

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages

Dr. Karl-Nikolaus Peifer
Universitätsprofessor
Institut für Medienrecht und
Kommunikationsrecht
Albertus Magnus Platz
D-50923 Köln

Datum: 4.7.2016

Geschäftszeichen PA 6 – 5410-2.2.

Stellungnahme zur Anhörung am 6. Juli 2016 - Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/8625, Antrag der MdB Rößner, Künast, Dr. von Notz u.a., BT-Drucks. 18/7518, und Vorschläge zur Beteiligung von Verlegern an Ausschüttungen gemeinsamer Verwertungsgesellschaften von Urhebern und Verlegern

I. Vorschläge zum Urhebervertragsrecht

1. Ziele und Zielerreichbarkeit

Die Vorschläge zum Urhebervertragsrecht beabsichtigen eine Stärkung des Beteiligungsgrundsatzes für mehrfache Werknutzungen, die Begrenzung übermäßiger Rechtebindung und die Verbesserung der kollektiven Durchsetzung individueller Urheberinteressen zur Vermeidung einer Ausgrenzung des seine Rechte individuell durchsetzenden Kreativen („Blacklisting-Problematik“).

Die Stellungnahme konzentriert sich auf die Frage, ob und inwieweit diese Ziele erreicht werden.

2. § 32 Abs. 2 S. 2 Regierungsentwurf (RegE) – Angemessenheitsvermutung

a) Eine Änderung in § 32 UrhG durch den RegE soll den Grundsatz der angemessenen Vergütung besonders betonen. Dazu soll die Vergütungshöhe auch von der Häufigkeit der Werknutzung abhängig gemacht. Allerdings war bereits zur bisherigen Fassung des § 32 Abs. 2 UrhG anerkannt, dass eine vertraglich vereinbarte Vergütung im Grundsatz nur angemessen ist, wenn der Urheber für jede Nutzung eine gesonderte Vergütung erhält (BGHZ 193, 268 = GRUR 2012, 1031 Rn. 39 – Honorarbedingungen freie Sendeverträge). Die Änderung erweckt den Eindruck, dass dies nicht mehr grundsätzlich gelten soll, sondern die häufige Werknutzung nur eines von mehreren Kriterien für die Vergütungshöhe wird. Damit wird der Beteiligungsgrundsatz nicht gestärkt, sondern geschwächt. Erforderlich wäre es, im Gegenteil klarzustellen, dass eine Vergütung regelmäßig erst angemessen ist, wenn für mehrfache Nutzungen jeweils gesonderte Vergütungen gezahlt werden: Hierdurch würden Ausnahmen von dem Prinzip begründungspflichtig. Dies entsprach dem Referentenentwurf vom 5.10.2015. Der Regierungsentwurf, der die dortige Formulierung nicht übernimmt, erweckt den Eindruck, dass er auch die Rechtsprechung korrigieren, also die Stellung der Kreativen herabstufen möchte. Damit ist der Entwurf kontraproduktiv zu den gesetzten Zielen.

b) Das Ziel, Blacklisting zu vermeiden, wird zum Teil verfehlt. Es wäre erreichbar, wenn man eine AGB-Kontrolle der Angemessenheitsfrage über das Gesetz über Unterlassungsklagen (UKlaG) ermöglichte. Dann müsste der Beteiligungsgrundsatz nicht nur Auslegungsmaxime, sondern Strukturprinzip werden. Daher hatte der Kölner Entwurf vorgeschlagen, Vergütungsgrundsätze in einem neuen § 11 Abs. 2 zu kodifizieren (vgl. Peifer, Urhebervertragsrecht in der Reform, 2016, S. 19), etwa

- den Grundsatz der Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Verwertung;
- die Pflicht, Einmalzahlungen zu begründen und
- die Aufschlüsselung der Vergütung nach Nutzungsarten, wenn vorformulierte Verträge verwendet werden.

Solche Strukturprinzipien könnten durch klagebefugte Verbände anhand geschwätzter Standardverträge gerichtlich kontrolliert werden. Damit wäre Blacklisting wirksam bekämpft. Der paradigmatische Fall hierzu – BGHZ 193, 268/Honorarbedingungen Freie Journalisten – wäre in diesem Punkte zugunsten der Kreativen entscheidbar gewesen, weil Strukturkriterien Leitbildcharakter im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB haben (vgl. G. Schulze, GRUR 2012, 993, 994; Gialeli/v. Olenhusen, ZUM 2012, S. 389, 391).

2. § 32d RegE - Auskunftsanspruch

Auskunftsansprüche dienen der Kontrolle von Werknutzungen und der Durchsetzung von Vergütungsansprüchen. Dass der Entwurf einen Auskunftsanspruch vorsieht, ist daher konsequent. Ein solcher Anspruch folgt derzeit nur mittelbar aus Verträgen mit Beteiligungsvergütung, im übrigen ist er in Verletzungsfällen aus § 242 BGB herzuleiten. Bisher werden digitale Werknutzer außerhalb einer Vertragsbeziehung ebenso wenig erfasst wie Verträge, in denen Nutzungen pauschal abgegolten, dann aber wirtschaftlich einen erheblichen Wert erlangen können (z.B. Nebennutzungen in allen Werkbereichen). Bei Urheberrechtsverletzungen sind extensive Auskunftsklagen üblich. Jeder Verwerter muss sich darauf einstellen und Vorsorge für die Beantwortung treffen.

Der in § 32d RegE vorgesehene Anspruch richtet sich nur gegen den Vertragspartner, nicht gegen jeden Werknutzer. Damit verfehlt er wichtige digitale Veränderungen. Werke werden heute nicht mehr nur von Primärverwertern, sondern auch von Intermediären und Portalen zum Vertrieb elektronischer Produkte vertrieben. Die dabei akquirierten Umsätze über Werbung, Vorschauanzeigen und ähnliche Nutzungen von wirtschaftlicher Relevanz bleiben damit aus Sicht des Kreativen unbekannt. Klassische Buchverleger werden dadurch nicht begünstigt, sondern gegenüber neuen Verlagsmodellen mittelbar sogar benachteiligt.

Warum der Entwurf nur entgeltliche Nutzungen erfasst, ist nicht ersichtlich. Diese Begrenzung erschwert die Erfassung digitaler Nutzungen von hohem wirtschaftlichem Wert. Der Entwurf verpasst auch in diesem Zusammenhang eine wichtige Entwicklung im Bereich digitaler Verträge, die zunehmend dahin geht, digitale Nutzungen nicht gegen direkte Entgelte, wohl aber mittelbare wirtschaftliche Vorteile zu ermöglichen, etwa durch Nutzung personenbezogener Daten. Der Auskunftsanspruch spart hiermit zusätzlich gerade diejenigen Beteiligten aus, die nach Ansicht der klassischen Verleger mittlerweile ihre stärksten Konkurrenten geworden sind.

Problematisch sind die Ausnahmen des Auskunftsanspruchs in § 32d Abs. 2 RegE. Streitfällig ist, wann ein untergeordneter Beitrag zu einem Werk, aber auch wann ein zu Produkten oder Dienstleistungen untergeordneter Beitrag vorliegt. Im Ergebnis werden die Urheber von Werksammlungen jeder Art – von der Zeitung über Websites, Film, Bühnenwerk bis hin zur Festschrift – vollständig und unabhängig von der Schöpfungshöhe des Beitrages ausgenommen. Eine Rechtfertigung dafür ist nicht ersichtlich und sie wird auch in der Begründung des RegE nicht genannt.

Unklar ist § 32d Abs. 2 Nr. 3 RegE. Hierdurch werden Ansprüche ausgenommen, die „aus anderen Gründen unverhältnismäßig“ sind. Das erweckt den Eindruck, als läge der eigentliche Grund für die Verkürzung des Auskunftsanspruchs in einem befürchteten treuwidrigen Vorgehen des Auskunftstellers. Wenn dies so ist, so kann man auf § 242 BGB vertrauen, der zivilrechtliche Ansprüche stets begrenzt. Die Regelung des § 32d Abs. 2 RegE wäre dann vollständig obsolet.

Insgesamt ist der vorgesehene Auskunftsanspruch wenig wirkungsvoll.

3. §§ 36, 36a RegE – Kollektive Verfahren

Die kollektiven Durchsetzungsmechanismen im RegE sind schwach und sie waren bereits im RefE schwach. Ein Anreiz zur kollektiven Verhandlung besteht aber aus Sicht der verhandlungsstarken Partei nur, wenn die Standardregeln, die ohne kollektive Vereinbarung bestehen („Default-Regeln“) stark sind, also Verhandlungen sinnvoll werden. Da der RegE insgesamt nur schwache Standardregeln enthält, ist zu erwarten, dass auch die kollektiven Mechanismen weiterhin nur schleppend funktionieren werden.

Das liegt im Ergebnis daran, dass § 36 Abs. 2 RegE den Mitgliedern einer Vereinigung jederzeit die Möglichkeit gibt, ihrer Vereinigung das Verhandlungsmandat durch Beschluss wieder zu entziehen. Bei der Verhandlung von Vergütungsregeln für belletristische Autoren hatte dies in der Vergangenheit dazu geführt, dass Verhandlungen zwar begonnen, aber durch Entzug des Verhandlungsmandates vom verhandelnden Verband (konkret dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels) nicht zu einem Abschluss gebracht wurden.

Auch das Schiedsverfahren wird nur wenig gestärkt. § 36a Abs. 3 RegE hilft zwar bei der Beschleunigung solcher Verfahren, sichert aber nicht, dass es zu einer bindenden Entscheidung kommt. Insbesondere kann auch ein angemessener Vorschlag grundlos von einer Partei abgelehnt werden.

Die schwache kollektive Durchsetzung lässt den Vorschlag, das Schiedsverfahren zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln verbindlich auszugestalten (so Nr. 1 bis 3 des Vorschlags der Fraktion DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/7518), nachvollziehbar erscheinen. Die Alternative zu einer Lösung, an der die Beteiligten auf beiden Seiten des Verhandlungsprozesses konstruktiv mitwirken könnten, wäre, dass der Gesetzgeber oder die Gerichte selbst Vereinbarungen, die nicht zustande kommen, für angemessen erklären müssen. Das haben die Gerichte im Falle der Vergütungen für Übersetzer getan, ist aber allenfalls eine „second-best-Lösung“, weil Gerichte auf beschränkter Tatsachengrundlage weitreichende allgemeine Regeln aufstellen mussten.

4. §§ 36b, 36c RegE

§§ 36b, 36c RegE hilft bei der kollektiven Durchsetzung von Gemeinsamen Vergütungsregeln gegenüber gebundenen Mitgliedern. Aus Kreisen der Urheberverbände ist vorgebracht worden, dass gebundene Mitglieder zum Teil die GVR nicht anwenden. Diesen Missbrauch würden §§ 36b, 36c RegE bekämpfen und damit im Grundsatz auch den Vorschlag Nr. 4 und 5 der Fraktion DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 18/7518 aufgreifen.

Der Mechanismus verspricht für sich genommen wirksame Abhilfe des geschilderten Problems, § 36c RegE bekämpft allerdings nicht vollständig die Gefahr des Blacklistings. Wichtiger ist daher die kollektive Befugnis in § 36b RegE. Warum § 8 Abs. 4 UWG für anwendbar erklärt wird, ist nicht ersichtlich. § 8 Abs. 4 UWG bekämpft das Problem sog. Abmahnverbände, also Organisationen, die vor allem mit dem Ziel der Gebührenerzielung tätig sind. Dass dies bei Verbänden der Fall ist, die stets zuvor an GVR mitgewirkt haben müssen, ist kaum zu erwarten. Die Verweisung auf § 8 Abs. 4 UWG sollte daher gestrichen werden.

Insgesamt sind §§ 36b, 36c RegE nur so wirksam wie die geschlossenen GVR zahlreich sind. Das Problem der Außenseiterbindung wird durch die Vorschriften nicht gelöst. Das wäre nur anders, wenn der Gesetzgeber oder die Gerichte eine Möglichkeit hätten, GVR für allgemeinverbindlich zu erklären. Diese Lösung wird umso wichtiger je schwächer die Standardregeln für Urheberverträge bei fehlenden Vergütungsregeln sind.

5. § 40a RegE – Recht zur anderweitigen Verwertung

§ 40a RegE ist eine erhebliche Veränderung des für die Kontrolle über das Werk erheblich stärkeren Rückrufrechts, das § 40a Referentenentwurf enthielt. Die Vorschrift in ihrer jetzigen Fassung stärkt die Befugnisse der Kreativen nicht, sondern schwächt sie.

Die Kontrollmöglichkeit der Kreativen ist bei Geltung der Vorschrift auf einfachste Weise zu beenden, nämlich durch Vereinbarung einer Pauschalvergütung. Für den Verwerter liegt darin ein erheblicher Anreiz, Buy-Out-Vereinbarungen zu schließen. Sein Risiko ist gering, denn § 40a Abs. 1 RegE belässt ihm sogar ein Weiternutzungsrecht. Das dem Urheber nach einem mit den üblichen Blacklist-Risiken belasteten Rückruf verbleibende Zweitverwertungsrecht ist wenig werthaltig, denn eine Lizenzierung an einen anderen Verwertern würde von Beginn an mit Konkurrenz durch ein weiterwirkendes Nutzungsrecht desjenigen Verwerter belastet sein, der das Werk bereits einen beträchtlichen Zeitraum genutzt hat. Das Recht ist also unattraktiv, der Urheber hat überdies einen potentiell schlechten Vertrag mit einem Erstverwerter weiterhin faktisch zu erdulden. Selbst der Weg des § 32a bei sehr erfolgreicher Weiterverwertung wird fragwürdig. Der Druck auf den Urheber, nach fünf Jahren die Ausschließlichkeit zu verlängern, wird damit erheblich erhöht.

Unverständlich ist, warum der Urheber die Möglichkeit der Zweitverwertung nur ein einziges Mal haben soll.

Die Ausnahmen des § 40b Abs. 2 RegE sind ebenso problematisch, wie sie es beim Auskunftsanspruch sind. Zusätzlich ist die Ausnahme für Werke der Baukunst unnötig, denn wer ein solches Werk hat errichten lassen, bleibt Eigentümer, dazu benötigt er kein weiterwirkendes Nutzungsrecht. Warum der Architekt seinen Entwurf nicht nach bestimmter

Zeit anderweitig vermarkten können soll, ist nicht ersichtlich. Die in Nr. 4 genannten Nutzungen könnten mit wesentlich weniger Aufwand durch ein begrenztes einfaches Nutzungsrecht desjenigen, der Marke, Muster oder Design beauftragt hat, ermöglicht werden. Dass der Urheber eines Markenlogos die Gestaltung für eine konkurrierende Markennutzung neu lizenziert, ist bereits deswegen kaum zu erwarten, weil die Verwertung des Nutzungsrechts auf markenrechtlicher Grundlage abgewehrt werden könnte. Ebenso ist es bei Design- oder Musterrechten.

Die in Nr. 5 geregelte Ausnahme ist überflüssig. Der damit geregelte Fall kann durch Verträge gelöst werden. Wer als Urheber ein Gutachten erstellt, das unter Verschluss bleiben soll, kann dies mit dem Auftraggeber vereinbaren. Dem Urheber hierfür eine wesentliche Befugnis zu entziehen, tut nicht not.

Insgesamt ist § 40a RegE in allen Teilen misslungen. Den Anliegen der Kreativen würde durch eine Rückkehr zu der Fassung des Referentenentwurfs unter Verlängerung der Rückrufsfrist auf 10 Jahre besser gedient. Die Ausnahmen für Marken, Muster und Designs sollten allerdings auch in diesem Falle durch weiterwirkende einfache Nutzungsrechte der ersten Nutzungsrechtsinhaber ersetzt werden.

6. § 41 RegE

§ 41 RegE enthält keinerlei Verbesserung gegenüber dem aktuellen Rechtsstand. Eine solche Verbesserung hätte die Fassung des Referentenentwurfs dargestellt. Indem § 41 RegE in Abs. 4 sogar die kaum urheberschützende bisherige Regelung noch zum Gegenstand von Gemeinsamen Vergütungsregeln erhebt und sie damit abdingbar macht, würde sie den Rechtszustand zulasten der Urheber zusätzlich verschlechtern.

7. § 79b RegE

§ 79b RegE ist eine vertretbare Regelung, die § 137k ergänzt. Zu begrüßen ist, dass § 79b Abs. 2 Satz 2 des Referentenentwurfs gestrichen wurde. Die Verdoppelung des Vergütungsanspruchs nur bei den ausübenden Künstlern ist eine Besserstellung gegenüber den Urhebern, die so nicht gerechtfertigt ist.

8. § 88 RegE

Die Regelung ist zu begrüßen, die Verlängerung der Auswertungssperre auf zehn Jahre ist allerdings eine Schlechterstellung der Betroffenen, also mit dem Gesetzeszweck nicht zu rechtfertigen.

9. § 90 RegE

§ 90 RegE schützt in besonderer Weise die Position des Filmproduzenten und liegt daher in der Tradition der Rechtsentwicklung in diesem Bereich. Eine Besserstellung der Betroffenen liegt darin nicht.

10. § 132 RegE

§ 132 RegE schützt Altverträge. Da die Wirkungen des RegE überwiegend die Position der Kreativen nicht stärken, hat die Vorschrift paradoxerweise sogar eine manchen besseren Altvertrag stabilisierende Funktion.

11. Vorschläge zu § 63a UrhG und § 27 VGG

Der RegE muss keine Regelungen zur Verteilung der Erlöse aus Schrankenvergütungen bei der Kopiervergütung enthalten und tut dies auch nicht. Im Rahmen der Anhörung sollen hierzu Textvorschläge diskutiert werden, die aus dem Umfeld der Verwertungsgesellschaften vorgelegt wurden und die § 27 VGG sowie § 63a UrhG betreffen.

Diese Vorschläge sehen im Kern vor, dass die nach der Rechtsprechung des EuGH und des BGH den Urheber zustehenden Kopiervergütungen pauschal teilweise auch Verlegern zugewiesen werden sollen. Diese Regelung würde zunächst eine teilweise Schlechterstellung für einige Urheber bedeuten. Sie im Zusammenhang mit einem Gesetz zu diskutieren, dass ihrer Besserstellung dient, ist widersprüchlich.

In der Sache würden die bisher vorgeschlagenen Regelungen den Inhalt der BGH-Entscheidung vom 21.4.2016 umdrehen. Dies mag der deutsche Gesetzgeber isoliert tun können. Doch wendet sich der Schritt gegen die vom BGH maßgeblich als Begründung seiner Entscheidung herangezogene EuGH-Rechtsprechung, also gegen Unionsrecht. Im Kern besagt diese Rechtsprechung, dass Ausschüttungen nur an diejenigen Wahrnehmungsberechtigten erfolgen dürfen, die Rechte einbringen, zudem müssen die Urheber von diesen Ausschüttungen profitieren (EuGH Ur. v. 12.11.2015 – C-572/13 – Reprobel, Rn. 48). Eine pauschale Kürzung der den Urhebern stehenden Vergütungen steht damit nicht in Einklang. Die in der Sache betroffene Richtlinie 2001/29/EG sieht Ausschüttungen an Nichtberechtigte nicht vor und hat auch kein Leistungsschutzrecht zugunsten von Verlagen eingeführt. Erwägungsgrund 20 der VGG-Richtlinie 2014/26/EG sieht lediglich vor, dass Mitglieder in Verwertungsgesellschaften „aufgrund eines Rechtsverwertungsvertrags Anspruch auf einen Anteil an den Einnahmen der Verwertungsgesellschaft“ haben mögen. Eine pauschale Teilung, ggf. flankiert durch eine allgemeine Zustimmung ist damit nicht zu rechtfertigen. Hinzu kommt, dass eine Zustimmung typischerweise in Formularverträgen erfolgen würde, und zwar sowohl gegenüber Verwertungsgesellschaften als auch gegenüber Verwertern. Ob solche pauschalen Zustimmungen zulässig sind, hat der BGH mit deutlichen Worten bezweifelt (BGH Ur. v. 21.4.2015 – I ZR 198/13 Rn. 31).

Der deutsche Gesetzgeber riskierte daher eine unionrechtswidrige Regelung und damit ein Vertragsverletzungsverfahren, sowie einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in Eigentumsrechte der Urheber, weil dem Zugriff gerade keine eigenständige Eigentumsposition der Verleger gegenübersteht. Ein Verlageigentum als eigenes Verlegerrecht gibt es im deutschem Recht nicht. Daher dürfte auch die nach Pressemeldungen eingelegte Verfassungsbeschwerde gegen das BGH-Urteil vom 21.4.2016 erfolglos bleiben.

II. Ergebnis

Der RegE verbessert die Position der Urheber überwiegend nicht. Folgendes wäre zu empfehlen, §§ 32 Abs. 2 Satz 2, 32d, 40a, 41 zumindest in der Form des Referentenentwurfs zu fassen. Bei § 40a RefE könnte eine maßvolle Verlängerung der Rückrufsfrist vorgesehen werden. Ausschlüsse für Marken, Muster und Designs sind nicht nötig, es genügt, für die Nutzungsberechtigten weiterwirkende einfache Nutzungsrechte vorzusehen.

Köln, 4.7.2016

Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer