

Per E-Mail: referat-III B3@bmjv.bund.de

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Herrn Loos
Referat III B 3
11015 Berlin

Veronika Fischer
Geschäftsführung
Emmy-Noether-Str. 17
76131 Karlsruhe

Telefon: 0721 782027-29
Telefax: 0721 782027-27
E-Mail: kontakt@dgri.de

Hamburg, München, Stuttgart, den 21.12.2015

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs
der Urheber und der ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung**

**Hier: Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.
(DGRI)**

Ihr Zeichen: 3600/4-34 384/2015

Sehr geehrter Herr Loos, sehr geehrte Damen und Herren,

die Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI) bedankt sich für die im Rahmen der Verbändeanhörung gewährte Gelegenheit zur Stellungnahme zu obigem Gesetzentwurf.

I.

Die DGRI ist eine der in Deutschland führenden unabhängigen wissenschaftlichen Vereinigungen auf dem Gebiet des IT-Rechts. Sie befasst sich mit Fragen an der Schnittstelle zwischen Informatik einerseits sowie Recht und Wirtschaft andererseits und fördert die Zusammenarbeit von Lehre, Forschung, Gesetzgebung und Praxis in allen Fragen der Informationstechnik.

Zu ihren Mitgliedern zählen Wissenschaftler und Praktiker sowohl aus dem Gebiet der Rechtswissenschaft als auch der Technik. Mit ihnen sucht die Gesellschaft den ständigen Austausch von Wissen, Erfahrungen und Meinungen. Mittels von der Gesellschaft veröffentlichter Stellungnahmen begleitet die DGRI Gesetzgebungsvorhaben auf nationaler wie europäischer Ebene als neutrale Institution, die den Partikularinteressen einzelner Unternehmen oder Branchen nicht verpflichtet ist.

II.

Die Fachausschüsse Softwareschutz und Vertragsrecht haben sich mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und der ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung vom 5. Oktober 2015 befasst.

Die DGRI nimmt dazu wie folgt Stellung:

1. Der Referentenentwurf hat das Ziel, eine gestörte Vertragsparität zu beheben, der sich laut Referentenentwurf Kreative in vielen Fällen ausgesetzt sehen. Er soll insbesondere gegen eine dauerhafte Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte gegen unangemessene Einmalzahlung im Falle von sog. "Total Buy-Outs" wirken.

Vorgeschlagen wird insofern eine Regelung, die im Kern vor allem auch ein weitergehendes Rückrufsrecht wegen anderweitiger Nutzung (§ 40a UrhG-E) vorsieht und welche im Falle der Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte für sämtliche Urheberrechtswerke ohne Einschränkung zur Anwendung kommen würde. Der Entwurf ist schon im Ansatz kritisch zu sehen, weil er – und zwar auch in den Details der Regelungen – gar nicht danach fragt,

- ob ein "Total Buy-Out" wirklich in allen Segmenten der Urheberrechtsindustrie in gleichem Maße schädlich bzw. ob er nicht sogar in einigen Bereichen zwingend erforderlich ist und
- ob wirklich in allen betroffenen Bereichen eine gestörte Vertragsparität vorliegt.

Der Entwurf arbeitet vielmehr nach dem "Gießkannenprinzip". Der Entwurf greift damit – anders als die Regelungen der §§ 32, 32a-c UrhG, die tatbestandsmäßig nach der Angemessenheit der Vergütung bzw. einem auffälligen Missverhältnis fragen – im Übermaß in die Vertragsfreiheit ein.

Der Referentenentwurf übersieht, dass das Urheberrechtsgesetz heute auf eine Vielzahl von Werken anwendbar ist, die nicht auf dem höchstpersönlichen, individuellen Schaffen von – sich zugegeben oft in einer schwachen Verhandlungsposition befindenden – Künstlern und sonstigen Kreativen beruhen, sondern auch auf solche Werke, die auf einem ingenieurmäßigen Vorgehen von Gruppen gut bezahlter Techniker basieren. Diese sind aber keinesfalls übermächtigen Verwertern ausgesetzt und in aller Regel auch auskömmlich bzw. in Ansehung der Marktnachfrage im Bevölkerungsschnitt überdurchschnittlich bezahlt. Es ist insofern insbesondere für Softwareentwickler in der Regel keine fehlende oder schwache

Verhandlungsmacht zu attestieren, sondern teils sogar eine starke. Denn anders als bei herkömmlichen Urheberrechtswerken, zeichnet sich insbesondere Software dadurch aus, dass es hier regelmäßig aufgrund deren technischen Charakters und der damit verbundenen technischen Abhängigkeiten zu sog. Lock-in-Effekten kommen kann, zum anderen dadurch, dass in der Regel eine große Anzahl von Urhebern an einem Werk mitwirkt. Softwareentwicklung ist in diesem Sinne eher Industrieproduktion als individuelles künstlerisches Schaffen und kann daher mit diesem nicht in jeder Hinsicht gleichgesetzt werden. Eine unangemessene Bezahlung kann in diesem Markt bis dato nur äußerst selten attestiert werden.

Aber auch in anderer Hinsicht geht der Referentenentwurf offenbar von falschen Voraussetzungen aus. So wird in der Begründung in Abschnitt A.II.1.b) im Hinblick auf § 40a UrhG-E ausgeführt, dass dies der „Kreativwirtschaft“ Anlass gebe, „*bei Leistungen, die typischerweise nur über wenige Tage, Wochen oder Monate genutzt werden*“ kürzere Laufzeiten für die Rechtseinräumung zu vereinbaren. Jedenfalls im Bereich der Softwareentwicklung gibt es keine solchen „kurzlebigen“ Leistungen. Vielmehr ist die Softwareindustrie angesichts der langen Entwicklungszyklen von oftmals mehreren Jahren und den hohen damit verbundenen Investitionen auf einen möglichst langen Verwertungszeitraum angewiesen. Wenn diese Investitionen schon nach Ablauf von fünf Jahren auf der Grundlage des Rückrufsrechts wegen anderweitiger Nutzung durch relativ einfache Gestaltungen zunichte gemacht werden könnten, würde das die (deutsche) Softwareindustrie nachhaltig schädigen.

Insbesondere Start-Up-Unternehmen im Bereich der Softwareentwicklung hätten keinerlei Investitionssicherheit, denn zumeist arbeiten sie mit freien Softwareprogrammierern, auf die die Regelung des § 69b UrhG keine Anwendung findet. Sie müssten befürchten, dass im Falle einer erfolgreichen Markteinführung ein Programmierer sein Rückrufsrecht nach § 40a UrhG-E ausüben und seine Rechte an der sich dann bewährten Softwareentwicklung an ein zahlungskräftigeres Unternehmen veräußern würde, mit dessen Angebot das Start-Up-Unternehmen nicht mithalten kann, so dass das Vorkaufsrecht des § 40b UrhG-E leerläuft.

Insofern überzeugt der breitflächige Entwurf schon hinsichtlich seiner Problemanalyse und Zielsetzung nicht, jedenfalls nicht in Bezug auf die Softwareindustrie.

2. Im Kern konzentriert sich die Kritik der DGRI vor diesem Hintergrund auf die Auswirkung des § 40a UrhG-E im Bereich der Softwareindustrie und solcher Industrien, die Software im Zuge der zunehmenden Digitalisierung zusehends in ihren Produkten integrieren (etwa den Maschinenbau oder die Elektroindustrie). Der Normvorschlag begegnet insofern insbesondere folgenden Bedenken:

- a) Soweit in § 40a UrhG-E auf den einzelnen Urheber abgestellt wird, fragt sich, ob dieses im Softwarebereich zielführend ist. Denn einerseits könnten insofern einzelne Miturheber – es sei denn, dass dem durch § 40a Abs. 3 UrhG-E entgegen gewirkt werden soll (dazu in der Folge unter f)) – nach Ablauf von fünf Jahren die weitere Verwertung durch den Rechteinhaber (Softwareanbieter) verhindern bzw. mehr oder minder unmöglich machen. Die Besonderheit liegt bei Computerprogrammen insofern im Vergleich zum solitären künstlerischen Werk darin, dass der Beitrag des einzelnen Programmierers häufig so in das

"Gesamtwerk" verwoben ist, dass er sich technisch nicht ohne Weiteres trennen oder gar austauschen lässt. Dies gilt umso mehr, wenn ein Computerprogramm seinerseits mit anderen Programmen verbunden und/oder in Hardware integriert wird (sog. embedded Software). Mithin würde über das Rückrufsrecht zugunsten der einzelnen Urheber nicht etwa nur eine angemessene Vergütung abgesichert, sondern diese würden vielmehr mit einem erheblichen Erpressungspotential ausgestattet werden, wenn sie ohne nennenswerte weitere Anforderungen (dazu unten unter c)) die gesamte Verwertungskette zusammenbrechen lassen könnten. Das kann zu einer viel größeren Störung der Vertragsparität führen, als sie derzeit im Softwaremarkt – im Verhältnis zwischen Urheber und Verwerter – anzutreffen ist.

Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Computerprogramm von einem Unternehmen in die Wertschöpfungskette einbezogen und als Teil eines Kundenproduktes (z.B. embedded in eine Hardware) veräußert wurde. Sofern es nämlich zwischen dem Urheber und dem Unternehmen (ausschließlichen Lizenznehmer) zu keiner Einigung über die Vergütung kommen sollte, gerät das Unternehmen durch den Wegfall des Nutzungsrechts automatisch in eine Rechtsmängelhaftung gegenüber seinen Kunden.

- b) Es kommt hinzu, dass die Rechtsprechung im Softwareurheberrecht regelmäßig dazu neigt, trotz des klaren Wortlauts der Regelungen den "Urheber" dem Rechteinhaber gleichzustellen (so etwa zu § 34 Abs. 1 UrhG: OLG Karlsruhe GRUR-RR 2012, 98, 101; OLG München CR 2008, 551; OLG Düsseldorf K&R 2009, 730, 731; OLG Frankfurt CR 2009, 423; LG Mannheim CR 2010, 159, 161; LG Frankfurt MMR 2011, 683, 684; LG München CR 2007, 356, 358 ff.). Es sollte insofern in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass hier der Urheber im eigentlichen Sinne gemeint ist und gerade nicht der exklusive Rechteinhaber. Dieses ist auch deshalb wichtig, weil sonst Verwertungsketten ganz erheblich und empfindlich gestört werden könnten.
- c) Die Voraussetzungen für die Ausübung des Rückrufsrechts wegen anderweitiger Nutzung gemäß § 40a Abs. 1 UrhG-E sind völlig unklar. Geregelt ist lediglich, dass sich „*ein anderer Vertragspartner zur Nutzung nach dem Rückruf verpflichtet*“ haben muss. Nicht geregelt ist, ob es sich bei dem Recht des „Zweiterwerbers“ um ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht handeln muss, ob dieses entgeltlich oder auch unentgeltlich eingeräumt werden kann und für welche Dauer es eingeräumt wird. Das „Vorkaufsrecht“ nach §40b UrhG-E hilft dem bisherigen Rechteinhaber hier nicht weiter. Hat er beispielweise ein dauerhaftes ausschließliches Nutzungsrecht erworben und der „Zweiterwerber“ nur ein einfaches Nutzungsrecht für ein Jahr, könnte der bisherige Rechteinhaber aufgrund des „Vorkaufsrechts“ nur dieses eingeschränkte Nutzungsrecht erwerben, um den völligen Rechtsverlust zu vermeiden. Damit würde missbräuchlichen Gestaltungen, die allein dem Zweck dienen, dass sich der Urheber von einer früher erfolgten Rechteeinräumung lösen bzw. nachverhandeln kann, Tür und Tor geöffnet. Die Vertragsparität würde dadurch nicht befördert, sondern, wie oben ausgeführt, nachhaltig gestört.
- d) Schon der mögliche Entzug ausschließlicher Nutzungsrechte führt insofern bereits zu einer ganz erheblichen Schwächung der Marktposition einzelner Softwareanbieter, und es ist in Ansehung der teils monopolistischen, zumindest aber oft oligopolistischen Marktsituation

sogar zu befürchten, dass entsprechend marktmächtige Unternehmen aufstrebende KMU's der deutschen Wirtschaft durch entsprechend „erkaufte“ Rückrufe gezielt schwächen könnten. Denn die Teile der Software, für die ein Rückruf erfolgte, können in der Regel nicht ohne Weiteres wieder durch „Zukauf“ von dritter Seite ersetzt werden.

- e) Hinzu kommt, dass entsprechende Softwareanbieter auf die technische Funktionalität der lizenzierten Software im Zweifel angewiesen sein werden. Es fragt sich daher auch, warum denn nicht zumindest einfache Nutzungsrechte – und entsprechende Tochterrechte (dazu unten unter j)) – weiterhin bestehen könnten, auch wenn schon diese mit einer erheblichen Schwächung des Softwareanbieters einhergehen würden.
- f) Es ist unklar, wie § 40a Abs. 3 UrhG-E zu lesen ist, insbesondere ob Nutzungsrechte bei Gemeinschaftswerken wie Software nur von sämtlichen Miturhebern bzw. allen Urhebern verbundener Werke zurückgerufen werden können, was nach Auffassung der DGRI zu fordern wäre, oder gar nur von einem einzigen Miturheber, der die Gesamtsoftware dadurch praktisch unverwertbar machen könnte. Dass der Verweis auf die §§ 8 und 9 UrhG allein nicht für Klarheit sorgt, zeigen schon die bisherigen Kommentierungen zu § 8 UrhG (etwa Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl., § 8 Rn. 13), nach denen keinesfalls klar ist, ob schon einzelne Miturheber Rückrufsrechte ausüben können oder nur alle Miturheber gemeinsam oder ob es gar auf den Einzelfall ankommt. Es schließen sich ggf. Folgefragen an (nachfolgend g) und h)).
- g) Sollte die Ausübung durch den einzelnen Miturheber gemeint sein, fragt sich, ob ein solcher Rückruf dann ggf. auch nur durch einen (ggf. auch ehemaligen) Arbeitnehmer erfolgen könnte. Hiergegen spricht, dass für diesen ein entsprechendes Rückrufsrecht gegen Art. 3 der Computerprogrammrichtlinie verstoßen dürfte. Ist der Arbeitnehmer als Miturheber bzw. als Urheber eines verbundenen Werkes aber ausgeschlossen, so greift ggf. § 40a UrhG-E für Computerprogramme in der Regel überhaupt nicht mehr. Sieht man dieses anders, würden wiederum einzelne Miturheber ein extrem ausgeprägtes Erpressungspotential erlangen. Sie könnten die Verwertung von über Jahre oder gar Jahrzehnte entwickelter Software blockieren, und zwar insbesondere, wenn sie an der Entwicklung des ursprünglichen Software-"Nukleus" einer solchen Softwareentwicklung beteiligt waren.
- h) Kann ein ausschließliches Nutzungsrecht von einem einzelnen Miturheber allein zurückgerufen werden, so wird dieses im Zweifel weiter dazu führen, dass der Softwareanbieter seine wirtschaftlichen Interessen (Exklusivrechte an seinem eigenen Produkt) auch dann nicht mehr durchsetzen kann, wenn er die Software im Übrigen mit Hilfe seiner Arbeitnehmer entwickelt hat. Denn er kann nicht mehr gegen Dritte vorgehen, wenn die Software auf diesem Wege durch Miturheber – sprich gemeinsam – geschaffen wurde. Dieses ergibt sich zumindest nach der Rechtsprechung des OLG Frankfurt (OLG Frankfurt MMR 2003, 45, 47 – IMS Health; OLG Frankfurt a. M. GRUR 2014, 991, 992 – Segmentstruktur), der die Literatur weitestgehend gefolgt ist (etwa Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl., § 8 Rn. 20: "*Wer jedoch nicht selbst Miturheber ist, sondern nur abgeleitete Rechte besitzt, muss sich die Rechte von allen Miturhebern beschaffen, wenn er gegen Rechtsverletzer vorgehen will.*"). So ist nach dieser Rechtsprechung lediglich der Miturheber zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen berechtigt. Der exklusive

Rechtsinhaber hingegen kann sich nicht ohne Weiteres auf die gesetzliche Prozessstandschaft gemäß § 8 UrhG berufen, sondern nur vorgehen, wenn er sämtliche exklusiven Nutzungsrechte innehat. Diese Möglichkeit, Unterlassungsansprüche geltend zu machen, würde gefährdet, wenn ein Miturheber seine Rechte für sich allein zurückrufen könnte.

- i) Man kann weiter die Frage stellen, ob nicht zumindest Computerprogramme aus dem Bereich des § 40a UrhG ausgenommen sein sollten. Dieses schon vor dem Hintergrund der zwingenden Regelung zum Arbeitnehmerurheberrecht der Computerprogramm-Richtlinie. Gleichzeitig enthält Software häufig aber auch andere Werke, insbesondere Datenbankwerke, für die Ähnliches gilt.

Und auch Datenbankenwerke lassen sich, zumindest was ihren strukturellen Schutz angeht, oftmals nicht von heute auf morgen bzw. ohne unverhältnismäßig hohe Kosten aus Softwareprodukten entfernen. Auch hier besteht im Zweifel – betroffen sind i.d.R. wieder Softwareentwickler – kein Bedürfnis für einen Schutz gegen eine unausgewogene Vertragsparität in Ansehung eines unangemessenen Vergütungsniveaus.

Weiter sind in vielen modernen Computerprogrammen auch zahlreiche sonstige Werke fest integriert, und zwar in einer Art und Weise, dass beim Wegfall einer entsprechenden Lizenz nach fünf Jahren das gesamte Computerprogramm umfassend neu gestaltet werden müsste. Zu denken ist hier etwa an Filmwerke im Rahmen von Computerspielen.

- j) Inakzeptabel ist jedenfalls für technische Werke wie Software auch die Regelung unter § 40a Abs. 5 UrhG-E, mit der das sofortige Erlöschen der Nutzungsrechte angeordnet wird, zumal dieses auch mit Blick auf Tochter- und Enkelrechte gelten soll. Diese Regelung widerspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, der bei Wegfall der Hauptlizenz zu einem Überleben der Unterlizenzen gelangt (BGH GRUR 2009, 956 – Reifen Progressiv, BGH GRUR 2012, 914 – M2Trade und BGH GRUR 2012, 915 – Take Five). Dies kann für den ausschließlichen Rechteinhaber zu einer Rechtsmängelhaftung gegenüber seinen Lizenznehmern führen.
- k) Nicht ausreichend und nicht akzeptabel ist auch die Ausnahmeregelung in § 40a Abs. 6 UrhG-E. Danach kann von den Absätzen 1 bis 5 nur durch eine Vereinbarung abgewichen werden, die auf einer gemeinsamen Vergütungsregel oder einem Tarifvertrag beruht. Für kommerzielle, in der produzierenden Industrie einzusetzende Computerprogramme existieren aber weder Vereinigungen von Werknutzern noch Vereinigungen von Urhebern, die entsprechende gemeinsame Vergütungsregelungen nach § 36 UrhG abschließen könnten. Für derartige Computerprogramme läuft die als Ausnahnevorschrift gedachte Regelung deshalb weitgehend leer, zumal dem Arbeitgeber bei Computerprogrammen, die die Mitarbeiter im Rahmen ihres Arbeits- oder Dienstverhältnisses erstellen, die Nutzungsrechte gemäß gesetzlicher Fiktion zustehen (§ 69b UrhG), weil insoweit nach der ratio legis der Arbeitslohn bzw. die Vergütung als ausreichende Entlohnung angesehen werden.

- l) Wie oben unter c) ausgeführt, ist zu bezweifeln, dass § 40b UrhG-E dem ausschließlichen Rechteinhaber einen angemessenen Ausgleich für die Nachteile des Rückrufs der Nutzungsrechte mit sich bringt. Außerdem ist es wie gesagt nicht auszuschließen, dass marktstarke in- und vor allem ausländische Wettbewerber die Regelung des § 40a UrhG gerade zu Lasten kleiner und mittelständischer Softwareunternehmen missbrauchen.
3. Auch § 41 UrhG-E ist mit Blick auf Computerprogramme nicht akzeptabel. Ein Zeitraum von zwei Jahren erscheint viel zu kurz.

Die DGRI kommt daher zu dem Ergebnis, dass der Referentenentwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und Künstler auf angemessene Vergütung vom 5. Oktober 2015 hinsichtlich §§ 40a und 40b UrhG-E sowie der Änderungen des § 41 UrhG für den Bereich der Computerprogramme und Datenbanken weder die Interessen der Urheber noch der Softwareindustrie angemessen berücksichtigt und daher abzulehnen ist. Sofern der Gesetzgeber Handlungsbedarf zur Sicherstellung einer angemessenen Vergütung von Softwareprogrammierern oder der Kreativwirtschaft erkennt, wären aus Sicht der DGRI die geeigneten Maßnahmen eine etwaige Nachbesserung der §§ 32a - 32c UrhG.

Für Rückfragen oder ergänzende Erläuterungen steht Ihnen die Gesellschaft gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'V. Fischer', written in a cursive style.

Veronika Fischer
Geschäftsführung der DGRI

- an der Unterschrift gehindert -

Dr. Mathias Lejeune
Leiter Fachausschuss Vertragsrecht

Dr. Thomas Stögmüller
Leiter Fachausschuss Vertragsrecht

Dr. Malte Grützmacher
Leiter Fachausschuss Softwareschutz

Dr. Jörg Schneider-Brodthmann
Leiter Fachausschuss Softwareschutz