



Stellungnahme der Initiative Urheberrecht zum Diskussionsentwurf des BMJV (Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts) vom 24.6.2020

Die Initiative Urheberrecht begrüßt wesentliche Neuregelungen der DSM-Richtlinie, die der Diskussionsentwurf (DiskE) allerdings nur teilweise umsetzt, z.B. die Neuregelung der Verantwortung für auf Plattformen genutzte geschützte Inhalte, die Lizenzierungspflicht, den Direktvergütungsanspruch und Verbesserungen des geltenden Urhebervertragsrechts.

Die Initiative Urheberrecht sieht besonders in der Formulierung einer neuen Schranke und den daraus folgenden Nutzungsbefugnissen der Uploader in der derzeitigen Form eine Lösung, die weder in vollem Umfang europarechtskonform noch praxisgerecht ist.

Die Regelungen betreffend die Reform des Urhebervertragsrechts bleiben hinter den Mindestanforderungen der DSM-RL zurück, führen teilweise sogar zu einer Verschlechterung der aktuellen Rechtslage. Um die Wirksamkeit der Regelungen zu gewährleisten, bedarf es Ergänzungen insbesondere auch in Bezug auf Regelungen des kollektiven Urhebervertragsrechts.

Entsprechend der Bedeutung für die Praxis gliedert sich diese Stellungnahme in den ersten Teil, der das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz inklusive der neuen Schranke in § 51a UrhG-DiskE erörtert (Abschnitt A), einen zweiten Teil mit Bezug auf die vorgeschlagenen Änderungen des Verwertungsgesellschaftengesetzes (Abschnitt B) und einen dritten Teil, der die vorgeschlagenen Änderungen des Urhebervertragsgesetzes kommentiert sowie Verbesserungsvorschläge unterbreitet (Abschnitt C).

A. Zur Plattformhaftung

I. Nutzungen nach §§ 1 bis 9 UrhDaG-DiskE

1. Verantwortlichkeit der Diensteanbieter (§ 1 UrhDaG-DiskE)

Die Initiative begrüßt, dass mit Inkrafttreten des Gesetzes Diensteanbieter verantwortlich für die öffentliche Wiedergabe von Werken sind, die private Nutzer:innen des Dienstes, also Verbraucher:innen hochladen.

2. Diensteanbieter (§ 2 UrhDaG-DiskE)

Absatz 1 der Regelung, der eine Definition der Diensteanbieter im Sinne des Gesetzes enthält, ist durch die Bezugnahme auf die Notifizierungsrichtlinie unverständlich formuliert. Besser wäre es, die Diensteanbieter als Anbieter von Dienstleistungen der Informationsgesellschaft, d. h. jeder in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachten Dienstleistung, zu beschreiben, die die in Nr. 1. bis 4 genannten Kriterien erfüllen. Dabei sollte auch im Sinne der Umsetzung der Formulierung der Richtlinie in Abs. 1 Nr. 4 der angestrebte Zweck des Schutzes vor

Wettbewerbsverzerrungen dadurch deutlicher gemacht werden, dass im Gesetzeswortlaut auf den Wettbewerb „mit **anderen** Online-Inhaltediensten um dieselben Zielgruppen“ abgestellt wird.

3. Nicht erfasste Dienste (§ 3 UrhDaG-DiskE)

Im Eingangssatz zu § 3 UrhDaG-DiskE sollte das Wort „insbesondere“ gestrichen werden. Art. 2 Nr. 6 UAb. 2 DSM-RL enthält nach diesseitiger Meinung keine regelbeispielartige Aufzählung, sondern ist als abschließender Katalog der nicht in den Anwendungsbereich von Art. 17 DSM-RL einzubeziehenden Dienste gemeint. Die deutsche Übersetzung „etwa“ findet im englischen Originaltext keine Stütze. Die dort verwendete Konjunktion „such as“ ist als abschließende Beschreibung der nicht erfassten Diensteanbieter („als da sind“) zu verstehen.

4. Vertragsabschlusspflicht (§ 4 UrhDaG-DiskE)

Die Initiative Urheberrecht unterstützt den Vorschlag, in konsequenter Umsetzung der DSM-Richtlinie in den §§ 1 bis 3 festzulegen, dass bestimmte Diensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Werke zugänglich machen, verpflichtet sind, im Rahmen des § 4 die Nutzungsrechte für die öffentliche Wiedergabe vertraglich zu erwerben. § 4 UrhDaG-DiskE wird jedoch den Anforderungen der DSM-RL an die Diensteanbieter nicht gerecht.

a) Die bloße Annahme ihm gegenüber abgegebener Angebote genügt nicht den Maßgaben der DSM-RL, um den Diensteanbieter zu enthaften (§ 4 Abs. 1 UrhDaG-DiskE)

Wir sind der Ansicht, dass die Formulierung „Der Diensteanbieter erfüllt seine Pflicht, sofern er Nutzungsrechte erwirbt, die ihm angeboten werden...“ nicht den strengen Vorgaben der Richtlinie in Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL entspricht. Nach dieser Formulierung ist er nach unserem Verständnis verpflichtet, nicht nur zu warten, dass ihm Angebote unterbreitet werden, wie § 4 Abs. 1 UrhDaG-DiskE insinuiert, sondern er muss selbst aktiv auf die Lizenzgeber zugehen und ggf. den Nachweis erbringen können, dass Lizenzen nicht zu erwerben waren. Der Entwurf verlagert diese Verpflichtung aber auf die Urheber:innen bzw. Rechtsinhaber und kehrt den Sinn der Richtlinie um.

b) Die Einschränkungen in § 4 Abs. 2 UrhDaG unterschreiten das Mindestschutzniveau der DSM-RL

Im gleichen Sinne ist die Initiative Urheberrecht weiterhin der Auffassung, dass § 4 Abs. 2 UrhDaG gestrichen werden sollte. Die vorgeschlagene Einschränkung der Lizenzangebote, die eine Verpflichtung zur Lizenzierung auslösen, findet in Art. 17 DSM-RL keine Stütze. Art. 17 bestimmt vielmehr, dass die Mitgliedstaaten vorzusehen haben, dass ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten immer dann einer Lizenzierungspflicht unterliegt, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzer:innen hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschafft. Das gilt unabhängig davon, ob Nutzungsrechte für Werkarten gelten, die Nutzer:innen des Diensteanbieters typischerweise hochladen, ob diese Nutzungsrechte ein repräsentatives Repertoire umfassen, den räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes abdecken oder ob die Nutzung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht werden soll. Die Formulierung in § 4 Abs. 2 UrhDaG-DiskE legt mit hin in ihrer jetzigen Form im Ergebnis den Urheber:innen bzw. Rechtsinhabern die Verantwortung auf,

letztlich ihrerseits den Beweis zu erbringen, dass ihr Repertoire z. B. „repräsentativ“ ist oder „zu angemessenen Bedingungen“ angeboten wird; dieser Nachweis, dass diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ist aber nach der Formulierung in Art. 17 Abs. 4 DSM-RL vom Diensteanbieter zu erbringen.

Im Übrigen sind Verwertungsgesellschaften, die eine Lizenz erteilen können, bereits nach VGG zur Verschaffung von Rechten zu angemessenen Bedingungen verpflichtet. Für einzelne Rechteinhaber dagegen würde der Entwurf entgegen der Formulierung der Richtlinie zu einem Eingriff in ihre Vertragsautonomie führen. Im Ergebnis unterschreitet § 4 Abs. 2 UrhDaG das von der DSM-RL geforderte Mindestschutzniveau und steht insofern mit dem Unionsrecht nicht im Einklang.

5. Maschinell nicht überprüfbare Nutzungen (§ 5 Nr. 2 UrhDaG-DiskE / 51a UrhG-DiskE)

Wir halten die auf § 51a UrhG-DiskE bezugnehmende Formulierung in der Praxis – insbesondere in Verbindung mit § 8 UrhDaG-DiskE – nicht für anwendbar. Sie erfordert umfangreiche Rechtskenntnisse der Nutzer:innen, insbesondere angesichts der Tatsache, dass ihre Auslegung bisher nur teilweise durch Obergerichte erfolgt ist und nicht nur für Laien, sondern auch für Jurist:innen in der für tägliche Anwendungen zur Vermeidung schädlicher rechtlicher Konsequenzen erforderlichen Klarheit nicht treffsicher möglich ist.

Schließlich etabliert der Diskussionsentwurf mit § 51a UrhG-DiskE eine Schranke, die im deutschen Recht bisher nicht existiert. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL sieht die Pastiche-Schranke für die Nutzer:innen von Upload-Plattformen zwar zwingend vor. Deshalb besteht aber noch lange keine Verpflichtung eine solche Regelung als generelle Schranke ins Urheberrecht und damit auch für alle anderen Bereiche der Werk-nutzung einzuführen. Vor allem aber ist es nicht erforderlich, diese Schranke vergütungsfrei zu stellen.

Die Formulierung des § 51a wird Kritik am Gesetzgeber, Widerstand gegen die Anwendung des Gesetzes und massenhafte Fehlinterpretationen auslösen. Vor allem aber ist es nicht angezeigt, die Ausnahmen und Beschränkungen, die § 5 UrhDaG-DiskE statuiert, generell der Vergütungspflicht zu entziehen. Das gilt insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass sie so weit gefasst ist, wie es die Begründung des Diskussionsentwurfs vorsieht und Praktiken wie Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction, Cover oder Sampling mitumfassen soll.

Die Pastiche unterscheidet sich von den vergütungsfreien Schranken wie der Karikatur und der Parodie in einem wesentlichen Punkt. Letztere setzen sich mit dem Originalwerk eher kritisch auseinander und kopieren es, wie beim Zitat, nur zum Nachweis. Das ist bei der Pastiche anders. Bei der Pastiche bedient sich der Werknutzer eines Werkausschnitts, um vom Glanz des Ursprungswerks zu profitieren, sich mit ihm gemein zu machen. Es ist nicht einzusehen, warum der/die Urheber:in des Originalwerks an dieser Rezeptionsform nicht auch wirtschaftlich partizipieren sollte.

Für eine Vergütungspflicht spricht auch die bisherige Rechtsprechung. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH¹, bei Schrankenregelungen nach Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-RL, zu der auch die Pastiche-Schranke gehört, muss im konkreten Fall stets ein angemessener Ausgleich zwischen den Rechten und Interessen des betroffenen Rechtsinhabers und denen den Nutzer:innen gewährleistet sein. Eine

¹ EuGH, Urteil v. 03.09.2014 C-201/13 – Deckmyn, ECLI:EU:C:2014:2132.

Vergütung würde so einen Ausgleich herstellen. Stellt man den Remix und das Sampling dagegen vergütungsfrei stünde das auch im harten Widerspruch zum „Metall auf Metall“-Urteil des EuGH², wonach auch die Verwendung kleinster Musikfetzen bei Wiedererkennbarkeit des Originals der Erlaubnis des Tonträgerherstellers bedürfen.

Nicht zu befürchten ist hingegen, dass die neu entstandenen Kommunikationsformen im Social Web, zu denen vor allem GIFs und Memes gehören, durch eine Vergütungspflicht eingeschränkt würden. Die Vergütungspflicht im Social Web trifft nicht die Nutzer, sondern die Plattformbetreiber, die mit diesen Formaten viel Geld verdienen, da es ihnen auf ihren Seiten viel Verkehr und damit viel Werbung einbringt.

Es erschließt sich uns zudem nicht, warum in der Überschrift darauf hingewiesen wird, dass derartige Nutzungen „maschinell nicht überprüfbar sind“. Eine Schranke sollte auch für maschinell überprüfbare Nutzungen gelten. Im Übrigen reicht für die Regelung ein Verweis auf die urheberrechtlichen Schranken – wie in Nr. 3 vorgesehen. Nr. 1-2 sind hiervon bereits erfasst.

6. Maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen (§ 6 UrhDaG-DiskE)

Die Einführung einer weiteren Kategorie zulässiger, aber vergütungspflichtiger Nutzungen stiftet zusätzliche Verwirrung. Selbst wenn es sich nach der Begründung nur um einen Auffangtatbestand für den Fall handeln soll, dass keine Lizenzvereinbarungen getroffen wurden, ist zu verlangen, dass die Vorschrift praxisnah ausgestaltet wird.

Davon kann gegenwärtig keine Rede sein. Abgesehen davon, dass die Überschrift schlimmste Erinnerungen an den ebenfalls irreführenden Begriff des „Uploadfilter“ weckt, den der Vorschlag weitestgehend überflüssig machen soll. Schon systematisch wird den Nutzer:innen des Dienstes in der Praxis kaum vermittelbar sein, worin der Unterschied zu den zulässigen und der Kennzeichnung zugänglichen Nutzungen nach § 5 liegt.

Hinzu kommt, dass die Kategorisierung, wenn sie denn entgegen den übereinstimmenden Auffassungen der Wissenschaft überhaupt europarechtskonform sein sollte, ohne weitere Begründung ebenfalls nicht praxisgerecht ist, da sie ausschließlich anhand absoluter Zahlen und gerade nicht anhand einer relativen Anknüpfung (bspw. über Prozentwerte als Obergrenze) erfolgt:

- **Nr. 1** unterscheidet nicht nach Filmkategorien und übersieht z. B., dass 20 Sek. eines Dokumentarfilms qualitativ ganz andere Bedeutung haben können als bei einem Spielfilm;
- **Nr. 2** unterlässt jede Differenzierung der Tonspuren, seitens der Musikurheber:innen wird darauf verwiesen, dass mit dieser Regelung ganze Plattformen und Anwendungen, wie z. B. TikTok aus dem Anwendungsbereich genommen würden;
- **Nr. 3** trägt der Tatsache nicht Rechnung, dass z. B. Lyrik und „lyrics“, also Songtexte, sowie auch journalistische Texte auch kürzer als 1.000 Zeichen sein können und dennoch eigenständige Werke sind;
- **Nr. 4** schließlich erlaubt bei Fotografien ein Datenvolumen, dass jedenfalls im Kompressionsfall deutlich überhöht ist. Hier sollte auf die gebräuchliche Beschreibung von Pixeln zurückgegriffen

² EuGH, Urteil v. 29. Juli 2019C-476/17 – Pellham u.a., ECLI:EU:C:2019:624.

werden, allerdings im unteren dreistelligen Bereich. Für Grafiken sind hingegen Pixel nicht anwendbar, der Begriff Datenvolumen daher grundsätzlich passend, allerdings ebenfalls überhöht. Die Hinweise in der Begründung, dass die Werte, die in Absatz 1 genannt werden, den heute üblichen Geschäftspraktiken entsprechen, weil z. B. Werkausschnitte unentgeltlich zu Werbezwecken im Internet zur Verfügung gestellt werden, verfangen nicht. Das Hochladen von urheberrechtlich geschützten Werken in den genannten Längen bzw. Volumina durch Nutzer von Plattformen ist mit der gezielten Nutzung zum Zwecken der Werbung für das jeweilige Werk nicht vergleichbar.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach unserer Ansicht die Systematisierung in vergütungsfreie Schrankennutzungen nach § 51a UrhG-DiskE bzw. § 5 UrhDaG-DiskE und vergütungspflichtige Schrankennutzungen nach § 6 UrhDaG-DiskE in Verbindung mit § 7 UrhDaG-DiskE praxisfern ist und mehr Probleme schaffen wird als sie beseitigen kann.

Wir schlagen deshalb vor, den Anregungen aus der Wissenschaft zu folgen, die Schrankenregelungen zusammenzufassen und insgesamt vergütungspflichtig zu machen. Dies schafft Rechtsklarheit bei den Nutzer:innen der Dienste. Es ermöglicht weiterhin, den Ausgleich zwischen der Ausdrucksfreiheit der Dienstenutzer:innen einerseits und den Grundrechten der Urheber:innen auf Kontrolle der Nutzung ihrer Werke und Vergütung für ihre Nutzung herzustellen und eine praxisnahe Vergütungsregel zu schaffen, die die Nutzer:innen der Dienste nicht belastet, weil Vergütungsschuldner die Diensteanbieter sind.

Klarzustellen ist weiterhin, dass die Dienstenutzer:innen ihrerseits einen Anspruch auf angemessene Vergütung für die Nutzung ihres - unter Verwendung des ursprünglichen Werkes geschaffenen – eingestellten Werks z.B. als Karikatur, Parodie, Pastiche haben können. Auch das spricht klar gegen die Vergütungsfreiheit.

Im Rahmen der zwischen den Verwertungsgesellschaften der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen und ggf. einzelnen Rechtsinhabern und den Diensteanbietern zu verhandelnden Nutzungsverträgen kann bei der Berechnung der Höhe der angemessenen Vergütung quantitativ berücksichtigt werden, in welchem Umfang Nutzungen umfasst sind, die nach § 51a UrhG-DiskE vergütungsfrei sind. Damit wird die Differenzierung der Vergütungsfrage aber aus dem Verantwortungsbereich der Nutzer, die ihr nicht gerecht werden können, auf die Ebene der rechtskundigen und über Recherchemöglichkeiten verfügenden Verwertungsgesellschaften und Diensteanbieter verlagert.

7. Direktvergütungsanspruch (§ 7 UrhDaG-DiskE)

Von zentraler Bedeutung für das Gelingen des Paradigmenwechsels der Verlagerung der Verantwortung von den privaten Nutzer:innen der Dienste auf die Diensteanbieter ist die Einführung des Direktvergütungsanspruchs für die Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen.

Hierauf weist ErWG 3 DSM-RL ausdrücklich hin, der sich nicht nur auf Verbesserungen des individuellen Urhebervertragsrechts bezieht, sondern auch auf generelle Regelungen dieses Rechts, zu dem die Zuordnung der Lizenz Erlöse, die mit der Verwertung geschützter Werke erzielt werden, zählt. Auch Art. 17 DSM-RL bildet eine tragfähige Grundlage für den Direktvergütungsanspruch. Mit der Übertragung der Verantwortlichkeit für die genutzten Werke auf die jeweiligen Diensteanbieter, die diese Nutzung ermöglichen, muss auch die Zuordnung des erwarteten neuen Lizenzstroms zumindest teilweise auch zu Gunsten der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen eine angemessene Regelung erfahren.

Die Bundesregierung erkennt den bestehenden Handlungsdruck. Dies wird ausgedrückt in ihrer Protokollerklärung, in der es heißt: „Im Mittelpunkt unserer Bemühungen stehen die Künstlerinnen und Künstler“. In Verfolgung des Ziels der Veränderung bestehender, zum Nachteil der professionellen Kreativen von den Verwertern vorgegebenen Verhältnissen schafft der Entwurf in § 7 UrhDaG-DiskE einen Direktvergütungsanspruch, der sicherstellt, dass die aus neuen Verwertungsformen generierten Erlöse gerecht und unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen und Ansprüche der Kreativen zugeordnet werden und diese tatsächlich wirtschaftlich erreichen. Damit wird er auch dem Anspruch der Grundrechtecharta der EU gerecht, nach der sowohl der Schutz des geistigen Eigentums (Art. 17 Abs. 2 EU-GRCh) als auch der des Rechts der Rechtsinhaber auf Ausübung der Berufsfreiheit (Art. 16 EU-GRCh) ausgeglichen werden sollen, indem er das Defizit zu Lasten der Kreativen auszugleichen versucht.

Eines der Grundprobleme der Rechtswahrnehmung im digitalen Zusammenhang resultiert nämlich u. a. daraus, dass etwa in Bezug auf die Produktion audiovisueller Werke Rechtseinräumungsvermutungen bestehen, die die Verwirklichung der Zielsetzung der Richtlinie, die Existenzsituation der professionellen Kreativen zu verbessern, verhindern oder zumindest erschweren. Es handelt sich hierbei um die Rechtsübertragungsvermutungen der §§ 89 und 92 UrhG, durch die in der Regel die Verwertungsrechte an Filmwerken von den Regisseur:innen auf die Produzent:innen übertragen werden. Diese nehmen zwar nicht ausdrücklich Bezug auf Nutzungen im digitalen Zusammenhang, dennoch muss davon ausgegangen werden, dass ohne Klarstellung im Zuge der Umsetzung eine gesetzesimmanente Auslegung nahelegen könnte, dass die Verwertung von audiovisuellen Werken durch Plattformen aufgrund der strukturellen Überlegenheit der Produzentenseite zu einer faktischen Zuordnung der Verwertungserlöse entsprechend der analogen Verwertung führen könnte. Dies würde aber bedeuten, dass die Erlöse aus dieser neuen Verwertungsform ausschließlich den Produzent:innen audiovisueller und musikalischer Werke zufließen würden, jedenfalls soweit audiovisuelle und musikalische Urheber:innen oder ausübende Künstler:innen betroffen sind.

Die Bundesregierung hat zutreffend erkannt, dass sich bei der Plattformnutzung erneut die Frage nach der Sicherung der Beteiligung der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen an der Nutzung von Werken in erweiterten, teilweise erst nach Vertragsabschluss entstandenen digitalen Zusammenhängen stellt, deren erste Lizenzierung teilweise noch unter Verhältnissen der analogen Nutzung erfolgte. Diese Frage stellt sich noch unter einem anderen Blickwinkel: Mangels wirksamer urhebervertraglicher Regelungen werden auch neue Verträge für digitale Nutzungen teilweise noch immer nach den alten für analoge Nutzungen entwickelten Mustern, d. h. in der Regel ohne weitere Vergütung für digitale Nutzungen abgewickelt. Die logische Konsequenz ist im Sinne der Protokollerklärung die Einführung eines Anspruchs auf Direktbeteiligung der Urheber in § 7 UrhDaG-DiskE.

Dieses System der gerechten Beteiligung findet im Übrigen schon heute im europäischen Kontext für den audiovisuellen Bereich Vorbilder in Spanien, Italien und der Schweiz. In Frankreich gelten vergleichbare Regelungen auf vertraglicher Basis. In diese europäischen Praktiken würde sich der Direktvergütungsanspruch einfügen.

Der Direktvergütungsanspruch ist aber nicht nur für den audiovisuellen Bereich von grundlegender Bedeutung, auch für andere Werkverwertungen in neuartigen digitalen Formaten ist er aufgrund der vertraglichen Gegebenheiten von erheblicher Bedeutung. Der Entwurf bietet jedenfalls die große Chance, die Beteiligung der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen auch über den audiovisuellen Bereich hinaus in anderen Verwertungsbereichen rechtssicher und fair auszugestalten.

Insgesamt begrüßen wir die Einführung des Direktvergütungsanspruchs ausdrücklich. Im Zusammenhang mit der Lizenzierungspflicht in § 4 UrhDaG-DiskE schafft er die Grundlage für eine wirksame Beteiligung der professionell kreativen Menschen an den Gewinnen der Diensteanbieter und sichert, dass die Beteiligung dieser Gruppe auch tatsächlich zufließt. Um dies zweifelsfrei klar zu stellen, müssen die ausübenden Künstler:innen als Begünstigte auch im Gesetzestext Erwähnung finden; bisher werden sie lediglich in der Begründung als Kreative genannt. Hier liegt offensichtlich ein Redaktionsversehen vor.

Die entsprechende Anwendung von § 20b Abs. 2 S. 2 und 3 UrhG ist aus Sicht der Initiative Urheberrecht zu begrüßen. Allerdings sollte § 20b Abs. 2 S. 4 nicht – wie vorgeschlagen – entsprechend angewendet werden können. Für Tarifverträge gilt das deswegen, weil der Vergütungsanspruch aus der Kabelweiterleitung mit dem Direktvergütungsanspruch nach § 7 UrhDaG-DiskE nicht vergleichbar ist. Für Betriebsvereinbarungen und gemeinsame Vergütungsregeln ist bereits bei § 20b UrhG zweifelhaft, ob diese in diesem Zusammenhang einen vergleichbaren Schutz bieten können, wie die Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften.

Ergänzend zum dem in § 7 UrhDaG-DiskE vorgesehenen Direktvergütungsanspruch ist zu überlegen, ob das System gesetzlicher Vergütungsansprüche insgesamt so fortentwickelt werden sollte, dass auch solche Nutzungen erfasst werden, die zunehmend die beispielweise in §20b oder §27 Abs. 2 UrhG geregelten Nutzungen substituieren.

8. Kennzeichnung erlaubter Nutzungen (§ 8 UrhDaG-DiskE)

In § 8 UrhDaG-DiskE wird im Zusammenhang mit § 4 UrhDaG-DiskE durch die Einräumung der Möglichkeit der Kennzeichnung erlaubter Nutzungen – vor allem der nach § 5 Nr. 2 UrhDaG-DiskE – der Missachtung bzw. Umgehung des Gesetzes Tür und Tor geöffnet, denn schon der Diensteanbieter, der dem Nutzer in einer Eingabemaske die Möglichkeit einer derartigen Kennzeichnung nahe legen wird, wird nicht das geringste Interesse haben, hier rechtsverbindlich für Klarheit und Richtigkeit der Bezeichnung zu sorgen.

Durch § 8 Abs. 2 UrhDaG-DiskE wird der/dem Urheber:in zudem die Beweislast dafür auferlegt, dass das „Preflagging“ nichtzutreffend bzw. offensichtlich unzutreffend erfolgt ist. Diese Verteilung der Beweislast ist zivilrechtlich nicht angebracht. Es ist die/der Nutzer:in der Plattform, die/der sich auf die Kennzeichnung der Nutzung als erlaubt beruft. Und es ist der Diensteanbieter, der von der Haftung insoweit befreit wird. Dementsprechend muss die Darlegungs- und Beweislastverteilung erfolgen. Nur dann, wenn die Kennzeichnung nachweislich als zutreffend erfolgt, darf die Rechtsfolge des § 8 UrhDaG-DiskE eintreten. Art. 17 Abs. 4 lit.c) DSM-RL verlangt deshalb insoweit auch nur einen begründeten Hinweis von Rechteinhabern. Das berücksichtigt § 8 Abs. 2 UrhDaG-DiskE aber nicht.

9. Erstreckung von Erlaubnissen (§ 9 UrhDaG-DiskE)

Die Regelung der gegenseitigen Erstreckungswirkung von erteilten Genehmigungen halten wir grundsätzlich für sinnvoll. Allerdings darf sie nicht dazu führen, dass der Beteiligungsanspruch der Urheber:innen an den Erlösen der Plattform im Bereich der Schrankenregelung (s. dazu oben, § 5) leerläuft. Daher sollte nicht der Begriff der „Erlaubnis“ (die auch eine gesetzliche sein kann), sondern der Begriff „Zustimmung“ Verwendung finden

Problematisch ist ferner die Verwendung des Begriffs „nicht-kommerziell“ ohne weitere Konkretisierung (Art. 17: „nicht einer gewerblichen Tätigkeit nachgeht“). Für diesen Begriff gibt es keine einheitliche Definition und – soweit ersichtlich – nur zwei Entscheidungen der Rechtsprechung: das LG Köln (Az. 28 O 232/13) versteht unter nicht-kommerziell die rein private Nutzung, während der BGH in der Entscheidung „Meilensteine der Psychologie“ (Az. I ZR 76/12) den Begriff in § 52a UrhG (alt) als „nicht der Gewinnerzielung dienend“ auslegt.

Wichtig ist die Klarstellung v.a. wegen der umfangreichen Social Media Angebote der Rundfunksender und der Institutionen des Kulturellen Erbes. Die Entscheidung des LG Köln hatte das Online Angebot des Deutschlandradios zum Gegenstand – gerade die öffentlich-rechtlichen Sender bezeichnen sich gerne als „nicht kommerziell“. Selbst wenn man die Auslegung des BGH zugrunde legen würde, wären sie tatsächlich nicht-kommerziell, während die Privatsender nicht von der Erstreckung erfasst wären.

Wir plädieren deshalb für die engere Auslegung und fordern, dass im Gesetzestext der Begriff „nicht-kommerziell“ durch „privat“ ersetzt wird und in der Begründung darauf hingewiesen wird, dass darunter auch Blogger und YouTuber fallen, soweit sie nicht auf Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handeln oder mit ihrer Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielen (so der Wortlaut von Art. 17 Abs. 2). Dies dient der Rechtssicherheit, entspricht der Intention des Richtliniengesetzgebers, private Nutzer aus der Haftung zu entlassen, und geht schließlich konform mit der Systematik des UrhG, in dem durch das UrhWissG zulässige institutionellen Nutzungen klar von privaten bzw. eigenen Nutzungen unterschieden werden.

Hilfsweise ist eine Klarstellung des Begriffs „nicht-kommerzielle Nutzungen“ zumindest in der Begründung unumgänglich.

II. Sperrung nicht erlaubter Nutzungen und Rechtsbehelfe (§§ 10 bis 19 UrhDaG-DiskE)

Wie bereits erwähnt – oben 8 – besteht bei der gegenwärtigen Konzeption des UrhDaG-DiskE die große Gefahr, dass Diensteanbieter und Nutzer in Anwendung des „Preflagging-Verfahrens“ jede Chance nutzen werden, Uploads als rechtmäßige Nutzungen auszuweisen oder zumindest die Grauzone, die zwangsweise entstehen muss, weil die Mehrzahl der Nutzer nicht übersehen können, welche Nutzungen zulässig sind und welche nicht. Sie werden das „Preflagging“ stark ausdehnen, denn zulässige Nutzungen sind für die Diensteanbieter nicht vergütungspflichtig. Sie werden deshalb, so ist zu erwarten, aus naheliegenden Gründen keine übermäßigen Anstrengungen unternehmen, um die Uploader zur Rechtstreue anzuhalten. Die Nutzer:innen wiederum können durch Kennzeichnung der Uploads als erlaubt verhindern, dass eine Entfernung unverzüglich verlangt wird. Sanktionsmöglichkeiten haben sie auch nicht zu gewärtigen.

Konsequenz des vorgeschlagenen, von uns als unpraktikabel abgelehnten Schrankensystems ist nämlich die vollständige Verlagerung der Beweis- und Beseitigungslast bei nicht erlaubten Nutzungen auf die Urheber:innen, ausübenden Künstler:innen und andere Rechtsinhaber. Damit das vorgeschlagene System funktionieren kann, müssten sie zuerst – oder ihre Verwertungsgesellschaften, das sieht das Gesetz allerdings bisher nicht vor –, die Nutzungen ihrer Werke auf den Plattformen, die nicht nach §§ 2 und 3 UrhDaG-DiskE von der Haftung ausgenommen sind, identifizieren.

Damit sind zwei Verpflichtungen verbunden: Sie müssen prüfen, ob die Nutzung auf einer lizenzpflichtigen Plattform erfolgte oder nicht, und sie müssen die Nutzung ihrer Werke mit dem technischen Mittel ihrer Wahl feststellen, sodann prüfen, ob eine Ausnahmenutzung nach §§ 5 oder 6 UrhDaG-DiskE erfolgt ist und anschließend dem Diensteanbieter gemäß § 10 UrhDaG-DiskE die erforderlichen Informationen über ihr Werk zur Verfügung stellen.

Hat der/die Nutzer:in seinen/ihren Upload gemäß § 8 UrhDaG-DiskE gekennzeichnet – und das wird mutmaßlich bei einer Vielzahl der Uploads erfolgen, denn es ist in seinem/ihrem und im Interesse des Diensteanbieters – ist er zur Sperrung erst dann verpflichtet, wenn der Rechtsinhaber nachweist, dass die Kennzeichnung offensichtlich unberechtigt war, ansonsten verlagert sich der Konflikt auf die Ebene zwischen Urheber:in und Nutzer:in und ist dort zu lösen.

Mit anderen Worten: In diesen Fällen besteht faktisch der Status quo fort, mit dem Ergebnis, dass die Urheber:innen, ausübenden Künstler:innen und sonstigen Rechtsinhaber, sofern kein globaler Lizenzvertrag abgeschlossen wurde, sich mit den Nutzer:innen auseinandersetzen müssen, während für die Diensteanbieter keine Vergütungen zu entrichten sind, bis der Sachverhalt im Einzelfall geklärt ist. Jeder Fall einer ungerechtfertigt als „gestattet“ geflaggt Nutzung führt zum Entfallen der Vergütung und gleichzeitig zum Schaden des Urhebers oder Künstlers bzw. der Rechteinhaber.

Auch im weiteren Verfahren vor der vom Diensteanbieter zur Verfügung zu stellenden Schlichtungsstelle oder einer behördlichen Schlichtungsstelle bzw. den ordentlichen Gerichten sind Urheber:innen, ausübende Künstler:innen und sonstige Rechtsinhaber weitgehend auf sich gestellt; dass die „Maßnahmen gegen Missbrauch“ des § 19 UrhDaG-DiskE ein wirksames Mittel sein könnten, missbräuchliche Erklärungen zulässiger Nutzungen zu sanktionieren, ist also angesichts der vielen Unklarheiten im Verfahren schwer vorstellbar.

Keinesfalls hinnehmbar ist deshalb, dass in der Folge eine Vergütungspflicht der Diensteanbieter solange entfällt, bis die fehlende Erlaubnis – in welchem Verfahren auch immer - verbindlich festgestellt wurde. Hier profitiert die Plattform, die mit dem unlizenzierten Inhalt Erlöse erzielt, von langen Verfahren zwischen Urheber:innen, Künstler:innen und Nutzer:innen und hat, wirtschaftlich betrachtet, kein Interesse an einer schnellen, verbindlichen Klärung.

Wir fordern deshalb, dass im Gesetz sichergestellt wird, dass bei einer festgestellten fehlenden Erlaubnis die Nutzung auch rückwirkend durch den Diensteanbieter zu vergüten ist.

Nicht nachvollziehbar und als einseitige Bevorzugung der Nutzerseite zu beurteilen ist schließlich, dass die Ansprüche der Nutzerseite im Falle der unberechtigten Beseitigung erlaubter Nutzung von einem Verband vertreten werden kann (§ 19 Nr. 4 UrhDaG-DiskE), während der Urheberseite bzw. den Rechtsinhabern die Vertretung etwa durch eine VG oder einen Verband nach bisherigem Stand nicht ermöglicht wird. Hier Waffengleichheit herzustellen, ist deshalb eine wesentliche Forderung unsererseits. Gleiches gilt für die Haftung der Rechtsinhaber nach § 19 Abs. 2 UrhDaG-DiskE. Dieser etabliert insofern ein einseitiges Haftungskonzept zulasten der Rechtsinhaber, ohne ein Haftungsregime für die Fälle vorzusehen, in denen unrechtmäßige Uploads erfolgen.

B. Änderungen des Verwertungsgesellschaftengesetzes / Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung

Eine Herausforderung für die vertragschließenden Verwertungsgesellschaften (mit Ausnahme der GEMA) liegt gegenwärtig im Umfang ihrer Rechtswahrnehmung. VG Bild-Kunst und VG Wort vertreten

zwar jeweils die überwiegende Zahl der Urheber:innen sowie die Verlage ihres jeweiligen Repertoires, aber nicht alle.

Art. 12 DSM-RL und ihr folgend § 51 VGG-DiskE bieten hier eine Lösung für den Fall, dass die fraglichen Rechte einer Verwertungsgesellschaft eingeräumt werden. In diesem Fall kann eine Erstreckung der vereinbarten Regelung auf alle einschlägigen Rechtsinhaber gesetzlich geregelt werden. Der Schutz derjenigen, die die Wahrnehmung ihrer Rechte durch eine Verwertungsgesellschaft nicht wünschen, wird durch die Widerspruchsregelung des § 51 Abs. 2 VGG-DiskE gewahrt.

Problematisch ist allerdings, dass § 51 Abs. 3 Nr. 5a VGG-DiskE wörtlich verlangt, dass auf der Internetseite der Verwertungsgesellschaft Angaben zu den erfassten Werken gemacht werden. Dies kann nur so verstanden werden, dass hier die im Wahrnehmungsvertrag der betreffenden Gesellschaft aufgeführten Werke bzw. Werkgruppen bezeichnet werden müssen, denn die Mehrzahl der Verwertungsgesellschaften registriert zwar die Berechtigten, nicht aber einzelne Werke.

Art. 12 DSM-RL gilt nach seinem Wortlaut zunächst nur für nationale bzw. territorial beschränkte Lizenzierungen, was § 51 in Abs. 3 Nr. 3 VGG-DiskE übernimmt.

Diese Hürde könnte jedoch durch das Netz der Gegenseitigkeitsverträge der europäischen Verwertungsgesellschaften, die noch dazu auf der Grundlage einer europäischen Richtlinie zur kollektiven Rechtswahrnehmung reguliert werden, überwunden werden. Diese Verträge können dafür sorgen, dass gemeinschaftsweite Lizenzverträge abgeschlossen werden können. Andererseits gibt es Wahrnehmungsbereiche wie z. B. Musikurheberrechte, bei denen eine europaweite Lizenzierung funktioniert, ohne dass eine erweiterte Wirkung erforderlich ist.

Hierbei resultiert bei der gegenwärtigen Formulierung ein Problem daraus, dass in § 6 VGG der Begriff des „Berechtigten“ definiert wird; dieser Begriff ist allerdings unionsrechtlich nicht vorgegeben, sondern eine Ausprägung des deutschen VGG unter Berücksichtigung von Art. 7 der VG-RL. „Berechtigter“ ist demnach jeder Rechtsinhaber, der auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage in einem *unmittelbaren* Wahrnehmungsverhältnis zu einer Verwertungsgesellschaft steht. In Art. 12 DSM-RL ist dagegen durchgängig von „Rechteinhabern“ die Rede.

Dies erschwert die Ausdehnung des von einer deutschen Verwertungsgesellschaft abgeschlossenen Lizenzvertrags mit einem Diensteanbieter auf die von dieser im Rahmen eines Gegenseitigkeitsvertrags vertretenen ausländischen Urheber:innen bzw. Rechtsinhabern, was den Lizenzumfang beschränkt und daher weder im Interesse des Diensteanbieters noch der Urheber:innen als Mitglieder der Verwertungsgesellschaft liegen kann. Es sollte daher die Möglichkeit geprüft werden, stattdessen den Begriff des „Rechtsinhabers“ zu verwenden.

Denn nach der Definition des Rechtsinhabers gem. § 5 VGG – der auf Art. 3 lit. a VG-RL basiert – reicht zum Nachweis der Legitimation einer Verwertungsgesellschaft ein Rechtsverwertungsvertrag, mithin eine Repräsentationsvereinbarung mit einer ausländischen Schwestergesellschaft oder ein Inkassomandat nach § 44 VGG aus, also eine nur mittelbare vertragliche Verbindung zur Verwertungsgesellschaft.

Die meisten deutschen Verwertungsgesellschaften sind zwar im Lande repräsentativ im Sinne von § 51a VGG-DiskE, aber nicht im Hinblick auf das Weltrepertoire; die Einbeziehung der unter Repräsentationsvereinbarungen vertretenen Rechtsinhaber sollte deshalb im Interesse der Diensteanbieter und

der Verwertungsgesellschaften liegen, die beide an möglichst umfangreichem zu lizenzierenden Repertoire interessiert sind, ermöglicht werden.

Wir regen daher an, in § 51a VGG den Begriff „Berechtigter“ durch „Rechtsinhaber“ zu ersetzen.

Dies ist auch wichtig um zu ermöglichen, dass sich Inhaber unterschiedlicher Repertoires (z. B. Fotograf:innen, die ihre Rechte der nationalen Verwertungsgesellschaft übertragen haben, und Agenturen, die auch internationale Fotograf:innen vertreten) zum Zweck der gemeinsamen Lizenzierung in einer Verwertungsgesellschaft zusammenschließen können, um die zur Erstreckung auf Außenstehende erforderliche Repräsentativität erreichen.

Im Hinblick auf die Lizenzierungsmöglichkeit nach § 4 UrhDaG-DiskE ist dies unverzichtbar zur Lizenzierung des Bildrepertoires. Dies liegt zugleich auch im Interesse des Diensteanbieters, dem dadurch eine hinreichende Rechtssicherheit gegeben werden kann, und trägt dazu bei, den Einsatz von Filtertechnologien zu vermeiden.

C. Änderungen des Urhebervertragsrechts

I. Stärkung der individuellen Rechtsposition der Kreativen

1. Grundsatz der angemessenen Vergütung (§ 32 UrhG-DiskE i. V. m. Art. 18 DSM-RL)

a) Merkmal der „Verhältnismäßigkeit“

Wie die Begründung des DiskE hervorhebt, ist der Grundsatz der „verhältnismäßigen Vergütung“ bereits Teil der Definition der Angemessenheit, wie sie der BGH in ständiger Rechtsprechung vertritt. Insofern ist der Einschätzung zuzustimmen, dass eine Erweiterung des Gesetzeswortlauts um dieses Merkmal nicht erforderlich ist. Die Verhältnismäßigkeit ist in der Angemessenheit nach deutschem Recht inhärent.

b) Pauschalvergütungen als Ausnahmefall

Die Umsetzung des Art. 18 DSM-RL wird vor allem auch durch ErwG 73 DSM-RL geprägt. Die Regelung stellt ausdrücklich klar, dass eine Pauschalvergütung lediglich ein rechtfertigungsbedürftiger Ausnahmefall sein soll. Demgegenüber sind Pauschalvergütungen in der Form eines „Total-Buy-Out“ in der Praxis nach wie vor in vielen Branchen der Regelfall, die Reformen des Urhebervertragsrechts vermochten hier keine signifikanten Verbesserungen herbeizuführen. Eine Verknüpfung der Vergütung mit dem tatsächlichen Nutzungsumfang erfolgt also in einer großen Zahl der Fälle weiterhin nicht – entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsgrundsätze.

Der DiskE betont daher richtigerweise, dass die Berücksichtigung jeder Nutzungsmöglichkeit im Einklang mit Art. 18 sowie ErwG 73 DSM-RL stärker herausgehoben werden muss. Allerdings ist § 32 Abs. 2 S. 3 UrhG-DiskE nicht geeignet, dieses Prinzip zu untermauern und verkehrt es teilweise sogar ins Gegenteil.

aa) Die Abkehr vom Nutzungsbezug der Vergütung führt zu einer Verschlechterung der Rechtslage und entspricht nicht der DSM-RL

Der letzte Halbsatz des neuen Satz 3 des DiskE würde in seiner jetzigen Fassung dazu führen, dass bei Vorliegen von „Besonderheiten der Branche“, die eine pauschale Vergütung rechtfertigen können sollen, ein Nutzungsbezug bei der Vergütung nicht mehr stattfinden müsste. Das aber widerspricht der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 7. Oktober 2009, I ZR 230/06, Rn. 25):

„Allerdings kann in solchen Fällen auch eine Pauschalvergütung der Redlichkeit entsprechen [...]. Dies setzt jedoch voraus, dass die Pauschalvergütung – bei objektiver Betrachtung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – eine angemessene Beteiligung am voraussichtlichen Gesamtertrag der Nutzung gewährleistet [...].“

Nach der Rechtsprechung des BGH muss sich auch eine Pauschalvergütung am tatsächlichen Nutzungsumfang orientieren. Der Wortlaut des § 32 Abs. 2 S. 3 UrhG-DiskE stellt diesen Grundsatz in Frage und führt damit zu einer Verschlechterung der Rechtslage.

Eine solche Abkehr vom Prinzip der nutzungsbezogenen (Pauschal-)Vergütung ist in der DSM-RL keinesfalls angelegt. Der Verweis auf die Möglichkeit von Pauschalzahlungen in rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefällen in ErWG 73 DSM-RL bedeutet nicht, dass diese Pauschalzahlungen dann keinen Nutzungsbezug mehr aufweisen müssen. Die Regelung eröffnet lediglich die rechtfertigungsbedürftige Möglichkeit, dass Einmalzahlungen erfolgen, nicht dass diese Einmalzahlungen dann mit einem „Total-Buy-Out“ (also ohne Orientierung am Nutzungsumfang) verbunden sein dürfen.

bb) Die „Besonderheiten der Branche“ sind in der Form nicht geeignet um festzustellen, dass eine Pauschalzahlung gerechtfertigt sein kann

Die Bezugnahme auf die „Besonderheiten der Branche“ ist als Abgrenzungskriterium zu unbestimmt und damit untauglich. Es wird schon nicht deutlich, was unter den „Besonderheiten“ zu verstehen ist und ggf. welche Besonderheiten einer Branche eine Pauschalvergütung rechtfertigen sollen. Selbst in Branchen, in denen sich bei einer Vielzahl von genutzten Werken auf den ersten Blick kein unmittelbarer Bezug zwischen wirtschaftlichem Erfolg und dem einzelnen Werk herstellen lässt, mag eine Pauschalvergütung einem praktischen Bedürfnis entsprechen³, ist jedoch nicht zwingend, wie Tarifverträge des ö-r- Rundfunks und gemeinsame Vergütungsregeln der Tageszeitungsbranche zeigen.⁴ Auch kann beispielsweise bisher nicht angenommen werden, dass Branchen per se, etwa die Verlags- oder Filmbranche, Besonderheiten aufweisen, die eine Pauschalvergütung rechtfertigen können. Entscheidend sind vielmehr die Bedingungen im Einzelfall innerhalb einer Branche. Die bloße Bezugnahme auf eine Branche als solche birgt die Gefahr einer Generalisierung in sich, wodurch Pauschalvergütungen wiederum in der jeweiligen Branche zum Regelfall würden, was aber den Maßgaben der DSM-RL widerspricht.

Der bloße Verweis auf die „Besonderheiten der Branche“ steht insofern nicht im Einklang mit der Richtlinie. Denn ErWG 73 S. 3 DSM-RL stellt darauf ab, dass die Mitgliedsstaaten

³ So BGH, Urteil vom 31.05.2012 - I ZR 73/10, Rz. 118

⁴ Z.B. Tarifvertrag über die Urheberrechte arbeitnehmerähnlicher Personen des WDR, TZ 16.2 bis 16.5 und § 9 Abs. 7 der gemeinsamen Vergütungsregeln aufgestellt für freie hauptberufliche Journalistinnen und Journalisten an Tageszeitungen vom 29.01.2010

„die Möglichkeit haben, unter Berücksichtigung der Besonderheiten jeder Branche Sonderfälle zu bestimmen, in denen eine Pauschalzahlung geleistet werden kann.“

Danach sind also Sonderfälle aufgrund der jeweiligen Besonderheiten in Branchen zu bestimmen, die Besonderheiten in Branchen als solche stellen mithin noch keine hinreichende Rechtfertigungsgrundlage dar. Zwar wird der deutsche Gesetzgeber nicht jeden Sonderfall einzeln bestimmen können, gleichwohl bedarf es einer Gesetzesformulierung, die dem Gedanken des Sonderfalls aufgrund bestimmter Besonderheiten einer Branche Rechnung trägt, ohne die Branche als solche zum Ausnahmetatbestand zu erklären.

Aufgrund des fortbestehenden Machtungleichgewichts wäre letztlich zu befürchten, ja sogar zu erwarten, dass die Verwerter entsprechende „Besonderheiten der Branche“ einseitig als gegeben voraussetzen würden.

c) Haftung des Dritten (§ 32 Abs. 1a UrhG)

Wegen der Konstellation, dass Rechte sogleich weitergegeben und durch Dritte ausgewertet werden, z.B. in der Film- und Fernsehbranche, schlägt die Initiative Urheberrecht die Einführung eines Abs. 1a in § 32 vor. Die Regelung ist § 32a Abs. 2 nachgebildet. Ein Vergütungsanpassungsanspruch in der Lizenzkette ist nicht nur im Falle einer unverhältnismäßig niedrigen Vergütung notwendig. Ein vergleichbarer Anspruch gegen den eigentlichen Werknutzer - also z.B. Sender, Rundfunkanstalten u.a. sollte auch hinsichtlich des Anspruchs auf angemessene Vergütung gegeben sein. Denn nicht erst bei einer unverhältnismäßig geringen Vergütung, sondern auch hinsichtlich der Angemessenheit der Vergütung können Erträge und Vorteile des Dritten dazu führen, dass eine bei Vertragsschluss ggf. noch angemessene Vergütung korrigiert werden muss.

d) Vorschlag der Initiative Urheberrecht

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Erwägungen schlägt die Initiative Urheberrecht die folgende Ergänzung des § 32 UrhG mit sachlich nachvollziehbaren Bewertungskriterien vor:

§ 32 UrhG

(1) Der Urheber hat für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, gilt die angemessene Vergütung als vereinbart. Soweit die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist, kann der Urheber von seinem Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, durch die dem Urheber die angemessene Vergütung gewährt wird.

(1a) Hat der Vertragspartner das Nutzungsrecht übertragen oder einem Dritten ein Nutzungsrecht eingeräumt, so haftet der Dritte dem Urheber unmittelbar nach Maßgabe des Absatzes 1 unter Berücksichtigung der vertraglichen Beziehungen in der Lizenzkette.

- (2) Eine nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) ermittelte Vergütung ist angemessen. Im Übrigen ist die Vergütung angemessen, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist. **Eine pauschale Vergütung ist nicht angemessen, es sei denn sie ist durch eine entsprechend begrenzte Rechtseinräumung und die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit gerechtfertigt.**
- (2a) Eine gemeinsame Vergütungsregel kann zur Ermittlung der angemessenen Vergütung auch bei Verträgen herangezogen werden, die vor ihrem zeitlichen Anwendungsbe-
reich abgeschlossen wurden.
- (3) Auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Urhebers von den Absätzen 1 bis 2a ab-
weicht, kann der Vertragspartner sich nicht berufen. Die in Satz 1 bezeichneten Vor-
schriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen um-
gangen werden. Der Urheber kann aber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für
jedermann einräumen.
- (4) Der Urheber hat keinen Anspruch nach Absatz 1 Satz 3, soweit die Vergütung für die
Nutzung seiner Werke tarifvertraglich bestimmt ist.

2. Zur weiteren Beteiligung des Urhebers (§ 32a UrhG-E i. V. m. Art. 20 DSM-RL)

a) Absenkung des Erfordernisses der Unverhältnismäßigkeit

Dem DiskE ist dahingehend zuzustimmen, dass zwischen „unverhältnismäßig niedrigen Vergütung“ und dem „auffälligen Missverhältnis“ von Vergütung und Verwertungserfolg ein quantitativer Unterschied besteht. Diese Absenkung der Voraussetzungen, um einen Nachvergütungsanspruch geltend zu machen, ist in Ansehung des Art. 20 Abs. 1 DSM-RL zwingend, der Umsetzungsvorschlag demnach zu begrüßen.

b) Durchgriffshaftung des tatsächlichen Verwerters

Aufgrund der sich stetig ausweitenden Praxis, die vertragliche Bindung entlang der Lizenzkette auf Subunternehmer abzuwälzen, die ihrerseits von den wirtschaftlich profitierenden planmäßigen Hauptverwertern mit pauschalen Zahlungen konfrontiert werden, bleibt eine Durchgriffshaftung entlang der geplanten Verwertungen der Lizenzkette unbedingt erforderlich, um den gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung durchsetzbar zu halten.

c) Fortbestand der Haftung des Vertragspartners

In Anbetracht des klaren Wortlauts des Art. 20 Abs. 1 DSM-RL haben die Mitgliedsstaaten zu gewährleisten, dass der Vertragspartner der Kreativen auch für Ansprüche aufgrund einer nachträglich eingetretenen Unangemessenheit der vereinbarten Vergütung haftet.

Die Erwägungen des DiskE sind hier zwar folgerichtig, allerdings ist die bloße Streichung von § 32a Abs. 2 S. 2 UrhG („Die Haftung des anderen entfällt“) nicht allein geeignet, diese Haftung zu gewährleisten. Denn während die Richtlinie hier die unmittelbar ausführenden Produzenten der jeweiligen

Werke und Leistungen in den Blick nimmt, die aktuell Vertragspartner der Kreativen sind, kann dieser ausführende Produzent seine Haftung durch die Zwischenschaltung eines weiteren Subunternehmers umgehen, der dann als (Zwischen-)Vertragspartner der Kreativen auftritt. Dabei könnte es sich sogar um eine vermögenslose Tochtergesellschaft des Produzenten handeln. Dass derartige Mechanismen zur Abschirmung der verantwortlichen Personen häufig genutzt werden, zeigt beispielsweise die Vertragsstruktur in der Filmbranche deutlich.

Es bedarf mithin einer Anpassung des Gesetzes, die unter Berücksichtigung des *effet utile* Grundsatzes die Maßgabe des Art. 20 Abs. 1 DSM-RL tatsächlich effektiv zur Geltung bringt und Umgehungsmöglichkeiten verhindert.

d) Vorschlag der Initiative Urheberrecht

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Erwägungen schlägt die Initiative Urheberrecht neben der im DiskE vorgeschlagenen Anpassung des § 32a Abs. 1 UrhG die folgende Änderung des § 32a Abs. 2 UrhG vor:

§ 32a Abs. 2 UrhG

*Hat der andere das Nutzungsrecht übertragen oder weitere Nutzungsrechte eingeräumt und ergibt sich **die unverhältnismäßig niedrige Vergütung** aus den Erträgen oder Vorteilen eines Dritten, so **haften dieser sowie die ihm diese Rechte vermittelnden Personen in der Lizenzkette** dem Urheber unmittelbar nach Maßgabe des Absatzes 1 unter Berücksichtigung **ihrer** vertraglichen Beziehungen ~~in der Lizenzkette. Die Haftung des anderen entfällt.~~*

3. Zwingende kollisionsrechtliche Regelungen (§ 32b UrhG-DiskE)

In § 32b UrhG-DiskE führt der Entwurf für die zwingende Anwendung der §§ 32, 32a und 32d bis 32f eine Voraussetzung ein, die für Urheber:innen problematisch ist.

Die zwingende Anwendung bei fehlender Rechtswahl oder bei Nutzungshandlungen in Deutschland soll nämlich jetzt – neu und kumulativ – nur noch dann gelten, „wenn auf den Vertrag mit dem Urheber das Recht eines Drittstaats anzuwenden ist“. Drittstaaten sind nach der Begründung des Diskussionsentwurfes nur solche, die sich außerhalb der EU/EWR befinden. Begründet wird diese Änderung des § 32b damit, dass innerhalb von EU/EWR mit der Richtlinie eine Harmonisierung erreicht werden soll. Die Tragfähigkeit dieser Begründung ist jedoch zu hinterfragen, zumal Deutschland zulässigerweise über die Mindeststandards der Richtlinie teilweise hinausgeht. So gibt etwa Art. 20 DSM-RL den Mitgliedstaaten als Mindeststandard nur (zwingend) vor, einen Vergütungsanpassungsanspruch gegenüber dem Vertragspartner zu normieren. Ein Anspruch gegen den in wirtschaftlicher Hinsicht eigentlichen Werknutzer – also wichtige Drittnutzer wie Sender, Videovertrieb, Verleih, Internet-Plattform – normiert die Richtlinie nicht, dies ist aber im deutschen Urheberrechtsgesetz in § 32a Abs. 2 UrhG vorgesehen. Gibt es aber in anderen EU-Ländern keine dem § 32a Abs. 2 UrhG vergleichbare Vorschrift und würde von einem Werknutzer/Vertragspartner ein solches (fremdes) EU-Recht mit dem Urheber vereinbart, so wäre es nach der Neuregelung des § 32b UrhG-DiskE dem/der Urheber:in wohl nicht mehr möglich, Ansprüche gegen Drittnutzer gemäß § 32a Abs. 2 UrhG geltend zu machen. § 32b UrhG-DiskE ist also von ent-

scheidender Bedeutung gerade in Branchen, in denen die Rechte regelmäßig sogleich und planmäßig weitergegeben und wirtschaftlich vor allem durch Dritte ausgewertet werden, z.B. in der Film- und Fernsehbranche. Die Mitgliedstaaten der EU sind nach der Richtlinie aber nicht verpflichtet, eine entsprechende Vergütungsregelung gegen Dritternutzer vorzusehen.

Die Rechtslage würde sich damit für den/der Urheber:in gegenüber der aktuellen Rechtslage erheblich verschlechtern, wenn § 32b UrhG wie vorgeschlagen geändert würde.

4. Transparenzpflicht (§§ 32d, 32e UrhG-DiskE i. V. m. Art. 19 DSM-RL)

a) Auskunft ist „mindestens“ einmal jährlich zu erteilen

Im Gleichklang mit Art. 19 Abs. 1 S. 1 DSM-RL ist der Wortlaut des § 32d Abs. 1 S. 1 UrhG an entsprechender Stelle zwingend um das Wort „mindestens“ zu ergänzen. Andernfalls würde die Auskunftspflicht auf den bloßen Jahreszyklus beschränkt, was nicht den Mindestmaßgaben der Richtlinie entspräche. Demgegenüber ist es denkbar, dass auch in kürzeren Abständen der Bedarf nach Auskünften besteht. Das kann der Fall sein, wenn unterjährig ein Verwertungszyklus bzgl. eines Mediums endet, das Werk aber über sonstige Medien weiter verwertet wird (Beispiel: Ende der Kinoauswertung und Beginn der Nutzung über VoD-Dienste).

b) Keine Beschränkung auf „im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhandenen Informationen“

Die Beschränkung auf „im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhandenen Informationen“ stellt nach wie vor ein Einfallstor für Umgehungsmechanismen dar. In der Praxis wird den Kreativverbänden gerade von Vertretern des öffentlich-rechtlichen Rundfunks entgegengehalten, dass die Informationen i. S. d. §§ 32d, 32e UrhG jedenfalls bisher oftmals gar nicht in einer Form erhoben würden, die eine Auskunft ermöglichen würde. Hinzu kommt, dass bereits nach geltendem Recht unklar ist, welcher Maßstab (subjektiv oder objektiv) anzuwenden ist und welchen Zweck der Gesetzgeber mit der Einschränkung verfolgt. Durch die einseitige Festlegung des „Ordnungsgemäßen“ und „Üblichen“ auf untaugliche Niveaus, wird das Bestehen von Auskunftsansprüchen negiert. Das bestehende Machtungleichgewicht erlaubt es den Verwertern weiterhin die Branchenüblichkeit weitestgehend einseitig bestimmen zu können.

Eine Beschränkung auf „im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhandenen Informationen“ entspricht auch nicht den Maßgaben des Art. 19 DSM-RL. Vielmehr sind hiernach „aktuelle, einschlägige und umfassende Informationen“ zu liefern. Auch aus ErwG 75 DSM-RL ergibt sich, dass es sich um „geeignete und richtige Informationen“ handeln muss, was auch mit einer Pflicht zur Informationserhebung durch die Verwerter einhergehen kann, soweit erforderlich.

c) Keine Beschränkung „auf den Zeitraum der wesentlichen Werknutzung“

Die Beschränkung der Auskunftspflicht auf lediglich den „Zeitraum der wesentlichen Werknutzung“ stellt eine erhebliche Schlechterstellung der Kreativen im Verhältnis zur aktuellen Rechtslage dar und bleibt auch signifikant hinter den Mindestmaßgaben der DSM-RL zurück.

Nach ErWG 74 DSM-RL ist eine Auskunftspflicht lediglich dann nicht angezeigt, wenn die Verwertung eingestellt wurde oder wenn der/die Kreative seine Leistung gemeinfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt hat. Demgegenüber soll nach § 32d Abs. 1 S. 3 UrhG-DiskE noch während der Zeit der Werk-nutzung die Auskunftspflicht ausgeschlossen sein, sofern diese nicht mehr wesentlich ist. Damit unterschreitet der DiskE das von der DSM-RL vorgesehene Schutzniveau. Das ergibt sich auch aus ErWG 75 DSM-RL, der klarstellt, dass die Informationen gerade für den Zeitraum zu leisten sind, in dem die Vermarktung erfolgt. Eine Einschränkung auf einen „wesentlichen Teil“ dieser Vermarktung ist gerade nicht vorgesehen.

Darüber hinaus bleibt unklar, welcher Zeitraum der Werknutzung der „Wesentliche“ sein soll. Durch den Zusatz werden Rechtsunsicherheiten zulasten der Kreativen und Umgehungsmöglichkeiten zugunsten der Verwerter geschaffen, sodass der/die Kreative im Zweifelsfall genötigt sein wird die Auskunft gerichtlich geltend zu machen. Das aber widerspricht dem Grundsatz der DSM-RL, dass die Auskunft gerade ohne Zutun des/der Kreativen erfolgen soll.

d) Umgehungsgefahr der antragslosen Auskunftspflicht bei sanktionsloser Unterlassung

Wie die DSM-RL richtigerweise erkennt, besteht für die allermeisten Kreativen aufgrund ihrer schwächeren Vertragsposition ein faktisches Hemmnis, den Verwertern gegenüber Ansprüche geltend zu machen. Infolgedessen wurde die Auskunftspflicht so ausgestaltet, dass sie ohne Antrag des jeweiligen Kreativen zu erfolgen hat. Diese Antragslosigkeit wird aller Voraussicht nach von maßgeblichen Verwertern dergestalt umgangen werden, dass sie sich mit der bloßen Behauptung zurückziehen, bei dem Beitrag habe es sich um einen solchen „lediglich untergeordneter Natur gehandelt“. In diesem Fall ist wiederum der/die Kreative gefordert gegen den Verwerter vorzugehen, was seine Lage im Verhältnis zum Status quo nicht verbessert – obwohl die DSM-RL hier eine Verbesserung fordert.

Dieses Missbrauchspotential muss dadurch eingedämmt werden, dass der missbräuchliche Verweis auf die Ausschlussstatbestände (§ 32d Abs. 2 UrhG-DiskE) sanktioniert wird. Andernfalls ist das äußerste, was der Auskunftspflichtige zu erwarten hat, dass er zur Auskunft verpflichtet ist. Das erhöht den Missbrauchsanreiz. Dem kann dadurch Rechnung getragen werden, dass die missbräuchliche Verweigerung der Auskunft eine Ordnungswidrigkeit darstellt und demgemäß bußgeldbewehrt ist.

e) Lediglich „hilfsweise“ Auskunft in der Lizenzkette führt zu einer Verschlechterung der Rechtslage

Nach aktueller Rechtslage kann sich der/die Kreative gem. § 32e UrhG unmittelbar an den wirtschaftlich beherrschenden Verwerter wenden. Das ist vor allem dann sinnvoll, wenn etwa der ausführende Produzent als Vertragspartner der Kreativen (der die eigentliche Verwertung gerade nicht vornimmt und zu keinem Zeitpunkt vornehmen sollte) über keine hinreichenden Informationen verfügt. Mitunter aus diesem Grund sind in vielen Branchen Strukturen durch die Verwerter installiert worden, die einen direkten vertraglichen Kontakt zum wirtschaftlich beherrschenden Verwerter vereiteln.

Mit § 32e UrhG-DiskE wird dieses Prinzip der Abkopplung des wirtschaftlich beherrschenden Verwerter von dem/der Kreativen weiter geschützt und damit gefestigt. Hiernach ist der/die Kreative gehalten sich erst an seinen Vertragspartner zu wenden, obwohl dieser ihm die notwendigen Informationen nicht liefern kann. Darüber hinaus ist damit zu rechnen, dass jeder wirtschaftlich beherrschende Verwerter die Kreativen zunächst an ihre Vertragspartner verweisen wird, wobei wiederum unklar bleibt, welche Voraussetzungen der/die Kreative erfüllen muss um nachzuweisen, dass sein Vertragspartner

nicht über die entsprechenden Informationen verfügt. Denn nach dem Wortlaut des Regelungsvorschlags trägt die Beweislast hier der/die Urheber:in oder ausübende Künstler:in.

Diese Umkehr widerspricht wiederum dem Geist der DSM-RL, die im Grundsatz die Auskunftspflicht anlass- und antragslos gewährleisten, also dem/der Kreativen die bürokratischen Hürden abnehmen will.

Dem vorgenannten kann dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass nach wie vor die Auskunft unmittelbar vom jeweiligen Dritten zu erfolgen hat, ohne dass der/die Kreative sich zunächst an den Vertragspartner wenden muss.

f) Kollektivrechtliche Ausgestaltung der Transparenzpflichten

In der Praxis besteht ein großer Bedarf dahingehend, dass die Auskunftspflichten der Verwerter über Tarifverträge oder gemeinsame Vergütungsregeln ausgestaltet werden können. Dieser Mechanismus besteht im Interesse aller Beteiligten und erleichtert die effektive Durchsetzung des Anspruches auf angemessene Vergütung. Damit geht letztlich das Potential einer ökonomischen Verbesserung der Lage der Kreativen einher.

Die Annahme des DiskE, dass derartige Ausgestaltungen durch Art. 23 DSM-RL künftig ausgeschlossen sind, geht fehl und lässt wesentliche Aussagen der DSM-RL unberücksichtigt.

In Art. 19 Abs. 5 DSM-RL wird ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, dass die Transparenzpflichten über kollektivrechtliche Vereinbarungen ausgestaltet werden können. Derartige Kollektivverträge müssen dann den in Art. 19 Abs. 1 bis 4 DSM-RL genannten Kriterien genügen. Hierneben stellt ErwG 76 DSM-RL klar, dass auch Vertraulichkeitsvereinbarungen möglich sind, sofern die Kreativen dadurch nicht an der Geltendmachung der ihnen zustehenden Rechte gehindert werden.

Hinsichtlich der Auskunftspflicht in der Lizenzkette eröffnet Art. 19 Abs. 2 DSM-RL sogar ausdrücklich die Möglichkeit, dass die Informationen ausschließlich den Vertretern der Kreativen übersandt werden, also den Berufsverbänden, Gewerkschaften oder Verwertungsgesellschaften. Dieses Modell wird erfolgreich praktiziert und führt dazu, dass die Kunstschaffenden aufgrund kollektivrechtlicher Vereinbarungen fortlaufende angemessene Vergütungen erhalten.

Nur in kollektiven Verhandlungen auf Augenhöhe können praxistaugliche und branchenspezifische Ausgestaltungen von Auskunftserteilung und Rechnungslegung vorgenommen werden. Gerade in Fällen, in denen Miturheberschaft vorliegt oder Werke in zusammengesetzter Form genutzt werden, haben alle Beteiligten großes Interesse an kosteneffizienten Verfahren und Mechanismen.

Die kollektivrechtliche Ausgestaltung ist demnach auch vor dem Hintergrund der DSM-RL nach wie vor möglich und sollte nicht abgeschafft werden.

g) Vorschlag der Initiative Urheberrecht

Nach den vorgenannten Erwägungen schlägt die Initiative Urheberrecht unter Berücksichtigung der weiteren Änderungen des DiskE die folgende Fassung der §§ 32d, 32e UrhG vor:

§ 32d UrhG

- (1) Bei entgeltlicher Einräumung oder Übertragung eines Nutzungsrechts **durch den Urheber erteilt sein Vertragspartner ihm mindestens** einmal jährlich Auskunft **und Rechenschaft** über den Umfang der Werknutzung und die hieraus gezogenen Erträge und Vorteile **auf Grundlage der im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhandenen Informationen.**
- (2) **Rechenschaft über die Auskunft nach Absatz 1 ist nur auf Verlangen des Urhebers abzulegen.**
- (3) **Die Absätze 1 und 1a sind nicht anzuwenden, soweit**
1. der Urheber einen lediglich nachrangigen Beitrag zu einem Werk, einem Produkt oder einer Dienstleistung erbracht hat, **es sei denn der Urheber legt dar, dass er die Auskunft für eine Vertragsanpassung (§ 32a Absatz 1 und 2) benötigt**; nachrangig ist ein Beitrag insbesondere dann, wenn er den Gesamteindruck eines Werkes oder die Beschaffenheit eines Produktes oder einer Dienstleistung wenig prägt, etwa weil er nicht zum typischen Inhalt eines Werkes, eines Produktes oder einer Dienstleistung gehört, oder
 2. **die Erteilung von Auskunft und Rechenschaft** aus anderen Gründen unverhältnismäßig ist, **insbesondere, weil der Aufwand für die Auskunft in einem Missverhältnis zu den Einnahmen aus der Werknutzung stünde.**
- (4) **Von den Absätzen 1 bis 3 kann nur durch Tarifvertrag oder eine gemeinsame Vergütungsregel (§ 36) oder eine Vereinbarung abgewichen werden, die auf einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) oder einem Tarifvertrag beruht, soweit Auskunftserteilung und nutzungsbezogene Vergütungen gewährleisten.**

§ 32e UrhG

- (1) Hat der Vertragspartner des Urhebers das Nutzungsrecht übertragen oder weitere Nutzungsrechte eingeräumt, so **erhält** der Urheber Auskunft und Rechenschaft nach § 32d Absatz 1 und 2 auch von denjenigen Dritten **verlangen**,
1. die die Nutzungsvorgänge in der Lizenzkette wirtschaftlich wesentlich bestimmen oder
 2. aus deren Erträgen oder Vorteilen sich **die unverhältnismäßig niedrige Gegenleistung** gemäß § 32a Absatz 2 ergibt.
- (2) Von Absatz 1 kann nur durch Tarifvertrag oder eine gemeinsame Vergütungsregel (§ 36) oder eine Vereinbarung abgewichen werden, die auf einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) oder einem Tarifvertrag beruht **soweit diese Auskunftserteilung und nutzungsbezogene Vergütungen gewährleisten.**

§ 111a Bußgeldvorschriften

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer
1. **entgegen § 32d Abs.1, auch in Verbindung mit § 32e Abs. 1, der Verpflichtung zur Auskunft und Rechenschaft nicht nachkommt,**
 2. entgegen § 95a Abs. 3

- a) *eine Vorrichtung, ein Erzeugnis oder einen Bestandteil verkauft, vermietet oder über den Kreis der mit dem Täter persönlich verbundenen Personen hinaus verbreitet oder*
 - b) *zu gewerblichen Zwecken eine Vorrichtung, ein Erzeugnis oder einen Bestandteil besitzt, für deren Verkauf oder Vermietung wirbt oder eine Dienstleistung erbringt,*
- 3.** *entgegen § 95b Abs. 1 Satz 1 ein notwendiges Mittel nicht zur Verfügung stellt oder*
- 4.** *entgegen § 95d Abs. 2 Satz 1 Werke oder andere Schutzgegenstände nicht oder nicht vollständig kennzeichnet.*
- (2) *Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 ~~und~~ **mit einer Geldbuße bis zu einhunderttausend Euro, in den Fällen der Nr. 2 und 3 mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro und in den übrigen Fällen mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.***

5. Vorschlag der Initiative Urheberrecht für eine Klarstellung zum außerordentlichen Kündigungsrecht

Nach § 314 BGB steht den Vertragsparteien ein außerordentliches Kündigungsrecht zu. Um die Position der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen in dieser Hinsicht zu stärken, fordert die Initiative Urheberrecht folgende Klarstellung:

§ 32f UrhG Kündigung aus wichtigem Grund (neu)

Ein wichtiger Grund im Sinne von §314 BGB liegt auch vor, wenn der Vertragspartner des Urhebers oder der Dritte im Sinne von § 32 Absatz 1a den Pflichten nach § 32 bis § 32d nicht nachkommt.

6. Verhandlungsmechanismus (§ 35a UrhG-DiskE i. V. m. Art. 13 DSM-RL)

Mit § 35a UrhG-DiskE wird der Entwurf nicht den Maßgaben von Art. 13 DSM-RL gerecht. An dieser Stelle kann auf die sogleich folgende ausführliche Kritik zu § 32f UrhG-DiskE verwiesen werden. Denn der Wortlaut des § 35a UrhG-DiskE würde gerade kein unabhängiges Verfahren gewährleisten, sofern die Gefahr besteht, dass die Ausgestaltung des Verfahrens einseitig durch den Verwerter bestimmt wird. Vielmehr ist nach Art. 13 DSM-RL ausdrücklich durch den umsetzenden Mitgliedstaat eine unparteiische Instanz einzurichten oder zu benennen – dem wird die vorgeschlagene Regelung nicht gerecht.

7. Rückrufsrecht wegen Nichtausübung (§ 41 UrhG-DiskE i. V. m. Art. 22 DSM-RL)

Die Anpassungen in § 41 UrhG-DiskE sind in Ansehung des Art. 22 DSM-RL nach Auffassung der Initiative Urheberrecht folgerichtig. Gleichwohl ist auch hier schon jetzt das Problem erkennbar, dass die Geltendmachung der Rechte durch den Einzelnen mit weiteren Sanktionen durch den Verwerter verbunden sein kann. Insofern kann auch hier eine Kollektivierung bei der Durchsetzung angebracht sein.

II. Stärkung der kollektiven Rechte

Neben der Stärkung der vertragsrechtlichen Position der einzelnen Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen enthält die DSM-RL zahlreiche Ansatzpunkte, um die kollektive Aushandlung und Durchsetzung der jeweiligen Rechte zu stärken.

1. Keine Stärkung der kollektiven Rechte im Diskussionsentwurf

Der gegenständliche Diskussionsentwurf enttäuscht in dieser Hinsicht vollständig, indem er lediglich auf bestehende Möglichkeiten Bezug nimmt. Eine Umsetzung der DSM-RL erfolgt hierdurch gerade nicht.

a) Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung (§ 32f UrhG-DiskE)

Der vorliegende Vorschlag zur klarstellenden Aufnahme eines optionalen Mediationsverfahrens ins Urheberrechtsgesetz wird als vollkommen unzureichend und darüber hinaus als potentiell schädlich abgelehnt. Ausweislich der Begründung (Seite 41) beinhaltet der Regelungsvorschlag lediglich eine Klarstellung bezüglich einer bereits existierenden Option.

Die Klarstellung bedeutet für die Seite der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen nicht nur keinerlei Unterstützung bzw. Stärkung ihrer Position, vielmehr bringt eine entsprechende gesetzliche Regelung erhebliche Risiken für die Seite der professionell Kreativschaffenden mit sich. So könnte die Klarstellung von Seiten der ohnehin strukturell überlegenen Verwerter als Begründung für einseitig als obligatorisch vorgegebene Mediationsverfahren herangezogen werden, die sie zu ihren Gunsten ausgestalten.

Beispielsweise im Bereich des Films werden derartige Verfahren von der Produzentenseite regelmäßig in die Verträge – häufig über AGB – eingebracht. Von der Seite der Urheberverbände werden diese Bemühungen bisher tendenziell eher als Abwehrmechanismen gegenüber Filmschaffenden aufgefasst, die damit faktisch an der Durchsetzung ihrer Rechte gehindert werden. So werden die Verfahrensvorschläge teilweise mit erheblichem Aufwand und hohen Kosten ausgekleidet. Der Zugang zum ordentlichen Rechtsweg soll erschwert, teilweise sogar vollständig ausgeschlossen werden. Gegen derartige Vorstöße konnte bislang vereinzelt erfolgreich gerichtlich vorgegangen werden⁵, demgegenüber wird mit der Fassung des DiskE den Verwertern ein neues Argument in die Hand gegeben, derartige, die Kreativen benachteiligende, Schlichtungsmechanismen noch stärker als zuvor zu forcieren.

Es ist unbedingt zu vermeiden, dass der Tendenz, den Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen derartige Verfahren einseitig vorzugeben, Vorschub geleistet wird. Akzeptabel können vertragliche Vereinbarungen eines zwingenden Mediationsverfahrens als Vorverfahren allenfalls dann sein, wenn die entsprechende vertragliche Vereinbarung auf einem Tarifvertrag oder einer gemeinsamen Vergütungsregel beruht und der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen wird.

Derartige Schutzmechanismen lässt § 32f UrhG-DiskE gänzlich vermissen. Die Regelung beinhaltet keinerlei formelle Maßgaben, die ein Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren auf Augenhöhe gewährleisten. Eine tatsächlich allseits „freiwillige“ alternative Streitbeilegung (wie es Art 21 DSM-RL fordert) wird nicht gewährleistet. Auch fehlt es an der – lediglich in der Begründung des Diskussionsentwurfs (Seite 60) erwähnten – Maßgabe, dass der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden kann, wie es ErwG 79 DSM-RL ausdrücklich vorsieht.

⁵ Vgl. hierzu LG Berlin, Az.: 15 O 39/19.

b) Vertretung durch Vereinigungen (§ 32g UrhG-DiskE)

Die mit § 32g UrhG-DiskE vorgeschlagene Klarstellung ist ebenfalls vollkommen unzureichend. Die allermeisten der sehr wenigen Klagen von Einzelnen auf Vertragsanpassung wurden und werden ohnehin mit der Unterstützung der jeweiligen Verbände und Gewerkschaften geführt. Hierzu bietet § 32g UrhG-DiskE keine Verbesserung, zudem bleibt er maßgeblich hinter dem Regelungsgehalt der DSM-RL zurück. Denn nach den Art. 19 bis 21 DSM-RL werden insbesondere eigene Ansprüche der Vertreterorganisationen der Kreativen zugelassen, nicht lediglich abgeleitete Rechte, wie sie der Diskussionsentwurf vorsieht. Damit widerspricht der Diskussionsentwurf weitergehend der Bestrebung den Einzelnen aus der Schusslinie zu nehmen, da nach wie vor die Beauftragung der Vertreterorganisation erforderlich wäre. Das aber entspricht nicht dem Interesse der Kunstschaffenden.

2. Vom BMJV zeitgleich veröffentlichte FAQ zum Diskussionsentwurf

Eine Art Erklärung für die mutlosen Vorschläge kann möglicherweise den zeitgleich veröffentlichten FAQ⁶ entnommen werden. Dort wird auf Seite 6 ausgeführt: „Ob es ein ‚Blacklisting‘ in der Praxis gibt, ist zwischen Kreativen und Verwertern umstritten.“ Eine Aussage, die wiederum die bislang aufgezeigten Fälle unberücksichtigt lässt – insbesondere im Zuge der Urhebervertragsrechtsreform 2016 hatten viele Vertreterorganisationen der Kreativen Beispiele für diese Praxis vorgebracht.⁷

Die meisten Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen haben Angst oder zumindest Sorge davor, in der jeweiligen Teilbranche als „schwierig“ zu gelten. Sätze wie „Wie stellen Sie sich eigentlich Ihre berufliche Zukunft vor?“ oder „Aber Sie wollen doch auch in Zukunft noch mit uns zusammenarbeiten, oder?“ haben viele von ihnen schon zu hören bekommen.

Von den Vertreterorganisationen der Kreativen zu verlangen, sie müssten de facto Listen der geblockten beziehungsweise boykottierten Mitglieder vorlegen, verkennt grundlegend die Bedeutung des Begriffs „Blacklisting“ und auch, wie verunsichert die Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen tatsächlich sind. Die Machtverhältnisse und die strukturelle Unterlegenheit sind so ausgeprägt, dass sich schon das ehrenamtliche Engagement in Urheber:innenverbänden und Gewerkschaften in Teilen als karriereschädigend erweist. Unter Klarnamen festzustellen, dass man bereits Engagements oder Aufträge verloren hat, oder auch nur, dass man aus Angst vor beruflichen Beeinträchtigungen auf die Geltendmachung von Rechten verzichtet hat, stellt für die meisten ein zu großes Risiko dar. Der Nachweis für eine derartige Praxis kann insofern – wie bereits mehrfach geschehen – nur exemplarisch erfolgen, eine umfassende Offenlegung sämtlicher Einzelfälle liefe dem Interesse, den Einzelnen aus der Schusslinie zu nehmen, gerade entgegen. Denn wenn die Kunstschaffenden flächendeckend bei Offenlegung der Problematik keine Konsequenzen fürchten müssten (was auch für einen Gesetzgebungsprozess gilt), dann bedürfte es hier auch keiner Schutzinstrumente. Die Forderung nach weiteren umfassenden Nachweisen führt die Debatte insofern ad absurdum.

Die Regelungen der Art. 18 bis 23 DSM-RL wurden unter der Prämisse der regelmäßig schwächeren Verhandlungsposition des einzelnen Urhebers/der Urheberin in Kraft gesetzt. Ihre Umsetzung hat de-

⁶ Abrufbar unter: https://www.bmiv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_FAQ.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁷ Siehe beispielhaft die Stellungnahme des DJV zum Regierungsentwurf im Rahmen der Urhebervertragsrechtsreform 2016 (abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/434328/c5488fcf24884361c283c11e029caad0/poeppelmann-data.pdf>), S. 11 ff.; siehe auch Schering, Quotenmeter.de vom 15. März 2018 (abrufbar unter: <http://www.quotenmeter.de/n/99627/es-wird-mit-angst-gespielt>).

ren Schutz zu dienen (ErwG 72 DSM-RL). Gewerkschaften, Verbände und andere Vertreter sollen bezogen auf die Vertragsanpassungsansprüche in die Lage versetzt werden, die Identität der Einzelperson „so lange wie möglich [zu] schützen“ (ErwG 78 DSM-RL). Denn wie der europäische Gesetzgeber richtigerweise erkannt hat: „Urheber und ausübende Künstler scheuen häufig davor zurück, ihre Rechte gegenüber ihren Vertragspartnern vor einem Gericht einzuklagen“ (ErwG 79 DSM-RL).

Wir stellen insoweit fest, dass die Vorschläge des Diskussionsentwurfs keinesfalls ausreichen, die Durchsetzung des Prinzips der angemessenen Vergütung zu stärken. Die DSM-RL sieht einen weitgehenden Identitätsschutz vor.

Stellvertretend für die unter dem Dach der Initiative Urheberrecht versammelten Verbände und Gewerkschaften fordern wir weiterreichende kollektive Instrumente!

3. Forderungen zu kollektiven Instrumenten

Aus den Art. 18 ff. DSM-RL und dem europarechtlichen Erfordernis des *effet utile* folgt ein Umsetzungsbedarf für die Aufstellung und Durchsetzung kollektiver Regelungen und damit für die Durchsetzbarkeit des individuellen Anspruchs auf angemessene Vergütung auch in der Breite.

a) Rechtsschutzdefizite und Marktversagen im Urhebervertragsrecht

Die einseitige Festsetzung der Vergütungsstruktur stellt für viele Bereiche der Kreativbranche weiterhin die Regel dar. Verhandlungen auf Augenhöhe bleiben die Ausnahme. In der Folge werden nur wenige Urheber:innen und ausübende Künstler:innen mangels kollektiver Definition der jeweils angemessenen Vergütungshöhe rechtssicher vergütet. Jedwede abstrakte und damit unbestimmte Anspruchsgrundlage geht zu Lasten der strukturell unterlegenen Vertragspartei, also der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen.

Aus Sicht vieler Verwerter rechnet es sich offenbar eher, sich in einigen wenigen Fällen auf die tatsächlich angemessene Vergütung verklagen zu lassen, als sämtliche Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen nach kollektiven Regelungen und damit rechtssicher angemessen zu vergüten.⁸ Indem Rechtsunsicherheiten und strukturelle Unterlegenheit ausgenutzt werden, um in einer Vielzahl von Fällen unangemessen zu vergüten, werden letztlich unrechtmäßige Gewinne kumuliert.

Leidtragende dieser Praxis des vielfachen und standardisierten Rechtsbruchs sind – neben den um ihren Anspruch auf angemessene Vergütung gebrachten professionell Kreativschaffenden – auch die rechtstreuen Verwerter, die als Kaufleute einen Wettbewerbsnachteil erleiden, wenn sie den Maßgaben des Urheberrechts entsprechend handeln.

Zur Eindämmung gesellschaftlich und wirtschaftlich unerwünschter Streu- und Masseschäden, sind im Bereich des Verbraucherrechts Rechtsmittel installiert, um dem hinter dem lohnenswerten Rechtsbruch stehenden Marktversagen entgegen zu wirken.⁹ Den strukturell unterlegenen Verbraucher:innen werden aus gesellschaftlichem und wirtschaftlichem Interesse Verbände und kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten zur Seite gestellt.

⁸ Vgl. hierzu das Interview mit einem erfolgreichen Einzelkläger, abrufbar unter: http://carta.info/honorar_dumping/.

⁹ Meller-Hannich, Gutachten für den 72. Deutschen Juristentag, A 26.

Auch im Bereich des Urhebervertragsrechts ist aufgrund des fortbestehenden Kräfteungleichgewichts von einem Marktversagen auszugehen, dem über die Stärkung kollektivrechtlicher Instrumente entgegenzuwirken ist.

b) Ansatz von § 36b UrhG zur Behebung des Marktversagens fortführen

Einen Ansatz in Richtung einer kollektiven Durchsetzung des Anspruchs auf angemessene Vergütung bietet bereits der zum 1. März 2017 eingeführte Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen gemeinsame Vergütungsregeln nach § 36b UrhG.

Die einzige praktische Auswirkung dieser Vorschrift war jedoch bisher die vorherige, in der Wirkung strittige Erklärung der Kündigung der zwischen BDZV, dem DJV und der dju in ver.di geschlossenen Vergütungsregeln durch die Verwerterseite. Begründet wurde diese vorrangig damit, dass es den Beteiligten nun nicht mehr freistehe, im Einzelfall nach unten von den kollektiv aufgestellten Vergütungssätzen abzuweichen. Die „Gefahr“ zu einem rechtstreuen Verhalten „gezwungen“ werden zu können, hat hier zu einer Abwehrreaktion geführt. Das zeigt, dass Regelung in § 36b UrhG im Ansatz gut, gleichwohl nicht ausreichend ist.

Die Tatsache, dass die Verhandlungspartner gemeinsamer Vergütungsregeln bei Verstoß gegen diese nach § 36b UrhG rechtlich in Anspruch genommen werden könnten, hat die Bereitschaft zur Aufstellung solcher Regelungen weiter reduziert. Das kollektive Instrument der gemeinsamen Vergütungsregel wurde hierdurch geschwächt. Die Tatsache, dass der BDZV offensichtlich nicht einmal bereit ist, sich an kollektiv verabredete Vergütungsstandards zu halten, zeigt, wie schlecht es um die Zahlungsmoral bestellt ist. Das Fehlen gemeinsamer Vergütungsregeln erklärt sich praktisch weniger durch die Komplexität des jeweiligen Regelungsbereichs. Tatsächlich werden den Urheber:innen Vertragsverhandlungen auf Augenhöhe regelmäßig verweigert.

aa) Gemeinsame Vergütungsregeln stärken

Das Beispiel der Zeitungsverleger zeigt, dass die Verwerterseite weiterhin einseitig entscheidet, ob man sich auf die Aufstellung von GVR einlässt, beziehungsweise, ob man sich an vereinbarte Vergütungshöhen gebunden fühlt.

Beispiele aus dem Filmbereich zeigen, dass die Verwerter abgelehnte Schiedssprüche ignorieren, wenn sie ihnen zu urheberfreundlich sind. Gleichzeitig werden wirtschaftlich für die Verwerterseite günstige und deswegen von der Seite der Urheber abgelehnte Schiedssprüche einseitig für die Vergütungspraxis herangezogen beziehungsweise zur Verhandlungsgrundlage gemacht.

bb) Schlichtungsverfahren verbindlich ausgestalten

Um die Einigungsbereitschaft bezogen auf die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln und damit die Ernsthaftigkeit von Verhandlungen zu erhöhen, fordern wir auch weiterhin eine verbindliche Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens nach § 36 UrhG.

cc) Option der Hinzuziehung vergleichbarer Werknutzer

Um Waffengleichheit herzustellen, ist der 2017 eingeführten Regelung des §36a Absatz 4a UrhG ein entsprechendes Pendant zur Seite zu stellen, die es auch der Seite der Urheber:innen und ausübenden

Künstler:innen erlaubt, vergleichbare Werknutzer in ein laufendes Verfahren vor der Schlichtungsstelle einzubinden.

dd) Vorschlag der Initiative Urheberrecht

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Erwägungen schlägt die Initiative Urheberrecht die folgenden Ergänzungen der §§ 36 und 36a UrhG vor:

§ 36 Abs. 5 UrhG (neu)

Widerspricht eine der beteiligten Parteien dem Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle (§36a), kann von jedem Beteiligten das für den Sitz der Schiedsstelle zuständige Oberlandesgericht angerufen werden.

§ 36a Abs. 4b UrhG (neu)

Jede Partei kann binnen drei Monaten nach Kenntnis vom Schlichtungsverfahren verlangen, dass die Schlichtungsstelle vergleichbare Werknutzer zur Beteiligung auffordert, wenn der Vorschlag nach Absatz 4 Satz 1 Nutzungen betrifft, die üblicherweise auch von diesen Nutzern vorgenommen werden. Beteiligt sich der vergleichbare Nutzer, so benennt er weitere Beisitzer.

c) Förderung gemeinsamer Vergütungsregeln vor allem mit den wirtschaftlich beherrschenden Verwertern

Der BGH hat (unverständlicherweise) geurteilt, dass § 36 UrhG mit dem darin enthaltenen Verfahren zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ausschließlich gegenüber den Vertragspartnern der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen zur Anwendung kommen soll. Diese Rechtsprechung wird dem Bedarf der Praxis allerdings nicht gerecht. Denn seitdem ist zu beobachten, dass sich eine Vielzahl wirtschaftlich beherrschender Verwerter gerade mit dem Verweis auf diese Rechtsprechung der Verhandlung von GVR entziehen. Nach wie vor fordert die Initiative Urheberrecht daher folgende Ergänzung des § 36 UrhG:

§ 36 Abs. 1 UrhG

Zur Bestimmung der Angemessenheit von Vergütungen nach § 32 stellen Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern gemeinsame Vergütungsregeln auf. Werknutzer im Sinne von Satz 1 sind alle Verwerter von urheberrechtlichen Nutzungsrechten. Die gemeinsamen Vergütungsregeln sollen die Umstände des jeweiligen Regelungsbereichs berücksichtigen, insbesondere die Struktur und Größe der Verwerter. In Tarifverträgen enthaltene Regelungen gehen gemeinsamen Vergütungsregeln vor.

d) Durchsetzung des individuellen Anspruchs auf angemessene Vergütung

Weitergehend ist es erforderlich, kollektive Durchsetzungsmöglichkeiten auch für die Bereiche vorzusehen, in denen es (noch) keine gemeinsamen Vergütungsregeln oder Tarifverträge gibt.

Die einseitige Festsetzung der Vergütungsstruktur stellt für viele Bereiche der Kreativbranche weiterhin die Regel dar. Verhandlungen auf Augenhöhe bleiben die Ausnahme. In der Folge werden nur we-

nige Urheber:innen und ausübende Künstler:innen mangels kollektiver Definition der jeweils angemessenen Vergütungshöhe rechtssicher vergütet. Jedwede abstrakte und damit unbestimmte Anspruchsgrundlage geht zu Lasten der strukturell unterlegenen Vertragspartei, also der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen.

Nur wenn neben dem bestehenden Unterlassungsanspruch im Falle von Verstößen gegen aufgestellte Vergütungsregeln (§ 36b UrhG) noch anonymisierte Verfahren für einzelne Fälle und systematische Verstöße gegen den urhebervertragsrechtlichen Pflichtenkatalog eingeführt werden, ist ernsthaft zu erhoffen, dass die Bereitschaft angemessen zu vergüten tatsächlich zunehmen würde. Die Verantwortlichen der Verlage und der anderen Verwerter hätten aufgrund der möglichen persönlichen Haftung dann ein größeres Interesse an einer rechtssicheren Vergütungspraxis. In der Folge wäre davon auszugehen, dass vermehrt Tarifverträge und gemeinsame Vergütungsregeln aufgestellt werden würden.

Aus den Art. 18 ff. DSM-RL und dem europarechtlichen Erfordernis des *effet utile* folgt ein Umsetzungsbedarf für die Aufstellung und Durchsetzung kollektiver Regelungen und damit für die Durchsetzbarkeit des individuellen Anspruchs auf angemessene Vergütung auch in der Breite.

e) Schutz der Einzelnen über kollektivrechtliche Instrumente als notwendiger Mechanismus

Für die Umsetzung der urhebervertragsrechtlichen Regelungen der DSM-Richtlinie ist zu berücksichtigen, dass es keinesfalls ausreichen kann, die Identität der Einzelnen „ein bisschen“ oder für einen bestimmten Abschnitt der Geltendmachung von Ansprüchen zu schützen. Sollte der Schutz der Person z. B. nur für das zwingend einzuführende alternative Streitbeilegungsverfahren, nicht aber auch für ein folgendes ordentliches Verfahren gewährleistet sein, ist stark davon auszugehen, dass die Anspruchsschuldner die Auseinandersetzungen stets ins ordentliche Verfahren leiten werden, weil sie damit die Person im Einzelfall identifizieren könnten. Die Gefahr der Exposition der Einzelnen wäre hiermit nur verschoben, nicht aber gebannt oder nur eingeschränkt. Die Folge wäre aller Voraussicht nach, dass sich die Verwerter weiterhin auf die Angst der Einzelnen verlassen könnten. Das Ergebnis eines Identitätsschutzes in Teilen wäre aus Urhebersicht damit gleich Null.

Der wirksamste und in der DSM-RL angelegte Weg zum Schutz der Identität ist eine entsprechende Befähigung der dazu autorisierten Verbände und Gewerkschaften. Es bedarf einer effektiven Verbandsklage! Der einzuführenden Verbandsklage sollte das von Art. 21 DSM-RL vorgesehene alternative Streitbeilegungsverfahren vorgeschaltet werden. Im Wege des alternativen Streitbeilegungsverfahrens könnten insbesondere Einzelfälle überprüft werden, bei denen keine branchenweit anerkannte Definition der angemessenen Vergütung zur Vergütung steht. Aber auch über den Einzelfall hinaus lassen sich die Vertragsstrukturen als solche überprüfen. Gegen Verwerter, deren Vergütungspraxis den begründeten Verdacht nahelegt, dass Verstöße gegen die Pflichten nach §§ 32 bis 32e UrhG nicht nur in wenigen einzelnen Fällen in Betracht kommen, sondern in der allgemeinen Vertragsstruktur angelegt sind, sollte ein wirksames Verbandsklagerecht eingeführt werden.

f) Vorschläge der Initiative Urheberrecht

Die zwingende Umsetzung eines alternativen Streitbeilegungsverfahrens und die dringend gebotene Einführung des Mechanismus einer wirksamen Verbandsklage könnten konkret wie folgt vorgenommen werden.

aa) **Alternatives Streitbeilegungsverfahren, Art. 21 DSM-RL**

Kernpunkte eines praxistauglichen Verfahrens sind aus Sicht der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen eine weitestgehende Anonymität des Verfahrens, die Gewährleistung einer fachlichen Unabhängigkeit des Spruchkörpers und ein möglichst geringes finanzielles Risiko. Gerade die Absenkung der Schwelle für Vertragsanpassungen macht es erforderlich, dass auch mittlere bis kleine Beträge mit einem vertretbaren Aufwand und Risiko geltend gemacht werden können.

§ 36d UrhG (neu)

Alternatives Streitbeilegungsverfahren¹⁰

- (1) Beim Deutschen Patent- und Markenamt wird eine Schlichtungsstelle zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten nach den Absätzen 2 und 3 eingerichtet. Sie wird mit neutralen schlichtenden Personen besetzt und hat eine Geschäftsstelle. Das Verfahren der Schlichtungsstelle muss insbesondere gewährleisten, dass**

 - 1. die Schlichtungsstelle unabhängig ist und unparteiisch handelt,**
 - 2. die Verfahrensregeln für Interessierte zugänglich sind,**
 - 3. die Beteiligten des Schlichtungsverfahrens rechtliches Gehör erhalten, insbesondere Tatsachen und Bewertungen vorbringen können,**
 - 4. die schlichtenden Personen und die weiteren in der Schlichtungsstelle Beschäftigten die Vertraulichkeit der Informationen gewährleisten, von denen sie im Schlichtungsverfahren Kenntnis erhalten und**
 - 5. eine barrierefreie Kommunikation mit der Schlichtungsstelle möglich ist.**
- (2) Wer der Ansicht ist, in einem Recht nach diesem Gesetz verletzt worden zu sein, kann bei der Schlichtungsstelle nach Absatz 1 einen Antrag auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens stellen. Kommt wegen der behaupteten Rechtsverletzung auch die Einlegung eines fristgebundenen Rechtsbehelfs in Betracht, beginnt die Rechtsbehelfsfrist erst mit Beendigung des Schlichtungsverfahrens nach Absatz 7. In den Fällen des Satzes 2 ist der Schlichtungsantrag innerhalb der Rechtsbehelfsfrist zu stellen. Ist wegen der behaupteten Rechtsverletzung bereits ein Rechtsbehelf anhängig, wird dieses Verfahren bis zur Beendigung des Schlichtungsverfahrens nach Absatz 7 unterbrochen.**
- (3) Eine Vereinigung von Urhebern im Sinne von § 36 Absatz 2 kann bei der Schlichtungsstelle nach Absatz 1 einen Antrag auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens stellen, wenn sie einen Verstoß gegen Pflichten nach § 32 bis § 32e behauptet.**
- (4) Der Antrag nach den Absätzen 2 und 3 kann in Textform oder zur Niederschrift bei der Schlichtungsstelle gestellt werden. Diese übermittelt zur Durchführung des**

¹⁰ Der Regelungsvorschlag orientiert sich an §16 BGG Schlichtungsstelle und –verfahren; Verordnungsermächtigung.

Schlichtungsverfahrens eine Abschrift des Schlichtungsantrags an den behaupteten Rechtsverletzer.

- (5) Die schlichtenden Personen wirken in jeder Phase des Verfahrens auf eine gütliche Einigung der Beteiligten hin. Sie können einen Schlichtungsvorschlag unterbreiten. Der Schlichtungsvorschlag soll am geltenden Recht ausgerichtet sein. Die schlichtenden Personen können den Einsatz von Mediation anbieten.
- (6) Das Schlichtungsverfahren ist für die Beteiligten unentgeltlich.
- (7) Das Schlichtungsverfahren endet mit der Einigung der Beteiligten, der Rücknahme des Schlichtungsantrags oder der Feststellung, dass keine Einigung möglich ist. Wenn keine Einigung möglich ist, endet das Schlichtungsverfahren mit der Zustellung der Bestätigung der Schlichtungsstelle an die Antragstellerin oder den Antragsteller, dass keine gütliche Einigung erzielt werden konnte.
- (8) Das Deutsche Patent- und Markenamt wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, das Nähere über die Geschäftsstelle, die Besetzung und das Verfahren der Schlichtungsstelle nach den Absätzen 1, 4, 5 und 7 zu regeln sowie weitere Vorschriften über die Kosten des Verfahrens und die Entschädigung zu erlassen. Die Rechtsverordnung regelt auch das Nähere zu Tätigkeitsberichten der Schlichtungsstelle. Bei der Besetzung der Schlichtungsstelle ist darauf zu achten, dass die einzelnen Spruchkörper sowohl mit Personen mit juristischer Fachkompetenz als auch paritätisch mit entsprechenden Verwertern und Urhebern aus den jeweiligen Branchen besetzt sind.

bb) Verbandsklage

§ 36e UrhG (neu)

Verbandsklagerecht¹¹

- (1) Eine nach Absatz 4 anerkannte Vereinigung von Urhebern kann, ohne in ihren Rechten verletzt zu sein, Klage gegen einen Werknutzer erheben auf Feststellung, Unterlassung oder Beseitigung eines Verstoßes gegen seine Pflichten nach § 32 bis § 32e.
- (2) Soweit ein Urheber selbst seine Rechte durch eine Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können, kann die Klage nach Absatz 1 nur erhoben werden, wenn die Vereinigung geltend macht, dass es sich um einen Fall von allgemeiner Bedeutung handelt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Mehrzahl gleich gelagerter Fälle vorliegt. Vor der Erhebung einer Klage nach Absatz 1 hat die nach Absatz 4 anerkannte Vereinigung ein Schlichtungsverfahren nach § 36d durchzuführen. Die Klage ist nur zulässig, wenn keine gütliche Einigung im Schlichtungsverfahren erzielt werden konnte und dies nach § 36d Absatz 7 bescheinigt worden ist.
- (3) Soweit ein Verfahren nach Absatz 1 oder Absatz 2 zur Offenlegung von Mitgliedschaften der Vereinigung führen würde, kann insbesondere über die Höhe individueller An-

¹¹ Der Regelungsvorschlag orientiert sich an §15 BGG Verbandsklagerecht.

sprüche der Mitglieder einer Vereinigung oder das Vorliegen einer Mehrzahl gleich gelagerter Fälle Beweis auch durch die Vorlegung öffentlicher Urkunden angetreten werden.

(4) Auf Antrag hat das Deutsche Patent- und Markenamt einem Verband die Anerkennung zu erteilen, wenn er als Vereinigung von Urhebern

- 1. nach seiner Satzung nicht nur vorübergehend die Belange von Urhebern fördert,**
- 2. nach der Zusammensetzung seiner Mitglieder oder der Mitglieder seiner Landesorganisationen dazu berufen ist, Interessen von Urhebern auf Bundesebene zu vertreten,**
- 3. zum Zeitpunkt der Anerkennung mindestens drei Jahre besteht und in diesem Zeitraum im Sinne der Ziffer 1 tätig gewesen ist,**
- 4. die Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bietet; dabei sind Art und Umfang seiner bisherigen Tätigkeit, der Mitgliederkreis sowie die Leistungsfähigkeit des Verbands zu berücksichtigen.**

Um Einzelne von der Last der Durchsetzung ihres Anspruchs auf angemessene Vergütung zu befreien und um dem jedenfalls latenten Marktversagen im Bereich des Urhebervertragsrecht zu begegnen, ist es erforderlich, die Verbände und Gewerkschaften der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen in die Lage zu versetzen, die Rechte ihrer Mitglieder in einer die Einzelnen schützenden Form geltend zu machen und durchzusetzen.

Hierbei gibt es Rechtsverstöße, die mittels öffentlicher Urkunde bewiesen werden können. Insbesondere können nachteilige Vertragsklauseln und Berechnungsgrundlagen und deren Verwendung in einer Vielzahl von Fällen als systematisches Vorgehen belegt werden.

Hauptzweck des Regelungsvorschlages ist entsprechend die Schaffung einer Möglichkeit, gegen planmäßige Verstöße gegen das Prinzip der angemessenen Vergütung vorgehen zu können. Das abstrakte Verbandsklagerecht würde zudem einen zusätzlichen Anreiz für rechtstreues Verhalten setzen.

Auch in Fällen, in denen Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert von der Verwerterseite gestellt werden, ist es bisher jedoch erforderlich, dass jede:r Urheber:in/jede:r ausübende Künstler:in den gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung im Einzelfall geltend macht. Mittels des UKlaG können Verbände und Gewerkschaften bisher lediglich eine Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen betreiben. Eine Überprüfung auch der konkreten Vergütungshöhen oder auch nur der Vergütungsstrukturen ist auf diesem Wege nicht möglich.¹²

Die Verbandsklage würde insoweit an die Stelle der Möglichkeiten nach dem UKlaG treten. Sie müsste jedoch für die Verknüpfung mit den tatsächlichen Vergütungshöhen wohl noch um weitere Regelungen ergänzt werden.

cc) Ergänzende Vorschriften

Aus Sicht der Urheberverbände ist es ein Missstand, dass trotz laufender Verfahren, in all den vergleichbaren Fällen, die jedoch nicht konkreter Gegenstand eines Gerichtsverfahrens sind, der Eintritt

¹² BGH, Urteil vom 31.05.2012 – I ZR 73/10.

der Verjährung droht. Unternehmen, die durch die Verwendung rechtswidriger Verträge den gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung zu umgehen versuchen, ist kein Vertrauensschutz zu gewähren. Jedenfalls, wenn in einer Vielzahl von Fällen gestellte Vertragsbedingungen Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung sind, sollte die Verjährung für vergleichbare Fälle gehemmt werden.

Hierzu fordert die Initiative Urheberrecht die Einführung einer entsprechenden Vorschrift:

§ 36f UrhG (neu)

Hemmung der Verjährung bei Vorliegen einer Mehrzahl gleichgelagerter Fälle

- (1) Macht eine Vereinigung von Urhebern im Rahmen einer Klage nach §36e geltend, dass die dem Rechtsverstoß zu Grunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer Mehrzahl gleich gelagerter Fälle gestellt wurden, so wirkt die von der Vereinigung geführte Klage bezogen auf die Vertragsverhältnisse, denen diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Grunde liegen für die Mitglieder der Vereinigung entsprechend § 204 Absatz 1 Ziffer 1 BGB. Satz 1 gilt entsprechend, wenn die vereinbarten Vergütungen in einer Mehrzahl gleich gelagerter Fälle vergleichbar nicht §32 Abs. 2 Satz 2 entsprechen.***
- (2) Die Hemmung nach Absatz 1 endet zwölf Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Klage nach Absatz 1.***

Berlin, 31. Juli 2020

Prof. Dr. Gerhard Pfennig,

Sprecher der Initiative Urheberrecht

Initiative Urheberrecht

In der Initiative Urheberrecht arbeiten über 35 Verbände und Gewerkschaften zusammen, die die Interessen von insgesamt rund 140.000 Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen vertreten.

Rückfragen und Kontakt:

Initiative Urheberrecht

Prof. Dr. Gerhard Pfennig | Sprecher der Initiative Urheberrecht

Katharina Uppenbrink | Geschäftsführung

Taubenstraße 1 | D-10117 Berlin

+49 (0)160 90 95 40 16 | katharina.uppenbrink@urheber.info | www.urheber.info