

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Urhebervertragsrechts

5. Dezember 2015, Seiten 1 bis 10

Verhältnis von Kreativen und Verwertern sinnvoll gestalten

Die APR vertritt die Interessen vorwiegend lokal und regional tätiger elektronischer Medien. Alle Mitgliedsunternehmen veranstalten lineare Sendungen und zusätzlich Online-Angebote mit programmbegleitenden und eigenständigen Inhalten. Gerne nimmt die APR die Möglichkeit wahr, zum Referentenentwurf der Novellierung des Urhebervertragsrechts Stellung zu nehmen.

1. Ausgangssituation in der Branche

Der private Hörfunk, zumal in seiner Ausprägung als Lokalradio, ist eine kleine Branche mit mittelständisch geprägten Anbietern. Die Programme basieren stark auf Musik und unterscheiden sich hier durch die Schwerpunktbildung bei unterschiedlichen Musikstilen, womit unterschiedliche Zielgruppen etwa im Hinblick auf die Altersdifferenzierung angesprochen werden. In diesem Bereich bestehen kollektive gesamtvertragliche Regelungen mit der GEMA und der GVL. Diese umfassen auch reine Webradios sowie programmbegleitende Onlinenutzungen, hier zum Teil auf vorläufiger Basis und eine endgültige sachgerechte Lösung suchend.

Im Wortbereich bieten die Radiostationen neben den zum Teil über zentrale Zulieferer bezogenen Nachrichten vor allem auf ihr Verbreitungsgebiet bezogene Informationen, Service-Meldungen und unterhaltende Elemente. Diese Inhalte werden durch angestellte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter konzipiert und produziert, in unterschiedlicher Weise auch durch freie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Die Tendenz der letzten Jahre geht dahin, dass der Anteil der angestellten Mitarbeiter schon aus arbeits- und sozialrechtlichen Gründen steigt. Der Bereich der freien Mitarbeiter umfasst weniger die klassischen freiberuflichen Kreativen (in dem Sinn, dass diese ihre Tätigkeit als Beruf verstehen), vielmehr sind auch freie Mitarbeiter einbezogen, die ihre berufliche Heimat in ganz anderen Branchen haben und aus inhaltlichen Gründen „beim Radio“ individuell jeweils in geringem Umfang auftreten.

Die Entgelte und Honorare haben sich in der Branche als Übung einzelner Bereiche oder Unternehmen herausgebildet. Entsprechend den sehr unterschiedlichen Tätigkeiten, Themen und örtlichen Gegebenheiten bestehen große Unterschiede. Eine einheitliche branchenweite Handhabung ist weder strukturell noch von der Höhe her erkennbar.

Wesentlich ist die Konkurrenz der Stationen untereinander. So sind beispielsweise landesweite Stationen in der Lage, höhere Vergütungen zu zahlen, die hier wiederum in Konkurrenz zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk mit noch einmal attraktiveren Konditionen (aus Sicht der Kreativen) im Wettbewerb stehen. Auch Event-Veranstalter, Werbeagenturen, Unternehmen mit dem Bereich Öffentlichkeitsarbeit und Pressestellen stehen als Arbeitgeber oder Auftraggeber in Konkurrenz zum Privatrado. Die Stationen erleben es regelmäßig, dass sie für Kreative attraktiv sind, um Erfahrungen zu sammeln und sich einen Namen zu machen - dies auch wegen recht kleiner Teams mit der Möglichkeit, ohne Hierarchien schnell interessante Aufgaben wahrzunehmen oder Themen bearbeiten zu können. Die beschriebenen Konkurrenten als Nachfrager nach Kreativen nutzen diese Erfahrungen, wobei den Kreativen zu Gute kommt, dass sie mit ihrer Stimme und der Art der Präsentation im Programm für andere Verwerter erkennbar sind.

→

Für den Bereich des regionalen, gelegentlich „ortsnah“ bezeichneten Fernsehens gilt das gleiche mit der Einschränkung, dass hier die Refinanzierungsmöglichkeiten der Veranstalter deutlich geringer sind. Es fehlt die Möglichkeit der nationalen Werbevermarktung, wohingegen lokale und TV-Werbung schon wegen der höheren Produktionskosten für die Herstellung von attraktiven Werbespots schwierig ist. Gemeinsam mit den Landesmedienanstalten werden daher Fördermöglichkeiten diskutiert.

Es geht bei allen neuen Angeboten grundsätzlich um die Frage, wie Journalismus finanziert werden kann.

Sowohl Radio als auch Fernsehen nutzen – im Sinne der urheberrechtlichen Verantwortung – Leistungen von Kreativen im Rahmen von Werbespots. Diese werden aber von den Werbungtreibenden angeliefert, die Verträge mit den Kreativen werden von den Werbungtreibenden oder von Agenturen abgeschlossen. Die Situation ist unübersichtlich und entzieht der Einschätzung der Verbandsmitglieder. Diese lassen sich in den AGB für die Werbeausstrahlung die notwendigen Rechte übertragen, lediglich das Senderecht im Bereich musikalischer Werke und Leistungen ist in den bereits erwähnten Verträgen mit der GEMA und der GVL inkludiert. Alle neuen Regelungen „in der Lizenzkette“ wären auf diesen Bereich anwendbar.

2. Geldwerter Vorteil durch Werbefinanzierung

Die programmbegleitende Onlinenutzung im privaten Hörfunk war jüngst Gegenstand einer Umfrage von APR und VPRT unter ihren Mitgliedern. Anlass sind die laufenden Verhandlungen mit der GEMA über eine Neuregelung ab dem 1. Januar 2016, weshalb die Fragestellung mit der Verwertungsgesellschaft gemeinsam entworfen wurde. Grundlage waren die Umsätze in dem abgeschlossenen Geschäftsjahr 2014.

Die Sendeunternehmen melden ihre Umsätze netto und unter Abzug gesamtvertraglich vereinbarter Positionen in ein von den Gesamtvertragspartnern gemeinsam (auch mit der GVL) verabredetes onlinebasiertes System. Dort sind 508,5 Mio. € Bemessungsgrundlage in 2014 erfasst und im Übrigen durch Testate der Verbandsmitglieder belegt. Die Einnahmen aus programmbegleitender Onlinenutzung sind hierin inkludiert, dies betrifft die Einnahmen auch aus Online-Erlösen zum Beispiel durch Werbespots vor Webradios oder vor dem Abruf einzelner Audiobeiträge oder Videos; Werbung innerhalb Webradios gehört nach den Vereinbarungen zur allgemeinen Bemessungsgrundlage. Die Einnahmen aus der programmbegleitenden Onlinenutzung machen entsprechend der Umfrage gerade einmal 0,3 Prozent der vorerwähnten Bemessungsgrundlage aus.

Paid Content spielt im privaten Hörfunk keine Rolle.

Einnahmen aus Bannerwerbung auf den Webseiten privater Radios ist in der Umfrage getrennt ausgewiesen (in der Größenordnung von einem Prozent der Bemessungsgrundlage der linearen Programmveranstaltung). Dabei ist Gegenstand der Diskussion mit der GEMA in diesem Zusammenhang, ob diese Werbung etwa auf Textseiten ein vergütungspflichtiger geldwerter Vorteil der Musikknutzung im linearen Radioprogramm ist.

Diese ökonomische Fragestellung der Zurechnung von Einnahmen zu einzelnen Nutzungen mit der Folge der rechtlichen Bewertung vertraglicher Ausgestaltung potenziert sich im Onlinebereich. Dem Werbungtreibenden ist entgegen den Modellen der klassischen Massenmedien gleichgültig, in welchem redaktionellen Zusammenhang die werbliche Aussage erscheint. War es in der analogen Welt so, dass vom konsumierten Medieninhalt auf den Konsumenten und damit die Zielgruppe der Werbebotschaft geschlossen wurde, verlangt der Werbungtreibende in der digitalen Welt Informationen über den jeweiligen Nutzer, jedenfalls in anonymisierter Form. Wer gerade zuvor nach einem bestimmten Neuwagen gegoogelt hat, wird sich für Automobilwerbung interessieren, die ihm angezeigt wird, wenn er sich auf der Website des Radios irgendeinen beliebigen anderen Content anschaut. Damit wird die Entscheidung, welche Werbung angezeigt wird und zu welchem Preis (abhängig von der Tiefe der Information zum Nutzer) vom Inhalteanbieter zum Betreiber des Adservers, also in Richtung von Agenturen, verlagert. Eine Aussage darüber, welcher Content welche Werbeeinnahmen generiert, ist in dieser Welt nicht möglich, die sich in tatsächlicher Hinsicht also deutlich von der analogen Welt unterscheidet.

3. Fehlende sachliche Grundlagen des Referentenentwurfs

Es gibt lediglich im Verlagsgesetz ein besonderes Urhebervertragsrecht, in den übrigen Branchen wie jener des privaten Rundfunks haben sich die vertraglichen Beziehungen zwischen Kreativen und Nutzern ohne gesetzliches Leitbild entwickelt. Im privaten Fernsehen beispielsweise liegen die Usancen in den Häusern nationaler TV-Familien auf der einen und des lokalen Fernsehens auf der anderen Seite um Lichtjahre auseinander.

Die im Referentenentwurf vorgesehenen Regelungen beziehen sich auf die aller kleinste Münze, die Grundlage eines Scherzes in der Morningshow beim Lokalradio ist, der einen Tag später schon längst vergessen sein wird. Die im Referentenentwurf vorgesehenen Regelungen beziehen sich in gleicher Weise aber auch auf große Werke der Literatur, der bildenden Kunst und der kreativen Darbietung von Werken. Die Ausrichtung der Regelungen orientiert sich an dem zuletzt genannten Bereich mit der Folge größter Rechtsunsicherheit in dem zuerst genannten Anwendungsfall.

Das Bild, das die Begründung vom Kreativen und dem Verwerter zeichnet, ist jedenfalls in Bezug auf die Branche, für die hier Stellung bezogen wird, unzutreffend. Der einzig belastbare empirische Hinweis in der Begründung ist jener auf die Daten der Künstlersozialkasse. Das blendet nach oben die Beitragsbemessungsgrenze des Sozialrechts ebenso aus wie den Umstand, dass alle nebenberuflichen Kreativen ohnehin als Berechtigte dort nicht eingerechnet sind (obwohl die Verwerter auch für deren Leistungen Beiträge entrichten).

Völlig ausgeblendet ist in der Begründung die oben beschriebene Konkurrenz der Verwerter untereinander. Es wird so getan, als stehe der Kreative ausschließlich einem einzigen Verwerter gegenüber, dem er auf Gedeih und Verderb ausgeliefert sei, was geradewegs in Prekariat führt. Das ist, wie eingangs für unsere Branche dargelegt, keineswegs der Fall, sondern umgekehrt verlieren wir allzu oft Kreative, weil wir entsprechend unserer Refinanzierungsmöglichkeiten bei Vergütungsangeboten Dritter nicht mithalten können.

Irgendeine Abschätzung, wie sich die Eingriffe des Referentenentwurfs in diese mehrpoligen und sehr viel komplexeren, als in der Begründung beschriebenen Zusammenhänge auswirkt, wird nicht geboten. Hierbei ist beachtlich, dass im journalistisch-redaktionellen Bereich das Urheberrecht dann Rückwirkungen auf die Vielfaltsgesichtspunkte des Medienrechts hat, wenn urheberrechtliche Regelungen dazu führen, dass aus ökonomischer (urheberrechtlicher) Sicht bestimmte Angebotsformen nicht mehr attraktiv sind. Konkret: Wenn all jene, die Beiträge zu lokalen und regionalen Medienangeboten beisteuern, um über dieses Medium an der Kommunikation im Verbreitungsgebiet teilzuhaben, dies aus urheberrechtlichen Gründen (Gründen der Ökonomie des Urhebervertragsrechts) nicht mehr können, dann geht ein wesentliches Stück von Meinungsvielfalt verloren, das auf der anderen Seite vom Medienrecht gefordert wird.

Die Situationsbeschreibung des Referentenentwurfs ist also bei weitem unterkomplex, was sich in den vorgeschlagenen Instrumenten fortsetzt.

4. Sinnvolle Pauschalvereinbarungen

Mit einem Bündel von Instrumenten will der Referentenentwurf Pauschalvereinbarungen verhindern – zur Ungeeignetheit kollektiv-rechtlicher Abhilfe siehe unten. Dabei sind pauschale Vereinbarungen aus Sicht aller Beteiligten sinnvoll. Es wird im Rahmen dieser Stellungnahme nicht verkannt, dass hier punktuell und rein aus Blickwinkel der eigenen Branche argumentiert wird. Von einer generell-abstrakten Gesetzesregelung ist aber zu erwarten, dass sie die Lebenswirklichkeit einer angesichts der täglichen Radionutzung für den Endverbraucher wichtigen, wenngleich im Vergleich zu anderen Wirtschaftsbereichen kleinen Branche im Blick hat. Wenn Pauschalvereinbarungen in anderen Konstellationen, zu denen diese Stellungnahme weder positiv noch negativ etwas sagt, verwerflich sein sollten, dann sind hierfür Kriterien zu benennen. Es ist falsch, Pauschalvereinbarungen indes auch dort auszuschließen, wo sie ökonomisch sinnvoll sind und auch bei wertender Betrachtung des Verhältnisses der Vertragspartner nicht zu beanstanden sind.

Wer einen Beitrag für ein Radioprogramm erstellt, weiß um dessen Erstausstrahlung im Programm. Wiederholungen linearer Radioprogramme finden beim Privatrado nicht statt. Einzelne Beiträge können je nach Art und Zweck (beispielsweise Vorankündigung einer Veranstaltung) über den Tag hinweg mehrfach ausgestrahlt werden. Dies ist aber für die Vertragsparteien bei ihrer Vergütungsabrede absehbar. Wenn derartige Beiträge als programmbegleitende Onlinenutzung verlängert werden, also im Rahmen des § 19a UrhG online abrufbar werden, ist der ökonomische Vorteil für alle Verwerter der Branche in der Summe aller online gestellten Beiträge nur ein Bruchteil dessen, was die eigentliche lineare Radioveranstaltung ausmacht (oben Nr. 2). Mit anderen Worten wird bezogen auf den einzelnen Beitrag an einem individuellen Vertragsverhältnis der geldwerte Vorteil des Verwerter beim Abruf des vertragsgegenständlichen Beitrages so gering sein, dass eine gesonderte Tarifierung hierfür für alle Beteiligten nicht sinnvoll ist und die pauschale Regelung sich als vernünftig und keinesfalls den Kreativen benachteiligend erweist.

Sollte in einem solchen Fall ein einzelner Beitrag durch irgendeinen Zufall Kultstatus bekommen und eine ökonomische Bedeutung erlangen, die die Vertragsparteien nicht gesehen haben, wäre das ein typischer Anwendungsfall des „Bestsellerparagraphen“ (§ 32a UrhG). Der Kreative ist also nicht schutzlos gestellt.

Es ist darauf hinzuweisen, dass erst 2013 im Rahmen des Neunten Gesetz zur Änderung des Urheberrechts pauschale Verträge bei Kreativen als durchaus normal akzeptiert wurden. § 79a UrhG regelte lediglich eine weitere Vergütung im Rahmen der Schutzfristenverlängerung für den so möglich gewordenen weiteren Zeitraum der Verwertung, der durch die längere Schutzfrist entstand. Die recht junge Ergänzung des UrhG sah vor, dass das Nutzungsrecht beim bisherigen Verwerter verbleibt und zwar für die gesamte dem Kreativen zur Verfügung stehende Schutzdauer. Es ist nichts ersichtlich, warum diese Konzeption nun radikal anders gewertet werden soll.

5. Die halbzwingende Kollektivregelung funktioniert nicht

Der Referentenentwurf will die der Pauschalierung entgegenstehenden Regelungen „halbzwingend“ ausformen, kollektive gemeinsame Vergütungsregeln sollen Pauschalen wiederum ermöglichen. Dieser Weg scheitert aus rechtsdogmatischen Gründen.

Kollektive Vergütungsregelungen sind keine normativ wirkenden Tarifverträge. Sie haben keinen exakt definierten persönlichen, sachlichen, örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich, wie das Tarifverträgen eigen ist – das ist nicht nur in rechtlicher, sondern auch in ganz praktischer Hinsicht ein Nachteil der Vergütungsregeln: Nur im Ausnahmefall wüsste man, für wen und für welche Anwendungsfälle man als Verbandsvertreter verhandeln würde.

Im Tarifvertragsbereich ist die Möglichkeit der vom Gesetz abweichenden Normsetzungen der Tarifvertragsparteien eng begrenzt. Es gilt das „Günstigkeitsprinzip“, wonach individuelle gesetzliche Rechte nicht kassiert werden dürfen, sondern nur günstigere Arbeitnehmerrechte eingeführt werden können, auf die sich der tarifgebundene (aber nur dieser) Arbeitnehmer wie auf ein Gesetz berufen kann. Tarifdispositive gesetzliche Individualrechte von Arbeitnehmern sind selten und nur deshalb möglich, weil eine kollektive, für einen klaren Anwendungsbereich abgegrenzte Norm wie ein Gesetz wirkt. Mit tarifdispositiven Normen hat der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien im eng umgrenzten Bereich die Normsetzungsbefugnis übertragen, wobei an die Normklarheit – auch im Sinne der Klarheit der Normadressaten – unverändert hohe verfassungsrechtliche Anforderungen bestehen.

Dies alles fehlt bei gemeinsamen Vergütungsregeln. Sie dienen nach § 32 Abs. 2 UrhG zur Bestimmung eines nach wie vor individuellen und keinesfalls durch Kollektivnorm begründeten Vergütungsanspruchs. Der Vergütungsanspruch richtet sich auf die „angemessene Vergütung“ und nicht auf sich aus einem Regelwerk normativ ergebende Vergütung. Damit kann im individuellen Vergütungsprozess ein Gericht durchaus den individuellen Anspruch nach freier richterlicher Würdigung auch unter Berücksichtigung von Vergütungsregeln festsetzen. Diese sind Ankerpunkt einer Wertung des Richters im individuellen Fall – nicht mehr.

Umgekehrt kann der Richter im individuellen Prozess aber Ansprüche, die ein Urheber klar auf Basis gesetzlicher Grundlage geltend macht, ihm nicht mit dem Hinweis versagen, in einem solchen oder ähnlich gelagerten Fall schliesse eine Vergütungsregel einer Vereinigung, der der Kläger gar nicht angehört, diese Art von Ansprüchen aus. Damit scheitert die Grundstruktur der „halbzwingenden“ Regelung. Die Er-schwer-nisse im Bereich des individuellen Urhebervertragsrechts, die der Referentenentwurf einführen will, sind aus dogmatischen Gründen „vollzwingend“ und nicht über Vergütungsregeln nach § 36 UrhG abdingbar, denn diesen fehlt der dafür erforderliche normative Anwendungsbefehl.

Es bliebe noch der Weg der einzelvertraglichen Bezugnahme auf eine Vergütungsregel, so dass es sich (indirekt) um einen einzelvertraglichen Verzicht des Kreativen auf die ihm gesetzlich zustehenden Rechte handelt. Das bedeutet aber auch, dass über § 32 Abs. 2 UrhG hinaus die Vergütung nicht bloß nach der Vergütungsregel „ermittelt“ sein muss, vielmehr muss die Vergütungsregel in der der Absprache mit dem Urheber wirksam als AGB einbezogen sein. Das führt in der Praxis des Abschlusses einer Vereinbarung mit einem Kreativen faktisch zu einem Schriftformerfordernis. Für ihn handelt es sich um die Einbeziehung von AGB. Damit ist die AGB-Kontrolle eröffnet. Eine Ausnahme wie in § 310 Abs. 4 S. 1 BGB, wonach die AGB-Kontrolle keine Anwendung auf Tarifverträge findet, ist im Referentenentwurf nicht vorgesehen. Damit unterliegen die gemeinsamen Vergütungsregeln im Anwendungsfall der vollen AGB-Kontrolle, die Rechtssicherheit, die § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG den Verwertern durch die Vergütungsregel eröffnen will, ist nicht mehr gegeben. Denn auch im Arbeitsrecht unter Anwendung des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB ist anerkannt, dass typische Verstöße gegen die AGB-Inhaltskontrolle dann gegeben sind, wenn auf einen orts- oder branchenfremden Tarifvertrag verwiesen wird. Das wiederum wirft die Frage nach dem exakt definierten Geltungsbereich von gemeinsamen Vergütungsregeln auf, die bislang und auch im Referentenentwurf Absichtsvoll nicht klar geregelt ist, um möglichst viele Außenseiter in allgemeine Vergütungsregeln einzubeziehen. Im Rahmen der AGB-Kontrolle würde also darum gestritten, ob vom gesetzlichen Leitbild (individuelle Rechte, Pauschalierungsverbot) im konkreten Fall der AGB-Einbeziehung tatsächlich abgewichen werden konnte.

Die Rechtssicherheit für die Verwerter kann also auch auf diesem recht komplizierten Weg nicht ersatzweise, die fehlende normative Wirkung kompensierend, hergestellt werden.

6. Fehlende Legitimation kollektiver Regelungen durch eine Minderheit

Die unzureichende Ausformung des vorgeschlagenen Konzepts ist Folge der nicht durchdachten Grundlagen. So schreibt die Begründung des Referentenentwurfs selbst, dass die Kreativen nur zu einem ganz geringen Teil kollektiv organisiert sind. Jedenfalls auf Seiten der Kreativen will man damit die Regelungsbefugnis in die Hand einer organisierten Minderheit legen, um dann die Regelung auch auf die Außenseiter anzuwenden. Der Begriff der Außenseiter insinuiert gemeinhin, dass eine geringe Zahl von Abweichlern erfasst werden soll – hier ist es genau umgekehrt: die große Masse der Kreativen soll nach den Erkenntnissen der Begründung des Referentenentwurfs durch die Minderheit in ihren Konditionen festgelegt werden.

Dies hat massive Rechtsfragen aus der Koalitionsfreiheit ebenso zur Folge wie europarechtliche Fragestellungen der Preisabsprachen jenseits des Arbeitsrechts (Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen) mit Selbständigen. Diese Stellungnahme ist nicht der Platz, um diese gravierenden konstruktiven Fragestellung aufzuarbeiten.

Es bleibt beim dogmatischen Grundproblem: Der Referentenentwurf argumentiert bei den Vergütungsregeln, als seien es Tarifverträge, obwohl alle wesentlichen Elemente, die die normative Basis von Tarifverträgen ausmachen, fehlen. Würden den Vergütungsregeln diese Elemente aber gegeben (letztlich: würden urheberrechtliche Tarifverträge weit jenseits der Gruppe der Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen zugelassen), würde der organisierten Minderheit die Normsetzungsbefugnis weit über ihren Organisationsbereich hinaus in die Hand gegeben, was keinerlei demokratische Grundlage hätte. Diese hat nur der Gesetzgeber für ein besonderes Urhebervertragsrecht wie etwa beim VerlG. Die Festsetzung von Vergütungshöhen hätte aber auch der Gesetzgeber nicht.

Die dahinter stehenden und im Verfassungsrecht liegenden Probleme sind entgegen der Begründung des Referentenentwurfs völlig offen. Der Referentenentwurf bezieht sich auf den Beschluss des BVerfG vom 23. Oktober 2013 (1 BvR 1842/11 und 1 BvR 1843/11) zu § 32 UrhG. Dort wurde das Konzept der angemessenen Vergütung – also des individuellen und nicht des kollektiven Anspruchs – überprüft und nach langer Abwägung als Eingriff in die Vertragsfreiheit deshalb hingenommen, weil jeder Verwerter für jede einzelne individuelle einzelne Absprache auch im gerichtlichen Verfahren geltend machen kann (Rz. 91), warum dieser Fall sich von anderen unterscheidet und deshalb die individuell vereinbarte Vergütung noch angemessen ist. Die weitere Kollektivierung, die der Referentenentwurf in unvollkommener Weise versucht, wirkt genau hier über die Erwägungen des BVerfG hinaus.

7. Situation der Arbeitnehmerurheber ist nicht berücksichtigt

Es fehlt völlig an einem Mechanismus, die Erschwernisse des individuellen Urhebervertragsrechts für Arbeitnehmer-Urheber (§ 43 UrhG) anzupassen. Dies wird deutlich, indem die neu einzuführenden Erschwernisse der individuellen Rechtsgestaltung auch für Arbeitnehmer gelten sollen, zugleich aber ein Abweichen hiervon nur auf Basis der Vergütungsregeln nach § 36 UrhG möglich sein soll, noch nicht einmal durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag, obwohl jener nach § 36 Abs. 2 S. 3 UrhG der Vergütungsregel vorgeht. Das vorgeschlagene Konzept ist an dieser Stelle in sich nicht schlüssig.

8. Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft

§ 32d UrhG-RefE gehört zum „halbzwingenden“ Instrumentarium, das individuelle Urhebervertragsrecht mühsam und unattraktiv machen soll. Die Vorschrift ist verfehlt.

Dort, wo für den Kreativen zur Durchsetzung seiner Rechte erforderlich, hat die Rechtsprechung im Vertragsverhältnis (nicht nur im Bereich des Urheberrechts) auf sicherer Grundlage Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche ausgeurteilt. Entsprechende Auskünfte gibt es umfassend auch im Fall der Rechtsverletzung (§ 97 UrhG). Der vorliegende Anspruch wird mit urheberpersönlichkeitsrechtlichen Argumenten unterfüttert. Der Kreative soll sich also einmal im Jahr erkundigen können, was mit seinen Beiträgen passierte. Für eine Rechenschaft ist das eine offenkundig nicht passende Begründung.

Der Auskunftsanspruch richtet sich gegen jeden Werknutzer, nicht nur gegen den unmittelbaren Vertragspartner des Urhebers. Jeder Nutzer in der Lizenzkette ist passivlegitimiert. Die Grenze des Anspruches dürfte lediglich beim Rechtsmissbrauch liegen. Oben (Nr. 1 am Ende) wurde der Urheber von Werbespots erwähnt, der sich auf diese Norm gegenüber dem Sendeunternehmen berufen könnte. Das Beispiel ist deshalb gewählt, weil in der Binnenverteilung der Urhebervergütungen die Werbeurheber oft einwenden, sie kämen zu kurz. Das Beispiel ist also nicht akademisch, sondern praxisrelevant. Diese Bestimmung – auch in Verbindung mit dem neu vorgeschlagenen § 32 Abs. 2 S. 3 UrhG-RefE – wird dazu führen, dass das Problem der Binnenverteilung der Urheber untereinander im Rahmen des Urhebervertragsrechts bei den Sendeunternehmen abgeladen wird. Dabei ist den Sendeunternehmen als denjenigen, die einen Werbespot ausspielen (und im Sinne der Verantwortlichkeit insoweit dessen Senderecht nutzen) die vertragliche Absprache der Beteiligten in der Lizenzkette des Werbungtreibenden, der Agentur und des Produzenten völlig unbekannt. Ob beispielsweise im lokalen Bereich das Autohaus für den Tag der offenen Tür einen Spot beibringt, bei dem der Kreative der beauftragten Werbeagentur mit oder ohne Pauschale mit oder ohne Vergütungsregel vergütet wurde, entzieht sich der Kenntnis des Sendeunternehmens und eine „Rechenschaft“ für die Nutzung der Sparte könnte das Sendeunternehmen unter keinem Gesichtspunkt ablegen.

Erst recht versagt der Auskunftsanspruch, wenn es sich bei einem Beitrag (Text oder Audio) auf der Website um Onlinewerbung über Adserver in dem oben (Nr. 2 am Ende) beschriebenen Sinn handelt. Ob jemals der nachgefragte Spot im Zusammenhang mit beispielsweise dem Zugriff auf ein lineares Radioprogramm über das Internet als Preroll gelaufen ist, entzieht sich der Kenntnis des Sendeunternehmens. Dies ist erst recht in jenen Fällen so, in denen das Sendeunternehmen das Signal für das Peering in das Internet einem Dienstleister übergibt und dem das Recht einräumt, selbst Preroll-Werbung zur Finanzierung der eigenen technischen Dienstleistung voran zu stellen.

Nebenbei ist vom Wortlaut her der Auskunftsanspruch selbst dann in der Lizenzkette anwendbar, wenn der Kreative seine Rechte über eine Verwertungsgesellschaft wahrnimmt und diese nach dem parallel beratenden § 41 VGG-RegE einen Auskunftsanspruch hat. Der individuelle Auskunftsanspruch des § 32d UrhG-RefE wird hier entgegen seinem Sinn zum Kontrollinstrument des Kreativen gegenüber der Verwertungsgesellschaft.

Die Regelung ist in keiner Hinsicht ausgewogen.

9. Bürokratie macht materielles Recht nicht besser

Zu Unrecht geht die Begründung des Referentenentwurfs davon aus, dass die geforderten Auskünfte mit Leichtigkeit möglich sein sollen. Schon die Tiefe des Anspruchs auf Rechnungslegung dürfte sich aber aus § 259 BGB ergeben, die Rechtsprechung geht auf dieser Basis im vertraglichen und deliktischen Bereich sehr weit.

Die APR hat mit GEMA und GVL für den dort kollektiv geregelten Bereich der Umsetzung in der Sendung Prozedere und Schnittstellen für Auskünfte vereinbart (und diskutiert gegenwärtig über eine Modernisierung). Von daher ist der zu betreibende enorme Aufwand in diesem relativ überschaubaren und gleichförmigen Anwendungsfall bekannt. Es geht um die Belieferung der Meta-Daten bei der Bemusterung der Radiostationen mit den Audiodateien sowie das nachträgliche Update von unter Umständen geänderten oder korrigierten Meta-Daten (Standardbeispiel: Wechsel des Repertoires von einem Label zum anderen).

Diese Daten sind wiederum mit im Kern einheitlichen Datenfeldern beim Sendeunternehmen vorzuhalten und mit den Daten über das Ausspielen eines einzelnen Musiktittels (Sendedatum, Uhrzeit, sekundengenaue Länge) zu verknüpfen. Die Übergabe an die Verwertungsgesellschaften ist über eine Schnittstelle normiert, die wiederum die Softwareentwickler der Standardsoftwarepakete für die Studios zu berücksichtigen haben.

Implementiert ist ein Korrektursystem (gerade hier laufen aktuell weitergehende Verhandlungen der Gesamtvertragsparteien unter zukünftigem Einbezug der Tonträgerhersteller und der Anbieter von Studio-Software).

Parallel werden für die Rechnungslegung von Vermarktern, zwischen Vermarktern und Sendeunternehmen Umsatzdaten in die Online-Plattform LIRA eingegeben, die von GEMA, GVL, APR und VPRT für den Hörfunk in Umsetzung der vertraglichen Vergütungsabreden konzipiert, realisiert und ausgetestet wurde. Alle Einzelumsätze werden wie eingangs erwähnt, mit Testaten gegenüber den Verwertungsgesellschaften nachgewiesen. Die Verwertungsgesellschaften verknüpfen diese Daten mit dem Bestand Ihres Repertoires und diesen wiederum mit jeweils den Rechteinhabern.

Nur so ist gewährleistet, dass Belieferung mit Repertoire, dessen Nutzung, die Abrechnung der dafür vereinbarten Vergütung, die Rechnungslegung und die Ausschüttung an einzelne Rechteinhaber funktioniert.

Diese Verknüpfung unterschiedlicher Bereiche (Personendaten, Repertoire Datenbank mit der Verknüpfung zu den Personen, Nutzungsdaten mit der Verknüpfung zum Repertoire, Umsätze verknüpft zur Repertoirenutzung) müsste jeder auch noch so kleine Werknutzer für sein gesamtes Handeln vorhalten. Dies wird ihm im wesentlichen Bereich nicht gelingen wie das Beispiel der Werbeeinspielungen über Adserver zeigt.

Der Regelungsvorschlag führt also zu Aufwand und Bürokratie in die Verwaltung von Rechten, ohne damit in vielen Fällen die gewollte Rechnungslegung – die im Ansatz ohnehin nicht notwendig ist – zu ermöglichen. Dies kann zu einer Vielzahl von gerichtlichen Verfahren führen, die sich dann auf der Ebene der Zwangsvollstreckung aus Auskunftstiteln beziehungsweise in ungeklärten Schadensersatzfragen, wenn die Auskunft nicht gegeben werden kann, fortsetzen werden.

10. Rückrufrecht zum Zweck der Verwertung durch Konkurrenten

§ 40a UrhG-RefE will ein Rückrufrecht wegen einer anderweitigen Nutzung nach Ablauf von fünf Jahren (beginnend ab Rechteeinräumung an den Verwerter) normieren. An der Stelle geht der Vorschlag weit über den „Professorenentwurf“ vom 22. Mai 2000 hinaus, der in § 32 Abs. 3 ProfE einen Zeitraum von 30 Jahren vorgesehen hatte – dem wurde seinerzeit zu Recht nicht gefolgt. Auch die Schutzfristenverlängerung durch das Neunte Gesetz zur Änderung des Urheberrechts vom 2. Juli 2013 ist erst vor kurzem den umgekehrten Weg gegangen und hat die Schutzfristen im Bereich der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller deutlich verlängert, wobei Nutzungsrechte nach Ablauf von sogar 50 Jahren erstmals gekündigt werden können und das auch nur dann, wenn die Nutzungshandlung nach Ablauf einer Frist von einem Jahr nach Aufforderung durch den Kreativen nicht (weiter) erfolgt – dem Kreativen bleibt der Anspruch auf angemessene Vergütung. Der Referentenentwurf setzt sich in Widerspruch zu dieser rechtlichen Regelung, ohne dass dafür ein Anlass besteht.

Für den großen Bereich der tagesaktuellen Beiträge ist die neu vorgeschlagene Regelung zwar irrelevant. Aber ausgerechnet dort, wo ein Sendeunternehmen im Wettbewerb zu anderen Online-Anbietern neues Terrain als Geschäftsmodell betreten will, ist die Vorschrift eine Hürde.

Schon beim Archiv etwa von Videobeiträgen lokaler elektronischer Medien wirkt sich die Regelung negativ aus. So kann ein Lokalradio oder ein örtlicher TV-Anbieter ähnlich wie eine Tageszeitung darum bemüht sein, für das eigene Einzugsgebiet ein Online-Archiv aufzubauen, eine durchaus im Hinblick auf die Meinungsvielfalt und die öffentliche Aufgabe sinnvolle Geschäftsidee (BGH, Urteil vom 13. November 2012, Rz. 18). In dieses Archiv wird investiert werden, sowohl technisch, organisatorisch als auch durch Werbemaßnahmen. Das Archiv selbst wird nach der Ökonomie des Internets wenig Ertrag bringen, aber dem Absender mit seinem aktuellen Medienprodukt den Ruf sichern, sich nachhaltig in der Region zu engagieren. Für lokale und regionale Medien ist das, wie eingangs gezeigt, die Basis der Differenzierung gegenüber Dritten.

Würde nun im Online-Wettbewerb in einer entsprechenden Region, die zum Beispiel für einzeladressierte Werbung besonders interessant ist, der Betreiber eines Portals mit internationalen Geldgebern einen Ankerpunkt vor Ort suchen, machte er den Kreativen für jedenfalls die besseren Beiträge in dem Archiv ein tolles Angebot, wie das in den Sphären des Risikokapitals möglich ist, bei dem mittelständische Anbieter nicht mithalten können. Dann wäre die Investition des vor Ort tätigen Unternehmens in dieses Geschäftsmodell entwertet. Auch hier hat das Urheberrecht eine steuernde Funktion auf die Medienvielfalt, die in dem Vorschlag nicht berücksichtigt ist.

Es sind aber auch andere Angebote von Sendeunternehmen denkbar. So werden beispielsweise unterhaltende Elemente wie Comedy bundesweit vermarktet. Erstaunlich genug, funktioniert eine schwäbische Comedy-Figur mit entsprechender Ankündigung auch in einem Berliner Radiosender. Würde in diesem Beispiel ein lokales oder regionales Sendeunternehmen in eine derartige Figur investieren, sie aufbauen und in Werbung dafür investieren, um langfristig ein Geschäft zu betreiben, würde die vorgeschlagene Regelung die Investitionssicherheit zerstören. Der Konkurrent könnte – in dem Beispiel für einen gänzlich anderen und möglicherweise deutlich attraktiveren Markt – ein Angebot machen, das noch nicht einmal die Investitionskosten berücksichtigt, weshalb das Vorkaufsrecht dem ersten Verwerter nichts nützt. Ihm wird die Investition entzogen, die ein Dritter weiter nutzen darf, ohne bei der zukünftigen Verwertung die in diesem Wirtschaftsgut liegenden Investitionsanteile erstatten zu müssen.

Auch an dieser Stelle geht der Referentenentwurf von unzureichenden Tatsachen aus. Das genannte Beispiel zeigt, dass hier der Erfolg einer derartigen Figur nicht nur im geistigen Eigentum und der darbieterischen Leistung des Kreativen liegt, sondern erst durch Markenbildung, Produktionsqualität und Vertriebs-erfolg des VerwerTERS aufgebaut wird. Der Erfolg liegt in einem Bündel von Leistungen, wo der Referentenentwurf so tut, als ging es nur um ein Element, nämlich jenes des Kreativen. Die vorgeschlagene Regelung ist weit entfernt von einem abgewogenen Ausgleich der Interessen aller Beteiligten.

11. Unstimmige Ausgestaltung des Verbandsklagerechts

Nach wettbewerblichem Vorbild führt § 36b UrhG-RefE ein Verbandsklagerecht ein. Das ist der Versuch, auf prozessualen Weg den Vergütungsregeln eine normative faktische Wirkung zu geben, die ihnen von der dogmatischen Grundlage gerade nicht zukommt (oben Nr. 5).

Anspruchsvoraussetzung ist, dass der Unterlassungsschuldner „in einem Vertrag mit einem Urheber eine Bestimmung verwendet, die zum Nachteil des Urhebers von gemeinsamen Vergütungsregeln abweicht“.

Das materielle Recht ordnet aber nirgendwo an, dass ein Urheber einen Anspruch hat, dass ihm gegenüber eine gemeinsame Vergütungsregel zwingend genau so anzuwenden ist, wie sie irgendwo formuliert ist. Auf die fehlende normative Basis ist oben hingewiesen. § 32 UrhG gewährt einen Anspruch auf angemessene Vergütung und gibt den Verwertern eine Rechtssicherheit, wenn diese individuelle Vergütung auf Basis einer Vergütungsregel ermittelt wird (§ 32 Abs. 2 S. 1 UrhG). Eine Verpflichtung zur Verwendung ist das nicht. Damit steht § 36b UrhG-RefE im Gegensatz zu § 32 UrhG.

Das kollektive Klagerecht geht über das individuelle materielle Recht hinaus.

Nach der Konstruktion des § 32 UrhG wäre die Anspruchsvoraussetzung für einen Unterlassungsanspruch in einem neuen § 36 UrhG-RefE im Einklang mit dem materiellen Recht des § 32 UrhG etwa: „Wer in einem Vertrag mit einem Urheber eine unangemessen niedrige Vergütung vereinbart, die von einer gemeinsamen Vergütungsregel abweicht, obwohl sich der Verwerter im Einzelfall nicht auf tatsächliche oder rechtliche Gründe für die Abweichung berufen kann, ...“.

Diese einzelfallbezogene rechtliche Justierung würde dem wettbewerbsrechtlichen Vorbild entsprechen, heißt es in der Begründung des Referentenentwurfs. Selbstverständlich gibt es im Wettbewerbsrecht auch Konstellationen, dass ein Wettbewerber sich Vorteile durch Rechtsbruch, also das Abweichen von bindender Norm verschafft und der Unterlassungsanspruch sich hierauf stützt. Nur gelten die Vergütungsregeln gerade nicht als normativ bindend. Es bleibt vielmehr beim Einzelfallbezug des individualrechtlichen Ausgangspunktes der angemessenen Vergütung nach § 32 UrhG. Hierfür ist dem Verwerter nach der Abwägung des BVerfG zwingend offen zu halten, dass der Verwerter einzelfallbezogene Aspekte im gerichtlichen Verfahren vortragen kann (vergl. oben Nr. 6). Soweit § 36b UrhG-RefE eine Art „Tarifbindung“ des Werknutzers zur weiteren Voraussetzung der Verbandsklage macht, zeigt sich im Detail, wie unvollkommen das Konstrukt ist: Die Vereinigungen von Urhebern oder Werknutzern als Vertragspartner sollen den Unterlassungsanspruch nicht nur in Bezug auf eigene Mitglieder durchsetzen (entsprechend dem tarifvertraglichen Vorbild), sondern gegenüber Jedermann und wie aufgezeigt ohne Berücksichtigung individueller Umstände. Das zeigt am deutlichsten das Auseinanderfallen von materieller Rechtslage und prozessrechtlicher Neuregelung.

12. Verfehlte Anwendung der Regelung auf Arbeitnehmer

Regelungsvorbild für ein verschärftes Urhebervertragsrecht sind freiberufliche Kreative. Gleichwohl sollen die Regelungen auch für Arbeitnehmer gelten, die kreative Leistungen in einem Arbeitsverhältnis erbringen. § 43 UrhG bedarf indes der Anpassung, wenn man Regelungen einführen will, die dem Entwurf entsprechen. So ist beispielsweise das Rückrufrecht nach fünf Jahren im Arbeitsverhältnis völlig deplatziert. Ein Arbeitnehmer kann schlecht seine bisherigen Arbeitsergebnisse bei seinem Arbeitgeber herausnehmen und an einen Konkurrenten verkaufen, gleichwohl im Arbeitsverhältnis bleiben. Dies ist ein besonders deutliches Beispiel, das die fehlende Abstimmung der Neuregelung des Urhebervertragsrechts mit bestehenden Regelungen im Arbeitsverhältnis aufzeigt. Angesichts zunehmender Komplexität des Urhebervertragsrechts, die der vorgelegte Entwurf bezweckt, ist es für alle Beteiligten wenig hilfreich, auf den zukünftigen Umgang der Rechtsprechung mit den Neuregelungen zu warten. Der Gesetzgeber hat den notwendigen Ausgleich selbst zu schaffen, um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht zu werden.

Die Ausgangssituation beim Arbeitnehmer ist in Bezug auf seine Pflichtwerke eine völlig andere, als der Gesetzesentwurf dies für freie Urheber feststellt. Der Arbeitnehmerurheber ist in seiner Eigenschaft als

Arbeitnehmer sozial geschützt, das Arbeitsrecht stellt für jeden Arbeitnehmer sicher, dass ihm gegenüber nicht einseitig Konditionen festgesetzt werden. Der Zweck der Verschärfung des Urhebervertragsrechts wird hier auf andere Weise bereits erreicht. Spiegelbildlich steht die soziale Absicherung bei der Vergütung im Vordergrund. Die ausschließliche und pauschale ökonomische Zuweisung der Arbeitsergebnisse an den Arbeitgeber ist die logische Folge dessen.

Die vorgesehenen Pläne greifen hier ein und übersehen die völlig andersartige soziale und ökonomische Absicherung des angestellten Kreativen für den der Arbeitgeber nicht nur das Vermarktungsrisiko übernimmt, sondern auch das Risiko, dass innerhalb der Arbeitszeit der zündende Einfall für das nächste Werk nicht überspringt.

Der Gesetzgeber hat klarzustellen, dass Verschärfungen des individuellen Urhebervertragsrecht im Arbeitsverhältnis nicht gelten. Auch ist klarzustellen, dass für Pflichtexemplare von Arbeitnehmern gemeinsame Vergütungsregeln nicht gelten, denn das würde dem Vorrang des Tarifrechts widersprechen – auch in seiner negativen Dimension.

13. Zusammenfassung

Der vorliegende Referentenentwurf ist nicht geeignet, das Verhältnis von Kreativen und Verwertern sinnvoll auszugestalten. Der Ansatz, durch hohe Bürokratie im individuellen Bereich, die Verwerter zur Kollektivregel zu zwingen, geht schon vom Ansatz her fehl. Die dogmatische Ausgangslage führt dazu, dass zwar am Ende die Bürokratie bleibt, sonst aber keine Verbesserung für die Praxis. Das Verhältnis der Verwerter zum Verbraucher ist ausgeblendet, was auch eine Domäne des Urhebervertragsrechts ist. Dieser Bereich wäre für den wirtschaftlichen Erfolg und damit für die Kreativen von höherem Nutzen.

In dem zuletzt genannten Sinn verschließt sich die APR nicht einer Diskussion des sinnvollen Ausgleichs zwischen Kreativen, Verwertern, Intermediären/Plattformen und Nutzern. Der vorliegende Entwurf wird der Komplexität der wechselseitigen Bezüge dieser Gruppierungen schon im materiellen Recht, das dem Abschluss von Verträgen zwischen den Beteiligten zu Grunde liegt, leider nicht gerecht. Bei unveränderter materieller Basis bedarf es differenzierterer Regelungen.

gez.: RA Prof. Dr. Stephan Ory