



## Stellungnahme zum Referentenentwurf

### eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung vom 7. September 2015

Reto M. Hilty\* – Kaya Köklü\*\* – Philipp Müller\*\*\* – Alexander Faid\*\*\*, \*

#### Allgemeines

Das tendenzielle Kräfteungleichgewicht zwischen Kreativen und ihren Vertragspartner ist bis zu einem gewissen Grade systembedingt. Versuche, dieses Ungleichgewicht mittels regulatorischer Eingriffe in die Vertragsfreiheit auszugleichen, haben in Deutschland Tradition. Der letzte Anlauf dazu erfolgte 2002 durch das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern. Jenes hat nach Auffassung der Bundesregierung – namentlich im Hinblick auf die angemessene Vergütung (§§ 11, 32 Abs. 1 UrhG) – nicht die erhofften Wirkungen gezeitigt.

Vor diesem Hintergrund erscheint das Anliegen einer „Nachbesserung“ im Grundsatz unterstützungswürdig, wobei allzu weitreichende Erwartungen kaum berechtigt wären. Weder darf das Urheberrecht hinsichtlich seiner Funktionen überfordert werden; mit Recht verweist der Referentenentwurf in der Begründung denn auch auf das oftmals bestehende Überangebot an freiberuflichen Urhebern und deren teilweise Bereitschaft hin, niedrige Bezahlungen zu akzeptieren (S. 14). Noch dürfen gesetzliche Vorgaben die deutsche Kulturwirtschaft in einem Ausmaß belasten, bei dem Investitionsanreize beeinträchtigt werden könnten. Sicherzustellen ist vielmehr in erster Linie, dass das genannte Kräfteungleichgewicht in jenen Konstellationen ausgeglichen werden kann, in denen es sich zulasten einzelner Akteure dysfunktional auszuwirken droht. Indessen darf nicht außer Acht bleiben, dass der Grundsatz die Vertragsfreiheit ist, während dessen Einschränkung der Rechtfertigung bedarf. Nicht Aufgabe des Urhebervertragsrechts ist es namentlich, eine erfolgreiche Verwertung geschützter Werke zu garantieren (Referentenentwurf S. 12).

Ein Angelpunkt des Gesetzes von 2002 waren gemeinsame Vergütungsregelungen (§ 36 UrhG). Falls es zutrifft, dass sich diese nicht im erwünschten Maße positiv ausgewirkt haben, so ist allerdings fraglich, ob ein weiteres Drehen an derselben „Schraube“ die Situation maßgeblich verbessern kann. Jedenfalls fehlen soweit ersichtlich empirische Erhebungen zur Wirksamkeit dieses seit bald 14 Jahren verfügbaren Instruments; insbesondere sind systemati-

---

\* Prof. Dr. jur., Direktor am MPI für Innovation und Wettbewerb, München (federführender Autor).

\*\* Dr. jur., Referent am MPI für Innovation und Wettbewerb, München.

\*\*\* Studentische Hilfskraft am MPI für Innovation und Wettbewerb, München.

\* Die Stellungnahme wird unterstützt von Prof. Dr. jur. Josef Drexler, Direktor am MPI für Innovation und Wettbewerb, München.

sche Erhebungen, in welchen Bereichen überhaupt solche Vereinbarungen getroffen worden sind und wie sie sich im Einzelnen auf die betroffenen Urheber ausgewirkt haben, nicht bekannt. Insoweit könnte es angezeigt sein, über alternative Regelungsmechanismen nachzudenken.

### **§ 32 Abs. 2 Satz 3 RefE – Angemessene Vergütung**

Der Gedanke, den Urheber an jeder Werknutzung zu beteiligen, d.h. bei mehrfachen Nutzungen jeweils eine gesonderte Vergütung vorzuschreiben, um den Kriterium der Angemessenheit Genüge zu tun, mag auf den ersten Blick einleuchten.

Fraglich ist allerdings, ob der in § 32 Abs. 2 Satz 3 RefE neu vorgeschlagene, vergleichsweise starre Grundsatz die Vielfalt möglicher Konstellationen in den unterschiedlichen Branchen ausreichend abbildet. Namentlich dort, wo verschiedene Nutzungsmöglichkeiten nebeneinander bestehen, kann es schwierig sein, überhaupt zu differenzieren bzw. Einzelberechnungen anzustellen. Auch dürfte das Konsumverhalten zu berücksichtigen sein. Gewiss erlauben etwa Angebote über das Internet eine doppelte oder gar mehrfache Nutzung identischer oder ähnlicher Inhalte, doch zeigt etwa das Beispiel einer Tageszeitung, dass es sich dabei nicht selten um Substitute handeln dürfte: Abonnenten lesen pro Ausgabe wohl nur entweder die Printversion oder ein Onlineangebot. Werden damit mehr Leser erreicht, sollte sich dies natürlich in der Vergütung an den Urheber auswirken – doch hat dies nichts mit der mehrfachen Nutzung zu tun. Mithin rechtfertigt nicht die Tatsache mehrfacher Nutzung an sich eine höhere Vergütung.

Ohnehin stellt sich die Frage, ob die abstrakte Zielsetzung, die Praxis von Einmalzahlungen bei pauschaler Rechteinräumung einzudämmen, Unterstützung verdient. Solche Buy-Out-Verträge laufen den Interessen des Urhebers nicht schlechterdings zuwider, sondern können je nachdem sowohl in seinem Interesse wie auch in jenem des Verwerter liegen. Namentlich wird der Urheber von Verwertungsrisiken befreit, während der Verwerter bessere Kalkulationsmöglichkeiten erhält. Je nach vertraglicher Regelung mag der Urheber im Verhältnis zum Erfolg seines Werks also schlechter oder besser wegkommen. Steht die Vergütung im Falle des Erfolgs des Werks in einem „auffälligen Missverhältnis“, greift allerdings § 32a, während es im Falle eines Flops keinen Ausgleichsmechanismus zulasten des Urhebers gibt. Eine gewisse Pauschalierung ist daher nicht per se abzulehnen, solange der Urheber nicht systematisch schlechter fährt. Sollte man hingegen zu dem Schluss gelangen, dass § 32a nicht in ausreichendem Maße greift – oder dessen Eingriffsvoraussetzungen zu hoch liegen –, wäre sinnvollerweise bei einer Reform dieser Vorschrift anzusetzen (s. dazu auch Anmerkungen zu § 40a RefE).

Wird an der vorgeschlagenen allgemeinen, undifferenzierten Regelung festgehalten, kommt dem unbestimmten Terminus „in der Regel“ entscheidende Bedeutung bei, da Unterschiede in verschiedenen Branchen und Konstellationen nur gestützt darauf berücksichtigt werden können. Zumindest sollte daher die Gesetzesbegründung anhand von repräsentativen Beispielen aufzeigen, was mit „mehrfache Nutzungen desselben Werkes“ genau gemeint ist, und in welchen Fällen nur gesonderte Vergütungen der jeweiligen Nutzungen zur Angemessenheit i.S.v. § 11 UrhG führen können. Denkbar ist dies namentlich, wenn mehrfache Nutzungen die In-

tensität der Werknutzung erhöhen, beispielsweise wenn verschiedene Vertriebswege zu voneinander unabhängigen (sich nicht substituierenden) Möglichkeiten der Werknutzungen führen. Kommt es etwa zu – insbesondere zeitlich nachgelagerten – Sekundärnutzungen (z.B. Vertrieb eines E-Book nach der Printausgabe eines Buches) oder erfolgt die Nutzung über einen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht bekannten Zeitraum (beispielsweise wiederkehrende Werkverwendung in der Werbung), dürften durchaus gute Gründe dafür bestehen, nur eine aufgeschlüsselte Vergütungsstruktur zu erlauben, weil nur sie die Feststellung der Angemessenheit ermöglicht.

In anderen Konstellationen hingegen ist die Erforderlichkeit der vorgeschlagenen Regelung fraglich. Dies gilt umso mehr im Lichte des neu vorgeschlagenen § 32d RefE, der darauf ausgelegt ist, Transparenz zu schaffen; damit ist ein Urheber auch im Falle einer Pauschalvergütung in der Lage, unangemessene Vergütungen festzustellen und ggf. in Anwendung von § 32a UrhG eine Änderung des Vertrages zu verlangen. Doch selbst in den genannten Beispielen dürfte der vorgeschlagene Satz 3 erst mit der Entwicklung von Fallrecht wirklich handhabbar werden; dieses Fallrecht könnte – und müsste – sich aber bereits gestützt auf das geltende Recht in jene Richtung entwickeln, die vom RefE angestrebt wird. Demgegenüber läuft die vorgeschlagene Regelung Gefahr, zu tief in die Vertragsfreiheit einzugreifen, indem zur Regel erhoben wird, was im Interesse der Einfachheit des Systems eigentlich die Ausnahme sein sollte. Denn gerade dann, wenn ein Werkbeitrag mit Blick auf die Gesamtauswertung eine eher untergeordnete Bedeutung hat, reduziert eine Pauschalierung der Vergütung die Transaktionskosten erheblich, ohne dass besondere Risiken der Unangemessenheit bestehen.

### **§ 32d RefE – Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft**

Im Prinzip erscheint ein gesetzlich determinierter Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft im Lichte der damit zu erreichenden Transparenz begrüßenswert. Gestützt auf den vorgeschlagenen § 32d RefE bestünde ein solcher Anspruch – entgegen der bisherigen Rechtsprechung zum Auskunftsanspruch aus §§ 242, 259 BGB<sup>1</sup> – auch bei pauschalen Nutzungsrechtsabtretungen.

Nahe liegt, dass von Seiten gewisser Werknutzer der damit verbundene bürokratische Aufwand entgegengehalten wird<sup>2</sup>. Dies ist kaum von der Hand zu weisen, auch wenn abzuwarten bleibt, welche Kostenfolgen damit wirklich verbunden sein werden. Eine zumindest grundsätzlich bestehende Auskunfts- und Rechenschaftspflicht erscheint indessen unausweichlich, damit § 32a UrhG überhaupt Wirkung entfalten kann. Indessen wäre ein Vorbehalt vorstellbar, demzufolge der Anspruch des Urhebers bei unverhältnismäßigem Aufwand eingeschränkt werden könnte. Ob hierfür die Möglichkeit reicht, den Anspruch des Urhebers in Einzelfällen unter Anwendung von § 242 BGB zu suspendieren, ist fraglich; eine explizite Unzumutbarkeitsregelung würde die Rechtssicherheit jedenfalls erhöhen.

Darüber hinaus denkbar wäre es angesichts der Zielsetzung der vorgeschlagenen Norm, in erster Linie der Durchsetzung vom § 32a UrhG zum Durchbruch zu verhelfen, den Anwen-

---

<sup>1</sup> BGH GRUR 2002, 602 - Musikfragmente.

<sup>2</sup> Vgl. Stellungnahme des BDZV zum Referentenentwurf.

dungsbereich von § 32d RefE auf Fälle zu beschränken, in denen klare (durch Tatsachen nachprüfbar) Anhaltspunkte für einen solchen Anspruch auf weitere Beteiligung bestehen; damit würde die neue Regelung die geltende, durch Richterrecht gestützt auf §§ 242, 259 BGB hergeleitete Rechtslage kodifizieren<sup>3</sup>. Deutlich entlastet würden damit die Werknutzer – belastet allerdings die Urheber, zumal eine solche Regelung im Ergebnis auf eine Art „Darlegungslastumkehr“ hinauslaufen würde. Diese Belastung würde dem Gesamtanliegen des RefE kaum ausreichend Rechnung tragen.

Dennoch erscheint die vorgeschlagene Norm gerade im Hinblick auf Pauschalvergütungen – die in gewissen Fällen durchaus ihre Berechtigung haben (s. dazu auch Anmerkungen zu § 32 Abs. 2 Satz 3 RefE) – zu undifferenziert, zumal gerade bei einer solchen eher längere Zeiträume nötig sein mögen, um überhaupt feststellen zu können, ob eine zu Beginn bezahlte Vergütung im Sinne von § 32 UrhG insgesamt angemessen war.

Darüber hinaus fehlt der Norm die notwendige Klarheit, indem der Begriff „jeder Werknutzer“ im systematischen Kontext (z.B. im Lichte der Verwendung des Begriffs „Werknutzer“ in § 36 UrhG) nicht aus sich selbst verständlich ist. Offen bleibt insbesondere, ob nur dem direkten Vertragspartner gegenüber ein Auskunftsanspruch des Urhebers besteht, oder auch etwa gegenüber einem Unterlizenznehmer des Vertragspartners. Eine Art „Durchgriff“ zu statuieren wäre denkbar, zumal sonst der direkte Vertragspartner seinem Unterlizenznehmer gegenüber einen eigenen Auskunftsanspruch haben müsste, um dem vorgeschlagenen § 32d RefE Folge leisten zu können. Wenn dies gewollt ist, sollte das aber der Gesetzgeber klarstellen, da es kaum sinnvoll wäre, eine solch fundamentale Fragestellung der Rechtsprechung zur Entscheidung zu überlassen.

Weiterhin würde es sich aufdrängen, einen Mechanismus vorzusehen, der dem Werknutzer erlaubt, seiner Auskunftspflicht ohne Offenlegung sensibler Informationen nachzukommen (z.B. über bestimmte Geschäfts- oder Kalkulationsmodelle); denkbar wäre dies etwa unter Einschaltung eines unabhängigen Dritten. Ein solcher Mechanismus ist umso wichtiger, wenn der eben erwähnte „Durchgriff“ nicht statuiert werden sollte, zumal auch der Unterlizenzgeber berechnete Geheimnisinteressen haben kann. Denn letzten Endes müsste der Auskunftsanspruch über dessen Werknutzungen dann wohl via den direkten Vertragspartner erfüllt werden.

Schließlich überzeugt es in systematischer Hinsicht nicht ganz, § 32d RefE als alleinstehende, d.h. von § 32a UrhG abgekoppelte Norm zu konzipieren, da der Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft wohl primär – wenn nicht sogar einzig – in diesem Kontext seine Wirkung entfalten soll. Stattdessen drängt es sich auf, in § 32a einen weiteren Absatz mit entsprechendem Inhalt aufzunehmen (z.B. als neuer Abs. 4). Dies würde es zudem erlauben, jene Doppelung zu vermeiden, die mit dem vorgeschlagenen § 32d Satz 2 RefE im Verhältnis zu § 32a Abs. IV entstünde, indem in einem neuen Abs. 5 von § 32a UrhG eine integrale Formulierung möglich würde.

---

<sup>3</sup> BGH GRUR 2012, 496, 497 – Das Boot; BGH GRUR 2009, 939, 941 – Mambo No. 5.

## **§ 36 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 RefE – Gemeinsame Vergütungsregeln; § 36a Abs. 3, Abs. 4 Satz 2 RefE – Schlichtungsstelle**

Die Institution der gemeinsamen Vergütungsregeln war, wie eingangs erwähnt, ein Angelpunkt des Gesetzes von 2002. Ihr Charme liegt zweifellos darin, dass damit die Grundlagen für Selbstregelung gelegt und dafür gewisse Anreize geschaffen wurden. Ob sich diese Institution jedoch wirklich bewährt hat – oder genauer: besser bewähren wird als bisher, wenn die vorgeschlagenen Anpassungen erfolgen – ist indessen wenig klar. Offen bleibt damit auch, ob die vorgeschlagenen Anpassungen jene Wirkungen entfalten könnten, die von ihnen erhofft werden – insbesondere also die Durchsetzbarkeit angemessener Vergütungen verbessert würde. Im Idealfall hätten empirische Untersuchungen aufzeigen müssen, dass sich mit gemeinsamen Vergütungsregeln Branchenstandards setzen lassen; sollten dies nicht feststellbar sein, könnten mit den jetzigen Vorschlägen Chancen verpasst werden, auf ein griffigeres System zu setzen.

Tatsächlich stützt sich das geltende Recht nicht nur auf die Möglichkeit gemeinsamer Vergütungsregeln, sondern auch auf jene von Tarifverträgen. Tarifverträge sind letztlich auch ein Mechanismus zur Selbstregulierung; sie bilden für bestimmte Branchen die Rechtsrealität ab, erfassen aber grundsätzlich nur jene Parteien, die zu entsprechenden Vereinbarungen bereit sind. Darüber hinaus besteht bei Tarifverträgen allerdings die Möglichkeit der Allgemeinverbindlichkeitserklärung, womit auch Außenseiter formell und materiell erfasst werden können. Demgegenüber erscheint die Rechtsstellung von Außenseitern bei gemeinsamen Vergütungsregeln alles andere als klar zu sein. Für sie mögen Vergütungsansätze, die im Rahmen von allgemeinen Vergütungsregeln ermittelt wurden, zwar materiell ebenfalls als angemessen gelten (so § 32 Abs. 2 UrhG), wobei die Widerlegbarkeit dieser Vermutung in der Lehre nicht einheitlich gesehen wird. Jedenfalls formell dürften Außenseiter von gemeinsamen Vergütungsregeln aber kaum erfasst sein, was schon der neu vorgeschlagene § 36b Abs. 1 RefE deutlich macht; danach können nur Werknutzer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, die selbst gemeinsame Vergütungsregeln aufgestellt haben (Nr. 1) oder die Mitglieder einer Vereinigung von Werknutzern sind, die gemeinsame Vergütungsregeln aufgestellt hat (Nr. 2).

Diese Fehlstelle bei gemeinsamen Vergütungsregeln ist von erheblicher Tragweite, denn selbst wenn solche vergleichsweise weit verbreitet sein mögen, werden es primär nicht organisierte Werknutzer sein, den die Bereitschaft fehlt, Urheber angemessen zu vergüten. An dieser Stelle kann nun eben der im Tarifvertragsgesetz (TVG) etablierte Mechanismus der Allgemeinverbindlicherklärung eingreifen. Vor diesem Hintergrund scheint der bloße Hinweis auf – den gemeinsamen Vergütungsregeln vorgehende (§ 36 Abs. 1 UrhG) – Kollektivverträge im UrhG auf den ersten Blick auszureichen. Dies gilt umso mehr, als von § 12a TVG insbesondere arbeitnehmerähnliche Personen ebenfalls erfasst sind. Wesentlich erscheint in diesem Zusammenhang, dass das allgemeine – relativ strikte – Kriterium dafür, damit eine in einem Dienst- oder Werkvertragsverhältnis stehende Person unter diese Kategorie fällt, für freie Mitarbeiter aus der Medienbranche (namentlich für Personen die künstlerische, schriftstellerische oder journalistische Leistungen erbringen) in Abs. 3 gelockert ist: Jene müssen im Durchschnitt (nur) einen Drittel ihrer Einnahmen von einer Person beziehen, um als arbeitnehmerähnliche Person zu gelten. Diese Eigenschaft wiederum ist Voraussetzung dafür, dass

ein Tarifvertrag auf den freien Mitarbeiter anwendbar ist – und natürlich auch dafür, dass sich eine Allgemeinverbindlichkeit (die durch das Bundesministeriums für Arbeit und Soziales unter den Bedingungen von § 5 TVG zugesprochen werden kann) auch zugunsten jener freien Mitarbeiter auswirkt, deren Vertragspartner am Tarifvertrag nicht beteiligt sind. Eine der Hürden für eine solche Allgemeinverbindlichkeitserklärung liegt freilich darin, dass sie im öffentlichen Interesse liegen muss, was gegeben ist, wenn dem Tarifvertrag überwiegende Bedeutung zukommt (§ 5 Satz 2 Nr. 1 TVG) oder wenn damit wirtschaftliche Fehlentwicklungen korrigiert werden können (Satz 2 Nr. 2).

In der vorliegend interessierenden Konstellation könnte insbesondere diese 2. Alternative als Voraussetzung für eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen der Kreativbranche einschlägig sein. Allerdings sind die Anforderungen dazu in der Praxis hoch; namentlich der Gesetzesbegründung zufolge soll eine solche Erklärung nur bei einer Aushöhlung der tariflichen Ordnung und einer Gefährdung des Arbeitsfriedens erfolgen. Auch aus rechtsstaatlichen Gründen werden an eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung – die als Rechtssetzungsakt sui generis betrachtet wird – hohe Anforderungen gestellt, was sich ebenfalls in der Praxis niederschlägt<sup>4</sup>.

Vor diesem Hintergrund stellt sich nun die Frage, ob das Tarifvertragsrecht – das bereits heute (und gerade für die vom Urhebervertragsrechts besonders betroffene Medienbranche) Sonderregelungen kennt – im vorliegenden Kontext nicht genauer unter die Lupe genommen und allenfalls punktuell angepasst werden könnte, statt alleine auf die Institution der gemeinsamen Vergütungsregeln zu vertrauen. Dies setzt natürlich voraus, dass wirklich erhebliche Missstände bestehen, denen wirksam entgegnet werden muss. Dafür spricht der Umstand, dass die Bundesregierung eine abermalige Verstärkung der vertragsrechtlichen Stellung der Urheber schon im Koalitionsvertrag zur Priorität erklärt hat. Wenn diese Priorisierung richtig und begründet ist, sollten aber auch jene Institutionen nutzbar gemacht werden, die wirkungsvolle Abhilfe zu schaffen vermögen, was bei dem System der gemeinsamen Vergütungsregeln nicht mit Sicherheit der Fall ist. Zu entscheiden wäre, wie weit eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung reichen soll, d.h. hinsichtlich der Vergütung oder auch mit Bezug auf weitere Vertragsbedingungen. Gleichzeitig wäre dann allerdings auch zu prüfen, ob die Voraussetzung dafür, dass ein Urheber als arbeitnehmerähnliche Person gilt, nicht gelockert werden könnten; denn wenn durchschnittlich immerhin ein Drittel der Einnahmen von einem Werknutzer stammen müssen, dürfte nur eine Minderheit der betroffenen Urheber überhaupt tarifvertragsrechtlich erfassbar sein.

Demgegenüber setzt der RefE primär darauf, den Begriff der Repräsentativität einer Vereinigung nach § 36 Abs. 2 UrhG zu konkretisieren bzw. deren Ermächtigung zu fingieren, wenn sie den überwiegenden Teil der jeweiligen Urheber oder Werknutzer vertritt, sofern die Mitglieder nicht den gegenteiligen Beschluss fällen. Dagegen ist an sich nichts einzuwenden, zumal sich gemeinsame Vergütungsregeln nur dann spürbar auf die jeweilige Branche aus-

---

<sup>4</sup> Von den derzeit in Deutschland bestehenden ca. 70.000 Tarifverträgen wurden bislang nur 502 als allgemeinverbindlich i.S.d. § 5 TVG erklärt, s. <http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen-DinA4/arbeitsrecht-verzeichnis-allgemeinverbindlicher-tarifvertraege.pdf;jsessionid=23372CDE0AF96D590FEEEE80E2D9B81?blob=publicationFile&v=4>, Seite 3; laut diesem Verzeichnis gibt es solche allgemeinverbindlichen Verträge bislang nur für die Altersversorgung von Redakteuren und für das Redaktionsvolontariat.

wirken, wenn beide Parteien wirklich ausreichend repräsentiert sind. Und gerade Urheber können ihre Vergütungssituation nur dann verbessern, wenn sie den Werknutzern in Verhandlungen gut organisiert gegenüberstehen. Außerdem entlastet es die Werknutzer, wenn sie nicht mit einer Vielzahl kleiner Vereinigungen verhandeln müssen. Allerdings fragt sich, ob diese Anforderungen durch das Kriterium „repräsentativ“ im geltenden § 32 Abs. 2 UrhG bzw. dessen Konkretisierung durch Literatur und Rechtsprechung nicht bereits ausreichend klar und eindeutig sind. Hinzu kommt, dass ein Abstellen auf die jeweilige Branche bei sich überlappenden Kreativmärkten – wenn gewissen Urhebern also unterschiedliche Vereinigungen von Werknutzern gegenüberstehen – kaum zusätzliche Genauigkeit verspricht.

Der Mehrwert der vorgeschlagenen Konkretisierung beschränkt sich damit im Wesentlichen darauf, die Ausgangslage hinsichtlich der Berechtigung der Vereinigung zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln umzudrehen. Nach geltendem Recht fehlt eine solche Ermächtigung, wenn sie nicht erteilt wird; nach dem Vorschlag besteht sie – unter den konkretisierten Bedingungen der Repräsentativität, die aber auch nach geltendem Recht Voraussetzung ist –, falls die Mitglieder keinen entgegenstehenden Beschluss fassen. Dieses „opt out“ ist Ausfluss der negativen Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG, während diese im geltenden Recht durch die Möglichkeit der „Nicht-Ermächtigung“ verwirklicht ist.

Hingegen ist gegen eine Fristverkürzung in § 36 Abs. 4 UrhG von drei Monaten auf sechs Wochen nichts einzuwenden, da sie der Beschleunigung des Schlichtungsverfahrens dient. Das gleiche – berechtigte – Ziel verfolgen die vorgeschlagenen Änderungen in § 32a UrhG (§ 36a Abs. 3, Abs. 4 Satz 2 RefE), worauf hier nicht näher einzugehen ist.

### **§ 36b RefE – Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen gemeinsame Vergütungsregeln**

Die Zielsetzung des vorgeschlagenen § 36b RefE liegt darin, Werknutzer, die selbst mit Urhebern gemeinsame Vergütungsregeln vereinbart haben oder Mitglied einer Vereinigung sind, die solche vereinbart hat, auf Unterlassung verklagen zu können, wenn sie zum Nachteil des Urhebers vom Vereinbarten abweichen, ohne dass sich die einzeln betroffenen Urheber exponieren müssen. Dadurch, dass die Aktivlegitimation der Vereinigung zugewiesen wird, soll dem Problem des sog. Blacklisting von Urhebern, die auf die Bezahlung der angemessenen Vergütung bestehen, entgegengewirkt werden.

Diese Regelung ist durchaus sinnvoll, dürfte aber eher nur mittelbare Wirkung entfalten, weil bereits erfolgte Verstöße über diesen den Schutz des einzelnen Urhebers bezweckenden Mechanismus nicht korrigiert werden können. Denn dafür wären (einzig) die betroffenen Urheber selbst aktivlegitimiert. Dies macht auch der vorgeschlagene § 36c RefE deutlich, demzufolge es der Urheber ist, der von seinem Vertragspartner die Einwilligung in jene Änderung des Vertrages verlangen kann (und muss), mit der die Abweichung von einer gemeinsamen Vergütungsregel beseitigt wird. Gleichmaßen müssten die Urheber einen Schadensersatz in Höhe des zu wenig gezahlten Differenzbetrages – individualvertraglich – durchsetzen. Damit wären sie bei Geltendmachung ihrer Rechte gleichwohl der Gefahr des Blacklisting ausgesetzt. Mit anderen Worten dürften Verbandsklagen in erster Linie präventive Wirkung entfalten.

Hinzu kommt, dass auch § 36b RefE keine Handhabe bietet, um Außenseiter zu erfassen. Gegen Werknutzer, die am Aushandeln der gemeinsamen Vergütungsregeln nicht beteiligt waren bzw. nicht nachträglich Mitglied einer beteiligten Vereinigung werden, sind weder die in § 36b RefE genannten Vereinigungen von Urhebern bzw. Werknutzern noch einzelne Werknutzer aktivlegitimiert – und umgekehrt ist der nicht beteiligte Werknutzer nicht passivlegitimiert. Überwinden ließe sich diese Lücke höchstens kollektivvertragsrechtlich, wobei die geltende Rechtslage dafür – wie gezeigt – kaum ausreichen dürfte.

### **§ 36c RefE – Individualvertragliche Folgen des Verstoßes gegen gemeinsame Vergütungsregeln**

Der vorgeschlagene § 36c Satz 1 RefE überschneidet sich mit § 32 Abs. 3 UrhG. Er enthält soweit ersichtlich keinen Mehrwert gegenüber jener allgemeinen Regelung. Jene steht im Zusammenhang mit § 32 Abs. 2 UrhG, demzufolge gemeinsame Vergütungsregeln per se i.S.v. § 32 Abs. 1 Satz 1 UrhG angemessen sind; entsprechend darf der Vertragspartner, der an deren Aufstellung mitgewirkt hat, nicht zum Nachteil des Urhebers davon abweichen (§ 36 Abs. 3 UrhG).

Andere gemeinsame Vergütungsregeln können auch in § 36c RefE nicht gemeint sein, denn § 36b Abs. 1 RefE enthält keine Regeln über deren Aufstellung, sondern besagt nur, wer von wem auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wenn zum Nachteil des Urhebers davon abgewichen wird. Insoweit geht auch der Verweis in § 36c RefE auf § 36b Abs. 1 RefE ins Leere. Hingegen fehlt in § 36c RefE die Klarstellung von § 32 Abs. 3 Satz 2 UrhG, wonach auch Umgehungen nicht zulässig sind.

Damit hat nur Satz 2 von § 36c RefE eine eigenständige Bedeutung, wonach der Urheber von seinem Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen kann, mit der eine Abweichung beseitigt wird. Dieser Grundsatz muss aber auch allgemein gelten, d.h. unabhängig von der in § 32b Abs. 1 RefE geregelten Frage der Passiv- bzw. der Aktivlegitimation. Es wäre sinnvoller, diese Regelung ebenfalls in § 32 UrhG zu verorten.

### **§ 40a RefE – Rückrufsrecht wegen anderweitiger Nutzung**

#### *Schutzzweck der vorgeschlagenen Regelung*

Einen zweiten – neuen – Schwerpunkt legt der RefE auf die Dauer der vertraglichen Bindung des Urhebers an einen Werknutzer. Ein in § 40a RefE statuiertes Rückrufsrecht soll dem Urheber die Möglichkeit geben, nach Ablauf von fünf Jahren mit einem neuen Vertragspartner zu besseren Vertragsbedingungen zu gelangen, wobei der bisherige Werknutzer nach § 40b RefE eine „Vorkaufsrecht“ haben soll. Die zeitlich unbegrenzte bzw. an die lange Laufzeit des Urheberrechtsschutzes geknüpfte Verwertung durch einen und denselben Werknutzer zu gleichbleibenden Bedingungen soll damit unterbrochen werden können, was es dem Urheber ermöglicht, seinerseits besser von einem anhaltenden Wert seines Werks zu profitieren. Zusätzlich will die Regelung Anreize für den Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln bzw. von Tarifverträge schaffen, da nur durch solche von den Regelungen über das Rückrufsrecht abgewichen werden kann (§ 40a Abs. 6 RefE).



Der hinter dieser Regelung stehende Gedanke verdient grundsätzlich Sympathie, zumal er über das eigentliche Ziel – die angemessene Vergütung – hinaus positive Wirkungen entfalten könnte. Namentlich dann, wenn ein Werknutzer nicht bereit ist, in neue Nutzungsarten zu investieren (z.B. eine Verwertung gestützt auf internetbasierte Geschäftsmodelle), erlangt der Urheber nach fünf Jahren die Möglichkeit, einen für ihn attraktiveren Vertragspartner zu finden.

Gleichwohl ist fraglich, ob die vorgeschlagene Regelung nicht über das Ziel hinausschießt. Der Eingriff in die Vertragsfreiheit ist erheblich, und es erschiene gewagt, ohne grundlegende Untersuchungen und weiterreichende Differenzierungen – d.h. mit verschärftem Blick auf die Besonderheiten bestimmter Märkte (also über die einzige Ausnahme nach § 90 ReGE hinaus) oder Werkkategorien (z.B. Software) – diesen „Versuchsballon“ zu starten, der unabsehbare wirtschaftliche Folgen für die deutsche Kulturindustrie haben könnte.

Aus der Nähe betrachtet ist auch zweifelhaft, ob dieser weitreichende Eingriff überhaupt erforderlich ist. Denn im Wesentlichen geht es – nur – um zwei Interessen des Urhebers (und zum Teil – indirekt – auch der Allgemeinheit), die auch anderweitig verwirklicht werden könnten:

Auf der einen Seite besteht in der Tat die Gefahr, dass der Urheber Nutzungsrechte gegen eine geringe, allenfalls pauschalierte Vergütung einräumt, die in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Wert der betreffenden Werke für den Werknutzer stehen. Allerdings hilft ihm die vorgeschlagene Regelung erst nach fünf Jahren und nur in jenen Fällen, wo die Verwertung nach Ablauf der fünf Jahre noch so attraktiv ist, dass sich ein anderer Vertragspartner bereit erklärt, (neue) Investitionen in die Auswertung des betreffenden Werks zu tätigen. Diese Voraussetzungen dürften nicht in einer sehr großen Zahl der Fälle erfüllt sein, zumal die Fünfjahresfrist nicht mit dem Beginn der effektiven Verwertung, sondern mit der Rechteeinräumung bzw. mit der Ablieferung des Werks beginnen soll; hingegen könnte es eine größere Zahl von „Grenzfällen“ geben, bei denen die Auswertung nach Ablauf dieser Frist in der Tat nach wie vor attraktiv ist, aber eben doch nicht so, dass ein unabhängiger Werknutzer die notwendigen eigenen Investitionen tätigen will. Auch in diesen Fällen ist keineswegs gewiss, dass der Urheber insgesamt angemessen vergütet wird – sei es während der ersten fünf Jahre oder danach. Dagegen wird die vorgeschlagene Regelung aber kaum Abhilfe schaffen – im Gegenteil (zu den Risiken der vorgeschlagenen Regelung sogleich nachstehend).

Zum anderen besteht die – durchaus erhebliche – Gefahr, dass ein Werknutzer, der über unbeschränkte ausschließliche Rechte verfügt, diese nicht nur dazu einsetzt, um eigentliches illegales Verhalten zu unterbinden, sondern auch um Dritten zu untersagen, Werke z.B. auf der Basis neuer Geschäftsmodelle anzubieten bzw. in neue Distributionskanäle einzufügen – selbst dann nicht, wenn diese Dritten Lizenzgebühren bezahlen würden, von denen auch der Urheber wiederum (zusätzlich) profitieren könnte. Es fragt sich aber, ob der relativ starre (mit genereller Frist von fünf Jahren) und an keinerlei Bedingungen geknüpfte Regulierungsvorschlag der adäquate Weg ist, um solchen dysfunktionalen Tendenzen, die vom Urheberrecht ausgehen können, entgegenzuwirken. Alternativen sind denkbar, wie im Folgenden zu zeigen ist.

### *Risiken und Schwachstellen der vorgeschlagenen Regelung*

Der vorgeschlagene § 40a RefE erhöht die wirtschaftlichen Risiken von Werknutzern erheblich – möglicherweise zu stark, um am Ende allen Urhebern zum Nutzen zu gereichen. Es liegt in der Natur der Sache, dass nicht alle Werkauswertungen gleich erfolgreich sind und gewisse Versuche, ein Werk zu vermarkten, dem Werknutzer sogar Verluste bringen, welche mit Einnahmen aus gut laufenden Werkverwertungen zu decken sind. Solchen Mischrechnungen mag man kritisch gegenüber stehen, weil kaum Transparenz besteht und dieses Argument zuweilen auch eine Scheinbegründung sein mag, um erfolgreichen Urhebern eine angemessene Vergütung vorzuenthalten.

Ganz vermeiden lassen werden sich Mischrechnungen aber nicht – jeder Unternehmer wird mit dieser Herausforderung konfrontiert sein, wenn er in neue Produkte investiert und gewisse Risiken eingeht. Mischrechnungen werden jedoch schwierig, wenn alternative Werknutzer – jene, welche nach fünf Jahren einzig in besonders erfolgreiche Werkverwertungen investieren können – darauf von vornherein nicht angewiesen sind. Wahrscheinliche Folge dürfte sein, dass primäre Werknutzer weniger Risiken eingehen werden, womit sich die vorgeschlagene Regelung gerade bei jenen (z.B. noch wenig bekannten) Urhebern dysfunktional auswirken könnte, um deren Schutz es in erster Linie gehen müsste. Insbesondere erhöht sie die Wahrscheinlichkeit, dass der erste Werknutzer eine von ihm als zu kurz empfundene Auswertungszeit negativ antizipiert, was seine Bereitschaft, eine angemessene Vergütung zu bezahlen, zusätzlich reduzieren könnte. Ein Urheber wird bei beschränkter Auswertungszeit daher eher weniger Vergütung erhalten als bei einer unbestimmt langen Nutzungsmöglichkeit, ohne dass er davon ausgehen kann, nach fünf Jahren einen neuen Vertragspartner zu finden, der erneut in die Werknutzung zu investieren bereit ist.

Bedenken weckt aber auch § 40a Abs. 5 RefE, demzufolge vom Werknutzer erteilte Unterlizenzen ebenfalls vom Rückrufsrecht betroffen sein sollen, zumal dieser – im Gegensatz zum Werknutzer selbst (§ 40b RefE, s. dazu jedoch sogleich) – keinerlei Möglichkeiten hätte, sich um den Fortbestand seines Nutzungsrechts zu bemühen. Er geht damit – jedenfalls dann, wenn er seine Unterlizenz nicht bald nach der Einräumung des Nutzungsrechts an den primär Berechtigten erwerben und seine eigene Nutzung aufnehmen kann – das Risiko einer von vornherein verkürzten Amortisationszeit ein, was es unattraktiv machen kann, überhaupt noch entsprechende Investitionen zu tätigen. Das im RefE zu findende Argument, die Interessen des Unterlizenznehmers seien nicht schutzwürdig, da die Folgen der gesetzlichen Regelung für ihn von vornherein absehbar seien<sup>5</sup>, verfängt aus der Nähe betrachtet kaum, denn letzten Endes tangiert diese Regelung den Urheber selbst, wenn eine umfassendere Auswertung seines Werk unter Einbezug eines Unterlizenznehmers unterbleibt, womit es ihm auch verwehrt bleibt, daraus zusätzliche Einnahmen zu erzielen. Im Übrigen erscheint es auch aus dogmatischer Sicht nicht unproblematisch, für diese besondere Konstellation von der Rspr. des BGH abzuweichen, der gestützt auf § 33 S. 2 UrhG vom Schutz des Sublizenznehmers ausgeht und eine Akzessorietät zwischen „Tochterrecht“ und „Enkelrecht“ ablehnt<sup>6</sup>; auch wenn die Ge-

---

<sup>5</sup> RefE, S. 25.

<sup>6</sup> BGH GRUR 2009, 946 - Reifen Progressiv.

genansicht im Schrifttum eine breite Anhängerschaft findet, sollte jedenfalls nicht nur für diese Konstellation Sonderrecht geschaffen werden.

Im Ergebnis drängte sich – wenn am Rückrufsrecht i.S.v. des vorgeschlagenen § 40a RefE festgehalten wird – zulasten des Unterlizenznehmers jedenfalls nicht der vorgesehene vollständige Automatismus auf. In Betracht zu ziehen wäre stattdessen entweder, dass dem Unterlizenznehmer wenigstens ein einfaches Nutzungsrecht verbleibt; Nachteil wäre allerdings, dass dieser damit besser gestellt wäre als der Werknutzer und direkte Vertragspartner des Urhebers selbst. Oder aber es könnte eine eigenständige Rückrufsregelung bezogen auf den Unterlizenznehmer in Betracht gezogen werden, etwa dahingehend, dass es auch mit Bezug auf ihn im (unabhängigen) Ermessen des Urhebers läge, ob die betreffenden Nutzungsrechte fortbestehen oder enden sollen.

Zweifelhaft erscheint es sodann, den Mechanismus des Rückrufs wegen anderweitiger Nutzung, der von vornherein von den Umständen des konkreten Falls abhängt, als Anreizmechanismus für den Abschluss von gemeinsamen Vergütungsregeln bzw. Tarifverträgen zu instrumentalisieren (§ 40a VI RefE). Denn geht es sowohl für den Urheber selbst, der bessere Bedingungen aushandeln kann, als auch für jenen Dritten, der diese bieten muss, vor allem aber für den ursprünglichen Vertragspartner, der sich zu entscheiden hat, ob er mithalten und gestützt auf § 40b RefE seine Nutzungsberechtigung fortsetzen will, um Fragen der wirtschaftlicher Rentabilität im Einzelfall, erscheint diese Art der Kollektivierung, um gestützt auf generelle Vereinbarungen von § 40a abweichen zu können, eine wenig realistische Option.

Nicht zuletzt ist aber auch fraglich, wie sich eine solche Regelung in Deutschland auf eine Werkverwertung im Ausland auswirken würde. Werknutzer werden sich die notwendigen Rechte in vielen Fällen nicht nach nationalen Territorien aufgeteilt einräumen lassen, sondern Werkexemplare oder Dienstleistungen global oder zumindest im gesamten EU-Binnenmarkt anbieten wollen; solche Möglichkeiten drohte ein nationaler Alleingang nicht nur zu untergraben, sondern es ist fraglich, inwieweit deutsches Recht im Ausland überhaupt durchsetzbar ist. Wichtig zu sehen ist dabei, dass die bloße Nutzungsrechtseinräumung nach deutschem Recht (§ 31 UrhG) die Ausnahme darstellt, während in den meisten anderen EU-Staaten eine eigentliche Übertragung des Urheberrechts stattfindet – jedenfalls bezogen auf dessen vermögensrechtlichen Aspekte.

#### *Anpassungsbedarf der vorgeschlagenen Regelung*

Sollte an dem vorgeschlagenen § 40a RefE festgehalten werden, würden sich gewisse Anpassungen aufdrängen. Namentlich müsste ausreichend Flexibilität bestehen, um besonderen Begebenheiten Rechnung zu tragen. Nicht nur im Filmbereich – der mit Recht von der Anwendung des Rückrufsrechts ausgenommen wurde (§ 90 UrhG RefE) –, sondern etwa auch im Softwarebereich dürfte die vorgeschlagene Regelung zu Problemen führen, zumal dort, wo eingeräumte Nutzungserlaubnisse betroffen wären, die über das von Gesetzes wegen Erlaubte hinausgehen. Denn diese bilden letztlich Unterlizenzen, und gerade in diesem Bereich könnte der vorstehend problematisierte Automatismus unsinnige Folgen zeitigen.

Ohnehin sind die Rahmenbedingungen der Entwicklung von Software mit dem sonstigen Werkschaffen kaum vergleichbar, womit hier auch die Schutzzwecke der vorgeschlagenen Regelung (s. vorstehend) nicht im Vordergrund stehen dürften. Diese Schutzzwecke spielen aber auch allgemein dann keine tragende Rolle, wenn Werke im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffen werden, zumal sich die Frage der angemessenen Vergütung dort auf anderer Ebene adressieren lässt. Zudem hat der Arbeitgeber als wirtschaftlicher Risikoträger ein berechtigtes Interesse daran, über die Art und den Umfang der Nutzung der im Zuge seiner Weisungskompetenzen entstandenen Werke entscheiden zu können.

Zu starr und zu wenig auf konkrete Fallkonstellationen ausgerichtet erscheint schließlich die Fünfjahresregelung, die auch in einem gewissen Kontrast zur vorgeschlagenen Flexibilisierung in § 41 RefE steht. Falls nicht auf Gesetzesstufe eine stärkere – etwa auf bestimmte Werkkategorien oder Nutzungskonstellationen ausgerichtete – Differenzierung gewollt ist, erscheint zumindest eine Regelung angezeigt, die ein gewisses Ermessen in der Rechtsanwendung erlaubt. Unausweichlich dürfte in diesem Fall sein, dass die Rechtsprechung im Laufe der Zeit zu einer Konkretisierung und Handhabbarkeit der Norm beiträgt. Bereits auf Gesetzesstufe sollten sodann wohl über den vorgeschlagenen § 40a Abs. 4 RefE hinaus Bereichsausnahmen geschaffen werden, da die fortgesetzte Nutzung von Werken nicht nur schützenswerte Drittinteressen berührt, wenn andere Schutzrechte involviert sind.

#### *Alternativen zur vorgeschlagenen Regelungen*

Die Sorge, dass der Urheber nicht angemessen vergütet wird, ist keineswegs neu, sondern stand schon dem Gesetzgeber von 2002 vor Augen. Sie bewog ihn, § 32a UrhG einzuführen, der den hinter dem bisherigen „Bestseller-Paragrafen“ stehenden Gedanken aufnahm und ausweitete. Wieso jene Norm nicht ausreichen sollte, um das durchaus denkbare Gefälle zwischen wirtschaftlichem Wert des Werks und Vergütung des Urhebers auszugleichen, macht der RefE nicht wirklich deutlich. Es ist zwar denkbar, dass jene Norm nicht genügt; aber nach nunmehr fast 14 Jahren Existenz rechtfertigt sich primär eine fundierte Analyse möglicher Schwachstellen. Jedenfalls sollte in erster Linie das bestehende Recht verbessert werden, bevor parallel ein ganz neuer – riskanter – Versuch gestartet wird. Gegenüber dem vorgeschlagenen § 40a RefE hat das geltende Recht namentlich den Vorteil, dass § 32a UrhG zeit- und fristenunabhängig zur Anwendung gebracht werden kann.

Hinsichtlich des anderen Aspekts, der hinter dem vorgeschlagenen Rückrufsrecht wegen anderweiter Nutzung steht, wäre es als Alternative zu § 40a RefE denkbar, neben dem heutigen § 41 UrhG – dem Rückrufsrecht wegen Nichtausübung – eine beschränktere Form des Rückrufs vorzusehen, der auf Nutzungsmöglichkeiten gerichtet wäre, für die dem Vertragspartner die Rechte zwar eingeräumt, von diesem aber nicht wahrgenommen werden.

Ein Rückruf nach einer solchen Regelung hätte zur Folge, dass der Urheber ein in urheberrechtlicher (d.h. absolutrechtlicher) Hinsicht einheitlich (und je nachdem umfassend) eingeräumtes Nutzungsrecht sozusagen vertragsrechtlich aufspalten könnte – gleichermaßen wie in der ursprünglichen Nutzrechtseinräumung vertragsrechtlich spezifiziert werden kann, welche Nutzungsmöglichkeiten der Werknutzer konkret wahrnehmen darf oder auch nicht (z.B. Verlegen eines Manuskripts in Printform oder in digitaler Form, durch Offline- oder Online-

medien etc., ebenso allenfalls Nebenrechte wie Übersetzungen und dergleichen). Dem ursprünglichen Werknutzer verbleiben nach einem solch beschränkten Rückruf zwar die Rechte zu jenen Nutzungsmöglichkeiten, die er (angemessen) wahrnimmt, und zwar ohne dass er – wie beim vorgeschlagenen § 40a RefE – dem Druck einer möglicherweise auf fünf Jahre beschränkten Amortisationszeit ausgesetzt wäre. Hingegen verlöre er – je nachdem auch vor Ablauf von fünf Jahren – die Rechte für Nutzungsmöglichkeiten, von denen er selbst keinen Gebrauch macht und auch nicht machen will.

Typische Anwendungsfälle für eine solche Norm dürften im Bereich der Online- oder sonstigen Digitaltechnologien zu finden sein. Konkret würde sie also etwa die Ausgabe eines bislang nur in gedruckter Form vorliegenden Buches als E-Book ermöglichen – zwei Nutzungsmöglichkeiten, die aus urheberrechtlicher Sicht Gegenstand eines einheitlichen Nutzungsrecht bilden dürften, im Hinblick auf ihr wirtschaftliche Bedeutung aber auseinanderfallen können. Gewiss mag es im Einzelfall nachvollziehbar sein, wenn ein traditioneller Buchverleger nicht in diesen Markt elektronischer Medien investieren will, von dieser zusätzlichen Nutzungsmöglichkeit also absieht. Das bedeutet aber weder, dass von bestimmten Kundengruppen keine Nachfrage besteht, die von ihm verlegten Inhalte auch auf ihrem Reader lesen zu können, noch kann ignoriert werden, dass es möglicherweise im Interesse des Urhebers liegt, auch solche Kundengruppe zu erreichen und gestützt darauf je nachdem zusätzliche Einnahmen zu erzielen.

Im Einzelnen mag ein solch beschränktes Rückrufsrecht wegen Nichtwahrnehmung bestimmter Nutzungsmöglichkeiten – ähnlich wie beim heutigen § 41 UrhG – an konkrete Voraussetzungen geknüpft werden, beispielsweise zunächst eine Aufforderung an den Vertragspartner, die betreffende Nutzung innerhalb bestimmter Zeit selbst in angemessener Weise aufzunehmen. Erforderlich sein mag allenfalls auch ein objektives Interesse des Urhebers an einer solchen weitergehenden Nutzung seines Werks, oder es könnte allenfalls ein gewisses Allgemeininteresse an der bislang unterbliebenen Möglichkeit der Werkauswertung ein Kriterium sein. Unbestimmte Rechtsbegriffe – insbesondere was das Nichtwahrnehmen bestimmter Nutzungsmöglichkeiten im Einzelnen heißt – ließen sich in der Gesetzesbegründung konkretisieren; mittelfristig wäre es aber Aufgabe der Rechtsprechung, eine solche Norm handhabbar zu machen.

Zu entscheiden bliebe, wie ein solch beschränktes Rückrufsrecht im Verhältnis zum geltenden § 41 UrhG (und ggf. zu den im RefE dafür vorgeschlagenen Anpassungen: s. dazu nachstehend) gesetzestechnisch einzubauen wäre. Denkbar wäre eine entsprechende Ergänzung von § 41 UrhG, der damit allerdings überfrachtet werden könnte, zumal sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen als auch die Rechtsfolgen des hier vorgeschlagenen beschränkten Rückrufsrechts unterschiedlich wären. Mithin würde eine zusätzliche Norm – z.B. ein § 41a – eine bessere Differenzierung erlauben. Die bestehende Norm könnte damit auf Fälle beschränkt werden, in denen eingeräumte Nutzungsrechte einheitlich an den Urheber zurückfallen sollen, weil deren Nicht- oder unzureichende Ausübung durch den Werknutzer das berechtigte Interesse des Urhebers in den Vordergrund treten lassen, sein Werk insgesamt von einem neuen Vertragspartner verwerten zu lassen.

Demgegenüber würde es der hier vorgeschlagene neue § 41a dem Urheber erlauben, für bestimmte Nutzungsmöglichkeiten, die von seinem ursprünglichen Werknutzer nicht wahrge-

nommen werden, einen neuen Vertragspartner zu suchen, ohne bestimmte Nutzungsrechte insgesamt zurückzurufen. Eine solche Norm würde dem Umstand Rechnung tragen, dass es nicht im alleinigen Ermessen des Werknutzers liegen kann, welche Möglichkeiten der Werkauswertung er vornimmt. So ließe sich auch etwa der Sachverhalt einfangen, dass ein Verwerter zwar alles objektive Notwendige tut, um die Nachfrage nach physischen Werkexemplare (z.B. CDs oder DVDs) zu produzieren, er aber weder selbst noch unter Hinzuziehens von Unterlizenznehmern in alternative Geschäftsmodelle investiert. Mit anderen Worten läge es an ihm, die entsprechende Nutzung aufzunehmen, um eines Teilverlustes seiner Nutzungsmöglichkeiten zu entgehen – womit von einer solchen Regelung zugleich Anreize gegenüber einem Werknutzer ausgehen dürften, vermehrt in neue Geschäftsmodelle zu investieren. Unterbleiben solche Aktivitäten hingegen, ist der Urheber gestützt auf das vorgeschlagene beschränkte Rückrufsrecht in der Lage, Dritten spezifische Nutzungsmöglichkeiten zu erlauben, seien diese auf einfacher oder ausschließlicher Basis.

Klarzustellen ist, dass der Dritte, dem im Nachgang zu einem beschränkten Rückruf neue Nutzungsmöglichkeiten eröffnet werden, natürlich selbst in die Auswertung des Werks investieren müsste. Er könnte also nicht z.B. Tonaufnahmen nutzen, die vom primär Nutzungsberechtigten stammen, weil er damit dessen Rechte verletzen würde (§ 85 UrhG). Dies ist aber auch beim vorgeschlagenen § 40a RefE nicht anders. Der Unterschied besteht nur darin, dass dem Dritten dort nach dem Rückruf durch den Urheber die ganze Palette von Nutzungsrechten zustehen würde – falls ihm diese vom Urheber eingeräumt werden –, während nach der hier vorgeschlagenen Lösung gewisse Nutzungsmöglichkeiten beim bisherigen Nutzungsberechtigten verbleiben würden (nämlich jene, die er tatsächlich wahrnimmt und für die er – nötigenfalls unter dem Druck von § 32a UrhG bzw. einer verstärkten Fassung jener Norm – auch eine angemessene Vergütung bezahlt). Die Möglichkeiten eines Dritten sind damit beschränkter – dafür wird den Interessen des primär Nutzungsberechtigten besser Rechnung getragen.

Einzuräumen ist auf der anderen Seite, dass die Durchsetzbarkeit eines solch beschränkten Rückrufsrecht – wie allerdings auch schon jene nach dem geltenden § 41 UrhG – außerhalb Deutschlands problematisch sein wird.

### **§ 40b RefE – Entsprechende Anwendung des Vorkaufsrechts**

Die durchaus weitreichenden Folgen des vorgeschlagenen § 40a RefE sollen dadurch gemildert werden, dass dem ursprünglich berechtigten Werknutzer – nach erfolgtem Rückruf durch den Urheber – im Verhältnis zu Mitbewerbern um die Nutzungsrechte eine Art Vorkaufsrecht eingeräumt wird, um selbst wieder Nutzungsberechtigter zu werden. Der Gedanke ist durchaus nachvollziehbar und der damit zu erzielende Effekt wohl unausweichlich, um die Risiken, die ohnehin mit der vorgeschlagenen Regelung verbunden sind, abzufedern.

In dogmatischer Hinsicht erscheint es allerdings fragwürdig, bei urheberrechtlichen Nutzungsverträgen Normen des Kaufrechts heranzuziehen. Denn die Rahmenbedingungen sind doch grundlegend andere; während eine Sache einen bestimmbaren Wert hat, der zwar unter- oder überboten werden kann, bei dem aber einfach feststellbar ist, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, um das Vorkaufsrecht auszuüben, ist die Sachlage bei urheberrechtlichen Nut-

zungsverträgen reichlich komplex. Viele Faktoren können einen Einfluss haben, und namentlich sind die Bedingungen, unter denen eine Werkauswertung stattfindet, bei den verschiedenen Werknutzern oft nicht direkt vergleichbar.

Eine dem Kaufrecht nicht bekannte Besonderheit besteht im Übrigen namentlich aufgrund der Tatsache, dass das ubiquitäre Urheberrecht mehreren gleichzeitig und unabhängig zur Nutzung zustehen kann. Dabei kann eine Mehrzahl von einfachen Nutzrechtseinräumungen für den Urheber – gerade wenn er z.B. die längerfristig erhoffte Marktentwicklung im Auge behält – wirtschaftlich oder unter anderen Gesichtspunkten attraktiver sein als eine ausschließliche Rechtevergabe. Allgemein ist kaum vorstellbar, dass ein neuer potentieller Vertragspartner identisch in die Rechtsstellung des bisherigen Nutzungsberechtigten eintreten wird – und umgekehrt dass jener in der Lage ist, die gleichen Bedingungen zu bieten, wie dieser Dritte.

Der Rückgriff auf das Kaufrecht ist aber auch deswegen erstaunlich, weil der von § 40b RefE bezweckte Interessenausgleich zugunsten des bisherigen Vertragspartners dem geltenden Recht nicht unbekannt ist. § 42 Abs. 4 UrhG statuiert eine vergleichbare Pflicht zulasten des Urhebers, der das Werk wegen gewandelter Überzeugung zurückruft. Will jener nach erfolgtem Rückruf das Werk doch wieder verwerten, ist er verpflichtet, dem früheren Inhaber des Nutzungsrechts ein entsprechendes Nutzungsrecht zu angemessenen Bedingungen anzubieten. Diese Regelung ist wohl von vornherein einfacher zu handhaben als die vorgeschlagene; namentlich stellt sie auf die Angemessenheit und insoweit auf eine Gesamtbetrachtung ab, welche mit einem Rückgriff auf das kaufrechtliche Vorkaufsrecht kaum möglich wäre.

Die ganze Regelung wäre allerdings ohnehin obsolet, wenn die vorstehend genannten Alternativen verwirklicht würden, nämlich zum einen (falls im Vergleich zum heutigen Recht erforderlich) eine Anpassung von § 32a UrhG dahingehend, dass erfolgreiche Urheber – die tatsächlich einen alternativen Vertragspartner finden könnten, der ihnen bessere Bedingungen anbietet – auch bei dem bisherigen Werknutzer angemessene Vergütungsbedingungen erhalten können. Zum anderen ist eine Art Vorkaufsrecht nicht erforderlich, wenn der bisherige Werknutzer Gelegenheit erhält, selbst eine bestimmte Nutzungsmöglichkeit wahrzunehmen – während es im Falle seines fehlenden Interesses oder unzureichender Bemühungen ein beschränkter Rückruf ermöglicht, einem Dritten die entsprechenden Nutzungsmöglichkeiten zu erlauben. Diese Entscheidung kann der bisherige Nutzungsberechtigte im Hinblick auf die Bedingungen im Einzelfall treffen, von bestimmten Nutzungsmöglichkeiten also absehen, wenn sie ihm nicht lohnend erscheinen; für ein Vorkaufsrecht besteht bei einer solchen Rechtsanordnung kein Bedarf.

#### **§ 41 RefE – Rückrufsrecht wegen Nichtausübung**

Sollte nebst den heutigen § 41 UrhG das hier vorgeschlagene beschränkte Rückrufsrecht treten, gestützt auf welches Dritten erlaubt werden könnte, bestimmte Nutzungsmöglichkeiten wahrzunehmen, die nicht vom ursprünglichen Werknutzer wahrgenommen werden, so entsteht gegenüber dem geltenden Recht eine zusätzliche Flexibilität. Von der konkreten Ausgestaltung einer solchen Norm wird es abhängen, inwieweit auch bezogen auf den geltenden §

41 UrhG – demzufolge ein vollständiger Rückruf von (auch einzelnen) Nutzungsrechten möglich ist – noch Flexibilisierungsbedarf besteht.

Wird dies bejaht (bzw. wird der hier vorgeschlagene Ansatz eines neuen § 41a verworfen), fragt sich, ob die vorgeschlagenen Änderungen in § 41 Abs. 1 und 2 RefE zielführend sind. Verlangt der geltende Absatz 1, dass durch die Nicht- und unzureichende Ausübung berechnigte Interessen des Urhebers erheblich verletzt werden, und soll diese Voraussetzung nach der vorgeschlagenen Änderung wegfallen, so entfielen damit auch die heute notwendigerweise objektive Betrachtung eines Sachverhalts. Zwar wird der Urheber das Rückrufsrecht im Normalfall ohnehin nur ausüben, wenn er tatsächlich ein Interesse daran hat, namentlich um die Nutzungsrechte einem anderen Verwerter einräumen zu können. Es mag aber auch Konstellationen geben, wo die Dinge anders liegen und das Interesse des Werknutzers schützenswert erscheint, eine Werknutzung (noch) nicht in Angriff zu nehmen, ohne dass dies dem Urheber notwendigerweise zum Nachteil gereicht. Auch aus der Begründung zum RefE wird nicht deutlich, inwieweit das geltende Recht in der Rechtspraxis durch zu hohe Hürden zu Problemen geführt hätte.

Geht es mithin v.a. um die Frage der Fristen, welche für einen Rückruf zu beachten sind, so erstaunt etwas, dass auf der einen Seite der neu vorgeschlagene § 40a Abs. 2 RefE den Wortlaut des geltenden § 41 Abs. 2 UrhG übernimmt (wenn auch mit anderem Fristenlauf) – d.h. es dort kommt darauf an, wann das Nutzungsrecht eingeräumt oder übertragen bzw. wann das Werk abgeliefert wurde –, auf der anderen Seite jedoch genau dieser Wortlaut im vorgeschlagenen § 41 Abs. 2 RefE nun durch eine andere Regelung ersetzt werden soll. Der neu vorgeschlagenen Regelung fehlt es indessen an Klarheit, weil nicht mehr gesagt wird, ab welchem Zeitpunkt die jeweilige Frist zu laufen beginnt.

Liegt die Zielsetzung der Änderung letztlich aber wohl einzig in einer Flexibilisierung der heute starren zwei Jahre, reichte es möglicherweise, im geltenden Recht den Passus „nicht vor Ablauf von zwei Jahren“ zu ändern, zumal die neu vorgeschlagene Regelung die Frage offen lässt, unter welchen Umständen der „unangemessen lange Zeitraum“ weniger als zwei Jahre beträgt. Mit anderen Worten könnte im geltenden Recht statt „nicht vor Ablauf von zwei Jahren“ z.B. durch „in der Regel nach Ablauf von zwei Jahren“ ersetzt werden. Am Ende von Abs. 2 könnte dann ein weiterer Satz angefügt werden, der sinngemäß einen früheren Rückruf erlaubt, wenn dem Urheber ein Zuwarten im Einzelfall nicht zumutbar ist oder der Werknutzer ihm zu verstehen gibt, dass er das Nutzungsrecht auch nach Ablauf der jeweils anwendbaren Frist nicht ausüben wird.

Kaum Bedarf besteht schließlich für den in § 41 Abs. 2 RefE neu vorgeschlagenen Passus, wonach die Vorbereitung der Nutzung das Rückrufsrecht hindert. Es liegt in der Natur der Sache – muss im Einzelfall aber auch im Entscheidungsermessen des Richters liegen –, dass zwischen der noch gänzlich ausbleibenden und einer konkret aufgenommenen Nutzung des Werks ein Zeitraum liegt, in welchem Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen sind. Hat der Werknutzer die zumutbaren und ausreichenden Maßnahmen getroffen, um eine Werknutzung in absehbarer Zeit tatsächlich aufnehmen zu können, so wäre es rechtsmissbräuchlich, das Rückrufsrecht noch auszuüben, zumal der Werknutzer dann auf Investitionen sitzen bliebe, die er in guten Treuen zu einem Zeitpunkt getätigt hat, in dem er noch nicht von einem Rückruf seiner Nutzungsrechte ausgehen musste.



### **§ 79b RefE – Vergütung des ausübenden Künstlers für später bekannte Nutzungsarten**

Das Anliegen, ausübende Künstler gleichzustellen mit Urhebern, ist nachvollziehbar; der vorgeschlagene § 79b RefE geht allerdings darüber hinaus. Inwieweit dies gerechtfertigt erscheint, ist eine Wertungsfrage. Sollte eine Ungleichbehandlung nicht das Ziel sein, sondern auch für Urheber ein verstärkter Schutz (z.B. im Sinne des vorgeschlagenen § 79b Abs. 2 RefE) angestrebt werden, wäre sinnvollerweise § 32c UrhG an die neu vorgeschlagene Norm für ausübende Künstler anzupassen. Diesfalls könnte dann – statt eine eigenständige neue Norm zu schaffen – in § 79 Abs. 2 Satz 2 UrhG (zusätzlich) auf § 32c UrhG verwiesen werden. Ist eine Besserstellung gegenüber der heutigen Regelung nicht beabsichtigt, wäre ein Verweis auf den heutigen § 32c UrhG ohne entsprechende Anpassung ausreichend.

### **§ 88 Abs. 2, 90 RefE – Recht zur Verfilmung; Einschränkung der Rechte**

Die bereits im geltenden Recht enthaltene Ausnahme von den Rückrufsmöglichkeiten in § 90 UrhG wird nach dem Vorschlag für einen neu (und v.a. verständlicher) gefassten § 90 RefE erweitert auf § 40a RefE, was konsequent erscheint, zumal auch in § 88 UrhG eine Sonderregelung besteht, deren Abs. 2 dem RefE zufolge noch verschärft werden soll.

Nach dem vorgeschlagenen § 88 Abs. 2 RefE sollen die im geltenden Recht enthaltenen Vermutungstatbestände einer festen Regelung weichen. Danach ist der bisher zur Verfilmung Berechtigte nicht zu einer Wiederverfilmung ermächtigt – was eine neue (explizite) Rechteinräumung durch den Urheber an jenen freilich nicht ausschließt; hingegen soll der Urheber selbst zwingend berechtigt sein, sein Werk nach Ablauf von fünf (bisher zehn) Jahren seit Vertragsschluss neu filmisch verwerten zu lassen. Abermals wird diese neu vorgeschlagene Regelung jedoch mit dem Anreiz verbunden, gemeinsame Vergütungsregeln oder Tarifverträge zu schließen – denn nur gestützt darauf soll dem RefE zufolge von der gesetzlichen Regelung abgewichen werden können.

Ob dieser Vorschlag zu begrüßen ist, erscheint in erster Linie eine rechtspolitische Fragestellung zu sein. Von der Wirkung her ist jedenfalls – wegen der Ausnahme nach § 90 Nr. 3 RefE – klar, dass der bisherige Berechtigte seine bisherigen Nutzungsrechte zur Auswertung des Films auch dann nicht verliert, wenn einem Dritten die Rechte zur Neuverfilmung eingeräumt werden. Insoweit schafft die vorgeschlagene Regelung in gewisser Hinsicht Wettbewerb zwischen zwei (oder mehreren) Filmen mit gleicher Vorlage – was nicht von vornherein schädlich erscheint. Ohnehin wird es nicht die Regel sein, dass ein Werk innerhalb relativ kurzer Zeit wiederholt verfilmt wird, weswegen auch nicht anzunehmen ist, dass Anreize, um überhaupt in eine Erstverfilmung zu investieren, mit dem in § 88 RefE zwingend vorgesehenen Recht zur Zweitverfilmung erheblich beeinträchtigt würden.

Umgekehrt sind die Investitionen in die Verfilmung von Werken in aller Regel so erheblich, dass auch der hier alternativ vorgeschlagene § 41a ohne Relevanz bliebe. Selbst wenn ein Filmproduzent z.B. nicht willens wäre, seinen Film online zu vermarkten, liefe ein auf diese Nutzungsmöglichkeit bezogener beschränkter Rückruf ins Leere, weil der Film ohne Einwilligung des Filmherstellers (§§ 2 Abs. 1 Nr. 6, 94 UrhG) von einem Dritten nicht angeboten

werden dürfte. Mithin müsste der Dritte selbst in eine (neue) Verfilmung investieren, um neue Geschäftsmodelle zu nutzen – eine Möglichkeit, die bereits der vorgeschlagene, neu gefasste § 88 Abs. 2 RefE eröffnet.

Hingegen erscheint der vorgeschlagene § 40a RefE gerade im Fall der Verfilmung deswegen problematisch, weil er – auch – darauf abzielt, dem Urheber nach Ablauf von fünf Jahren höhere Einnahmen zu verschaffen. Diese Zielsetzung lässt sich bei Werkverwendungen zum Zwecke der Verfilmung von vornherein nicht über jene Norm erreichen, wenn sie gemäß § 90 Nr. 3 RefE von der Anwendung ausgenommen ist. Hingegen würde die hier vorgeschlagene Zweiteilung dahingehend, dass die angemessene Vergütung erfolgreicher Werke durch den (ggf. zu verstärkenden) § 32a UrhG abgesichert wird, auch den Urhebern nützen, deren Werke verfilmt werden.

München, 31. Dezember 2015/23. Januar 2016