die Verwertungsgesellschaftspflicht dient damit nicht der kollektiven Ausübung von Rechten, die individuell nicht ausgeübt werden können, sondern gerade dazu, individuelle Kooperationsformen einzelner Presseverlage mit Diensteanbietern zu unterbinden.

Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass namenhafte österreichische Verleger sich bereits in der Vergangenheit explizit gegen ein Leistungsschutzrecht ausgesprochen haben³, erscheint es ungerechtfertigt, diese Verleger nun durch eine Verwertungsgesellschaftspflicht zu bevormunden. Nach Ansicht der ISPA sollte es den Verlegern überlassen bleiben, ob sie die Ausübung ihres Leistungsschutzanspruchs bzw. die dessen Vergütung als ökonomischen Vorteil erachten oder auf andere Geschäftsmodelle setzen möchten.

² Answer given by Mr Breton on behalf of the European Commission in regard to Question for written answer E-004603/2020 , online verfügbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-004603-ASW_EN.html , zuletzt abgerufen am 30.9.2021.

³ Vgl u.a. derStandard, „Warum "Zeit"-Geschäftsführer Esser von Google kein Geld verlangen will“ (4. Oktober 2019), online verfügbar unter <https://www.derstandard.at/story/2000109455036/warum-zeit-geschaefsfuehrer-esser-von-google-kein-geld-verlangen-will> , zuletzt abgerufen am 27.09.2021.

Insbesondere kritisiert die ISPA, dass nach dem Wortlaut der EB zu § 76f Abs. 7 UrhG-E Verleger generell in ihrer individuellen Dispositionsbefugnis eingeschränkt werden sollen, weshalb auch der **Verzicht** auf die Ausübung des Leistungsschutzrechts gegenüber bestimmten Diensteanbietern nicht individuell geltend gemacht werden könnte. Daher ist absehbar, dass von einer Verwertungsgesellschaftspflicht speziell kleine Verleger einen Nachteil erleiden würden. Denn ein faktisch unverzichtbarer Vergütungsanspruch kann dazu führen, dass Diensteanbieter sämtliche der betroffenen Inhalte auslisten müssen. Studien zur Umsetzung des Leistungsschutzrechts in Spanien haben gezeigt, dass von der Auslistung in News-Aggregatoren und Suchmaschinen überproportional kleine Verleger Nachteile erleiden, für die das erhöhte Nutzeraufkommen auf deren Webseite einen weitaus höheren Vorteil darstellt als das Leistungsschutzrecht.⁴

Zudem ist nach wie vor unklar, nach welchen Kriterien ein Diensteanbieter als „marktbeherrschend“ eingestuft werden soll. Um Klarheit zu erreichen, sollte eine Legaldefinition des Begriffs „Marktbeherrschung“ in den Gesetzestext aufgenommen werden oder zumindest eine Klarstellung in den EB vorgenommen werden. Insbesondere scheint es unklar, auf welchen „Markt“ hier Bezug genommen wird. Dessen Definition wird in der Regel von zahlreichen Parametern, insbesondere aber der Art des angebotenen Dienstes sowie auch der damit erreichten Öffentlichkeit abhängen und kann nicht ohne konkretes Marktanalyseverfahren einfach angenommen werden.

Aus all den vorgebrachten Punkten wird deutlich, dass die vorgesehene Verwertungsgesellschaftspflicht verfassungs- und unionsrechtlich unzulässig sowie aus Sicht zahlreicher Verleger auch wirtschaftlich ungünstig ist und daher gänzlich aus dem Entwurf gestrichen werden sollte.

Sollte dennoch an der Verwertungsgesellschaftspflicht festgehalten werden, so ist zumindest eine Übergangsfrist von 12 Monaten vorzusehen. Dies ist deshalb erforderlich, da zum aktuellen Zeitpunkt noch überhaupt nicht absehbar ist, welche Verwertungsgesellschaft für die Ausübung der Rechte zuständig sein wird. Darüber hinaus ist abzusehen, dass die entsprechenden Verhandlungen aufgrund der Komplexität der Materie erhebliche Zeit in Anspruch nehmen werden, wobei die Verlage von der Verwertungsgesellschaft erst mit In-Kraft-Treten der Novelle vertreten werden können.

⁴ Vgl u.a. Concha/Garcia/Cobos “Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad” (2015), 15.

Zu § 89a Abs. 1

Es wurde vielfach öffentlich kritisiert, dass die deutsche und weitere Übersetzungen der englischen Sprachfassung der DSM-Richtlinie, die im Gesetzgebungsprozess auf EU-Ebene als Diskussionsgrundlage diente, den dort verwendeten englischen Begriff „best efforts“ in Art. 17 Abs. 4 lit. a DSM-Richtlinie in einer irreführenden Weise mit „alle Anstrengungen“ übersetzen.⁵ Die ISPA hat angesichts dessen bereits im Vorfeld der nationalen Umsetzung darauf hingewiesen, dass der Begriff „best efforts“ vielmehr mit „bestmögliche Anstrengungen“ übersetzt werden muss.

Eine Übersetzung mit „alle Anstrengungen“ suggeriert fälschlicherweise einen höheren Maßstab als vom europäischen Gesetzgeber intendiert. Zudem würde die Pflicht, „alle“ Anstrengungen zu unternehmen, mit dem in § 89a Abs. 1 UrhG-E vorgegebenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Konflikt stehen. Daher verwendet auch die deutsche Umsetzung der DSM-Richtlinie in der entsprechenden Bestimmung des § 4 Abs. 1 Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (dUrhDaG) die Übersetzung „bestmögliche Anstrengungen“. Ebenso wurde auch in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten dieser Übersetzungsfehler im Rahmen der Umsetzung ausgebessert, darunter Belgien, Tschechien, Kroatien, Estland, Litauen und die Niederlande.

Der österreichische Entwurfstext übernimmt leider dennoch die falsche Übersetzung der deutschen Sprachfassung der DSM-Richtlinie mit „alle Anstrengungen“. Die ISPA fordert, auch in der österreichischen Umsetzung die Übersetzung „bestmögliche Anstrengungen“ zu verwenden, um eine unionsrechtskonforme und harmonisierte Interpretation von § 89a Abs. 1 UrhG-E sicherzustellen.

Zu § 89b Abs. 2

Gem. § 89b Abs. 2 UrhG-E müssen die betroffenen Diensteanbieter auf ihrer Website und in ihren Geschäftsbedingungen angemessene Informationen zur Funktionsweise der von ihnen getroffenen Maßnahmen bereitstellen. Aus den Erläuternden Bemerkungen geht jedoch nicht hervor, wie detailliert entsprechende Informationen ausgestaltet sein müssen, wodurch in der Praxis in jedem Fall mit Differenzen bei der Auslegung zu rechnen ist. Die ISPA ersucht daher um eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen, dass es sich bei den zur Verfügung zu stellenden Informationen jedenfalls nur um solche über die allgemeine Funktionsweise der Maßnahmen, nicht jedoch um technische Details handeln kann, die Betriebs- und

⁵ Vgl. <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/12/21/assessing-the-translations-of-article-17-dcdsm-finding-the-delicate-balance-and-specific-context-defining-the-best-efforts-concept/>, zuletzt abgerufen am 17.9.2021.

Geschäftsgeheimnissen unterliegen. Dies würde in etwa jenen Informationen entsprechen, die eine Online-Plattform auch gemäß Art. 12 des Entwurfs des Digital Services Act⁶ in den Nutzungsbedingungen bereitzustellen hätte.

Ein ähnlicher Punkt betrifft den in § 87b Abs. 5 UrhG-E normierten Auskunftsanspruch der Rechteinhaber über die Funktionsweise der von den Plattformbetreibern gesetzten Maßnahmen zur Vermeidung nicht erlaubter Nutzungen. Auch hier ersucht die ISPA um Aufnahme einer Klarstellung hinsichtlich der notwendigen Detaillierung im Sinne der obigen Ausführungen.

Zu § 89b Abs. 3 u. Abs. 4 UrhG

Um eine überschießende Verhinderung erlaubter Nutzungen durch automatisierte Maßnahmen zu verhindern, sieht der Gesetzgeber in § 89b Abs. 3 u. 4 UrhG-E zum einen vor, dass „kleine Ausschnitte“ eines Schutzgegenstands (Abs. 3) jedenfalls nicht automationsunterstützt gesperrt oder gelöscht werden dürfen, sowie zum anderen, dass verpflichtend ein „pre-flagging“ Mechanismus (Abs. 4) eingerichtet werden muss. Einleitend ist dabei darauf hinzuweisen, dass diese Maßnahmen nicht dem Urheberrechtsschutz dienen, sondern darauf abzielen, im Sinne von Art 17 Abs. 7 DSM-RL die Meinungsfreiheit sicherzustellen. Dafür spricht auch, dass zur Aufsicht über diese Maßnahmen gemäß § 89c Abs. 1 die KommAustria als Verwaltungsbehörde und nicht die Zivilgerichte vorgesehen wurden. Während Maßnahmen zum Schutz des Urheberrechts gemäß Anhang I zur E-CommerceRL explizit vom Herkunftslandprinzip in Art 3 Abs. 1 u. 2 E-CommerceRL ausgenommen sind, gilt dies nicht für Maßnahmen zum Schutz der Meinungsfreiheit. Daher fallen die oben angeführten Maßnahmen klar in den Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips, welches besagt, dass Diensteanbieter in einem anderen Mitgliedstaat keinen strengeren Bestimmungen bei der Umsetzung der Richtlinie unterworfen werden dürfen als in jenem Staat in welchem sie ihren Hauptsitz haben. Von diesem Grundsatz darf nur unter den sehr strengen Voraussetzungen in Art 3 Abs. 4 E-CommerceRL abgegangen werden, wobei die Maßnahmen in einem solchen Fall vorab sowohl der EU-Kommission als auch dem betroffenen Mitgliedstaat, in welchem der Diensteanbieter seinen Hauptsitz hat, notifiziert werden müssen.

⁶ European Commission , Proposal for a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC' COM(2020) 825 final.

Zu § 89b Abs. 3 UrhG

Gemäß § 89b Abs. 3 UrhG-E dürfen „kleine Ausschnitte“ eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands nicht automationsunterstützt gesperrt oder entfernt werden. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass diese Vorgabe klar über den Wortlaut der Richtlinie hinausgeht. Zur Umsetzung von Art 17 Abs. 7 DSM-RL wäre es lediglich erforderlich, „kleine Ausschnitte“ von der Pflicht zur Ergreifung von technischen Maßnahmen gemäß § 89a Abs. 1 Z 2 auszunehmen. Das im Entwurf angedachte generelle Verbote der technischen Filterung kleiner Ausschnitte geht jedoch klar über den Richtlinienwortlaut hinaus. Die ISPA fordert daher, den Wortlaut entsprechend anzupassen.

Gemäß dem Entwurf liegt ein kleiner Ausschnitt ferner dann vor, wenn der Nutzer weniger als die Hälfte eines Werkes oder Schutzgegenstandes eines Dritten mit anderen Inhalten verbindet und die Nutzung dieser Teile eine bestimmte quantitative Schwelle nicht übersteigt. Es darf also einerseits maximal die Hälfte eines Schutzgegenstandes oder Werks verwendet werden und der jeweilige Ausschnitt darf die quantitativen Schwellenwerte nicht übersteigen. Andererseits muss der Ausschnitt aber auch mit anderen Inhalten verbunden worden sein. Die Ausnahme greift also nicht, wenn die Nutzung zwar ausreichend klein ist, aber nicht mit anderen Inhalten verbunden ist.

Die ISPA weist darauf hin, dass eine Festlegung von Ausnahmebestimmungen mit solch starren quantitativen Grenzen auf nationaler Ebene letztlich dazu führt, dass Plattformbetreiber, die ihre Dienste in der Regel in mehreren oder allen Mitgliedstaaten anbieten, in jedem Mitgliedstaat unterschiedliche Ausnahmebestimmungen beachten müssen. Dies erschwert die Implementierung der Maßnahmen für die betroffenen Plattformbetreiber erheblich und dient nicht der Harmonisierung des Binnenmarktes. Darüber hinaus können zur Erkennung solch kleiner Ausschnitte komplexe und teure Technologien erforderlich sein, die insbesondere kleineren Plattformen nicht ohne weiteres zur Verfügung stehen. Für diese Unternehmen würde die Pflicht zur Einhaltung dieser Maßnahme daher eine unverhältnismäßige Belastung darstellen. Zudem sind starre Schwellenwerte bereits für sich nicht geeignet, um die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen zu gewährleisten, weshalb die Beurteilung eines „kleinen Ausschnitts“ stets einzelfallbezogen erfolgen muss. Die ISPA fordert daher, von einer rein quantitativen Definition des Begriffs „kleine Ausschnitte“ abzusehen und die verwendeten Größenangaben als bloße Leitlinien vorzusehen, von denen bei der jeweiligen Einzelfallbeurteilung abgegangen werden kann.

Nach der in den Schlussanträgen zur Rs C-401/79 geäußerten Rechtsansicht des Generalanwalts am EuGH wäre neben den kleinen Auszügen eines Werks, die in einen längeren Inhalt eingebaut worden sind, auch bei „transformativen“ Werken eine präventive Sperre nicht zulässig. Denn auch bei transformativen Werken könnte berechtigterweise die Anwendung von Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts in Betracht kommen, weshalb keine *offenkundige* Rechtswidrigkeit vorliegt, die alleine eine präventive Sperre rechtfertigen könnte.⁷ Während der vorliegende Entwurf dieser Rechtsansicht zum Teil dadurch Rechnung trägt, dass die Ausnahmebestimmung für „kleine Ausschnitte“ in § 89b Abs. 3 UrhG-E aufgenommen wurde, findet sich hingegen keine Regelung einer Ausnahme für transformative Bearbeitungen. Die in den Schlussanträgen geäußerte Rechtsansicht ist jedoch so zu verstehen, dass transformative Inhalte in aller Regel ebenfalls keine *offenkundige* Rechtsverletzung darstellen, sodass eine präventive Sperre derartiger Inhalte auch dann unzulässig wäre, wenn die verwendeten Auszüge von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen die in der österreichischen Umsetzung angegebenen quantitativen Schwellen übersteigen. Es zeigt sich daher, dass generell abstrakte Schwellenwerte zur Bestimmung der Verhältnismäßigkeit der ergriffenen Maßnahmen allein nicht ausreichend sind. Vielmehr sollte es den Plattformen selbst überlassen werden, die von ihnen ergriffenen technischen Maßnahmen derart zu gestalten, dass die vom Generalanwalt aufgeworfenen Bedenken ausreichend berücksichtigt werden.

Die ISPA kritisiert zudem, dass gem. § 89b Abs. 3 UrhG-E auch kleine Ausschnitte automationsunterstützt entfernt oder gesperrt werden müssen, sofern der Rechteinhaber ausreichend darlegt, dass ansonsten die Gefahr der erheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verwertung des Werks besteht und auf andere Art und Weise Vorsorge dafür getroffen wird, dass erlaubte Nutzungen nicht verhindert werden. Offenbar nimmt der Entwurf hier Anleihen an den Leitlinien der Kommission zur Umsetzung von Art. 17 der DSM-Richtlinie⁸, die ein derartiges „Earmarking-Verfahren“ vorsehen. Die Leitlinien geben als Beispiele für derartig zeitlich sensible Inhalte vorveröffentlichte Musik, Filme oder Highlights aktueller Sportübertragungen.

Die ISPA hat starke Bedenken gegen das Earmarking-Verfahren. Zum einen ist völlig unklar, welche Überprüfungspflichten die Plattformbetreiber in Hinblick auf das Vorbringen der

⁷ Schlussanträge zu Rs C-401/19, Rz 206.

⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Leitlinien zu Artikel 17 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, online verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021DC0288>, zuletzt abgerufen am 17.09.2021.

Rechteinhaber treffen. Der Entwurf und die EB zu § 89b Abs. 3 UrhG-E sprechen lediglich von „ausreichender Darlegung“, erläutern aber nicht weiter, welche Art von Informationen die Rechteinhaber zur Verfügung stellen müssen. Dieses Problem verschärft sich nicht zuletzt deshalb, weil auch jegliche Kriterien dafür fehlen, was eine „erhebliche Beeinträchtigung“ der wirtschaftlichen Verwertbarkeit eines Werkes darstellt. Plattformbetreiber können mangels Einblickes in das Geschäftsmodell der Rechteinhaber schlicht nicht überprüfen, welche wirtschaftlichen Konsequenzen es in Hinblick auf die Verwertbarkeit hat, wenn etwa ein kleiner Ausschnitt eines aktuellen Sportereignisses oder eine Schlüsselszene eines aktuellen Blockbusters widerrechtlich auf der Plattform verfügbar gemacht werden. Sie sind aber zur Überprüfung des Vorbringens der Rechteinhaber verpflichtet, weil sie sich ansonsten der Gefahr eines Aufsichtsverfahrens und einer Verwaltungsstrafe aufgrund von Overblocking gem. § 89c UrhG-E aussetzen.

Zudem ist die Regelung äußerst weit gefasst, weil die Rechteinhaber nicht vorbringen müssen, dass es im Falle des Uploads kleiner Ausschnitte **tatsächlich** zu einer erheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verwertbarkeit des Werks kommen wird, sondern dass lediglich die **Gefahr** besteht, dass es dazu kommt. Es ist aber offen, wie hoch diese Gefahr sein darf und wie der Plattformbetreiber beurteilen kann, ob sie tatsächlich besteht oder nicht. Es besteht die Befürchtung, dass bei einer zu niedrig angesetzten „Gefahrschwelle“ sehr viele kurze Ausschnitte einer automationsunterstützten Sperre zugänglich wären, denn eine minimale Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verwertbarkeit ist leicht zu argumentieren und für die Plattformbetreiber schwer überprüfbar.

Die Plattformbetreiber sind beim Earmarking-Verfahren neben ihrer Überprüfungspflicht hinsichtlich des Vorbringens des Rechteinhabers zusätzlich dazu verpflichtet, auf „andere Art und Weise Vorsorge dafür zu treffen, dass erlaubte Nutzungen nicht verhindert werden“. Die EB zu § 89b Abs. 3 UrhG-E sehen hier als eine Möglichkeit die „Vorgabe strukturierter elektronischer Eingaben von Daten und Begehren seitens der Rechteinhaber“ vor, „mit der die Eingaben möglichst treffsicher auf rechtswidrige Nutzungen ausgerichtet werden“. Nach Ansicht der ISPA ist eine strukturierte Informationsübermittlung allein schon aus Praktikabilitätsgründen grundsätzlich zu begrüßen. Sie trägt aber nur bedingt dazu bei, dass keine erlaubten Nutzungen kleiner Ausschnitte verhindert werden. Denn eine diesbezügliche Überprüfung (die sich etwa die Frage stellt, ob eine freie Werknutzung vorliegen könnte) kann nie rein anhand der von den Rechteinhabern zur Verfügung gestellten Informationen erfolgen, weil sie ansonsten sinnlos wäre.

Eine zweite Möglichkeit einer derartigen „Vorsorge“ sehen die EB zu § 89b Abs. 3 UrhG-E in einer raschen, durch Menschen vorgenommenen ex-ante-Überprüfung der fraglichen Inhalte. Dies entspricht auch der in den Leitlinien der Kommission geäußerten Ansicht.⁹ Hier gibt die ISPA den enormen personellen Aufwand zu bedenken, der mit einer menschlichen Überprüfung einhergeht. Zudem ist eine derartige Beurteilung aufgrund der oben erwähnten rechtlichen Unklarheiten äußerst komplex und keineswegs eine Angelegenheit von wenigen Sekunden. Aus diesem Grund könnte eine derartige Verpflichtung dazu führen, dass urheberrechtlich unbedenkliche Inhalte aufgrund der langwierigen Überprüfungen erst wesentlich später hochgeladen werden, was eine erhebliche Beeinträchtigung der Kernfunktionalitäten der betroffenen Dienste verursacht.

Zusammenfassend ist nach Ansicht der ISPA zu befürchten, dass das Earmarking-Verfahren zu einer Aufweichung der Schutzmaßnahmen gegen Overblocking führen wird, was nicht im Einklang mit dem strengen Overblocking-Verbot des Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie steht. Nicht zuletzt hat auch der Generalanwalt am EuGH in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache C-401/19 ausdrücklich festgehalten, dass er eine ex-ante-Sperrung von nicht offenkundig rechtsverletzenden Inhalten auf bloße Behauptung der Rechteinhaber, dass ihnen wirtschaftlicher Schaden drohe, als nicht zulässig erachtet.¹⁰ Im Hinblick darauf, dass sich EuGH-Urteile sehr häufig an den Schlussanträgen orientieren, empfiehlt die ISPA, sich bei der nationalen Umsetzung der DSM-Richtlinie an dieser Rechtsansicht zu orientieren.

Zu § 89b Abs. 4

Der vorliegende Entwurf sieht in § 89b Abs. 4 UrhG-E vor, dass Nutzer von Plattformen vor oder beim Hochladen vorbringen können, dass die mit dem Upload verbundene Nutzung des Werks „insbesondere zu Zwecken der Karikatur, der Parodie, des Pastiches oder für Zitate zu Zwecken wie der Kritik oder der Rezension“ erlaubt ist. Der Plattformbetreiber hat dann die betroffenen Inhalte sofort zugänglich zu machen und den Rechteinhaber darüber zu informieren, sodass letzterer vom Anbieter die Entfernung gem. § 89a Abs. 1 Z 3 UrhG-E verlangen kann („notice and take down“).

Grundsätzlich begrüßt die ISPA zwar, dass der Gesetzgeber das Pre-Flagging-Verfahren als Möglichkeit zur Vermeidung von Overblocking vorsieht. Allerdrings ist die detaillierte

⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Leitlinien zu Artikel 17 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, online verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021DC0288>, zuletzt abgerufen am 17.09.2021.

¹⁰ Schlussanträge zu Rs C-401/19, Rz 223.

gesetzliche Determinierung des Verfahrens zur Umsetzung der Richtlinie nicht erforderlich. Die unionsrechtliche Grundlage dieser Bestimmung in Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie ist wesentlich weiter formuliert und verlangt – vereinfacht gesagt – lediglich, dass sich Nutzer auf die genannten Ausnahmebestimmungen stützen können und entsprechende Inhalte verfügbar bleiben. Die konkrete Umsetzung dieser Bestimmung sollte daher den betroffenen Diensteanbietern überlassen bleiben, da nur diese dazu in der Lage sind, die für den jeweiligen Dienst passendste Maßnahme zu finden, um dieses Ziel zu gewährleisten.

Die ISPA appelliert an den Gesetzgeber, hier im Sinne des Grundrechts auf unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 GRC eine möglichst offene Regelung zu finden, die jeder Plattform erlaubt, das am besten zu ihr passende Verfahren zu implementieren. Dies ist insbesondere deshalb relevant, weil Plattformbetreiber ihre Dienste häufig unionsweit anbieten. Nationale Umsetzungen der Richtlinie, welche vom Richtlinien text abweichen bzw. diesen zu stark konkretisieren, führen im schlimmsten Fall dazu, dass Plattformbetreiber 27 verschiedene Verfahren implementieren müssen. Dies widerspricht dem Grundgedanken einer unionsweiten Harmonisierung der Rechtslage.

Eine alternatives, mit den Vorgaben von Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie übereinstimmendes Verfahren wäre etwa, dass Nutzer ihre Inhalte erst zu einem späteren Zeitpunkt kennzeichnen müssen. Die Plattformbetreiber vergleichen in diesem Fall die hochgeladenen Inhalte im Zuge des Uploads zunächst auf ihre Übereinstimmung mit jenen urheberrechtlich geschützten Werken, für welche die Rechteinhaber einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben. Im Falle der Übereinstimmung wird der Inhalt nicht hochgeladen. Der Nutzer wird davon benachrichtigt und kann (ggf auch zeitverzögert) angeben, ob es sich bei dem Upload um eine freie Werknutzung iSd § 89b Abs. 4 UrhG-E handelt, in welchem Fall der Inhalt online verfügbar gemacht wird. Dadurch wird der Upload für den betroffenen Nutzer vereinfacht, weil er erst dann Angaben zu den genannten urheberrechtlichen Ausnahmebestimmungen machen muss, wenn überhaupt feststeht, dass sein Upload mit einem urheberrechtlich geschützten Werk übereinstimmt und somit eine potenzielle Urheberrechtsverletzung darstellt. Diese nutzergerechte Möglichkeit würde den Plattformbetreibern in der derzeitigen Formulierung des § 89b Abs. 4 UrhG-E jedoch nicht offenstehen, weil die Kennzeichnung des Nutzers nicht „vor oder beim“, sondern erst nach dem Upload erfolgt.

Der Entwurf verlangt von den Plattformbetreibern außerdem, dass sie den Nutzern für das Pre-Flagging "geeignete Online-Formulare samt Anleitungen" zur Verfügung stellen. Um Rechtssicherheit zu schaffen, braucht es eine Klarstellung hinsichtlich des konkreten

(geografischen) Anwendungsbereichs, also welchen Nutzern dieses Formular zur Verfügung gestellt werden soll.

Zu § 89b Abs. 5

Art. 17 Abs. 9 DSM-Richtlinie sieht vor, dass die Mitgliedstaaten die Plattformbetreiber zur Einrichtung von Beschwerdemechanismen für Streitigkeiten über die Sperrung bzw. Entfernung hochgeladener Inhalte verpflichten. Ein derartiger Beschwerdemechanismus muss „wirksam und zügig“ sein, die Beschwerden sind „unverzüglich“ zu bearbeiten. Entscheidungen über die Sperrung bzw. Entfernung hochgeladener Inhalte sind „einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen“. Nachdem auch die Erwägungsgründe der DSM-Richtlinie keine weiteren Präzisierungen vornehmen, kann davon ausgegangen werden, dass der Richtliniengeber den Plattformen großen Spielraum bei der Umsetzung des Beschwerdeverfahrens lassen wollte, solange diese den erwähnten Grundkriterien genügt.

In der österreichischen Umsetzungsbestimmung des § 89b Abs. 5 UrhG-E sind jedoch einige weitere, über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehende Anforderungen an das Beschwerdeverfahren festgelegt. So müssen die Funktionalitäten zur Einbringung der Beschwerde „leicht auffindbar“, „ständig verfügbar“ und „einfach handhabbar“ sein. Stellungnahmen der Beschwerdegegner sind „unverzüglich“ einzuholen, Nutzer von Beschwerden „unverzüglich“ zu informieren. Die Nutzer sind vom Ergebnis der von Menschen durchgeführten Überprüfung „unverzüglich“ zu informieren und das Verfahren muss „in der Regel“ innerhalb von zwei Wochen ab Beschwerdeeinbringung abgeschlossen werden.

Diese Anforderungen werden vorgeblich im Rahmen einer Legaldefinition der unionsrechtlichen Begriffe „wirksam“ und „zügig“ festgelegt. Die ISPA weist zum einen darauf hin, dass unionsrechtlichen Begriffe autonom auszulegen sind und daher eine Konkretisierung auf mitgliedstaatlicher Ebene stets in Gefahr läuft, richtlinienwidrig zu sein. Zum anderen wird mit der Verwendung vieler unbestimmter Begriffe wie „unverzüglich“ oder „in der Regel“ gerade keine Konkretisierung erreicht, die eigentlich das Ziel einer Legaldefinition sein sollte.

Darüber hinaus heißt es in § 89b Abs. 5 UrhG-E, dass das Verfahren innerhalb von „zwei Wochen ab Beschwerdeeinbringung“ abgeschlossen sein muss. Dem Rechteinhaber wiederum muss gemäß den EB zu § 89b Abs 6 UrhG-E die Gelegenheit gegeben werden, innerhalb von sieben Tagen zu einer Beschwerde Stellung zu nehmen. Nimmt der Rechteinhaber nicht unverzüglich oder offenbar unzureichend Stellung, so ist der betreffende Schutzgegenstand grundsätzlich zur Verfügung zu stellen. Dieser detaillierten Ausgestaltung

fehlt in der Richtlinie selbst jegliche Grundlage und muss daher ebenfalls als überschießend gewertet werden.

Dem Anschein nach handelt es sich bei den zusätzlichen österreichischen Vorgaben um nur geringfügige, teilweise auch ohnehin selbstverständlich wirkende Erweiterungen – etwa, wenn festgelegt wird, dass die Funktionalitäten zur Beschwerdeeinbringung „ständig verfügbar“ sein müssen. Die ISPA gibt jedoch zu bedenken, dass Plattformbetreiber ihre Dienste in der Regel in mehreren, wenn nicht allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union anbieten. Wenn die EU-Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene unterschiedliche Vorgaben zur maximalen Verfahrensdauer machen, führt dies im schlimmsten Fall dazu, dass Plattformbetreiber nicht wie vom Richtliniengeber angedacht ein einziges, sondern 27 unterschiedliche Beschwerdeverfahren einführen müssen. Dies führt zu einem enormen Aufwand für die Plattformbetreiber und dient nicht dem Ziel einer unionsweiten Harmonisierung der Rechtslage.

Die ISPA ersucht daher, sich in der nationalen Umsetzung des Beschwerdeverfahrens strikt an die Vorgaben der Richtlinie zu halten und alle Anforderungen, die über jene von Art. 17 Abs. 8 DSM-Richtlinie hinausgehen, aus dem Entwurfstext zu streichen.

Zu § 89c

Der vorliegende Entwurf legt in § 89c UrhG-E fest, dass der KommAustria die Aufsicht unter anderem über die Verpflichtung der Plattformbetreiber zur Vermeidung der Sperre urheberrechtlich unbedenklicher Inhalte („Overblocking-Verbot“) obliegt. Sollte die Aufsichtsbehörde aufgrund Häufigkeit und Art der Beschwerden oder der Ergebnisse bisheriger Aufsichtsverfahren zur Auffassung gelangen, dass ein Anbieter in systematischen und beträchtlichem Ausmaß Overblocking betreibt, hat sie den Anbieter im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens zu geeigneten Vorkehrungen zur Vermeidung von Overblocking zu verpflichten und kann in weiterer Konsequenz auch Verwaltungsstrafen in der Höhe von bis zu 1 Mio. Euro verhängen.

Einleitend sei zu bemerken, dass sich nach Informationen der ISPA kein sonstiger Mitgliedstaat in seiner nationalen Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie für eine Strafbewehrung von Overblocking im Rahmen eines verwaltungsbehördlichen Aufsichtsverfahrens entschieden hat. Nach Ansicht der ISPA sprechen mehrere Gründe gegen eine derartige Umsetzung. Plattformbetreiber müssen im Rahmen der Umsetzung der DSM-Richtlinie zwei gegenläufige Ziele miteinander vereinbaren. Einerseits müssen sie den strengen und komplex geregelten Sorgfaltsmaßstab des § 89a Abs. 1 UrhG-E erfüllen, um

sich nicht Schadenersatzforderungen der Rechteinhaber ausgesetzt zu sehen. Andererseits haben sie aber auch dafür Sorge zu tragen, dass im Zuge der Erfüllung dieser Pflichten keine urheberrechtlich unbedenklichen Inhalte gesperrt werden, weil andernfalls gem. § 89c UrhG-E ein Aufsichtsverfahren mit empfindlichen Geldstrafen droht („Overblocking-Verbot“). Es kann nicht abgestritten werden, dass diese Situation ein Dilemma für die betroffenen Diensteanbieter darstellt.

Die ISPA möchte an dieser Stelle klarstellen, dass die betroffenen Diensteanbieter ein starkes Interesse daran haben, dass legale Inhalte auf ihren Plattformen verfügbar sind und nicht gesperrt werden, weil dies ihr Geschäftsmodell darstellt. Overblocking erfolgt daher niemals intentional, sondern stets nur irrtümlich. Auch bei bestmöglich abgestimmten Prozessen und der Verwendung der modernsten technischen Hilfsmittel weisen automatisierte wie auch menschliche Verfahren zur Beurteilung hochgeladener Inhalte stets eine bestimmte Fehlerquote auf. Die Erfüllung der Sorgfaltspflichten gem. § 89c Abs. 1 UrhG-E wird daher auch bei einem normverbundenen und sorgfältigen Diensteanbieter zwangsläufig zu einem geringen Ausmaß an Overblocking führen. Aus diesem Grund haben sowohl die ISPA als auch zahlreiche andere Stakeholder seit Jahren vor dem verpflichteten Einsatz solcher Technologien gewarnt. Es ist mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, zu dessen Beachtung die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der DSM-Richtlinie gemäß Art 17 Abs 10 verpflichtet sind, unvereinbar, wenn diese faktischen Probleme den Diensteanbietern, die aus wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen ohnehin keinerlei Interesse an Overblocking haben, angelastet werden, in dem sie mit erheblichen Verwaltungsstrafen bedroht werden.

Bei einer näheren Analyse von § 89c UrhG-E drängen sich zudem einige Bedenken hinsichtlich der ausreichenden Bestimmtheit dieser Norm auf. Insbesondere die Tatbestandsmerkmale „systematisch“ und „in beträchtlichem Ausmaß“ sind überaus offen und können auf unterschiedliche Art und Weise interpretiert werden:

Systematisch bedeutet „nach einem System vorgehend, einem System folgend; planmäßig und konsequent“.¹¹ Hier drängt sich etwa die Frage auf, ob Overblocking bereits planmäßig und konsequent erfolgt, wenn dieses lediglich als (wie oben beschrieben) nicht vermeidbare Folge des Einsatzes automatisierter Technologien eintritt.

Auch das Tatbestandsmerkmal **beträchtliches Ausmaß** ist unbestimmt. Der Begriff **beträchtlich** lässt vermuten, dass es hier um eine bestimmte Grenze geht, ab welcher das „Ausmaß“ von Overblocking nicht mehr zulässig ist. Es ist aber nicht klar, ob es hier um einen

¹¹ <https://www.duden.de/rechtschreibung/systematisch> , zuletzt abgerufen am 30.9.2021.

absoluten Grenzwert geht (etwa dahingehend, dass egal bei welcher Plattform ab x zu viel gesperrten Inhalten jedenfalls Overblocking in beträchtlichem Ausmaß vorliegt) und wie hoch dieser Grenzwert ist. Alternativ (und naheliegender) ist dadurch gemeint, dass das Verhältnis des Ausmaßes zu viel gesperrter Inhalte zur Anzahl aller auf der Plattform verfügbaren Inhalte gemeint ist. In diesem Fall müsste aber wiederum dieses Verhältnis rechtlich eindeutig – und zwar anhand einer prozentuellen Angabe – festgelegt und vor allem argumentativ gerechtfertigt werden.

Aus Sicht der ISPA ist auch keineswegs klar, worauf sich der Begriff **Ausmaß** (gesperrter Inhalte) bezieht. Eine mögliche (und einfache) Deutung wäre, dass es schlicht um die Anzahl der gesperrten Inhalte geht, etwa im Sinne einer Vorgabe, dass von 100 auf der Plattform hochgeladenen Videos nicht mehr als 4 irrtümlich gesperrt werden dürfen. Müssen jedoch nicht sinnvollerweise auch andere Faktoren wie etwa die Länge eines Videos bewertet werden? Denn ansonsten wäre aus dem Gesichtspunkt des Overblocking-Verboteseines 30 Sekunden langen Ausschnitts aus einem Musik-Konzert gleich zu bewerten wie die Sperre einer mehrstündigen Aufführung, was keineswegs auf der Hand liegt.

Ohne Klärung dieser Fragen anhand einer klaren gesetzlichen Definition haben die Plattformbetreiber keine Gewissheit, ob sie sich mit ihrer Vorgangsweise der Gefahr einer empfindlichen Verwaltungsstrafe von bis zu einer Million Euro aussetzen. Dies ist in Hinsicht auf das verfassungsgesetzliche Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG äußerst problematisch und muss dringend behoben werden.

Die ISPA fordert daher, die Bestimmung des § 89c ersatzlos zu streichen. Die Diensteanbieter dürfen nicht für ein Verhalten sanktioniert werden, das sich aus technischer Notwendigkeit aufgrund ihrer gesetzlichen Sorgfaltspflichten ergibt. Zumindest sollte die Bestimmung dahingehend überarbeitet werden, dass der schwierigen Situation der Diensteanbieter Rechnung getragen wird. Neben einer ausreichenden Definition des Tatbestandsmerkmals des Overblocking in „systematischen und beträchtlichen Ausmaß“ sollte in den EB klar festgehalten werden, dass bei der Beurteilung auch auf die grundsätzliche Fehlerquote menschlicher und automatisierter Verfahren Rücksicht zu nehmen ist, die den Plattformbetreibern nicht angelastet werden kann. Weiters sollte die maximale Höhe der Verwaltungsstrafe von derzeit einer Million herabgesetzt werden. Nachdem die betroffenen Diensteanbieter ohnehin ein starkes geschäftliches Interesse an der Vermeidung von Overblocking haben, sind auch bei niedrigeren Strafdrohungen ausreichende Anreize für normgerechtes Verhalten gegeben.

Zur Umsetzung der Richtlinie 2019/789 (Online-KabSat-RL)

Zu § 59 Abs. 1 UrhG-E

Die ISPA begrüßt, dass durch Art. 2 Z 2 lit. a der Richtlinie (EU) 2019/789¹² der in Österreich bereits nach der OGH-Judikatur bestehende Grundsatz der Technologieneutralität von Weitersendungen ausdrücklich im Unionsrecht verankert wird. Es bedarf hier allerdings keiner Änderung der österreichischen Rechtslage, weil § 59 Abs. 1 UrhG in der geltenden Fassung die technologieneutrale Formulierung „[...] mit Hilfe von Leitungen [...]“ verwendet. Nachdem sich der Gesetzgeber dazu entschlossen hat, die geltende Rechtslage durch die Formulierung „[...] unabhängig davon, wie die programmtragenden Signale für die Weitersendung übermittelt werden [...]“ zu ergänzen, ist es wesentlich, in den EB darauf einzugehen, dass die bisherige Judikatur des OGH zu § 59a Abs. 1 UrhG unberührt bleibt. Insbesondere sollte klar hervorgehoben werden, dass nach der OGH-Judikatur auch Weitersendungen mittels Kabel, IP-TV, Mobilfunk (UMTS, LTE, 5G usw), DVB-T und jeglicher IP-Verbindung (zB WLAN) von der technologieneutralen Weitersendung umfasst sind¹³ und sich an dieser Rechtslage nichts ändern soll.

Zu § 59b Abs. 2 UrhG-E

Gem. § 59b Abs. 2 UrhG-E haben der berechnigte Rundfunkunternehmer und der weitersendende Rundfunkunternehmer Verhandlungen über die Erlaubnis für andere Formen der Weitersendung als mittels Kabel- und Satellitensystemen nach Treu und Glauben zu führen, sobald solche Verhandlungen aufgenommen wurden. Nach dieser Formulierung besteht also lediglich eine Pflicht zur Weiterführung von bereits aufgenommenen Verhandlung nach Treu und Glauben, nicht aber eine Pflicht zur **Aufnahme** von Verhandlungen. Auch die EB zu § 59b Abs. 2 UrhG-E, nach denen keine Verhandlungspflicht des berechtigten Rundfunkunternehmers bestünde, stützen diese Lesart.

Die ISPA kritisiert, dass diese Umsetzung in klarem Widerspruch zur Online-KabSat-RL steht. Aus deren Erwägungsgründen 1 und 7 geht klar hervor, dass die Erleichterung der Lizenzierung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten an Werken und sonstigen Schutzgegenständen im Rahmen der Übertragung von Fernsehprogrammen das Hauptziel

¹² Im Folgenden wird die RL (EU) 2019/789 mit der gebräuchlichen Abkürzung „Online-KabSat-Richtlinie“ zitiert.

¹³ Vgl. OGH 26.08.2008, 4Ob89/08d; OGH 22.09.2020, 4Ob149/20w und OGH 26.11.2020, 4Ob185/20i.

der Richtlinie darstellt. ErwGr. 15 der Online-KabSat-RL verweist darauf, dass „[...] Bestimmungen gelten [sollen], die mit den Vorschriften der Richtlinie 93/83/EWG für die Kabelweiterverbreitung vergleichbar sind.“ Art. 12 Abs. 1 der RL 93/83/EWG verpflichtet die Mitgliedstaaten zu Vorkehrungen, dass die Beteiligten Verhandlungen über die Erlaubnis der Weitersendung nach Treu und Glauben **aufnehmen** müssen und diese Verhandlungen nicht ohne triftigen Grund be- oder verhindern.

Auch trifft der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 Online-KabSat-RL keineswegs „schwächere Verpflichtungen“ im Vergleich zur Vorgängerregelung des Art. 12 Abs. 1 der RL 93/83/EWG, wie in den EB zu § 59b Abs. 2 argumentiert wird. Art. 5 Abs. 2 Online-KabSat-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, Vorkehrungen zu treffen, dass Verhandlungen über die Erlaubnis der Weiterverbreitung gemäß dieser Richtlinie zwischen Sendeunternehmen und Betreibern nach Treu und Glauben **geführt** werden. Der Begriff „führen“ umfasst dabei nach Ansicht der ISPA keineswegs nur die Fortsetzung bereits begonnener Verhandlungen, sondern auch und gerade die **Aufnahme** von Verhandlungen. In ErwGr. 17 der Online-KabSat-RL heißt es:

Wenn jedoch Sendeunternehmen und Betreiber von Weiterverbreitungsdiensten Verhandlungen aufnehmen, muss dafür Sorge getragen werden, dass sie die Lizenzierung von Rechten für die von dieser Richtlinie erfasste Weiterverbreitung nach Treu und Glauben aushandeln.

Die Formulierung „Wenn“ ist nicht dahingehend zu verstehen, dass die Rechtsfolge (Aushandlung nach Treu und Glauben) lediglich im Fall bereits aufgenommener Verhandlungen eintreten soll. Vielmehr ist diese Formulierung im Kontext der vorangehenden Ausführungen in ErwGr. 17 zu lesen, wonach es nicht notwendig sei, das Lizenzierungsverfahren in Bezug auf die von Sendeunternehmen selbst gehaltenen Rechte zu vereinfachen, sprich einer Verwertungsgesellschaftspflicht zu unterwerfen. **Wenn** (im Sinne von: *für den Fall, dass*) das weitersendende Rundfunkunternehmen in diesem Sinne nicht mit einer Verwertungsgesellschaft, sondern mit dem berechtigten Rundfunkunternehmen selbst interagiert, dann muss die Lizenzierung ebenso nach Treu und Glauben ausgehandelt werden, wie es im Falle der Interaktion mit einer Verwertungsgesellschaft der Fall wäre. Diese Lesart wird auch durch den letzten Satz des ErwGr. 17 der Online-KabSat-RL gestützt, wonach die RL 2014/26/EU ähnliche Vorschriften für Verwertungsgesellschaften enthält. In dieser Richtlinie sind unter anderem ein Abschlusszwang und angemessene Lizenzbedingungen normiert.

Daraus folgt, dass es dem berechnigte Rundfunkunternehmen zwar freisteht, ob es seine Rechte über eine Verwertungsgesellschaft geltend macht oder selbst wahrnimmt. Die Wahrnehmung der Rechte durch das Rundfunkunternehmen selbst kann allerdings keinesfalls dazu führen, dass dieses keiner Abschlusspflicht zu angemessenen Bedingungen unterliegt.

Die ISPA ersucht daher, aus Gründen der Richtlinienkonformität § 59b Abs. 2 UrhG-E wie folgt anzupassen:

~~(2) Kommt ein Vertrag über die Bewilligung einer Weitersendung durch Kabel oder Mikrowellensysteme nur deshalb nicht zustande, weil der berechnigte Rundfunkunternehmer (§ 59a Abs. 3) die Verhandlungen darüber nicht nach Treu und Glauben aufgenommen oder sie ohne triftigen Grund be- oder verhindert hat, dann hat der weitersendende Rundfunkunternehmer einen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung zu angemessenen Bedingungen. Verhandlungen über die Erlaubnis für andere Formen der Weitersendung haben der berechnigte und der weitersendende Rundfunkunternehmer nach Treu und Glauben zu führen, sobald solche Verhandlungen aufgenommen wurden.~~

Zu § 59b Abs. 3 UrhG-E

Die Regelung des § 59b Abs. 3 UrhG-E sieht für den Fall, dass keine Einigung über die Bemessung des Entgelts für die Bewilligung zur Weitersendung erzielt werden kann, eine gesetzliche Lizenz vor. Jedoch greift der Wortlaut der Bestimmung etwas zu kurz und bietet daher nur unzureichenden Schutz. Denn die Bestimmung setzt voraus, dass eine gesetzliche Lizenz nur dann eingreifen kann, wenn sich die Vertragsparteien ausschließlich über das **Entgelt** nicht geeinigt haben. Damit ist es für Rundfunkunternehmer ein Leichtes, die Erteilung einer gesetzlichen Lizenz zu untergraben, braucht man sich doch nur über einen einzigen weiteren Punkt nicht zu einigen.

Aus der Online-KabSat-RL ergibt sich bei genauer Analyse eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, einen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung zu angemessenen Bedingungen festzulegen. Verhandlungen über die Erteilung der Bewilligung zur Weitersendungen (und damit auch der Abschluss, siehe oben) haben gem. Art. 5 Abs. 2 Online-Kabsat-RL nach Treu und Glauben stattzufinden. Das Prinzip der Verhandlungsführung nach Treu und Glauben schränkt den Gestaltungsspielraum auch hinsichtlich der Preisfestsetzung ein und beschränkt den Preis auf einen angemessenen Preis. Die Rechtsprechung hat diesbezüglich schon

festgehalten, dass das Prinzip von Treu und Glauben einen angemessenen Interessenausgleich zu gewährleisten hat.¹⁴

Die ISPA schlägt daher folgende Änderung des § 59b Abs. 3 UrhG-E vor:

(3) Verweigert der berechtigte Rundfunkunternehmer (§ 59a Abs. 3) die Bewilligung ~~auf~~ deshalb, weil keine Einigung über die ~~Bemessung des Entgelts~~ **angemessenen Bedingungen** erzielt werden kann, dann gilt die Bewilligung als erteilt, wenn der weitersendende Rundfunkunternehmer den nicht strittigen Teil des Entgelts an den berechtigten Rundfunkunternehmer gezahlt und eine Sicherheit in der Höhe des strittigen Teils des Entgelts durch gerichtliche Hinterlegung oder Stellung einer Bankgarantie geleistet hat. Der Urheberrechtssenat kann die Höhe der Sicherheitsleistung auf Antrag des weitersendenden Rundfunkunternehmers angemessen herabsetzen. Über einen solchen Antrag ist unter sinngemäßer Anwendung des § 273 ZPO ohne förmliches Beweisverfahren möglichst rasch zu entscheiden.

Zudem entspricht es auch der derzeitigen Rechtslage, dass weitersendende Unternehmen einen Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung zur OTT-Weitersendung zu angemessenen Bedingungen¹⁵.

Die ISPA weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es in der Vergangenheit zu überzogenen Tarifforderungen für die Weitersendung über OTT durch die Verwertungsgesellschaft Rundfunk (VGR) bzw. große deutsche private Rundfunkgruppen gekommen ist. Deren Ziel besteht in einer Abschottung des OTT-Marktes durch überhöhte Tarife, die für österreichische weitersendende Rundfunkunternehmen nicht leistbar sind. Dadurch sollen die sendeeigenen Plattformen geschützt werden, über welche die Sendungen in der Regel kostenlos bzw. werbe- oder abofinanziert zur Verfügung gestellt werden. Durch dieses Vorgehen wird nicht nur die Medienvielfalt und die Verfügbarkeit europäischer Rundfunksendungen in Österreich gefährdet, sondern auch Erlöse massiv ins Ausland verschoben und klassische Kabelnetzbetreiber in ihrer Existenzgrundlage bedroht, weil diese aufgrund der fehlenden Sender aus Endkundensicht kein attraktives Angebot mehr bieten können. Dieser Bedrohung kann nur dadurch begegnet werden, dass der bereits nach der geltenden Rechtslage bestehende Anspruch der weitersendenden Rundfunkunternehmen auf Erteilung einer Bewilligung zu angemessenen Bedingungen festgeschrieben wird.

¹⁴ siehe etwa 1 Ob 508/76 EvBl 1976/324.

¹⁵ OGH 26.11.2020, 5 Ob 185/20i.

Zu § 59c (Vorschlag einer ergänzenden Regelung)

Die ISPA regt an, durch eine ergänzende Regelung Rechtssicherheit bezüglich der Nutzung zeitversetzter Fernsehangebote herzustellen. Es entspricht mittlerweile der Erwartung des Konsumenten, lineare Fernsehangebote mit deren zeitversetzter Nutzung zu verknüpfen. Endkunden erwarten heute modernes TV mit Pause-Funktionen, Restart und einer 7-Tage-Nachschaufunktion. Dadurch können die Möglichkeiten der digitalen Welt für das lineare Fernsehen fruchtbar gemacht werden. Leider bestehen diesbezüglich derzeit erhebliche Rechtsunsicherheiten, weshalb aktuell mehrere Gerichtsverfahren zwischen Rundfunkunternehmen und Kabelnetzbetreibern rund um die Zulässigkeit dieser zeitversetzten Fernsehangebote anhängig sind. Es liegt daher am Gesetzgeber, eine Klärung im Sinne der KonsumentInnen herbeizuführen. Nach Ansicht der ISPA besteht die beste Lösung darin, anhand einer ergänzenden Regelung ein Recht auf Vervielfältigung zulässiger Weitersendungen zum eigenen oder privaten Gebrauch einzuführen, welches auch dann besteht, wenn der weitersendende Rundfunkunternehmer den Nutzer mittels der Zurverfügungstellung von technischer Infrastruktur bei der Vervielfältigung unterstützt.

Die ISPA schlägt daher folgende ergänzende Regelung vor:

Vervielfältigungen von zulässigen Weitersendungen zum eigenen oder privaten Gebrauch

§ 59c. (1) Das anlässlich einer zulässigen Weitersendung im Sinn des § 59a Abs. 1 ausgestrahlte Signal stellt eine rechtmäßige Vorlage nach § 42 Abs. 5 zur Herstellung von Vervielfältigungen zum eigenen oder privaten Gebrauch nach § 42 Abs. 2 und Abs. 4 dar, wenn sie zulässigerweise empfangen wird.

(2) Einer Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch nach § 42 Abs. 2 und Abs. 4 steht nicht entgegen, dass der weitersendende Rundfunkunternehmer die technische Infrastruktur und sonstige Dienstleitungen, die die notwendigen tatsächlichen Voraussetzungen zu ihrer Herstellung darstellen, zur Verfügung stellt, sofern die natürliche Person, welche die Infrastruktur oder die Dienstleitung nutzt, die Vervielfältigung auslöst, den Gegenstand sowie die Modalitäten des Aufnahmegeschehens festlegt und sofern die Vervielfältigung vollkommen automatisiert hergestellt wird.

(3) Eine Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch nach § 42 Abs. 2 und Abs. 4 für Zwecke des § 59c darf auch auf digitalen Trägern vorgenommen werden.

Der bisherige § 59c erhält die Bezeichnung „§ 59d“.

Die Erläuternden Bemerkungen zu § 59c sollten wie folgt lauten:

Vervielfältigungen von zulässigen Weiterwendungen zum eigenen oder privaten Gebrauch

Um die seit Jahren bestehenden erheblichen Hindernisse und Rechtsunsicherheiten bei der Nutzung von neuen Technologien zur Herstellung von Privatkopien zu beseitigen, die die Rechtspositionen des Nutzers der technischen Innovationen unangemessen einschränken, nimmt der Entwurf, dem Grundsatz der Technologieneutralität folgend, eine Klarstellung im Zusammenhang mit der Privatkopie von Weiterwendungen vor. Diese Klarstellung schafft ein innovationsfreundliches Marktumfeld, stellt Angebotsvielfalt von Rundfunksendungen sicher und stärkt den Medienpluralismus. Sie ist veranlasst durch mögliche Unklarheiten, die aufgrund der Entscheidungen OGH vom 22.09.2020, 4 Ob 149/20w, vom 26.11.2020, 4 Ob 185/20j, und vom 10.12.2020, 4 Ob 186/20m, aufgetreten sein können.

Um die Ausnahme für die Vervielfältigung zum Zwecke der Privatkopie gemäß Art 5 Abs 2 lit b Richtlinie 2001/29/EG („InfoRL“) aus der Sicht des Europarechts in kohärenter Weise anzuwenden, sind die in der Rechtsprechung des EuGHs konkretisierten Voraussetzungen zu berücksichtigen.

Der Vorschlag wahrt die praktische Wirksamkeit der Ausnahmen und beachtet ihre Zielsetzung, damit ein angemessener Rechts- und Interessenausgleich zwischen den Rechteinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen sichergestellt wird.

Die ISPA hofft auf die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen.

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

ISPA - Internet Service Providers Austria

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von über 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander.