

medien^{NO}recht

Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht

7-8/18

MEDIENRECHT **Zur Substituierbarkeit der Einwilligung in die Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Straf- und Medienrecht**

Peter Zöchbauer

Kosten im Medienverfahren – Zwischenverfahren vor dem VfGH

Vorwurf einer gerichtlich strafbaren Handlung

Sudelfeder: Link auf eine Website mit strafbarem Inhalt

PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ **Judas:** Pressefreiheit – Grenzen journalistischer Berichterstattung

Wohllollen des Chefredakteurs: Widerruf – gleicher Veröffentlichungswert

DATENSCHUTZRECHT Einwilligung zu Cookies als Voraussetzung für die Nutzung einer Website

URHEBERRECHT **Widerstreitende Druckprivilegien vor dem Reichshofrat – Ein erfolgreicher Vergleich vor dem Frankfurter Bücherkommissar im Jahre 1744**

Thomas Gergen

Fotos auf Schweizer Website: Gerichtsstand des Schadensorts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet

PATENTRECHT **Spritzpistole:** Verjährung patentrechtlicher Ansprüche

WETTBEWERBSRECHT **Ohne Gefahrenbescheinigung:** Einstweilige Verfügungen – Gefahrenbescheinigung

Aggressive Geschäftspraktiken – SIM-Karte mit vorinstallierten Funktionen – Subsidiarität der UGP-RL

TELEKOMMUNIKATIONSRECHT Werbeanrufe – Voraussetzungen einer Einwilligung

Verizon Austria gg TKK: Zusammenschaltung – Entgeltfestsetzung

ABGABENRECHT **Umsatzsteuerliche Aufteilung eines Pauschalpreises für ein Zeitungsabonnement samt Vignette**

Elisabeth Kendler/Hartwig Reinold

die „dargelegte Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Revisionsfall nicht stellt, weil sich aus den Bestimmungen, welche das Finanzamt für seinen Standpunkt ins Treffen führt (...), nicht ergibt, dass der mit Verordnung festgelegte Preis einer Jahres-Vignette für Personenkraftwagen bis 3,5 Tonnen auch im Falle der Weiterveräußerung einer (bei der ASFINAG oder deren Vertriebspartner erworbenen) Jahres-Vignette gilt.“²⁴⁾

Ergänzend weist Zorn²⁵⁾ darauf hin, dass die Rechtsfrage, wie ein Pauschalentgelt auf mehrere Einzelleistungen aufgeteilt werden muss (nämlich idR im Verhältnis der Einzelverkaufspreise, wenn ein Abnehmer typischerweise an allen Leistungselementen Interesse hat) durch die Rsp bereits geklärt ist. Im von Zorn angesprochenen VwGH-Erkenntnis (20.12.2016, Ro 2014/15/0039)²⁶⁾ ging es um die Aufteilung des Pauschalentgeltes für Menüs (Speisen und Getränke) einer Fast-food-Kette. Darin bringt der VwGH mit Verweis auf die EuGH-Rsp²⁷⁾ zum Ausdruck, dass im Gastronomiebe-

reich für die Kostenmethode offenbar kein Spielraum verbleibt und eine Aufteilung im Verhältnis der Einzelverkaufspreise zu erfolgen hat, weil die Marktwertmethode „aus sich heraus gegenüber der auf die tatsächlichen Kosten gestützten Methode den Vorteil der Einfachheit bietet.“

4. Zusammenfassung

Bei Zeitungsabonnements ist nach der VwGH-Rsp zu differenzieren, ob ein Artikel mit dem Abonnement (freiwillig und zusätzlich) zu einem günstigen Preis erworben werden kann oder ob ein Artikel als Zugabe – bei gleichbleibendem Preis – dem Abonnement beigelegt wird. Als Entgelt für den Erwerb eines zusätzlichen Artikels ist der (allenfalls) nicht kostendeckende Preis entsprechend der Preisvereinbarung mit dem Kunden anzusetzen; mit anderen Worten fehlt es an der Notwendigkeit eine Aufteilung vorzunehmen, wenn umsatzsteuerlich anzuerkennende Einzelpreisvereinbarungen vorliegen (diesfalls fehlt es bereits an einem Pauschalpreis). Bei Gratiszugabe erfolgt die Aufteilung eines Pauschalpreises nach dem Verhältnis der Einzelverkaufspreise. Für den Fall einer Vignette als Gratiszugabe wird sich wohl anbieten, den offiziellen Marktpreis laut Vignettenpreisverordnung als Messgröße heranzuziehen.

24) Vgl dazu auch ausführlich Zimprich, Umsatzsteuerliche Aufteilung bei Zeitungsabonnement mit Autobahnvignette als Zugabe, SWK 2018, 1533 (1535f).

25) Vgl Zorn, RdW 2018, 739 mit Verweis auf Zorn, Aufteilung des Pauschalpreises auf verschiedene Umsatzsteuersätze, RdW 2017, 171.

26) Vgl auch Tratleher, Entgeltaufteilung pauschaler Menüpreise im Gastronomiebereich, SWK 2017, 382.

27) EuGH 6.10.2005, C-291/03, *My Travel*.

Literatur

UrhG-Kommentar

Dreier/Schulze, **Urheberrechtsgesetz**. Kommentar, 6. Auflage, XXIX, 2.625 Seiten. Verlag C.H. Beck, EUR 179,-, ISBN 978-3-406-71266-1

Nunmehr liegt mit der 6. Auflage des Dreier/Schulze ein topaktuelles Kommentarwerk zum Urheberrecht vor. Es werden das Urheberrechtsgesetz (2.092 Seiten), das Verwertungsgesellschaftsgesetz (282 Seiten), das KUG, die Verordnung 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Internetdiensten im Binnenmarkt sowie das Nebenurheberrecht kommentiert. Den Abschluss bildet das Sachverzeichnis.

Ein absolutes Highlight bildet die Kommentierung des Nebenurheberrechts. Darin werden nicht im UrhG und im VGG enthaltene Vorschriften erläutert. Dazu gehören die §§ 60a und 21 des DNBG, § 29a PatG, Normen mit Bezug zum Urheberrecht aus dem Informationsfreiheitsgesetz, dem Verbraucherinformationsgesetz, dem Umweltinformationsgesetz sowie dem Kulturgutschutzgesetz.

Es liegt auf der Hand, sich zuerst mit den neuen gesetzlichen Regelungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen (§§ 60a bis 60h) zu beschäftigen, wobei diese Regelungen gemäß § 142 Abs 2 UrhG allerdings nur bis zum 28.03.2023 anwendbar sind.

Es stimmt nachdenklich, wenn der Gesetzgeber zeitlich befristete Regelungen trifft. Mit dem Gesetz zur Regelung in der Informationsgesellschaft vom 10.09.2003

wurde § 52a UrhG geschaffen. § 52a UrhG sollte nur bis zum 31.12.2006 gelten (§ 137k UrhG a.F.). Die Anwendungszeit dieser Norm wurde dann erst bis 2008 und anschließend bis 2012 verlängert. Nach einer weiteren Verlängerung bis zum 31.12.2014 erfolgte dann die Aufhebung von § 137k UrhG.

Nachdem sich offensichtlich die Idee der Befristung nicht bewährt hat, weil die Befristung letzten Endes aufgehoben wurde, stellt sich die Frage, warum diese Praxis mit § 142 UrhG fortgesetzt wird.

Im Zusammenhang mit dem Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG) wurde in § 52 Abs 1 Satz 3 UrhG die Bezugnahme auf Schulveranstaltungen gestrichen. § 52 Abs 3 UrhG, wonach u. a. die öffentliche Vorführung eines Filmwerkes nur mit der Einwilligung des Berechtigten zulässig ist, gilt unverändert. Daraus ergeben sich folgende Schlussfolgerungen:

Die Nutzung von Werken im Rahmen von Schulveranstaltungen wird durch die §§ 60a ff UrhG geregelt. Die Schranken-Schranke des § 52 Abs 3 UrhG wird durch eine weitere Regelung, nämlich § 60a UrhG eingeschränkt, weil nunmehr auch 15% eines Filmwerkes genutzt werden können.

Allen weiteren Überlegungen kann man voranstellen, dass der Gesetzgeber bisher zwischen Schulveranstaltungen im Sinn von § 52 Abs 1 UrhG a.F. und der Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, wie zB in § 52a Abs 1 Ziff 1 a.F. unterschieden hat. Da durch das UrhWissG geregelt worden ist, welche Nutzungshandlungen im

Bereich Bildung und Wissenschaft (§ 53 Rn. 3b) zulässig sind, liegt es auf der Hand, dass es um die Werknutzung in Unterricht und Lehre geht. Das ergibt sich aus der Überschrift des 4. Unterabschnitts „Gesetzlich erlaubte Nutzung für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen“ sowie aus § 60a UrhG, der „Unterricht und Lehre“ regelt. Aus § 60a Abs 1 Ziff 3 UrhG kann man die Schlussfolgerung ziehen, dass es nicht nur um Schulunterricht und Lehrveranstaltungen sowie Prüfungen, sondern auch um die Präsentation des Unterrichts, d. h. von Unterrichts- und Lernergebnissen in Bildungseinrichtungen geht, also Schulveranstaltungen. Es scheint logisch, dass mit dem UrhWissG Nutzungsbefugnisse in Unterricht und Lehre zusammengefasst werden sollen (§ 60a Rn 2). Die vorgenannten Aspekte lassen die Schlussfolgerung zu, dass Schulunterricht urheberrechtlich relevant ist und die Werknutzung innerhalb des Unterrichts sowie für Prüfungs- und Präsentationszwecke einer gesetzlichen Regelung bedurfte. *Dreier* schreibt dazu unter § 60a Rn 6:

„Dagegen sind die Zugänglichmachung und ganz allgemein sämtliche Wiedergaben von Werken, die an Gruppen gerichtet sind, die keine Öffentlichkeit bilden, gemäß § 15 Abs. 3 nicht öffentlich und daher vom Ausschließlichkeitsrecht der Rechteinhaber von vornherein nicht erfasst. Der Referentenentwurf des UrhWissG nannte hier noch Schulklassen und andere kleine, regelmäßig zusammen unterrichtete Gruppen, z. B. Referendare in einer Seminargruppe während des Lehramtsreferendariats (S. 35). Im Regierungsentwurf war diese Passage nicht mehr enthalten, vermutlich weil es hinsichtlich der Frage, ob die Wiedergabe an eine Öffentlichkeit letztlich der Entscheidung der Gerichte in jedem Einzelfall vorbehalten bleiben muss.“

Das muss man sich einmal auf der Zunge zergehen lassen. Mit dem UrhWissG sollten die Schrankenregelungen für Unterricht und Lehre sowohl zusammengefasst als auch vereinheitlicht werden. *Dreier* zieht daraus die Schlussfolgerung, dass die Entscheidung der Gerichte in jedem Einzelfall vorbehalten bleiben muss. Greift man diesen Gedanken auf, dann weiß der Lehrer, der mehr als 15 % eines Werkes im Unterricht nutzt, erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des gerichtlichen Verfahrens, ob sein Handeln unter zivilrechtlichen und strafrechtlichen Gesichtspunkten eine Rechtsverletzung darstellt. Das impliziert auch, dass der Gesetzgeber mit dem UrhWissG nichts vereinfacht und zusammengefasst hat, sondern es im Einzelfall immer einer Entscheidung der Gerichte bedarf.

Das kann vom Ergebnis nicht richtig sein. In Anbetracht des Umstandes, dass die zitierte Passage aus dem Referentenentwurf im Regierungsentwurf nicht mehr enthalten war, hätte *Dreier* problemlos die Schlussfolgerung ziehen können, dass Schulunterricht urheberrechtlich relevant und damit öffentlich ist. Es nützt dem Leser eines Urheberrechtskommentars wenig, wenn der Kommentator Dokumente zitiert, ohne seine eigene Meinung bzw. die eigene Erfahrung einfließen zu lassen.

Was *Dreier* in Bezug auf die aktuelle Gesetzgebung offen lässt, beantwortet *Luisa Specht*, Professorin an der Universität Bonn, in Bezug auf § 22 KUG. Die wichtige Frage nach dem Verhältnis, insbesondere von § 23 KUG zur DSGVO beantwortet *Specht*, indem sie auf Art 85 DSGVO, die Verarbeitung und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit verweist (vor § 22, Rn 6a). Die Erläuterung ergibt sich aus EG 153. Eine entsprechende Ent-

scheidung ist auch bereits durch das OLG Köln ergangen (Beschluss vom 18.06.2018, AZ: 15 W 27/18).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass mit dem *Dreier/Schulze* ein aktueller Kommentar vorliegt, den jeder Urheberrechtler im Regal stehen haben muss.

Dr. Stefan Haupt, Rechtsanwalt in Berlin
www.haupt-rechtsanwaelte.de

Schadensersatz im Immaterialgüterrecht

Adrian Kleinheyer, Schadensersatz im Immaterialgüterrecht: Die Bestimmung des Verletzergewinns. Baden-Baden: Nomos, 2017. 213 S. ISBN 978-3-8487-4259-2, € 59.

Die wichtigsten Kernfragen des Immaterialgüterrechts werden in dieser stringenten Arbeit, einer Dresdener Dissertation (Betreuer: *Horst-Peter Götting*), neu untersucht. Sie stellt die Systematik des immaterialgüterrechtlichen Schadensersatzanspruchs und die Schritte zur Bestimmung des Gewinns dar, insbes die Kriterien der Rechtsprechung und den Meinungsstand in der Literatur.

Schritt 1: Verletzergewinn nach Erlös, abzugsfähige Kosten, Gemeinkostenanteilsurteil (BGH), damit der Verletzer sich nicht mehr „arm rechnen“ darf, neue Tendenz zur Berücksichtigung niedriger Preise des Verletzerprodukts und besonderer Vertriebsbemühungen des Verletzers (BGH GRUR 2012,1227 – Flaschenträger). *Schritt 2:* Verletzungsgewinn: hier greift der Verf. sehr aufschlussreich und innovativ auf die Verhaltensökonomie bei Kaufentscheidungen zurück, um die sehr differenzierte Kritik am BGH systematisch-sachlich-wissenschaftlich zu untermauern oder auch Ergebnisse der Judikatur besser zu begründen. Seine ungemein eindringliche und überzeugende Analyse der Rechtsprechung insbes pro und contra „Kausalitätsabschlag“ ist von wesentlicher dogmatischer wie praktischer Bedeutung. Die differenzierenden Ergebnisse werden wohl die geltende Judikatur in Teilen verändern. Die komplexe Kritik bezieht auch das Problem der Verletzung von Betriebsgeheimnissen und einer Neuerung, eines „revolutionären Schutzrechts“, mit ein. Die rechtliche Beurteilung ist danach abhängig davon, wie sich die Kaufentscheidung für das Verletzungsprodukt darstellt, nicht nur im Vergleich zum Original, sondern auch zu allen Alternativen und Kaufanreizen aus der Sicht des Käufers. Die differenzierte Betrachtungsweise hat für verletzte Qualitäts- und Prestigemarken Bedeutung wie für die Frage, ob Anspruch auf vollständigen Verletzergewinn gegeben ist, etwa bei 3D-Marken oder Parallelimporten von Arzneimitteln. Das Verletzerverhalten und sein Verschuldensgrad sind nicht zu berücksichtigen.

Die vorbildliche, hier gar nicht auszuschöpfende Arbeit, die Über- und Unterkompensation vermeiden hilft, ist von unschätzbare Bedeutung für künftige immaterialgüterrechtliche Schadensfälle aller Bereiche. Neben dem dogmatischen Gewinn werden Gerichte und Opfer von Verletzungsfällen auch an der sehr nützlichen Auflistung der Urteile gewiss auch erhebliche monetäre Vorteile genießen können.

Prof. Dr. jur. Albrecht Götz von Olenhusen,
Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf