

Österreichische Blätter für

GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT

ÖB I

Herausgeber Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Chefredakteur Christian Schumacher

Redaktion Rainer Beetz, Reinhard Hinger

Ständige fachliche Mitarbeit Astrid Ablasser-Neuhuber, Christian Handig

Juli 2019

04

161 – 208

Beiträge

Änderung von Patentansprüchen nach der Erteilung

Michael Stadler ☎ 164

Marktmachtmissbrauch aufgrund Verletzung des Datenschutzrechts

Stefan Bucher ☎ 173

Aktuelle Entwicklungen

EU-Rechtsentwicklung ☎ 176

Rechtsprechung des EuGH/EuG in EUIPO-Verfahren ☎ 178

Nationale Gesetzgebung ☎ 182

Rechtsprechung EPA und OLG Wien in Patentsachen ☎ 183

Rechtsprechung des OLG Wien in Markenregisterverfahren ☎ 184

Leitsätze

Nr 16 – 17 ☎ 135

OGH 29. 1. 2019, 4 Ob 118/18 h, Registrierungshinweis ®

Bernd Terlitzka ☎ 185

OGH 26. 2. 2019, 4 Ob 14/19 s, biosativa Christian Handig ☎ 187

Rechtsprechung

Milka Choco Trio – Zu viel Leere in der Verpackung?

Martina Grama ☎ 188

W Hotels – Dominanz eines Buchstabens in einer Marke

Michael Woller ☎ 191

Glatirameracetat – Änderung Dosierungsschema

Andreas Wildhack ☎ 194

Deckelung der Speichermedienvergütung Armin Bammer ☎ 198

Veranstaltungstickets – Internationale Zuständigkeit Verbandsklagen

Thomas Garber ☎ 202

ÖBL 2019/53

§ 42b Abs 4 Z 8
UrhG

VfGH
29. 11. 2018,
G 296/2017,
ECLI:AT:
VFGH:2018:
G296.2017

Deckelung der
Speichermedien-
vergütung

Der VfGH prüft die Sachlichkeit einer Regelung, die für die Speichermedienvergütung eine am Preis des Mediums ausgerichtete prozentuelle Beschränkung einzog.

→ Zur sachlichen Regelung des „gerechten Ausgleichs“ für die Ausnahmen von Vervielfältigungsbeschränkungen

→ Eine starre Deckelung der Speichermedienvergütung verhindert einen „gerechten Ausgleich“ zur Vergütung der Urheber.

Sachverhalt:

§ 42b UrhG lautet (gekürzt; die angefochtene Wortfolge ist hervorgehoben):

„(1) Ist von einem Werk, das [...] auf einem [...] Speichermedium festgehalten worden ist, seiner Art nach zu erwarten, dass es durch Festhalten auf einem Speichermedium [...] zum eigenen oder privaten Gebrauch vervielfältigt wird, so hat der Urheber Anspruch auf eine angemessene Vergütung (Speichermedienvergütung¹⁾) [...]. [...]

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

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

→ Eine unsachliche Regelung bleibt auch als „Soll“-Bestimmung unsachlich.

nachgewiesen wird, ist ein Überschreiten dieser Grenze zulässig; [...]. [...]

[Anlassverfahren]

Die Kl (und Ast vor dem VfGH) ist eine Verwertungsgesellschaft. Ihr obliegt die Geltendmachung von Vergütungsansprüchen im Fall der Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch (SMV).

Sie hatte vor dem HG Wien²⁾ einen Einzelunternehmer geklagt, der gewerbsmäßig Speichermedien in den Verkehr bringt und im dritten Quartal 2016 in Österreich 800 Daten-CDs verkauft hatte. Auf dieser Basis errechnete sich eine SMV von € 301,92. Der Bekl anerkannte eine Zahlungspflicht von € 57,02 und bestritt den Rest mit der Begründung, dass gem § 42b Abs 4 Z 8 UrhG die SMV 6% des typischen Preisniveaus für Speichermedien nicht überschreiten dürfe.

Das HG Wien gab der Klage statt und stellte mit Wirkung zwischen den Parteien fest, dass

1) In der Folge: „SMV“.
2) 19 Cg 27/17t.

(a) der Bekl verpflichtet ist, für die in Österreich in Verkehr gebrachten Speichermedien eine SMV zu entrichten, und er sich dabei nicht darauf berufen könne, diese würde 6% des typischen Preisniveaus des jeweiligen Speichermediums überschreiten, und dass

(b) der Bekl für die in den Jahren 2016 bis 2019 in Österreich in Verkehr gebrachten Speichermedien auch dann eine SMV zu entrichten hat, wenn im betreffenden Kalenderjahr die Einnahmen aus der SMV und der Reprographievergütung insgesamt den Richtwert von 29 Mio Euro³⁾ vor Abzug der Rückerstattungen übersteigen.

Das HG Wien begründet seine Entscheidung iW damit, dass nach der Intention des Gesetzgebers die 6%-Grenze eingezogen worden sei, damit für die Vertreter der neuen Speichermedien keine übermäßige Belastung bestehe, aber nicht, um die Kostensituation bei den „alten“ Medien zu verändern, zu denen auch CD-Rohlinge zählen würden. Auch wenn man § 42b Abs 4 Z 8 UrhG entsprechend seinem Wortlaut so auslege, dass die 6%-Grenze für alle vergütungspflichtigen Medien gelte, seien die CD-Rohlinge ein Trägermaterial, das seiner Natur nach fast ausschließlich zur Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke genutzt werde. Damit sei die Überschreitung der Grenze schon nach dem Gesetzestext zulässig. Dem auf § 116 Abs 11 UrhG gestützten Vorbringen hält das HG Wien entgegen, dass diese Bestimmung kein subjektives Recht auf Verweigerung der Zahlung gewähre.

Die im erstinstanzlichen Verfahren obsiegende Kl stellte aus Anlass der Ber des Bekl den Gesetzesprüfungsantrag an den VfGH.

Der VfGH hob die oben hervorgehobene Passage des § 42b Abs 4 Z 8 UrhG auf.

Aus den Entscheidungsgründen:

[...]

[IV. Erwägungen; 2. In der Sache]

[...]

2.1.3. Der Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber (s etwa VfSlg 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl zB VfSlg 14.039/1995, 16.407/2001). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungs wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (s etwa VfSlg 16.176/2001, 16.504/2002).

Im Erk VfSlg 8457/1978 formulierte der VfGH zu den Schranken der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers folgenden Gedanken:

„Diese Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers besteht sowohl in Ansehung der angestrebten Ziele als auch bezüglich der Auswahl der zur Zielerreichung einzusetzenden Mittel.

Grundsätzlich steht es dem Gesetzgeber frei, zu entscheiden, welche Instrumente er – unter Berücksichtigung allfälliger erwünschter oder in Kauf genommener Nebenwirkungen – in der jeweils gegebenen Situation zur Zielerreichung geeignet erachtet und welches unter

mehreren möglichen Mitteln er auswählt und einsetzt. Der VfGH kann dem Gesetzgeber nur dann entgegen treten, wenn er bei der Bestimmung der einzusetzenden Mittel die ihm von Verfassungs wegen gesetzten Schranken überschreitet. Das ist insb dann der Fall, wenn er das sich aus dem Gleichheitsgebot ergebende Sachlichkeitsgebot verletzt, wenn er also bspw zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel vorsieht oder wenn die vorgeesehenen, an sich geeigneten Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führen.“

Die ihm von Verfassungswegen gesetzten Schranken hat der Gesetzgeber durch die Festlegung der 6%-Schranke in § 42b Abs 4 Z 8 UrhG aus folgenden Gründen überschritten:

2.1.4. Gem § 42b Abs 1 und 2a UrhG hat ein Urheber eines Werks, das durch Rundfunk gesendet, der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt oder auf einem zu Handelszwecken hergestellten Speichermedium festgehalten worden ist und von dem seiner Art nach zu erwarten ist, dass es durch Festhalten auf einem Speichermedium zum eigenen oder privaten Gebrauch vervielfältigt wird, Anspruch auf eine angemessene Vergütung (SMV). Diese leistet gem § 42b Abs 3 UrhG derjenige, der Speichermedien von einer im In- oder im Ausland gelegenen Stelle aus als erster gewerbsmäßig in Verkehr bringt. Für die Bemessung der Vergütung werden in § 42b Abs 4 Z 1 bis 9 UrhG zahlreiche Kriterien genannt.

Ziel des § 42b UrhG ist es, die rechtlichen Voraussetzungen für eine angemessene Vergütung der Urheber als Ausgleich für die Beschränkung ihrer Verwertungsrechte durch das in § 42 Abs 2 bis 7 UrhG festgelegte Recht der Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch zu schaffen. Das Erfordernis dieser angemessenen Vergütung ergibt sich unmittelbar aus Art 5 Abs 2 lit b der InfoRL⁴⁾, der für den Fall der Vervielfältigung zum privaten Gebrauch einen „gerechten Ausgleich“ explizit anordnet. MS, die die Privatkopieausnahme in ihrem nationalen Recht eingeführt haben, sind zur wirksamen Erhebung des gerechten Ausgleichs verpflichtet (EuGH C-462/09, *Stichting de Thuiskopie*).

2.1.5. Der EuGH hat in C-467/08, *Padawan*, Rn 40 und 42, ausgesprochen, dass der gerechte Ausgleich zwingend auf der Grundlage des „Schadens“ zu berechnen ist, der den Urhebern geschützter Werke infolge der Einführung der Ausnahme für Privatkopien entsteht. Dieser Schaden ist abhängig von der Kapazität der verkauften Speichermedien, von deren Zugriffsgeschwindigkeit und auch deren durchschnittlichen Nutzungsdauer und Stabilität. Es bedarf keiner weiteren Erhebungen, um die Aussage treffen zu können, dass – abgesehen von kurzfristigen Preisschwankungen – für das gleiche Entgelt immer höherwertige Speichermedien auf dem Markt erhältlich sind. Um bei dem sinkenden Preisniveau der Speichermedien für den „Schaden“ den gerechten Ausgleich weiterhin luk-

3) § 116 Abs 11 UrhG: „Für die Jahre 2016 bis 2019 sollen die Einnahmen aus der Speichermedienvergütung und der Reprographievergütung insgesamt den Richtwert von 29 Millionen Euro vor Abzug der Rückerstattungen am jährlichen Gesamtaufkommen nicht übersteigen.“

4) RL 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl L 2001/167, 10.

rieren zu können, muss zwangsläufig der Prozentsatz für die Vergütung entsprechend steigen. Dem steht aber – früher oder später – jede Obergrenze, die als fixer Prozentsatz des Preisniveaus festgelegt wird, entgegen. Dies mit der Konsequenz, dass ab einem bestimmten Zeitpunkt ein gerechter Ausgleich nicht mehr stattfinden kann.

2.1.6. Die in der Z 8 festgelegte fixe Obergrenze ist – jedenfalls in der Höhe von 6% – innerhalb des Systems des § 42b Abs 4 Z 1 bis 9 UrhG, das der Bemessung des gerechten Ausgleichs iSd Art 5 Abs 2 lit b der RL 2001/29/EG dient, unsachlich und widerspricht daher dem Gleichheitsgrundsatz, wie auch der Anlassfall zeigt:

Die antragstellende Gesellschaft führt aus, dass die Anwendung der 6%-Grenze bei CD-Rohlingen eine Absenkung des autonomen Tarifs auf weniger als ein Fünftel und des gesamtvertraglich geregelten Tarifs auf weniger als ein Viertel bedeuten würde. Der VfGH bezweifelt die Richtigkeit dieser Angaben nicht. Einerseits werden sie durch die Höhe der im Verfahren vor dem HG Wien anerkannten bzw zugesprochenen Beträge bestätigt, andererseits werden sie weder von der beteiligten Partei noch von der BReg bestritten. Die Auswirkungen auf die Tarife, die hier für Daten-CDs in Zahlen angegeben werden können, sind bei anderen Speicherkategorien (s dazu „Tarife SMV [SMV]“ der Austromechana auf www.akm.at) im Allgemeinen gleich.

[Die starre Grenze egalisiert alle sonstigen Kriterien]

Wie dieses Beispiel für Daten-CDs zeigt, sind – im Widerspruch zu § 42b Abs 4 Z 1 UrhG – unverhältnismäßige Veränderungen der Vergütungssätze die Folge der Anwendung der 6%-Grenze. Diese führt dazu, dass

das System des § 42b Abs 4 UrhG aus dem Gleichgewicht gerät. In letzter Konsequenz werden alle (verbalen) Kriterien des § 42b Abs 4 UrhG – mit Ausnahme des wirtschaftlichen Interesses der Hersteller, Händler und Importeure (Z 7) – von der (ziffernmäßigen) 6%-Grenze ausgeschaltet. Gesamtverträge und Satzungen iSd VerwGesG 2016 werden auf die Wiedergabe der 6%-Grenze reduziert. Verwertungsgesellschaften und Nutzerorganisationen können dann keinen gerechten Ausgleich der Interessen der Beteiligten in ihren Verhandlungen erzielen. Die Anwendung der 6%-Grenze führt dazu, dass das angestrebte Ziel des § 42b UrhG, die angemessene Vergütung der Urheber über das Instrument der SMV, nicht erreicht werden kann. Die 6%-Grenze ist damit zur Erreichung des vorgegebenen Ziels – des gerechten Ausgleichs – nicht nur völlig ungeeignet, sie blockiert vielmehr den Weg zu diesem Ziel. Sie verletzt damit das sich aus dem Gleichheitsgebot ergebende Sachlichkeitsgebot.

2.1.7. Der Einwand der BReg, dass die angefochtene Wortfolge ohnehin keineswegs eine starre Grenze darstelle (arg „nicht übersteigen soll“), sondern es sich der Sache nach nur um einen Richtwert handle, kann den Vorwurf der Unsachlichkeit der Regelung nicht entkräften, er bestätigt diese vielmehr: Auch bei Zugrundelegung dieser Interpretation einer „weichen“ 6%-Grenze hätte der Gesetzgeber ein zur Zielerreichung völlig ungeeignetes Mittel vorgesehen. Ein Richtwert, der schon jetzt – wie im Anlassfall der Daten-CDs – um das Vier- bzw Fünffache überschritten werden muss, um das vom (europäischen) Gesetzgeber vorgegebene Ziel des gerechten Ausgleichs zu erreichen, und dessen Maßgeblichkeit auch in Zukunft nicht erwartet werden kann, ist unsachlich.

Anmerkung:

1. *Fischer*⁵⁾, *Forgó*⁶⁾ und *Walter*⁷⁾ haben dieses Erk des VfGH bereits aus urheber- und unionsrechtlicher sowie aus rechtsvergleichender Sicht zustimmend kommentiert. Hier sollen einige verfassungsrechtliche Aspekte die Gesamtschau vervollständigen.

2. Die Urh-Nov 2015 war durch ein bemerkenswertes, aber nicht vorbildliches Gesetzgebungsverfahren gekennzeichnet: Nach einem vom BMJ vorgelegten Arbeitspapier vom November 2012 wurde im Juni 2015 der davon deutlich abweichende Ministerialentwurf mit einer „Begutachtungsfrist“ von zehn Tagen (darunter ein Feiertag) versendet und die RV bereits vier Tage nach deren Ablauf unverändert⁸⁾ beschlossen.⁹⁾ 103 Stellungnahmen zum Entwurf wurden abgegeben¹⁰⁾, aber nicht weiter beachtet. Eine inhaltliche Behandlung im Justizausschuss fand infolge eines Fristsetzungsantrags nicht statt und die RV wurde unverändert vom Plenum des Nationalrats beschlossen.

Bemerkenswert war die Kumulation fragwürdiger Vorgänge: Die Verlagerung des politischen Entscheidungsprozesses in eine intransparente Vorbegutachtungsphase und von Teilen des legislativen Prozesses in Ministerkabinette; die teilweise Umgehung einer klassischen Domäne der bewährten Ministerialbürokratie (Umsetzung von politischen Interessen und

von Sachverstand in einen handwerklich einwandfreien Gesetzesentwurf); ein extremer Lobbying-Aufwand und unüblich viele Interventionen.¹¹⁾ Angesichts der Sinnlosigkeit derartiger Scheinbegutachtungen sind begutachtungsfreie Initiativanträge zumindest ehrlicher.

Unbeachtet blieben daher zwangsläufig auch die gegenüber einigen Bestimmungen der Urh-Nov 2015 geäußerten, teils massiven verfassungsrechtlichen Bedenken, in deren Zentrum die nunmehr aufgehobene Bestimmung stand.

3. Aufgrund der „Konstitutionalisierung der Rechtsordnung“¹²⁾ herrscht auch im Bereich des Urheber-

5) Entscheidungsanmerkung MR-Int 2019, 28..
 6) Von Leerkassettenvergütungen, Speichermedienabgaben, Clouds und Streamingdiensten, ZUM 2019, 424.
 7) Entscheidungsanmerkung MR 2019, 24f.
 8) Mit Ausnahme des Entfalls des Leistungsschutzrechts der Zeitungsverleger.
 9) www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00132/index.shtml (Stand 3. 4. 2019).
 10) www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00132/index.shtml#tab-Stellungnahmen (Stand 3. 4. 2019).
 11) *Bammer*, Der Gesetzgebungsprozess der Urheberrechts-Novelle 2015: Vorbild oder Demokratiever sagen? Vortrag bei der ALAI-Vortrags- und Diskussionsveranstaltung am 10. 12. 2015, Juridicum Wien.
 12) *Bethge* in *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte III (2009) Rz 18.



berrechts eine starke Sensibilität für Verfassungs- und Grundrechtsfragen.¹³⁾ Die mit dem Urheberrecht verbundenen Grundrechtsfragen betreffen nicht nur in Österreich seit jeher va zwei Themenbereiche:¹⁴⁾ zum einen das Spannungsverhältnis zwischen Meinungsäußerungs- und Kunstfreiheit auf der einen und dem Urheberrecht auf der anderen Seite;¹⁵⁾ zum anderen jenes zwischen der (auch das Urheberrecht umfassenden¹⁶⁾) Eigentumsgarantie und den im öffentlichen Interesse liegenden Schranken des Urheberrechts.¹⁷⁾ Hingegen spielten Gleichheitsfragen im Zusammenhang mit dem Urheberrecht bisher keine besondere Rolle.¹⁸⁾

4. Durch einen Parteiantrag auf Normenkontrolle kann eine Verfahrenspartei in Österreich nur überprüfen lassen, ob sie durch eine angewendete generelle Norm in ihren Rechten verletzt wurde – anders als in Deutschland aber nicht, ob eine vom ordentlichen Gericht vorgenommene Abwägung zwischen Urheberrecht und Grundrecht rechtsrichtig erfolgt ist. Angesichts der methodisch teils fragwürdigen Bereitschaft der Höchstgerichte, Gesetze selbst durch die Berichtigung ihres Wortlauts verfassungskonform zu interpretieren¹⁹⁾, ist schwer einzuschätzen, wann Parteianträge an den VfGH auch formell durch Aufhebung der angefochtenen Norm erfolgreich sein werden und wann diese – für die ASt im Ergebnis materiell gleichwertig – unter Hinweis auf die vorzunehmende verfassungskonforme Interpretation abgewiesen werden.

Da die Legitimation für einen Parteiantrag auf Normenkontrolle seit 2016 nicht auf den Rechtsmittelwerber beschränkt ist,²⁰⁾ sind zulässige Individualanträge gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG im Bereich des Ur-

heberrechts kaum vorstellbar.²¹⁾ Da die entscheidende Phase urheberrechtlicher Streitigkeiten allerdings oft im Provisorialverfahren stattfindet und dort Parteianträge auf Normenkontrolle unzulässig sind, kann die Klärung der Verfassungskonformität der präjudizialen Bestimmungen des UrhG lange dauern oder sie unterbleibt vorerst (etwa infolge eines Vergleichsabschlusses oder mangels Bekämpfung des Ersturteils).²²⁾

Das Ausgangsverfahren wurde mittlerweile rechtskräftig klagsstattgebend entschieden.²³⁾ Offene Fragen betreffend § 116 Abs 11 UrhG – durch den in seiner Interpretation durch den VfGH nur ein Richtwert vorgegeben wird, bei dessen Erreichen kein subjektives Recht eines Unternehmens auf Verweigerung der Zahlung der Vergütung entsteht – können daher in diesem Verfahren nicht an den EuGH herangetragen werden.

5. Der VfGH begründet die Aufhebung der angefochtenen Deckelung der SMV mit 6% des Preisniveaus für Speichermedien ausschließlich mit der Verletzung des aus dem Gleichheitssatz abgeleiteten allgemeinen Sachlichkeitsgebots, ohne Überlegungen zu der von der ASt gleichfalls herangezogenen Eigentumsgarantie anzustellen: Das System des § 42 b Abs 4 Z 1 bis 9 UrhG dient der Bemessung des gerechten Ausgleichs iSd Art 5 Abs 2 lit b der InfoRL – der gerechte Ausgleich ist das Ziel, die Bedachtnahme insb auf die in Z 1 bis 9 leg cit angeführten Umstände ist das Mittel zur Zielerreichung. Die dazu eingesetzten Mittel müssen bei der Sachlichkeitsprüfung anhand des Gleichheitssatzes – wie beim zweiten von vier Schritten der Verhältnismäßigkeitsprüfung²⁴⁾ – geeignet sein, dieses Ziel auch tatsächlich zu erreichen.²⁵⁾ Da die Anwendung der 6%-Grenze aber dazu führt, dass das System des § 42 b Abs 4 UrhG aus dem Gleichgewicht gerät, weil die meisten seiner sonstigen (verbalen) Kriterien von der (ziffernmäßigen) Prozentgrenze ausgeschaltet werden, kann das unionsrechtlich gebotene Ziel – die angemessene Vergütung der Urheber



13) Der VfGH steht hier weiterhin einer selbstbewussten jüngeren Rsp des OGH gegenüber, die davon ausgeht, dass dem Urheberrecht als grundrechtlich geschütztem geistigen Eigentum auch andere grundrechtlich geschützte öffentliche Interessen entgegenstehen können, die in ganz bestimmten Einzelfällen Eingriffe rechtfertigen können, für die im Urheberrecht keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht; dazu mwN *Bammer*, *Zwei Verfassungsgerichte und das Urheberrecht*, in *Adamovich/Funk/K. Holzinger/Frank*, FS für Gerhart Holzinger (2017) 87 (100).

14) Siehe dazu näher *Bammer*, *Zwei Verfassungsgerichte und das Urheberrecht*, in *Adamovich/Funk/K. Holzinger/Frank* (Hrsg), FS für Gerhart Holzinger (2017) 87 (89f mwN).

15) BVerfG 29. 6. 2000, 1 BvR 825/98, *Germania 3*; OGH 12. 6. 2001, 4 Ob 127/01 g, *Medienprofessor*; BVerfG 31. 5. 2016, 1 BvR 1585/13, *Sampling*; *Bammer*, Die Grundrechte in der Rechtsprechung der Zivilgerichte, in *ÖJK* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes, Band 26, 2005, 63; *Bammer*, *Zwei Sekunden, zwei Takte, kein Ende*, MR-Int 2016, 50; *Kucsko-Stadlmayer*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Urheberrechts, in *Kucsko/Handig* (Hrsg), *urheber.recht*² (2017) 795ff; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht – Handbuch I. Teil (2008) Rz 61 ff; *Wittreck in Dreier* (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar³ (2013) Art 5 III (Kunst) Rz 63.

16) *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar³ (2009) Art 1 1. ZP Rz 6 mwN; *Öhlinger*, Die Benützung von nicht legalen Vorlagen bei der Herstellung digitaler Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch aus verfassungsrechtlicher Sicht, ÖSGRUM VIII (2005) 141 (143).

17) *Meilchar/Stieper in Schrickler/Loewenheim* (Hrsg), *Urheberrecht*⁵ (2017) Vorbem § 44 a ff Rz 14 ff; *Walter*, Handbuch Rz 69 ff.

18) Siehe aber näher *Walter*, Handbuch Rz 73f; weiters BVerfGE 81, 208, *Bob Dylan* („Es ist mit der Eigentumsгарantie und dem Gleichheitssatz vereinbar, ausländischen Interpreten für Auslandsdarbietungen Inlandsschutz nur bei verbürgter Gegenseitigkeit zu gewähren.“). Siehe auch VfSlg 18.420, wonach die „cessio legis“-Regel des § 38 Abs 1 öUrhG nicht gleichheitswidrig ist.

19) ZB VfSlg 12.501; OGH 16. 5. 2006, 5 Ob 70/06i. Siehe *Schulev-Steindl*, Drittwirkung und Fiskalgeltung, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 6 Rz 22f mwN.

20) VfGH 3. 10. 2016, G 254/2016.

21) Zuletzt VfGH 29. 11. 2017, G 282/2016, V 54/2016: Zurückweisung der Individualanträge einer Verwertungsgesellschaft auf Aufhebung von Bestimmungen einer – als Verordnung zu qualifizierenden – Satzung des Urheberrechtssenats wegen Zumutbarkeit der Anrufung eines ordentlichen Gerichts sowie von Bestimmungen des UrhG mangels Darlegung eines unmittelbaren Eingriffs in die Rechtssphäre der ASt: „Mit der zumutbaren Anrufung der ordentlichen Gerichte stünde es der [ASt] nämlich einerseits offen, ihre verfassungsrechtlichen Bedenken an das Gericht heranzutragen und die Einleitung eines Verfahrens nach Art 139 Abs 1 Z 1 B-VG anzuregen sowie andererseits aus Anlass eines Rechtsmittels gegen die gerichtliche Entscheidung erster Instanz selbst einen Antrag nach Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG an den VfGH zu stellen. Soweit sich Anträge im vorliegenden Verfahren auf Bestimmungen beziehen, die in einem solchen zivilgerichtlichen Verfahren präjudiziell wären, bildet die zumutbare Einleitung eines solchen Verfahrens einen Weg, der der Zulässigkeit des Verordnungsprüfungsantrags im vorliegenden Verfahren vor dem VfGH entgegensteht.“

22) VfGH 14. 10. 2016, G 217/2016, *Schockbilder*: Zurückweisung eines Parteiantrags auf Aufhebung des § 78 UrhG infolge Unzulässigkeit des aus Anlass eines Verfahrens betreffend eine EV gemäß den Bestimmungen der EO gestellten Antrags (§ 62 a Abs 1 Z 9 VfGG). Nachdem der Antrag auf Erlassung einer EV auch vor dem OGH gescheitert war (30. 1. 2017, 6 Ob 2/17 p), blieb das klagsabweisende Ersturteil im Hauptverfahren unbekämpft (HG Wien 26. 5. 2018, 30 Cg 23/16h).

23) OLG Wien 23. 1. 2019, 15 R 188/17b.

24) Legitimes Ziel; Eignung des Mittels; Erforderlichkeit des Mittels; Adäquanz; näher zB *Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz 266ff (271).

25) *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 765.



über das Instrument der SMV – nicht erreicht werden. Die konkrete (und wohl auch jede andere, iSe Deckelung niedrige) Prozentgrenze ist damit zur Erreichung des vorgegebenen Ziels – des gerechten Ausgleichs – nicht nur völlig ungeeignet, sie blockiert vielmehr den Weg dorthin.

Da gerade im Bereich des Urheberrechts zahlreiche Ziele unionsrechtlich weitgehend determiniert sind – und damit der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers diesbezüglich gering ist –, wird sich hier die Sachlichkeitsprüfung im Ergebnis

oft auf die Prüfung der Eignung der normierten Mittel konzentrieren. Ob dies die Interessenvertreter bei einer allfälligen, vielleicht wieder intransparenten Vorbegutachtungsphase einer Urh-Nov 2020 oder 2021 bedenken daher auch verfassungsrechtlichen Rat einholen und diesen berücksichtigen werden?

*Armin Bammer, Rechtsanwalt,
Bammer, Mayer & Treu Rechtsanwälte, Wien*