

STELLUNGNAHME

Von: Prof. Dr. Jan Hegemann

Datum: 05. Juli 2016

Betreff: Zum Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung, Drucksache 18/8625

A. Einleitung

Der „Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchführung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung“ (im Folgenden „**Regierungsentwurf**“ oder „**UrhG-RegE**“) verfolgt das Ziel, Störungen in der Verhandlungsparität zwischen Kreativen und Verwertern zu beseitigen und eine angemessene Vergütung der Kreativen für die Nutzung ihrer Werke sicher zu stellen. Die Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drs. 18/8625) betont aber auch, dass die Reform kein Grundeinkommen für Kreative garantieren kann und will. Die marktunabhängige Förderung von Kunst und Kultur sei Sache der öffentlichen Kulturförderung bzw. des privaten Mäzenentums. Die soziale Absicherung leisten Institutionen wie beispielsweise die Künstlersozialkasse. Zu ergänzen wäre, dass es dem nationalen Gesetzgeber auch europarechtlich versagt wäre, als angemessen erkannte Vergütungen gesetzlich vorzuschreiben. Dies ginge nur im Rahmen gesetzlich normierter Vergütungsordnungen (wie beispielsweise RVG, HOAI o.ä., vgl. dazu Thomas, Kurzstellungnahme zur kartellrechtlichen Bewertung der Vorschriften über gemeinsame Vergütungsregeln im RegE zur Novelle des Urhebervertragsrechts 2016, S. 3).

Der jetzt vorliegende Regierungsentwurf erfüllt die Zielsetzung weitgehend und korrigiert richtigerweise Vorschläge des Referentenentwurfes, die Fehlanreize gesetzt und die letztlich auch für den wirtschaftlichen Erfolg der Urheber notwendige wirtschaftliche Verwertung von Werken durch Dritte gefährdet hätten.

Da es ausdrücklich nicht das Ziel des Gesetzgebers ist, Urhebern ein sozial angemessenes Grundeinkommen zu verschaffen, ist die angemessene Vergütung stets im Verhältnis zur Verwertung des konkreten Werkes zu ermitteln. Überlegungen, wie aktuell in der Stellungnahme des Deutschen Journalistenverbandes zum Regierungsentwurf vom 1. Juli 2016, die mit Einkommensvergleichen operieren, sind deshalb problema-

tisch: Ihnen fehlt die zur Ermittlung der Angemessenheit notwendige Bezugsgröße, nämlich der aus der Verwertung gezogene Ertrag.

Auch die Erwartung, dass etwa eine online-Nutzung von Werken zusätzlich zur traditionellen Print-Verwertung auch zusätzliche Einkünfte von Journalisten generieren muss, dürfte wirtschaftlich in der Regel verfehlt sein. Jedenfalls im Bereich der Zeitungen und Zeitschriften handelt es sich bei der Online-Verwertung entweder um ein bloßes Substitut der Print-Verwertung oder um Zusatzangebote, mit denen die Verlage ihre Printtitel vermarkten, ohne damit aber nennenswerte zusätzliche Erlöse zu erzielen. Während die Online-Nutzung zunimmt, sinken die Auflagen der Printprodukte. Wer einen Artikel online liest, liest ihn nicht noch einmal im Druck. Die Mehrfachverwertung (print und online) kann zwar, muss aber nicht notwendig zu einer Erhöhung der angemessenen Vergütung führen.

Richtig ist deshalb der Ansatz des Regierungsentwurfs, gesetzliche Mechanismen zu schaffen, die die Bildung und die Durchsetzung einer angemessenen Vergütung für die Verwertung urheberrechtsschutzfähiger Werke erleichtern. Dabei bleibt aber zu beachten, dass es sich hierbei um einen Vorgang der Preisbildung in einem überwiegend von hohem Wettbewerbsdruck geprägten Markt handelt. Mechanismen, die das Werk im Verhältnis zu den allgemeinen Marktbedingungen unverhältnismäßig verteuern, werden letztlich auch den Kreativen schaden. Dies vorausgeschickt, nehme ich zu dem Regierungsentwurf wie folgt Stellung:

B. Ergebnisse

1. Die Regelungen zur Angemessenheit der Vergütung

- Die Angemessenheit der Vergütung soll die Beteiligung des Urhebers an den Erträgen der Verwertung seines Werkes sicherstellen, nicht aber ein sozial angemessenes Grundeinkommen für Kreative garantieren.
- Eine Regel, wonach eine Vergütung nur dann angemessen ist, wenn der Urheber für mehrfache Nutzungen desselben Werkes Anspruch auf jeweils gesonderte Vergütung hat, begründet einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Vertragsparität von Verwertern und Urhebern, indem sie absatzbezogene Erlösbeteiligung als gesetzliches Leitbild etabliert.
- Eine Pauschalvergütung muss sich schon heute an den in § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG genannten Kriterien für eine angemessene Vergütung messen lassen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob ein Werk wiederholt genutzt

wird. Einer Ergänzung des Kriterienkatalogs um das Merkmal der „Häufigkeit“ bedarf es nicht.

2. **Der gesetzliche Auskunftsanspruch des Urhebers**

- Der Auskunftsanspruch des § 32d UrhG-RegE tritt neben den richterrechtlich entwickelten Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung, der seine Grundlage in §§ 242, 259 BGB hat und der Vorbereitung von Vertragsanpassungsansprüchen nach §§ 32 ff. UrhG dient.
- Da der Urheber gem. § 32d UrhG-RegE Auskunft verlangen kann, ohne Anhaltspunkte für eine Unangemessenheit bzw. ein auffälliges Missverhältnis zwischen seiner Vergütung und den Erträgen aus der Nutzung seines Werkes vortragen zu müssen, drohen eine unverhältnismäßige Belastung des Vertragspartners und ein Missbrauch des Rechtsbehelfs. § 32d UrhG-RegE sieht daher zu Recht eine persönliche, gegenständliche und zeitliche Beschränkung der Auskunftsberechtigung vor.
- Arbeitnehmer sind vom Anwendungsbereich der Vorschrift auszunehmen.

3. **Das Zweitverwertungsrecht des Urhebers**

- Sowohl das noch im Referentenentwurf vorgesehene Rückrufsrecht des Urhebers als auch die Normierung eines Zweitverwertungsrechts im Regierungsentwurf (§ 40a UrhG-RegE) führen zu einer empfindlichen Störung der Vertragsparität von Verwerter und Urheber, die sich zulasten von Verwertern und Urhebern auswirkt.
- Die Vorschrift ist ersatzlos zu streichen.

4. **Das Verbandsklagerecht**

- Es bestehen erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Verbandsklagerechts und seiner Vereinbarkeit mit europäischem Kartellrecht.
- Ein „Blacklisting“ von Urheber ist nicht belegt und damit zur Rechtfertigung einer weitreichenden Verbandsklage zur Durchsetzung und Überprüfung gemeinsamer Vergütungsregeln ungeeignet.

C. Im Einzelnen

I. Anspruch auf angemessene Vergütung

§ 32 Abs. 2 UrhG-RegE sieht vor, dass die aktuelle Regelung zur Angemessenheit der Vergütung des Urhebers um das Kriterium der „Häufigkeit“ ergänzt wird. Die im Referentenentwurf vorgenommene Ergänzung der Regelung um einen Satz 3, wonach eine Vergütung des Urhebers *„in der Regel nur dann angemessen [sei], wenn der Urheber für mehrfache Nutzungen desselben Werkes Anspruch auf jeweils gesonderte Vergütung hat“* wurde gestrichen. Dabei sollte es bleiben:

1. Grundsatz der Angemessenheit der Vergütung

§ 32 UrhG soll die auch verfassungsrechtlich gebotene angemessene Vergütung des Urhebers für jede Art der Werknutzung sicherstellen (ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2013, Az. 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46, 47 – Übersetzerhonorare; BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012, Az. I ZR 162/11, GRUR 2013, 717, 719 – Covermount; Czychowski, in: Fromm/Nordmann, Urheberrecht, 11. Auflage, § 32 Rn. 8).

Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Vergütung ist gem. § 32 Abs. 2 Satz 1 UrhG zunächst zu fragen, ob es gemeinsame Vergütungsregelungen gibt. Sind diese wirksam zustande gekommen, gilt die dort festgelegte Vergütung als angemessen. Fehlen gemeinsame Vergütungsregelungen ist die Angemessenheit der Vergütung unter Rückgriff auf die in § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG genannten Kriterien festzustellen, wobei zunächst die branchenübliche Vergütung festzustellen und diese Vergütung dann unter Berücksichtigung der **„Art und des Umfangs“ der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit** auf ihre Angemessenheit zu überprüfen ist. Gemeint sind damit u.a. die erfassten Nutzungsarten, die Frage der Exklusivität der Rechteeinräumung (einfache oder ausschließliche Nutzungsrechte), die räumliche Reichweite, die Häufigkeit und die Dauer der vertraglich festgelegten Nutzung. Aber auch weitere Kriterien, wie z.B. die getätigten Investitionen, das Risiko einer erfolglosen Auswertung des Werkes sowie die voraussichtlich zu erzielenden Einnahmen sind in eine umfassende Güter- und Interessensabwägung einzustellen (Czychowski, in: Fromm/Nordmann, a.a.O., § 32 Rn. 53 ff.; BT-Drs. 14/6433, S. 14).

Die Bezugnahme auf „Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit“ zur Ermittlung der angemessenen Vergütung erfasst deshalb grundsätzlich alle denkbaren Nutzungen. Unter diesem Begriff sind auch Mehrfachnutzungen zur Bemessung der Vergütung heranzuziehen, wenn sie wertsteigernde Bedeutung haben. Hingegen muss die mehrfache Nutzung desselben Werkes für die angemessene Vergütung unbeachtlich bleiben, wo sie aus

Sicht des Werknutzers tatsächlich keinen zusätzlichen wirtschaftlichen Ertrag erbringt. Das ist zum Beispiel bei Zeitungen und Zeitschriften der Fall, wenn die Nutzung des gedruckten Mediums durch die Nutzung des digitalen Angebotes lediglich substituiert wird. Wo hingegen durch die mehrfache Nutzung desselben Werkes ein tatsächlicher Mehrwert geschaffen wird, kann dieser durch die Ermittlung von „Art und Umfang der Nutzung“ angemessen berücksichtigt werden.

Eine angemessene Beteiligung des Urhebers an den wirtschaftlichen Erträgen seines Werkes kann – auch bei fortlaufender Nutzung des Werkes – sowohl durch die Vereinbarung einer erfolgsabhängigen Vergütung, als auch durch **Zahlung eines Pauschalhonorars** sichergestellt werden, vorausgesetzt dieses erweist sich unter Berücksichtigung der in § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG genannten Kriterien als angemessen (so ausdrücklich BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009, Az. I ZR 38/07, GRUR 2009, 1148, 1150 – Talking to Addison, unter Verweis auf die Beschlussempfehlung des Bundestags, BT-Drs. 14/8058, S. 18; Czychowski, in: Fromm/Nordmann, a.a.O., § 32 Rn. 116; Erdmann, GRUR 2002, 923, 927). Auch Buyout-Verträge sind grundsätzlich zulässig, müssen sich aber an dem in § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG normierten Grundsatz messen lassen. Insbesondere bei Produkten, die eine Vielzahl urheberrechtlich geschützter Werke zur einheitlichen Verwertung zusammen fassen, wie zum Beispiel Zeitungen und Zeitschriften aber auch Filmproduktionen, sind Pauschalvergütungen und „Buyouts“ sowohl aus Gründen der Rechtssicherheit – man denke an die Erfordernisse des Nachweises sicherer Rechteketten im internationalen Verleihverkehr – wie auch aus denen der Wirtschaftlichkeit zulässig und erforderlich (BGH, Urteil vom 31. Mai 2012, Az. I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 ff. – Honorarbedingungen Freie Journalisten).

2. Keine Notwendigkeit einer Sondervergütung für Mehrfachnutzungen

Es ist zu begrüßen, dass der Regierungsentwurf auf den im Referentenentwurf noch vorgesehenen neuen Satz 3 des § 32 Abs. 2 UrhG-RegE verzichtet, der als „*Regel*“ für eine angemessene Beteiligung eine gesonderte Vergütung des Urhebers für Mehrfachnutzungen desselben Werkes vorsah. Eine solche Ergänzung begründet einen **unverhältnismäßigen Eingriff in die Vertragsparität**, der zum Schutz des Urhebers weder interessensgerecht noch geboten ist.

Dem Ergänzungsvorschlag liegt die Annahme zu Grunde, bei Mehrfachnutzungen könne nur die erfolgsabhängige Vergütung des Urhebers eine angemessene Beteiligung des Urhebers an den Früchten seiner Arbeit sicherstellen. Die Vereinbarung von Pauschalvergütungen hingegen soll nur noch ausnahmsweise bei Vorliegen „hinreichender Gründe“ (so die Begründung des Referentenentwurfs, S. 21) zulässig sein. Empirisch belegt und begründet ist diese Annahme nicht. Tatsächlich kann die Vereinbarung eines Pauschalhonorars für den Urheber

auch vorteilhaft sein, da sich ein Scheitern der Verwertung seines Werkes für ihn nicht mehr nachteilig auswirken kann. Der Urheber trägt kein Verwertungsrisiko. Auch sind Pauschalvergütungen in vielen Branchen notwendige Voraussetzung für die Planung und Realisierung von Projekten. Untersagt der Gesetzgeber Pauschalvergütungen und nimmt dem Verwerter damit die erforderliche Planungssicherheit, wirkt sich dies nachteilig auf die Vergütungsstrukturen aus und hat im schlimmsten Fall zur Folge, dass Investitionen ausbleiben.

Erfolgsabhängige und Pauschalvergütungen müssen auch in Zukunft gleichermaßen zulässig sein und die Angemessenheit der Vergütung anhand der in § 32 Abs. 2 Satz 2 UrhG genannten Kriterien überprüft werden. Eine Ergänzung des Kriterienkatalogs um das **Merkmal der „Häufigkeit“** (so §32d UrhG-RegE) ist wohl unschädlich, aber nicht erforderlich. Laut Gesetzesbegründung soll das Kriterium die Vertragsparteien dazu anhalten, zukünftig klarer zu vereinbaren, ob Werke wiederholt auf unveränderte Art genutzt werden dürfen. Die Gesetzesbegründung zu § 32d UrhG-RegE nennt beispielhaft Artikel für Zeitungen und Zeitschriften, die in mehreren Regionalausgaben eines Blatts genutzt werden. Tatsächlich beeinflussen Mehrfachnutzungen aber schon nach geltendem Recht – über die in § 32 Abs. 2 Satz 2 genannten Kriterien des Umfangs und der Dauer der Nutzung – die Höhe der Vergütung und tragen Honorarbedingungen, wie sie etwa Journalisten regelmäßig gestellt werden, einer solchen wiederholten Nutzung auch Rechnung.

II. Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft gem. § 32d UrhG-RegE

Der Regierungsentwurf sieht in § 32d UrhG-RegE bei entgeltlicher Nutzung eines Werkes einen Anspruch des Urhebers auf Auskunft und Rechenschaft über den Umfang der Werknutzung und die hieraus gezogenen Erträge und Vorteile vor. Der Anspruch kann einmal jährlich gegen den Vertragspartner geltend gemacht werden. Die Auskunft ist auf der Grundlage der im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs üblicherweise vorhandenen Informationen zu erteilen und soll den Urheber in die Lage versetzen, die Angemessenheit seiner Vergütung zu überprüfen und gegebenenfalls Ansprüche auf (weitere) Beteiligung geltend zu machen, wie sie in §§ 32 ff. UrhG vorgesehen sind.

1. Auskunftsanspruch nach geltendem Recht

Einen Anspruch auf Auskunft und ggf. Rechenschaftslegung zur Vorbereitung von Vertragsanpassungsansprüchen kennt schon das geltende Recht. Nach ständiger Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001, Az. I ZR 44/99, GRUR 2002, 602, 603 – Musikfragmente; BGH, Urteil vom 7. Dezember 1979,

Az. I ZR 157/77, GRUR 1980, 227, 232 – Monumenta Germaniae Historica; BGH, Urteil vom 28. Oktober 1953, Az. II ZR 149/52, zitiert nach juris) findet er seine Grundlage in den §§ 242, 259 BGB. **Voraussetzung** für den Anspruch ist, dass

- auf Grund nachprüfbarer Tatsachen klare (bzw. greifbare) Anhaltspunkte für einen Anspruch auf Vertragsanpassung und nachträgliche Vergütung gemäß der §§ 32 ff. UrhG bestehen,
- der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Anspruchs im Unklaren ist, und
- der Verpflichtete unschwer Aufklärung geben kann.

Der Auskunftsanspruch, der in der Regel im Wege einer Stufenklage (Auskunft - Vertragsanpassung – Vergütung) geltend gemacht wird, erfährt durch den in § 242 BGB verankerten Gedanken des Treu und Glaubens seine **Begrenzung**. Er scheidet aus, wenn die geforderte Auskunft und Rechenschaft zur Geltendmachung der Ansprüche nicht erforderlich sind und der Verpflichtete dem Auskunftsverlangen nicht ohne unzumutbaren Aufwand und ohne Beeinträchtigung berechtigter Interessen nachkommen kann (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001, Az. I ZR 44/99, GRUR 2002, 602, 603 – Musikfragmente; BGH, Urteil vom 28. Oktober 1953, Az. II ZR 149/52, zitiert nach juris).

Außerdem soll der Berechtigte dann keine Auskunft verlangen können, wenn es sich um einen untergeordneten Beitrag handelt, der üblicherweise ohne Rücksicht auf den Umfang der Nutzung durch eine **Pauschalvergütung** entgolten wird (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001, Az. I ZR 44/99, GRUR 2002, 602, 603 – Musikfragmente; BGH, Urteil vom 28. Oktober 1953 - II ZR 149/52, zitiert nach juris). Anders als es die Gesetzesbegründung zu § 32d UrhG-RegE nahelegt, ist Grund für diese Ausnahme nicht die gewählte Form der Vergütung (Pauschalhonorar statt absatzbezogener Erlösbeteiligung). Vielmehr fehlt es in diesen Fällen regelmäßig an einem auffälligen Missverhältnis zwischen der gezahlten Vergütung und den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung im Sinne des § 32a UrhG (vgl. für untergeordnete Beiträge BGH, Urteil vom 21. 6. 2001, Az. I ZR 245/98, GRUR 2002, 153, 155 – Kinderhörspiele). Die Vereinbarung einer Pauschalvergütung schließt deshalb Ansprüche nach §§ 32 ff. UrhG nicht aus. Im Gegenteil: hier kann insbesondere bei langjähriger Auswertung des Werkes die Gefahr einer unangemessenen Vergütung des Urhebers sogar besonders hoch sein (Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, § 32a Rn. 8; vgl. LG München I, Urteil vom 13. September 2006, Az. 21 O 553/03, ZUM-RD 2007, 137, 150 – Pumuckl).

2. Notwendige Beschränkung des Auskunftsanspruch nach § 32d UrhG-RegE

Durch § 32d UrhG-RegE wird ein weiterer Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft des Urhebers eines entgeltlich genutzten Werkes nun gesetzlich geregelt.

Der wesentliche Unterschied zum richterrechtlich aus §§ 242, 259 BGB entwickelten Auskunftsanspruch besteht darin, dass es sich nicht mehr um einen vorbereitenden Hilfsanspruch handelt. Der Anspruch kann vielmehr auch losgelöst von einem etwaigen urheberrechtlichen Vertragsanpassungsanspruch geltend gemacht werden. Das ist auch richtig. Ansprüche auf Vertragsanpassung sind, einschließlich der vorbereitenden Auskunftsansprüche, in der Praxis nur schwer durchsetzen, da der Urheber häufig schon nicht in der Lage ist, die von der Rechtsprechung geforderten „klaren Anhaltspunkten“ (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001 - I ZR 44/99, GRUR 2002, 602, 603 – Musikfragmente) für das Bestehen eines Anspruchs auf Vertragsanpassung vorzutragen.

Dass der Urheber gem. § 32d UrhG-RegE Auskunft verlangen kann, ohne Anhaltspunkte für eine Unangemessenheit seiner Vergütung vorzutragen, birgt jedoch die Gefahr einer unverhältnismäßigen Belastung des Vertragspartners und des Missbrauchs. Der Anspruch ist daher gesetzlich zu beschränken.

- Es ist zu begrüßen, dass der Regierungsentwurf – anders als noch der Referentenentwurf, der den Werknutzer „*mindestens einmal jährlich*“ zur Auskunft verpflichten wollte – den Anspruch auf **eine Auskunft pro Jahr** beschränkt. Nur so lässt sich der mit der Auskunftserteilung verbundene Aufwand auf ein zumutbares Maß reduzieren.
- Auch ein Ausschluss des Anspruchs für sog. **untergeordnete Beiträge** gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 UrhG-RegE ist vor diesem Hintergrund unerlässlich.

Der dahinter stehende Gedanke ist nicht neu und von der Rechtsprechung anerkannt: Es gibt Gesamtwerke, an denen eine Vielzahl von Personen in unterschiedlicher Form und Intensität mitwirken. Wesentliche Beiträge zum Gesamtwerk rechtfertigen eine Beteiligung nach § 32a UrhG, während eine zusätzliche Vergütung untergeordneter Beiträge zur Wahrung der Angemessenheit nicht erforderlich ist. Ein Beitrag ist dann wesentlich, wenn er – anders als andere Beiträge – den Eindruck des Gesamtwerkes prägt (Gesetzesmaterialien zu § 32a UrhG, BT-Drs. 14/8058, S. 19; Kammergericht, Urteil vom 29. Juni 2011, Az. 24 U 2/10, ZUM 2011, 741, 744; OLG München, Urteil vom 10. Februar 2011, Az. 29 U 2749/10, GRUR-RR 2011, 245, 247 – Tatortvorspann). § 32d Abs. 2 Nr. 1 UrhG-RegE knüpft in seiner Wortwahl und Begründung an diese Rechtsprechung an.

Richtig ist, dass die Vorschrift des § 32d Abs. 2 Nr. 1 UrhG-RegE untergeordnete Beiträge nicht nur zu dem (urheberrechtlich geschützten) Werk sondern auch zu einem „Produkt“ und einer „Dienstleistung“ von dem Anwendungsbereich der Norm ausnimmt. Denn auch und gerade solche Beiträge können sonst eine anlassunabhängige, weitreichende Auskunftspflicht auslösen und fallen zahlenmäßig besonders ins Gewicht. „Produkt“ im Sinne der Vorschrift ist neben dem in der Gesetzesbegründung zu § 32d Abs. 1 UrhG-RegE genannten Fotoband auch eine Zeitung oder eine Zeitschrift oder auch eine Filmproduktion. Ebenso wie die an dem Fotoband mitwirkenden Fotografen sind daher auch die für die einzelnen Artikel verantwortlichen Journalisten von dem Anwendungsbereich der Regelung ausgenommen. Dies begegnet keinen Bedenken, da auch einzelne Beiträge zu Sammelwerken für den Gesamteindruck des Gesamtwerkes nicht derart prägend sind, dass bei einer besonders erfolgreichen Verwertung des Gesamtwerkes der Urheber jedes Einzelbeitrages zusätzlich an den Erlösen zu beteiligten wäre. Jedenfalls ist die Ausnahme auch solcher Einzelbeiträge als Korrektiv des weiten § 32d UrhG-RegE unverzichtbar. Werden eine Vielzahl von Einzelbeiträgen zu einem Gesamtprodukt zusammengeführt werden, kann der Verwerter seiner Auskunftspflicht nach § 32d UrhG nur dann nachkommen, wenn er Art, Umfang und Dauer der Auswertung jedes einzelnen Beitrags aufwändig dokumentiert und ein Jahr vorhält. Dies ist nicht zu leisten.

Eine Tageszeitung enthält durchschnittlich ca. 300 Werke (Artikel, Fotos, Grafiken etc.). Sie erscheint ca. 300 Mal im Jahr, mit Wochenendausgaben auch öfter. Alleine für die Printverwertung einer Tageszeitung wäre ein Presseverlag verpflichtet, Auskunft zu mehr als 90.000 Beiträgen im Jahr zu erteilen. Die online-Verwertung ist hier noch gar nicht in Betracht gezogen. Es liegt auf der Hand, dass ein „Monitoring“ dieser Verwertungen im Sinne des Auskunftsanspruches nach dem Referentenentwurf eine enorme wirtschaftliche Belastung bedeuten würde. Der Verlegerverband BDZV spricht schätzungsweise von 20 bis 40 Millionen Euro jährlich. Angesichts der Zahl der betroffenen Artikel erscheint diese Schätzung nicht fernliegend.

Da der neue gesetzliche Auskunftsanspruch neben den aus den §§ 242, 259 BGB entwickelten richterrechtlichen Auskunftsanspruch tritt, ist durch die Ausnahme untergeordneter Beiträge zu einem Produkt oder einer Dienstleistung keine Schlechterstellung der Urheber zu befürchten. Erweist sich ein Gesamtwerk als besonders erfolgreich und ist ein Urheber der Auffassung, dass dieser Erfolg maßgeblich auf seinen Beitrag zurückzuführen ist, steht es ihm frei, in Vorbereitung eines Anspruchs auf Vertragsanpassung von seinem Vertragspartner Auskunft verlangen. Er muss dafür allerdings als Voraussetzung für den Hilfsanspruch nach §§ 242, 259 BGB klare Anhaltspunkte für ein

Missverhältnis zwischen Verwertung und Vergütung vortragen. Auch der Auskunftsanspruch nach § 97 UrhG bleibt unberührt.

- Auch dass der Urheber nur Auskunft auf der Grundlage von Informationen verlangen kann, die **im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs üblicherweise vorhanden** sind, ist wichtig. Auch hier handelt es sich um eine Konkretisierung des Merkmals „ohne unzumutbaren Aufwand“, das die Rechtsprechung schon heute heranzieht, um die Pflicht des Vertragspartners auf ein zumutbares Maß zu beschränken (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2001, Az. I ZR 44/99, GRUR 2002, 602, 603 – Musikfragmente; BGH, Urteil vom 28. Oktober 1953, Az. II ZR 149/52, zitiert nach juris).
- Zu begrüßen ist auch, dass der Urheber Auskunft nicht von jedem „Werknutzer“ – so noch der Referentenentwurf – sondern nur noch **vom Vertragspartner** verlangen kann. Die Ausnahme weiterer Verwerter in der Lizenzkette ist notwendig, um unzumutbare Belastungen zu vermeiden (so die Begründung zu § 32d UrhG-RegE, S. 24).

Entgegen anderer Auffassung in Stellungnahmen der Urheberverbände (ver.di und Initiative Urheberrecht) wird der Urheber durch den Vorschlag des Regierungsentwurfs nicht schlechter gestellt. Die Verbände verkennen, dass der neue gesetzliche Auskunftsanspruch neben den fortbestehenden Auskunftsanspruch aus § 32a Abs. 2 UrhG i.V.m. §§ 242, 259 BGB tritt, wonach der Urheber, wenn der Vertragspartner Nutzungsrechte übertragen oder weitere Nutzungsrechte eingeräumt hat, grundsätzlich auch gegenüber Dritten einen Anspruch auf Vertragsanpassung hat und zur Vorbereitung dieses Anspruchs Auskunft und Rechnungslegung verlangen kann (BGH, Urteil vom 10. Mai 2012, Az. I ZR 145/11, GRUR 2012, 1248, 1251 – Fluch der Karibik; BGH, Urteil vom 22. September 2011, Az. I ZR 127/10, GRUR 2012, 496, 499 – Das Boot; Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 5. Auflage, § 32a Rn. 47). Soweit auch der Auskunftsanspruch gegen den Dritten voraussetzt, dass der Urheber konkrete Anhaltspunkte für ein Missverhältnis zwischen den aus der Verwertung gezogenen Erträgen und der Vergütung vortragen kann, ist dies zumutbar.

- Schließlich sind **Arbeitnehmer** von dem Anwendungsbereich des § 32d UrhG-RegE ausdrücklich auszunehmen.

Dies folgt aus dem in Literatur und Rechtsprechung weitgehend unbestritten anerkannten Abgeltungscharakter des Arbeitslohns in Anstellungsverhältnissen mit Kreativen (vgl. Axel Nordemann, in: Fromm/Nordmann, a.a.O., § 43 Abs. 58 m.w.N.). Auch die Begründung zum Regierungsentwurf trägt den für Urheber in Arbeitsverhältnissen geltenden Besonderheiten mehrfach Rech-

nung und verweist u.a. darauf, dass in Ermangelung eines wirtschaftlichen Risikos eine Pauschalvergütung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses sinnvoll und üblich ist (RegE zum Urhebergesetz-E, S. 24). Auch im Zusammenhang mit § 40 a UrhG-E stellt der Regierungsentwurf fest, dass diese Vorschrift auf Inhalt und Wesen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses in der Regel nicht anzuwenden ist (a.a.O., S. 28). Die Gesetzesbegründung stellt damit an zwei Stellen zutreffend fest, dass wegen des Abgeltungscharakters der Lohnzahlung im Arbeitsverhältnis insbesondere auch unter Berücksichtigung der Entlastung des Urhebers vom wirtschaftlichen Risiko der Arbeitslohn als angemessene Vergütung zu gelten hat. Damit aber entfällt die Notwendigkeit eines zusätzlichen Auskunftsanspruches, was (auch durch Klarstellung in der Gesetzesbegründung) zur Rechtsklarheit ausdrücklich festgestellt werden sollte. Liegen hingegen die Voraussetzung für eine Vertragsanpassung nach §§ 32 ff. UrhG vor, steht auch dem Arbeitnehmer selbstverständlich unter den von der Rechtsprechung aufgestellten Bedingungen ein Auskunftsanspruch nach §§ 242, 259 BGB zu.

Im Übrigen müsste der Arbeitgeber, um seiner Auskunftspflicht im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes nachkommen zu können, den Umfang der Verwertung und damit inzident auch die (wirtschaftliche) Qualität des Arbeitsproduktes erfassen und dokumentieren. Dies stößt auf datenschutz- und betriebsverfassungsrechtliche Bedenken (vgl. § 87 Abs. 1 Ziffer 6 Betriebsverfassungsgesetz).

III. Recht zur Zweitverwertung gem. § 40a UrhG-RegE

Gem. § 40a Abs. 1 UrhG-RegE soll der Urheber, der ein ausschließliches Nutzungsrecht gegen eine pauschale Vergütung eingeräumt hat, künftig berechtigt sein, das Werk nach Ablauf von 10 Jahren anderweitig zu verwerten. Ist das Nutzungsrecht für mehr als 10 Jahre eingeräumt worden, besteht es für die verbleibende Dauer der Einräumung als einfaches Nutzungsrecht fort. Eine davon abweichende Erstreckung der Ausschließlichkeit auf die gesamte Dauer der Nutzungsrechtseinräumung ist gem. § 40a Abs. 3 UrhG-RegE nach Ablauf von fünf Jahren möglich. In bestimmten Fällen können die Parteien das Recht zur Zweitverwertung außerdem ausschließen. § 40a Abs. 3 UrhG-RegE nennt neben den untergeordneten Beiträgen zu einem Werk, einem Produkt oder einer Dienstleistung Computerprogramme, Werke der Baukunst oder Entwürfe dafür, Werke die für eine Marke oder sonstiges Kennzeichen, ein Design oder ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster bestimmt sind, sowie Werke, die nicht veröffentlicht werden sollen.

1. Verbesserung zum Referentenentwurf

Anstelle des in § 40a UrhG-RegE normierten Zweitverwertungsrechts sah der Referentenentwurf ein Rückrufsrecht vor. Danach konnte der Urheber ein dem Vertragspartner eingeräumtes ausschließliches Nutzungsrecht nach Ablauf von fünf Jahren zurückrufen, sofern sich ein anderer Vertragspartner zur Nutzung des Vertrags nach Rückruf verpflichtet hatte. Mit Wirksamwerden des Rückrufs sollte nicht nur das zurückgerufene Recht erlöschen, sondern auch alle Nutzungsrechte, welche der ursprüngliche Vertragspartner Dritten eingeräumt oder übertragen hatte.

Urheberverbände haben das Rückrufsrecht begrüßt, da es Urhebern ermögliche, ihr Werk anderweitig zu verwerten. Tatsächlich führt die gesetzlich erzwungene Möglichkeit des Rückrufs zu einer empfindlichen Störung der Verhandlungsparität, die sich – dies ist der Irrglaube – nicht zugunsten, sondern zulasten des Urhebers auswirkt. Die Möglichkeit des Rückrufs von Nutzungsrechten nach fünf Jahren würde vor allem kleine und mittelständische Unternehmen gefährden. Diese investieren in die Entwicklung und Einführung von Produkten, können aber bei einem Rückrufsrecht nicht mehr verlässlich kalkulieren – zu groß ist das Risiko, dass nach Ablauf der Fünfjahresfrist ein finanzkräftiger Wettbewerber die für die Auswertung der Produkte erforderlichen Rechte erwirbt. Unternehmen werden daher nur noch eingeschränkt bereit sein, in kreative Prozesse zu investieren. Bedroht sind auch Geschäftsmodelle, die auf eine Quersubventionierung weniger erfolgreicher Werke durch Bestseller angelegt sind. Will der Verwerter ein besonders erfolgreiches Werk halten, muss er Rücklagen bilden, die an anderer Stelle fehlen. Dies kann für die breite Masse der Urheber zu einer Absenkung des Vergütungsniveaus führen und gefährdet die Vielfalt kreativen Schaffens. Schließlich ist auch der Fortbestand bestehender für den Urheber günstiger Honorierungen gefährdet. Denn ein Verwerter, der ein Werk nur noch zeitlich begrenzt nutzen kann, wird zu einer Vergütung nach den bisher üblichen Bedingungen nicht bereit und übrigens nach den Grundsätzen der Angemessenheit der Vergütung auch nicht verpflichtet sein.

Auch die im Referentenentwurf noch vorgesehene Regelung, nach der mit Rückruf nicht nur die Hauptlizenz sondern auch jede Sublizenz erlöschen sollte, ist zu Recht kritisiert worden. Sie steht in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, der in den Grundsatzentscheidungen „M2Trade“ und „Take Five“ ausdrücklich den Fortbestand der Unterlizenz bei Wegfall der Hauptlizenz bestätigt (BGH, Urteil vom 19. Juli 2012, Az. I ZR 70/10, GRUR 2012, 916, ff. – M2Trade; BGH, Urteil vom 19. Juli 2012, Az. I ZR 24/11, GRUR 2012, 914 ff. – Take Five). Der BGH begründet diesen Fortbestand mit dem in § 33 UrhG verankerten Grundsatz des Sukzessionsschutzes, der das Vertrauen des Rechtsinhabers auf den Fort-

bestand seines Rechts zu schützen und ihm die Amortisation seiner Investitionen zu ermöglichen soll – unerlei, ob die Hauptlizenz aufgrund eines Rückrufs wegen Nichtausübung oder aus anderen Gründen erlischt (BGH, Urteil vom 19. Juli 2012, Az. I ZR 24/11, GRUR 2012, 914, 915 – Take Five). Gründe, davon abzurücken, gibt es nicht. Im Gegenteil: Kann der Hauptlizenznehmer dem Sublizenznehmer eine langfristige Nutzung nicht mehr zusagen, verlieren Haupt- und Sublizenz gleichermaßen an Wert – ein Ergebnis, das mit dem ausgerufenen Ziel einer fairen Beteiligung des Urhebers an den Erlösen von Verwertungen kreativer Leistungen unvereinbar ist.

Schließlich weisen die Presseverlegerverbände zu Recht darauf hin, dass ein Rückrufsrecht ohne Fortbestand einfacher Nutzungsrechte die zeitgeschichtliche Dokumentation in Pressearchiven gefährden würde.

2. Fortbestehen eines zweckwidrigen Eingriffs in die Vertragsparität

Gem. § 31 UrhG kann der Urheber grundsätzlich frei entscheiden, ob er Nutzungsrechte ausschließlich oder einfach, (zeitlich) beschränkt oder unbeschränkt einräumt. Ausnahmen von diesem Grundsatz macht das Urheberrechtsgesetz schon heute. In den meisten Fällen allerdings geschieht dies, um eine möglichst ungehinderte und umfassende Auswertung von Werken sicherzustellen. Beispielhaft genannt seien die Zwangslizenz bei der Herstellung von Tonträgern (§ 42a UrhG) und bei privaten Normwerken (§ 5 Abs. 3), die gesetzlichen Sonderregelungen für den Bereich des Films, die den Filmproduzenten begünstigen (§§ 88 ff. UrhG) und die Zuweisung der vermögensrechtlichen Befugnisse an Computerprogrammen an den Arbeitgeber (§ 69b UrhG). Einen gesetzlich zwingenden Verbleib von Rechten beim Urheber kennt nur § 63a UrhG, der einen Verzicht des Urhebers auf gesetzliche Vergütungsansprüche ausschließt, solange diese noch nicht entstanden sind (Satz 1) und eine Abtretung nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässt (Satz 2).

Mit § 40a UrhG-RegE will der Gesetzgeber nun eine weitere Norm schaffen, die den Urheber vor den Folgen einer Einräumung weitreichender Nutzungsrechte gegen die Zahlung einer Pauschalvergütung schützen soll. Ob der Urheber vor einem solchen Rechte-Buyout tatsächlich geschützt werden muss, sei hier dahingestellt. Jedenfalls ist das Zweitverwertungsrecht, wie es in § 40a UrhG-RegE vorgesehen ist, zur Verbesserung seiner Position nicht geeignet. Ebenso wie das im Referentenentwurf vorgesehene Rückrufsrecht nimmt auch das Recht einer Zweitverwertung durch den Urheber dem (Erst-)Verwerter die Möglichkeit, verantwortungsbewusst und nachhaltig zu wirtschaften. Zwar droht dem Verwerter nun nicht mehr ein vollständiger Verlust von Nutzungsrechten, jedoch können nach Ablauf von 10 Jahren auch andere das von ihm entwickelte und produzierte Werk nutzen. Will er das verhindern, muss er auf der Grundlage von § 40a UrhG-

RegE nachverhandeln. Dabei wird er beträchtliche Mittel aufbringen müssen, um die für die weitere Auswertung erforderlichen Nutzungsrechte nicht zu verlieren. Vor diesem Hintergrund werden – auch nach Einführung eines Zweitverwertungsrechts – Verwerter zu einer Vergütung von Lizenzen nach den bisher üblichen Bedingungen nicht bereit sein. Auch der neue § 40a UrhG-RegE birgt daher die Gefahr einer Absenkung des Vergütungsniveaus, die durch die dem Urheber eingeräumte Möglichkeit der Zweitverwertung des Werkes nicht ausgeglichen wird. Da der ursprüngliche Vertragspartner gem. § 40a Abs. 1 Satz 2 UrhG-RegE ein einfaches Nutzungsrecht behält, kann der Urheber auch dem Zweitverwerter nur ein einfaches Nutzungsrecht einräumen. Dies wirkt sich nachteilig auch auf die vom Zweitverwerter zu erzielenden Vergütung aus.

Vor diesem Hintergrund ist auch von der in § 40a UrhG-RegE enthaltenen Neuregelung abzusehen. Der Urheber ist durch das in § 41 UrhG normierte Rückrufsrecht bei Nichtausübung sowie gesetzlichen Vorgaben zur Angemessenheit der Vergütung und ihrer Sicherstellung durch einen Anspruch auf Vertragsanpassung hinreichend geschützt.

IV. Verbandsklagerecht nach § 36 b UrhG-RegE

Erheblichen Bedenken begegnet die Einführung eines Verbandsklagerechts gemäß § 36 b UrhG-RegE.

1. Bedenken gegen den Verfassungsmäßigkeit

In diesem Zusammenhang sind besonders hervorzuheben die hierzu vorgelegten gutachterlichen Stellungnahmen von Möllers und Thomas. Danach dürfte das Verbandsklagerecht – ebenso wie die in § 36 Abs. 2 Satz 2 UrhG-RegE vorgesehene Ermächtigungsfiktion, nach der (vorbehaltlich eines anderslautenden Beschlusses der Mitglieder) eine Vereinigung, die den überwiegenden Teil der jeweiligen Urheber oder Werknutzer vertritt, als zum Abschluss von gemeinsamen Vergütungsregelungen ermächtigt gilt – einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit gem. Art 9 Abs. 1 GG begründen und damit verfassungsrechtlich unzulässig sein (Möllers, Verfassungsrechtliche Probleme des Verbandsklagerechts nach den §§ 36 ff. UrhG in der Fassung des aktuellen Entwurfs der Bundesregierung zur Reform des Urhebervertragsrechts, S. 8 ff.) und verstößt die Regelung auch gegen das europäische Kartellrecht (Thomas, a.a.O., S. 6 f.). Auf beide Gutachten nehme ich Bezug.

Der Gesetzentwurf zu § 36b Urh-RegE stellt zunächst einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG dar. So können einzelne Mitglieder eines Verwerterverbandes auch dann verklagt werden, wenn sie ausdrücklich einem Abschluss von gemeinsamen Vergütungsregeln widersprochen haben. Die Verbandsklageregelung zwingt Verbände, die gemeinsame wirtschaftliche Interessen von sehr unterschiedlich aufgebauten Unternehmen vertreten, sich grundlegend intern umzustrukturieren. Unternehmen, die ihre Interessen in einem Wirtschaftsverband bündeln wollen ohne sich auf gemeinsame Vergütungsregeln verpflichten zu lassen, werden gezwungen, die bisherigen Verbände zu verlassen und neue Vereinigungen zu gründen, wenn die bisherigen Verbände Partner von gemeinsamen Vergütungsregelungen werden. Hierdurch wird Art. 9 Abs. 3 GG verletzt (vgl. Gutachten Möllers).

Professor Dr. Stefan Thomas, Tübingen, hat in seinen beiden gutachterlichen Stellungnahmen nachvollziehbar begründet, warum die gemeinsamen Vergütungsregelungen in Kombination mit der hier vorgesehenen Verbandsklage europäisches Wettbewerbsrecht verletzt, insbesondere Art. 101 Abs. 1 a AEUV. Eine überzeugende Entgegnung zu diesen Ausführungen fehlt bisher.

In der vorgesehenen Form greift das Verbandsklagerecht im Übrigen auch deshalb viel zu weit, weil es auch Nebenabreden und sonstige Bestimmungen, die nicht unmittelbar Vergütungsfragen betreffen, erfasst. So äußern die Verlegerverbände mit nachvollziehbaren Gründen die Befürchtung, dass die Erprobung neuer Vermarktungsformen, die noch nicht von gemeinsamen Vergütungsregeln erfasst sind, künftig im Wege der Verbandsklage unterbunden werden kann.

2. Anreiz für Vermeidung gemeinsamer Vergütungsregeln

Auffällig ist, dass die beteiligten Verbände – und zwar gleichermaßen diejenigen der Urheber wie der Verwerter – die vorgesehene Regelung dafür kritisieren, dass sie für die Verwerter eher einen Anreiz bietet, den Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln zu vermeiden, um sich nicht dem Risiko einer Verbandsklage auszusetzen (vgl. Stellungnahme von ver.di vom 9. Mai 2016, S. 4/5; Stellungnahme BDZV zum Regierungsentwurf (undatiert) S. 3 f.). Während aus dieser Erkenntnis jedoch erwartungsgemäß die Urheberverbände das Verbandsklagerecht stärken und Ausnahmen abschaffen wollen, plädieren ebenso erwartungsgemäß die Verwerterverbände für seine Streichung.

3. Unbelegte Behauptung des „Blacklisting“

Zur Begründung eines Verbandsklagerechts wird sowohl von den Urheberverbänden wie auch vom Regierungsentwurf neben der fehlenden Markt- und Verhandlungsmacht von Kreativen angeführt, den Urhebern drohte ein faktischer

Boykott („Blacklisting“), wenn sie individuell versuchen, ihren gesetzlich verankerten Anspruch auf angemessene Vergütung tatsächlich durchzusetzen (schon so die Einleitung der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung; ebenso: ver.di vom 9. Mai 2016, S. 3).

Belege indes für ein immerhin als tragender Grund für die Einführung eines Verbandsklagerechts behauptetes „Blacklisting“ fehlen indes völlig! Die Gesetzesbegründung nennt gar keine Belege. Die Stellungnahme von ver.di bleibt völlig diffus („... nehmen wir als ver.di wahr, dass es zumindest faktisch eine Art Blacklisting gibt.“). Einzig Obergfell/Zurth (Die Angemessenheit vertraglicher Urhebervergütungen und ihrer gesetzlichen Sicherungsmechanismen, ZGE Band 8, 2016, 1, 18) nennen zwei (!) konkrete Beispiele: Den Szenenbildner Lüthy, der behauptet, nach der rechtlichen Auseinandersetzung um den Film „Der Zauberberg“ keine Aufträge mehr erhalten zu haben, und einen von Bornkamm, dem früheren Vorsitzenden Richter am Ersten Zivilsenat des BGH, berichteten Fall, wonach ein Übersetzer es im Rechtsstreit erleben musste, dass seine Übersetzung vom Verlag zurückgezogen und durch eine andere ersetzt wurde. Diesen letzten Fall wird man kaum als „Blacklisting“ bezeichnen können, denn er schildert das rationale Verhalten eines Verlages, der sich wegen eines konkreten Werkes mit dem Übersetzer im Rechtsstreit befindet und deshalb das Streitobjekt aus dem Verkehr zieht.

Das behauptete aber nicht belegte „Blacklisting“ erscheint deshalb als Begründung für die Einführung eines weitreichenden Verbandsklagerechts zur Durchsetzung und Überprüfung gemeinsamer Vergütungsregeln nicht tragfähig.

§ 36 b UrhG-RegE sollte gestrichen werden.

gez.
Prof. Dr. Jan Hegemann
Rechtsanwalt