

PRODUZENTENALLIANZ · Kronenstraße 3 · 10117 Berlin

An das Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Referat für Urheber- und Verlagsrecht
10117 Berlin

Referat-III B3@bmjv.bund.de

Prof. Dr. Mathias Schwarz
Direktor für Internationales,
Service & Recht II
Leiter Sektionen Kino und Animation

c/o SKW Schwarz Rechtsanwälte
Wittelsbacherplatz 1
80333 München

Tel: +49 (0)89 286 40 129

Fax: +49 (0)89 280 94 32

mathias.schwarz@produzentenallianz.de

Stellungnahme der Produzentenallianz zum Referentenentwurf des BMJV für eine verbesserte Durchsetzung des Anspruchs auf angemessene Vergütung

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Möglichkeit, für die in der Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V. (nachstehend die „Produzentenallianz“) vertretenen Produktionsunternehmen zum Referentenentwurf des BMJV eines „Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung“ (nachstehend „Ref-E“) Stellung nehmen zu können.

Die Produzentenallianz ist die führende Interessenvertretung der audiovisuellen Produktionsunternehmen in Deutschland und vertritt über 230 Unternehmen aus den Bereichen Kinofilm, TV-Produktion, Entertainment-Produktion, Dokumentation und Werbung.

1. Allgemeine Vorbemerkungen

1.1 Der Koalitionsvertrag

Nach dem Koalitionsvertrag sollte das Urhebervertragsrecht des Jahres 2002 unter prozeduralen Aspekten auf einen etwaigen Änderungsbedarf untersucht werden. So heißt es im Koalitionsvertrag:

„Um die Position des Urhebers zu verbessern und Kreativen eine angemessene Vergütung zu ermöglichen, bedarf es einer Überarbeitung des Urhebervertragsrechts. Dabei müssen wir feststellen, ob Verhandlungs- bzw. Konfliktlösungsmechanismen effizient genug ausgestattet sind und ob das das Verfahren insgesamt beschleunigt werden muss sowie die Verbindlichkeit des Schlichtungsverfahrens zu verbessern ist.“

Vom diesem Auftrag entfernt sich der Referentenentwurf jedoch meilenweit, in dem er sich nicht auf eine Überprüfung der Verfahrensregeln beschränkt, sondern gravierende materielle Änderungen beinhaltet (z.B. zwingende Beteiligungvergütung für jede Nutzungshandlung; anlassloser, jährlich geltend zu machender Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch; Rückrufsrecht wegen anderweitiger Nutzungsmöglichkeit; erleichterter Rückruf wegen Nichtausübung; frühzeitige Möglichkeit zur erneuten Vergabe der Verfilmungsrechte). Zwar meint der Entwurf, diesen vielfältigen materiellen Verschärfungen, die weit über das Anliegen einer Sicherung der Bezahlung einer angemessenen Vergütung hinausgehen, die Schärfe nehmen zu können, in dem er für nur „halbzwingend“ erklärt, da sie durch gemeinsame Vergütungsregeln und Tarifverträge abgedungen werden könnten. Eine Garantie dafür, dass

Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V.

Kronenstraße 3, 10117 Berlin
Briener Straße 26, 80333 München

info@produzentenallianz.de
www.produzentenallianz.de

Vorsitzender des Gesamtvorstands:

Alexander Thies

Stellvertretende Vorsitzende:

Uli Aselmann, Dagmar Biller, Jan Bonath,
Georg Hirschberg, Martin Wolff

Vorsitzender der Geschäftsführung:

Dr. Christoph E. Palmer

Bankverbindung:

Donner & Reuschel AG
IBAN: DE 52 2003 0300 0118 2432 00
BIC: CHDBDEHHXXX

Steuer-Nummer: 127/620/58820

Amtsgericht Charlottenburg
VR 27800 B

das gelingt und nicht aus von Seiten der Vertragspartner der Urheber und ausübenden Künstlern nicht zu verantwortenden Gründen scheitert, übernimmt der Entwurf aber nicht. Nein, er setzt sich mit dieser Gefahr nicht einmal auseinander, sondern deutet an, dass die Urheberseite sich einen Verzicht auf diese dispositiven Regelungen schon abkaufen lassen werden. Damit dienen sie aber nicht mehr der Sicherung der Bezahlung einer angemessenen Vergütung, sondern stellen ein Instrument dar, um die Vertragspartner der Urheber und die sonstigen Werkvermittler unter Druck setzen zu können, über eine „angemessene“ Vergütung hinausgehenden Zahlungen zuzustimmen.

1.2 Ungeprüfte tatsächliche Grundlagen des angeblichen Reformbedarfs

Der Referentenentwurf konstatiert in seiner Begründung zunächst überzeugend, dass das Urhebervertragsrecht nicht dafür sorgen kann, eine Alimentierung und soziale Absicherung der Künstler und Kreativen zu gewährleisten. Die soziale Lage der Künstler und Kreativen ist in vielen Bereichen in der Tat schwierig und oftmals sogar prekär. Allerdings analysiert der Referentenentwurf die Gründe hierfür nicht. Würde er dies tun, so müsste er etwa für den Bereich der Filmwirtschaft feststellen, dass die vielfach schwierige wirtschaftliche Lage der dort tätigen Kreativen darauf zurückzuführen ist, dass die Aufträge der Sender zurückgehen, die Produktionsbudgets seit Jahren eingefroren sind, Produktionen mit weniger Drehtagen realisiert werden müssen und gleichzeitig jedes Jahr eine große Zahl neu (und kostenintensiv) geschulter junger Regisseure, Kameramänner und –frauen, Drehbuchautoren, Schauspieler, etc. in den Markt drängen. Einen Nachweis, dass deren zum Teil schwierige finanziellen Verhältnisse darauf zurückzuführen sind, dass sie für ihre Leistungen nicht angemessen vergütet würden und sie mit ihren Vertragspartnern teilweise Buy-Outs vereinbaren, bleibt der Entwurf hingegen schuldig. Und selbst wenn einzelne der Kreativen aufgrund der Novelle künftig höhere Vergütungen erhalten sollten, so würde dies an der sozialen Lage der Gesamtheit der Kreativen nichts ändern. Vielmehr würden die Unterschiede zwischen den relativ wenigen viel beschäftigten Gutverdienern und der großen Zahl der nicht ständig Beschäftigten eher noch größer werden.

Dennoch begründet der Entwurf wenige Seiten später die Notwendigkeit der Novellierung mit statistischen Zahlen zum Durchschnittseinkommen der Künstler und Künstlerinnen und widerspricht damit seiner eingangs der Begründung aufgestellten und durchaus zutreffenden Einschätzung, dass das Urhebervertragsrecht eine Alimentierung der Künstler und Kreativen nicht sicherstellen könne.

Die von dem Entwurf behauptete angeblich weitverbreitete Bezahlung unangemessener Vergütungen wird von dem Entwurf statuiert, ohne sie jedoch in irgendeiner Weise zu belegen oder auch nur für belegbar zu erachten. Demgegenüber hätte eine nähere Analyse der bisher zu §§ 32 und 32a UrhG ergangenen Urteile hier nach Überzeugung der Produzentenallianz z.B. ergeben, dass diese Urteile, soweit sie Ansprüche der Urheber bestätigten, zumeist zu vor 2002 geschlossenen Verträgen ergingen und im Vordergrund der Fairnessausgleich und nicht angeblich unangemessene Vergütungen standen.

Demgemäß stellt sich auch der weitere Ausgangspunkt des Entwurfs, dass das Urhebervertragsrecht des Jahres 2002 weitgehend wirkungslos geblieben sei, als ungeprüfte Behauptung dar. Nach vielfachen Aussagen der Produzenten, Verleger und sonstigen Werkvermittler sind seit der Urhebervertragsrechtsnovelle in den letzten 15 Jahren die Honoraranteile an den Herstellungskosten der jeweiligen Werke (Bücher, filme, etc.) relativ gestiegen. Auch von den Gerichten wurden die Ansprüche der Urheber und ausübenden Künstler gem. §§ 32 und 32a UrhG immer wieder bestätigt.

Vor allem aber ist der dem Entwurf zugrundeliegenden Behauptung zu widersprechen, das Instrument der gemeinsamen Vergütungsregeln in seiner Ausgestaltung durch das Urhebervertragsrecht hätte sich als weitgehend wirkungslos, zu schwerfällig oder als nicht durchsetzungsstark erwiesen.

Das Gegenteil ist der Fall. Zwar mag es richtig sein, dass es einige Jahre gedauert hat, bis angemessene Vergütungen in Tarifverträge und Gemeinsame Vergütungsregeln Eingang gefunden haben. Das lag aber z.B. in der Film-

wirtschaft nicht daran, dass die Produzenten unwillig gewesen wären, entsprechende Vereinbarungen zu treffen. Grund hierfür war vielmehr, dass die gesetzliche Regelung des Jahres 2002 eine Vielzahl von Fragen offen gelassen hatte, die zunächst in Gerichtsverfahren geklärt oder zumindest eingegrenzt werden mussten. In der Zwischenzeit ist es jedoch gelungen, eine Vielzahl entsprechender Regelungen zu treffen, die sich u.a. in folgenden Vereinbarungen finden:

- Ergänzungstarifvertrag zwischen der Produzentenallianz und ver.di und dem BFFS (Verband der Film- und Fernsehschauspieler) über eine Erlösbeteiligung bei Kinofilmen
- Vergütungs-Tarifvertrag für Schauspielerinnen und Schauspieler zwischen der Produzentenallianz und dem BFFS
- Vergütungsvereinbarung zwischen dem VDD (Verband der Drehbuchautoren), dem ZDF und der Produzentenallianz
- Gemeinsame Vergütungsregel für Kinofilme zwischen dem BVK (Kameraverband) und der Constantin Film Produktion GmbH
- Drei gemeinsame Vergütungsregeln zwischen der Pro7Sat.1 Media AG und dem BVR (Regieverband), dem VDD und dem BFFS
- Gemeinsame Vergütungsregel (und voraussichtlich Tarifvertrag) zwischen der Produzentenallianz und dem BVR zu Kinofilmen
- Gemeinsame Vergütungsregel zwischen BVR, ZDF und Produzentenallianz über Regievergütungen bei TV-Produktionen

Diese Listung ließe sich fortsetzen und auch für andere Medienbranchen aufstellen. Der Entwurf erwähnt hingegen nur einige wenige dieser Vereinbarungen. Die in diesen Vereinbarungen auf der Grundlage des geltenden Rechts im Konsens getroffenen Regelungen, die ihm ein Beleg hätten sein können, dass das geltende Gesetz durchaus funktionsfähig ist, lässt der Referentenentwurf jedoch völlig außer Acht.

Es soll nicht verschwiegen werden, dass es auch Fälle gibt, in denen es nicht gelungen ist, sich auf gemeinsame Vergütungsregeln zu verständigen. Bevor man deshalb jedoch den Ruf nach einer Verschärfung des Urhebervertragsrechts erhebt, hätte es einer Analyse der Gründe bedurft, die hierfür maßgeblich gewesen sein könnten. Solange nicht ausgeschlossen ist, dass hierfür unvernünftig hohe oder vom Gesetz nicht gedeckte Forderungen der Urheber bzw. korrekter gesagt ihrer Verbandsvertreter Ursache gewesen sein könnten, ist ein Bedarf für eine Neuregelung nicht glaubhaft dargelegt.

1.3 Der die deutsche Wettbewerbsfähigkeit gefährdende Ansatz eines „burdensome approach“

Der Entwurf will die Vertragsgegenseite der Urheber und ausübenden Künstler zum Abschluss von gemeinsamen Vergütungsregeln motivieren, in dem er die gesamten Urheberindustrien mit der Last („burden“) von teilweise zwingenden Regeln belegt, die nur in einer gemeinsamen Vergütungsregel oder in einem Tarifvertrag abbedungen oder modifiziert werden können. Dies gilt u.a. für den anlasslosen, jährlich geltend zu machenden Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft, das Rückrufsrecht wegen anderweitiger Nutzungsmöglichkeit, die Verlängerung der Frist zur Ausübung des Rückrufs wegen Nichtausübung auf bis zu fünf Jahre und eine Verlängerung der Rechtesperre zur Vergabe von erneuten Verfilmungsrechten, §§ 32d, S. 2, 40a Abs. 6, 41 Abs. 4, 88 Abs. 2, S. 2 Ref-E, und vermutlich auch für die Verpflichtung, jede einzelne Nutzung desselben Werkes jeweils gesondert zu vergüten, § 32 Abs. 2, S. 3 Ref-E.

Gegen einen solchen „burdensome approach“ spricht jedoch zunächst, dass es sich gerade bei den Urheberindustrien um Innovationstreiber handelt, die es generell zu fördern und nicht zu behindern gilt. Viele Initiativen in Deutschland sind darauf angelegt, diese innovativen Industrien, die in unserem rohstoffarmen Land wesentliche Stütze eines zukünftigen Wirtschaftswachstums sein können und müssen, in Deutschland zu halten oder gar im internationalen Wettbewerb nach Deutschland zu holen. Demgegenüber muss ein gesetzgeberischer Ansatz wie ihn der Referentenentwurf beinhaltet, der erhebliche Zusatzlasten (jährlicher anlassloser Auskunftsanspruch), erhebliche Rechtsunsicherheit (wesentlich erweiterte Rückrufsrechte) und bestimmte Vergütungsmodelle (Beteiligung an jeder Art der Verwertung) vorschreibt, als Rückschritt angesehen werden, der Einbindung auch der deutschen Urheberindustrien in einen weltweiten Wettbewerb negieren zu können meint. Damit steht der Referentenentwurf auch im klaren Widerspruch zur Strategie der EU Kommission für einen Digital Single Market, die insbesondere hohe Transaktionskosten als ein Hindernis auf dem Weg zu einem einheitlichen digitalen Binnenmarkt identifiziert hat. Während die EU Kommission hierzu beabsichtigt, die Lizenzierungspraxis zu vereinfachen, vervielfachte der Referentenentwurf mit seiner Forderung nach einer gesonderten Vergütung für jede Art der Nutzung und seinem anlasslos gewährten Auskunft- und Rechnungslegungsanspruch gegen jeden Werknutzer die Transaktionskosten und wirkte damit – würde er Gesetz – den Zielen der EU Kommission diametral entgegen.

Es kommt hinzu, dass durch die dispositive Gestaltung der Regelungen deutlich wird, dass die bewusst als Last konzipierten Regelungen von den Verfassern des Entwurfs in Wahrheit als nicht zwingend erforderlich angesehen werden, um eine angemessene Vergütung der Urheber und ausübenden Künstler abzusichern, was aber verfassungsrechtlich erforderlich wäre, um den mit diesen halbzwingenden Regelungen verbundenen, weit über die Regelungen des Urhebervertragsrechts des Jahres 2002 hinausgehenden Eingriff in die Vertragsfreiheit zu rechtfertigen.

Noch problematischer ist, dass der Entwurf für die Vertragsgegenseite der Urheber und ausübenden Künstler und sonstige Werkvermittler keinerlei Ausweg bereithält, wenn Verhandlungen zum Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln z.B. deshalb scheitern, weil Urheberverbände unvertretbar hohe Forderungen stellen oder auf die zusätzlichen Rechte, die der Entwurf ihnen einräumen würde, nicht verzichten wollen oder wegen uneinsichtiger Mehrheiten in den jeweiligen Verbänden nicht verzichten können.

Diese der Absicht der Entwurfsverfasser zuwiderlaufende, gleichwohl wahrscheinliche Folge der Novelle wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass der Entwurf die Möglichkeit anbietet, verschiedene der Verschärfungen der Novelle (gesonderte Vergütung mehrfacher Nutzungen, § 32 Abs. 2 S. 3 Ref-E, Umfang der Auskunftsansprüche, § 32d Ref-E, Rückrufsrecht wegen anderweitiger Nutzung, § 40a Ref-E, Vorkaufsrecht, § 40b Ref-E, Frist für Vergabe des Wiederverfilmungsrechts, § 88 Abs. 2 S. 2 Ref-E) in einer gemeinsamen Vergütungsregel abzumildern oder gar rückgängig zu machen. Zum einen erscheint es überoptimistisch, zu erwarten, dass ein entsprechender Verzicht etwa auf das Bürokratiemonstrum jährlicher Abrechnungen tatsächlich die Mehrheit in den entsprechenden Entscheidungsgremien der Berufsverbände finden wird. Denn welcher Verband von Kreativen wird für seine Mitglieder denn schon auf ein frühzeitig ausübbares gesetzliches Rückrufsrecht oder einen anlasslosen Auskunftsanspruch verzichten wollen. Zum anderen aber lässt der Entwurf zumindest an einer Stelle in erschreckender Deutlichkeit erkennen, wie allenfalls derartige Verzicht erlangt werden können, indem er darauf hinweist, dass entsprechende Abweichungen zugunsten der Vertragspartner der Urheber nur „gegen angemessene Kompensation“ zu haben sein werden. Ziel und realistische Folge der neuen „Folterwerkzeuge“ des Entwurfs wird also nicht die Durchsetzung einer angemessenen Vergütung durch den Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln sein, sondern allenfalls ein Freikaufen durch Akzeptieren der Forderung nach überhöhten Zusatzvergütungen.

Diese sich aus dem burdensome approach ergebende Zwangsjacke des Entwurfs kann sich aber entgegen seiner eigentlichen Zielrichtung auch zum Nachteil der Urheber und ausübenden Künstler auswirken. So werden die Vertragspartner der Urheber und ausübenden Künstler wegen der Gefahr einer Verbandsklage künftig sogar dann gehindert sein, mit Urhebern und ausübenden Künstlern Pauschalzahlungen zu vereinbaren, wenn diese ihrem aus-

drücklichen Wunsch entsprechen sollten, wofür es ja gute Gründe geben mag (z.B. akuter Geld- oder Finanzierungsbedarf; kein Interesse an langfristiger aber unsicherer Beteiligungsvergütung, etc.).

1.4 Fehlende Geeignetheit der vorgeschlagenen Regelungen

Das Scheitern der Urhebervertragsrechtsnovelle wird damit begründet, dass noch zu häufig Pauschalvergütungen bezahlt würden und zu wenige gemeinsame Vergütungsregeln abgeschlossen wurden. Damit wird das Kernanliegen der Novelle des Jahres 2002, dass Urheber und Leistungsschutzberechtigte angemessen vergütet werden müssen, aber aus dem Auge verloren und der abstrakten Forderung nach einer Beteiligung an jeder Verwertung und einer kollektivrechtlichen Überformung durch gemeinsame Vergütungsregeln untergeordnet. Die Frage muss aber gestellt und beantwortet werden, ob Urheber tatsächlich eine laufende, aber ungesicherte, da erfolgsabhängige Beteiligungsvergütung einer höheren und früher gezahlten Pauschalvergütung vorziehen werden.

Schon die Grundannahme des Entwurfs, durch die Forderung einer Beteiligung der Urheber und ausübenden Künstler an jeder Nutzung des Werkes, § 32 Abs. 2 Satz 2 Ref-E, insgesamt höhere Vergütungen für Urheber und ausübende Künstler erreichen zu können, erscheint insoweit keineswegs nachvollziehbar. Viel wahrscheinlicher ist ganz im Gegenteil, dass bei Inkrafttreten des Entwurfs in seiner jetzigen Fassung die Grundvergütungen zunächst niedriger ausfallen werden und nur bei erfolgreicher Verwertung der Werke und damit zu einem deutlich späteren Zeitpunkt gleich hohe oder im Einzelfall auch höhere Vergütungen erzielt würden. Wegen des erheblichen administrativen Aufwands der Umsetzung der Neuregelungen (jährlich anlasslos zu erteilende Auskunft; Vergütung für jede Art der Nutzung, etc.) und der damit verbundenen Kosten ist zudem damit zu rechnen, dass der verteilbare „Kuchen“ eher mindern wird und die Gesamtvergütungen insgesamt niedriger ausfallen werden. Damit wird der Entwurf in der Regel aber nur den „Stars“ der jeweiligen Branche zugute kommen.

Für die übrigen Kreativen wird sich hingegen aus der Neuregelung und ihrer Forderung nach einer durchgehenden Beteiligungsvergütung nur bei einem besonderen Erfolg der von ihnen geschaffenen Werke eine insgesamt höhere Vergütung ergeben. Dieses Ergebnis einer Nachvergütung im Erfolgsfall wird allerdings heute bereits über die Regelung des § 32a UrhG erreicht. Wenn sich vor diesem Hintergrund ein Kreativer aus den verschiedensten nachvollziehbaren Gründen lieber für eine sichere Sofortzahlung entscheiden möchte, so wäre diese Entscheidung durchaus nachvollziehbar. Auf der Grundlage des Referentenentwurfs könnte diese Entscheidung jedoch nicht mehr umgesetzt werden, da sich der Vertragspartner des Urhebers stets der Gefahr einer Verbandsklage oder einer auf § 32 Abs. 2 Satz 3 Ref-E Klage des Urhebers ausgesetzt sähe.

1.5 Verletzung der Grundrechte der Vertragsfreiheit und des Art 12 GG

Der Entwurf intensiviert durch das Drehen an vielfältigen Stellschrauben den Eingriff in die Vertragsfreiheit und den durch Art 12 GG geschützten Bereich der unternehmerischen Betätigungsfreiheit. Das könnte (vielleicht) gerechtfertigt sein, wenn tatsächlich feststünde, dass Urheber und ausübende Künstler (= die Kreativen) trotz der Novelle von 2002 in der Breite nicht angemessen vergütet werden. Wie dargelegt wird das von dem Entwurf zwar behauptet, es fehlt aber jeder empirische Beleg. Auf einer solch ungesicherten Basis können aber die weitreichenden Eingriffe, die der Entwurf für die grundrechtlich geschützten Positionen der Vertragsfreiheit und der unternehmerischen Betätigung aus Art. 2 und 12 GG nicht zu rechtfertigen.

Zwar hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 23. Oktober 2013 (1 BvR 1842/11 und 1 BvR 1843/11) das Urhebervertragsrecht des Jahres 2002 als (noch) verfassungsgemäß beurteilt. Der dort für die Annahme der Verfassungsgemäßheit als wichtig herausgestellte Punkt einer Prüfung der Angemessenheit durch die Gerichte in jedem Einzelfall wäre jedoch nach der Novelle nicht mehr gewährleistet, da diese einen generellen Anspruch auf Einhaltung der Regelungen gemeinsamer Vergütungsregeln begründen würde. Damit wird aber die Bedeutung gemeinsamer Vergü-

tungsregeln grundlegend verändert. Nach dem Urhebervertragsrecht des Jahres 2002 gab die Einhaltung der Regelungen gemeinsamer Vergütungsregeln den Vertragspartnern der Urheber die Gewissheit, auf jeden Fall angemessen zu vergüten. In jedem Einzelfall konnten aber auch andere Vergütungsstrukturen als aufgrund der besonderen Situation des konkreten Falls angemessen verteidigt werden. Diese Möglichkeit würde den Vertragspartnern der Urheber durch die Novelle (§§ 36b und c Ref-E) genommen. Diesen fundamentalen und verfassungsrechtlich relevanten Unterschied erkennt der Entwurf aber offensichtlich nicht und unterlässt es damit auch, seine Vorschläge auf eine verfassungsrechtliche Vereinbarkeit zu überprüfen.

1.6 Fehlende Einbindung in die europäische Urheberrechts-Gesetzgebung

Die EU-Kommission hat am 7. Dezember verkündigt, noch im Laufe des Jahres 2016 überprüfen zu wollen, ob auf EU-Ebene Maßnahmen ergriffen werden sollten, um die Ausgewogenheit des Systems der Vergütung von Urhebern und ausübenden Künstlern zu verbessern.

Die Regelungen des Urhebervertragsrechts 2002 nehmen schon heute in der EU eine Sonderstellung ein. In kaum einem Mitgliedsstaat gibt es vergleichbare Eingriffe in die Vertragsfreiheit, um die angemessene Vergütung der Urheber und ausübenden Künstler zu sichern. Vor diesem Hintergrund erscheint wenig sinnvoll, die geltende Rechtslage weiter zu verschärfen und damit das Gefälle zu den Regelungen der anderen Mitgliedsstaaten noch weiter auszubauen. Die Gefahr, dass Deutschland dann isoliert dastehen wird und sich auf urheberrechtlichen Leistungen basierende Industrien dann in anderen Mitgliedsstaaten ansiedeln werden, erscheint als naheliegend. Damit würden aber vielfache Bemühungen der Bundesregierung, den Urheberrechtsindustrien in Deutschland ein attraktives Umfeld zu bieten, konterkariert. So ist etwa vorhersehbar, dass internationale Produktionen, die der Deutsche Filmförderfonds (DFFF) nach Deutschland holen möchte, was ihm in den letzten Jahren auch immer wieder sehr erfolgreich gelungen ist, sich künftig vergeblich um solche internationale Produktionen bemühen würde, die das Risiko, Beteiligungen für jede Art der Nutzung zahlen zu müssen und einem anlasslosen Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch ausgesetzt zu sein, sicher nicht eingehen werden wollen. Dasselbe gilt für das neue vom BMWi eingeführte Förderinstrumentarium des German Motion Picture Funds (GMPF), der sich speziell an internationale Kinofilmproduzenten und die Hersteller von internationalen TV-Serien wendet.

1.7 Keine Auseinandersetzung mit kartellrechtlicher Problematik

Der Entwurf unterlässt es, die Vereinbarkeit der von ihm geförderten gemeinsamen Vergütungsregeln mit dem Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu prüfen. Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV erfasst mit seinem Unternehmensbegriff nicht nur Gewerbetreibende, sondern auch Freiberufler. Damit hätte Anlass bestanden, sich in dem Entwurf damit auseinander zu setzen, ob gemeinsame Vergütungsregeln, die der Entwurf ja auf vielfache Weise fördern möchte und die gerade auch für selbstständig tätige Kreative zur Anwendung kommen sollen, und die von ihnen intendierten Mindestpreisregelungen mit dem Kartellverbot des Art. 101 AEUV vereinbar sind. Für eine vergleichbare Situation hat der EuGH unlängst entschieden, dass jedenfalls dann, wenn die Regelung über arbeitnehmerähnliche Personen hinaus Geltung beanspruchen will, kartellrechtlich bedenklich ist (EuGH v. 11.9.2014 – Rs. C-413/13 – FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden). Aus der Entscheidung ergibt sich nach unserem Verständnis, dass eine flächendeckende undifferenzierte Beförderung von gemeinsamen Vergütungsregeln, denen u.a. über das Verbandsklagerecht ein praktisch zwingender Charakter zukäme, wohl nicht mit EU-Recht vereinbar wäre.

2. Die Kritik der vorgeschlagenen Änderungen des Referentenentwurfs im Einzelnen

Der Entwurf schlägt eine Vielzahl von Änderungen vor, die vielfach über den Regelungsbereich der §§ 32 (Anspruch auf angemessene Vergütung) und 32a UrhG (Anspruch auf Fairnessausgleich) hinausgehen. Als besonders kritisch stellen sich dabei insbesondere folgende Vorschläge dar:

2.1 In der Rechtsprechung zu § 32 UrhG (BGH - Honorarbedingungen Freie Journalisten) war in Übereinstimmung mit der Begründung zum Urhebervertragsrecht des Jahres 2002 bislang anerkannt, dass auch Pauschalhonorare angemessene Vergütungen darstellen können. Auch die Begründung des Entwurfs betont mit dem BGH zwar mehrfach, dass auch Pauschalvergütungen angemessen und redlich sein können. Dennoch soll nunmehr in einem neuen Satz 3 des § 32 Abs. 2 Ref-E bestimmt werden, dass eine Vergütung in der Regel nur dann angemessen ist, wenn der Urheber für mehrfache Nutzungen desselben Werkes Anspruch auf jeweils gesonderte Vergütung hat. Der Entwurf erhebt damit das Prinzip einer Beteiligung der Kreativen an jeder Art der Verwertung zur obersten Leitlinie, obwohl es doch eigentlich um eine bestmögliche Vergütung der Kreativen gehen sollte. Jeder Nachweis und sogar jeder Begründungsversuch der Annahme, dass es bei gesonderten Vergütungen für jede Art der Nutzung zu insgesamt höheren Vergütungen für die Kreativen kommen wird als bei der Zahlung von Pauschalvergütungen, fehlt hingegen.

Mit der in § 32 Abs. Satz 3 Ref-E vorgeschlagenen Regelung werden Pauschalvergütungen individualvertraglich faktisch unmöglich gemacht. Warum die gleiche Pauschalvergütung dann aber doch wieder angemessen sein kann, wenn sie sich aus einer gemeinsamen Vergütungsregel oder einem Tarifvertrag ergibt, bleibt unbegründet und wohl auch unbegründbar.

2.2 Auf der Grundlage des derzeit geltenden Rechts haben Urheber dann, wenn eine realistische Vermutung besteht, das Werk könne besonders erfolgreich verwertet worden sein, aus §§ 259, 242 BGB einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung (s. z.B. BGH, GRUR 2002, 602, 603 – Musikfragmente; BGH, GRUR 1980, 227, 232 – Monumenta Germaniae Historica; BGH – Das Boot). Dieser Anspruch soll nach § 32d Ref-E nunmehr anlasslos, d.h. unabhängig davon, ob sich daraus mögliche zusätzliche Vergütungsansprüche ergeben können, gegenüber jedem Werknutzer bestehen, sich auf jede Art der Nutzung beziehen und von den Urhebern mindestens einmal jährlich geltend gemacht werden können. Dieser künftig anlasslos gewährte Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch geht offensichtlich über die Zielsetzung des Koalitionsvertrages hinaus (s. dazu oben Ziff. 1.1) und wird im Referentenentwurf nicht mit der Sicherung eines Anspruchs auf angemessene Vergütung, sondern aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht hergeleitet.

Ein solcher Anspruch würde zu erheblichem zusätzlichem Aufwand auf Seiten der Produzenten, Verlage und sonstigen Werkvermittler führen. Adressen müssen nachgehalten und die Informationen auch dann vorrätig gehalten werden, wenn in einem konkreten Jahr niemand die Auskunft einfordert. Bei einem Filmwerk können schnell 40 oder mehr Personen anspruchsberechtigt sein. Bei einer Serie könnte die Zahl der Berechtigten sich auf mehrere Hunderte belaufen. Ähnliches gilt für viele andere komplexe Werke und alle Sammelwerke. Und diese Auskunfts- und Rechenschaftspflicht soll für die gesamte Dauer des Urheberschutzes und damit für mindestens 70 und möglicherweise mehr Jahre bestehen.

Die Entwurfsbegründung stellt demgegenüber die Behauptung auf, es entstünden keine nennenswerten zusätzlichen Bürokratiekosten für die Kreativwirtschaft und kein nennenswerter zusätzlicher Bürokratieaufwand. Diese Annahme ist völlig lebensfremd. Sie zeugt davon, dass sich der Entwurf auch in diesem Punkt nicht die Mühe gemacht hat, seine Annahmen einem Realitätscheck zu unterziehen.

Auch verwischt die Regelung zum Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch jegliche in §§ 32 und 32a UrhG angelegte Trennung zwischen den Verpflichtungen des Vertragspartners und dessen Lizenznehmern gegenüber den Urhebern und ausübenden Künstlern. Während nach § 32 und 32a Abs. 1 UrhG bislang der Vertragspartner nur auf

von ihm gezogene Nutzungen und Vorteile in Anspruch genommen werden konnte, geht der auch gegen ihn gerichtete Auskunftsanspruch des § 32d Ref-E offensichtlich darüber hinaus, da der Vertragspartner auch über sämtliche nachgelagerte Verwertungen Auskunft geben müsste und dies unabhängig davon, ob er auch Erlöse aus diesen Verwertungen erzielt hat, die überhaupt zu zusätzlichen Zahlungen an die Urheber und ausübenden Künstler führen könnten. Wie von dem Vertragspartner ein solch weitgehender Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung soll erfüllt werden können, lässt der Entwurf im Dunkeln.

Gleichzeitig bleibt die Reichweite dieses Auskunftsanspruchs völlig unklar, etwa die Frage, ob für jede einzelne Kinovorstellung auch die Zahl der Zuschauer und für jede einzelne Ausstrahlung eines Filmes etwa auch die Einschaltquote mitgeteilt werden muss. In dem nachstehend in Ziff. 2.4.2 genannten weiteren Beispiel eines Webseiten-Designers müsste diesem jährlich jedenfalls Auskunft über die Zahl der Visits und der Hits der Web-Seite, vielleicht sogar über die über die Webseite generierten Umsätze erteilt werden.

Schließlich wäre künftig die Wahrung der Vertraulichkeit im Rahmen der einer Vielzahl von Personen zu gewährenden Auskunft nicht mehr zu gewährleisten. Somit könnte der Auskunftsanspruch u.a. von Wettbewerbern zur Erlangung von nicht öffentlich verfügbaren Informationen missbraucht werden.

Die Auswirkungen eines solch umfangreichen Auskunftsanspruchs seien an folgendem **Fallbeispiel** erläutert:

Schon im Rahmen der Verfilmung eines Kinofilms schließt der Produzent oft mit 8 bis 10 Urhebern (Originalstoff, Drehbuch, Drehbuchbearbeiter, Regisseur, Kameramann, Filmeditor, Szenenbild, etc.) und 30 Schauspielern Verträge ab. Der Film startet im Kino, nach sechs Monaten kommt er auf DVD heraus. Eine Video-on-Demand Auswertung schließt sich an und in der Folgezeit wird der Film auch gelegentlich im Fernsehen gezeigt. Diese Auswertungen finden nicht nur im Inland, sondern in der Regel auch in verschiedenen Ländern des Auslands statt.

Der Produzent wäre nach § 32d Ref-E künftig jedem der Urheber und über § 79 Abs. 2 S. 2 jedem der ausübenden Künstler verpflichtet, Auskunft über den Umfang der Werknutzung und die hieraus gezogenen Erträge und Vorteile im In- und Ausland zu erteilen sowie hierüber Rechenschaft abzulegen. Das schließt wohl auch die Notwendigkeit von Nullmeldungen mit ein. Die heute aus § 242 BGB sich ergebende zusätzliche Voraussetzung, dass der Anspruchsteller in entschuldbarer Weise über das Bestehen eines Anspruchs nach §§ 32 und 32a UrhG im Unklaren sein muss und ein entsprechender Anspruch zumindest möglich erscheint, würden, so ausdrücklich die Begründung des Entwurfs, entfallen. Damit müsste der Filmhersteller aber z.B. auch über alle Spieltermine eines Films in Kinos in Deutschland sowie im Ausland, die Schaltung von Anzeigen unter Verwendung von Bildmaterial aus dem Film, die Schaltung jedes Teasers und Trailers des Filmes zur Programmankündigung in Kinos (mit der Angabe, welche Schauspieler konkret darin zu sehen waren), jeder Programmankündigung im Fernsehen (unter genauer Angabe der Länge der gezeigten Ausschnitte) Auskunft geben.

Um die Verwerter „nicht unnötig zu belasten“ (so der Entwurf), soll dieser Anspruch aber „nur“ einmal im Jahr geltend gemacht werden können. Das bedeutet für den Produzenten, dass er für ca. 40 Berechtigte jährlich eine Abrechnung erstellen und Rechenschaft ablegen muss. Das kann von Fall zu Fall die Übersendung umfangreicher Unterlagen erfordern. Nimmt man sehr konservativ an, dass jede Abrechnung je Empfänger nur EUR 20,- an Kosten verursachen wird, so sind das im Jahr EUR 800,- und in zehn Jahren EUR 8.000,-; bei fünfzehn Filmen, die dieser Produzent in diesen zehn Jahren realisiert haben wird, kommen so ohne Weiteres EUR 100.000,- zusammen. Der Aufwand, der erforderlich ist, um die einzelnen Verwertungen zu ermitteln, die in den einzelnen Abrechnungen aufzuführen wären, kommt noch hinzu und dürfte sich über 10 Jahre hinweg bei 15 Produktionen ebenfalls auf ca. EUR 100.000 belaufen. Und das Alles obwohl der BGH in mehreren Entscheidungen anerkannt hat, dass gerade bei Filmproduktionen wegen der Vielzahl der Beteiligten gute Gründe für die Angemessenheit von Pauschalvergütungen gegeben sein können und dann – wie auch

die Entwurfsbegründung zugesteht – kein Beteiligungsanspruch und keine Rechenschaftspflicht besteht. Die zur Beruhigung von dem Entwurf angeführte Aussage, dies seien Alles Angaben, die ein gesetzes- und vertragstreuer Vertragspartner heute schon erheben würde, geht offensichtlich an der Realität vorbei, denn in der Buchhaltung eines Produzenten werden nur tatsächlich erzielte Erlöse, nicht aber auch alle Nutzungen, für die keine Erlöse erzielt werden, ermittelt. Schlicht falsch ist auch die Behauptung des Entwurfs, diese Angaben müssten ja schon bisher bereitgehalten werden. Das ist gerade bei den heute in weiten Bereichen durchaus zulässigen Pauschalvergütungen nicht der Fall.

Und noch ein anderes **Fallbeispiel**:

Der Gestalter der Webseite eines Start-Up Unternehmens könnte nach § 32d Ref-E Auskunft und Rechenschaft darüber verlangen, wie viele Visits und Page-Impressions auf der Seite erfolgten und wohl auch darüber, welche Umsätze über die Seite erzielt wurden.

§ 32d Ref-E bleibt aber nicht bei dem Produzenten als Vertragspartner der Urheber stehen, denn Werknutzer ist jeder, der Nutzungsrechte in der Lizenzkette erwirbt. Damit sind auch der Verleiher, der DVD Verwerter, der VoD Anbieter und der Fernsehsender, aber auch das Kino, das Trailer des Filmes zu seiner Bewerbung vorführt, Werknutzer und damit abrechnungs- und rechenschaftspflichtig. Sie alle – und vermutlich auch die ausländischen Verwerter – müssten die Daten der Anspruchsinhaber aufnehmen und pflegen und ihnen jährlich auf Anforderung die Unterlagen der Abrechnung zukommen lassen. Damit vervielfacht sich der Aufwand nochmals, auch bei Produktionen, bei denen die Urheber und Leistungsschutzberechtigten wegen des geringen Erfolgs des Werkes nie mit Zusatzzahlungen rechnen können. Bei mancher im Rahmen der Rechnungslegung mitzuteilenden Information wird es sich zudem um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handeln, so dass aus der Sicht des Verwerter die Geltendmachung eines Wirtschaftsprüfervorbehalts naheläge, was zu einer weiteren Kostensteigerung und einem Bürokratiemonster führen würde.

Dieser mit der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht einhergehende Aufwand wäre nach Überzeugung der Produzentenallianz unverhältnismäßig und überschreitet jede Grenze einer Zweck-/Mittelrelation.

2.3 Um die Durchsetzungskraft von gemeinsamen Vergütungsregeln zu stärken, will der Entwurf mit § 36b Ref-E Vereinigungen von Urhebern oder Werknutzern die Möglichkeit der Verbandsklage auf Einhaltung der Regelungen einer gemeinsamen Vergütungsregel einräumen, wenn in einem Vertrag mit einem Urheber eine Bestimmung verwendet wird, die zum Nachteil des Urhebers von diesen gemeinsamen Vergütungsregeln abweicht.

Dieses Verbandsklagerecht geht damit weit über das Ziel der Durchsetzung angemessener Vergütungen und damit auch über die im Koalitionsvertrag formulierte Aufgabe einer Überprüfung der Urheberrechtsnovelle des Jahres 2002 hinaus, da mit der Verbandsklage die Einhaltung sämtlicher Regelungen einer gemeinsamen Vergütungsregel und damit nicht nur die Bezahlung angemessener Vergütung verlangt werden könnte. Damit verlässt der Entwurf aber klar seine eigentliche Zielsetzung der Sicherstellung angemessener Vergütungen und wird zu einem Instrument der umfassenden Vertragskontrolle. Dem Entwurf scheint es damit nicht mehr vorrangig um die Durchsetzung angemessener Vergütungen, sondern um eine kollektivrechtliche Überformung und Durchsetzung auch von mit der Vergütung nicht zusammenhängenden Vertragsregelungen zu gehen. Damit geht der Eingriff in die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit aber sehr viel weiter als die Urhebervertragsrechtsnovelle des Jahres 2002, die vom BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2013 als (noch) verfassungsgemäß angesehen wurde. Ob dies auch für die durch den Entwurf intendierte sehr viel weitergehende Vertragskontrolle gilt, erscheint zweifelhaft (s. dazu auch oben Ziff. 1.5).

Im Übrigen wird die zur Begründung für ein solches Verbandsklagerecht angeführte, wenn auch in keiner Weise konkret belegte Gefahr des „Blacklistings“ der Anspruchsteller durch ein Verbandsklagerecht nicht beseitigt, da im Rahmen eines solchen Klageverfahrens der betroffene Urheber doch notwendig individualisiert werden muss und

damit weiterhin den angeblichen Repressalien seiner Auftragsgeber ausgesetzt wäre. Im Übrigen wird jedenfalls für die Filmindustrie der Vorwurf des Blacklistings, der die Produzenten als Vertragspartner der Kreativen und die weiteren Verwerter unter einen Generalverdacht stellt, mit Entschiedenheit zurückgewiesen.

Sehr problematisch und in keiner Weise konsistent erscheint, dass der Entwurf mit dem Verbandsklagerecht den Kreativverbänden weitergehende Rechte einräumen will, als sie selbst den Gewerkschaften als Partei eines Tarifvertrages zustehen. Zudem könnte ein Kreativverband nach § 36b Ref-E und ein Urheber nach § 36c Ref-E künftig auf Einhaltung der Regelungen einer gemeinsamen Vergütungsregelung selbst dann klagen, wenn die im Vertrag vereinbarten Bedingungen den Regelungen eines wirksam abgeschlossenen Tarifvertrages entsprechen würden. Damit verstößt die Regelung aber gegen den bislang u.a. in § 36 Abs. 1 S. 3 bestimmten Vorrang des Tarifvertrages, was auch vor dem Hintergrund des Art 9 GG sehr zweifelhaft, jedenfalls aber gewerkschaftsfeindlich und zu Zeiten des Tarifeinheitsgesetzes unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung kaum mehr nachvollziehbar erscheint.

Folge des auf alle Regelungen einer gemeinsamen Vergütungsregelung ausgeweiteten Verbandsklagerechts wird jedenfalls sein, dass Werknutzer und Vereinigungen von Werknutzern stets bemüht sein werden, den Regelungsbereich von gemeinsamen Vergütungsregeln so eng wie möglich zu halten, und in allen Zweifelsfällen einen Abschluss abzulehnen bzw. einem Schlichterspruch zu widersprechen. Gerade aus Sicht der Produzentenallianz, die in gemeinsamen Vergütungsregeln ein durchaus nützliches Element zur Setzung von Branchen-Standards sieht und die Partei mehrerer gemeinsamer Vergütungsregeln sowie des Ergänzungstarifvertrages Erlösbeteiligung Kinofilm ist, wäre dies eine durchaus enttäuschende Folge der Reformbemühungen.

2.4 Völlig neu ist das Konzept eines Rückrufsrechts wegen anderweitig möglicher Nutzung, das der Entwurf in den §§ 40a und b Ref-E vorschlägt. Hiernach soll ein Urheber ein von ihm seinem Vertragspartner eingeräumtes ausschließliches Nutzungsrecht nach Ablauf von fünf Jahren zurückrufen können, sofern ein anderer Vertragspartner sich gegenüber dem Urheber verpflichtet hat, das Werk nach dem erklärten Rückruf zu nutzen. Die Ausübung des Rückrufs soll vom bisherigen Vertragspartner nach § 40b Ref-E durch Ausübung eines ihm gewährten gesetzlichen Vorkaufsrechts verhindert werden können. Kommt es dennoch zum Rückruf, so sollen nach § 40a Abs. 5, S. 2 Ref-E auch alle Nutzungsrechte erlöschen, die der erste Vertragspartner des Urhebers einem Dritten eingeräumt oder übertragen hat.

Dieses fünf Jahre nach Vertragsabschluss bei nachgewiesenem Drittverwertungsinteresse geplante Rückrufsrecht sei – so die Begründung des Entwurfs – dem Vertragspartner, der sich auf die Gefahr des Rückrufs ja einstellen könne, zuzumuten. Auch bei dieser Einschätzung lässt der Entwurf jede Auseinandersetzung mit den Gegebenheiten der betroffenen Branchen vermissen. Vor allem aber fehlt erneut eine konkrete Analyse, ob mit dieser Maßnahme tatsächlich das Ziel erreicht wird, den Kreativen eine bessere – und das muss doch wohl heißen höhere – Vergütung zukommen zu lassen. Die gegenteilige Erwartung erscheint sehr viel realistischer. Die Vertragspartner können, wenn der Entwurf Gesetz werden sollte, nur noch mit einer gesicherten Verwertung von fünf Jahren rechnen und müssen ihr „Pulver trocken halten“, um vielleicht ein erforderlich werdendes Vorkaufsrecht ausüben zu können. Das würde für die Masse der Kreativen zu einer Absenkung der Vergütungen und erneut nur für die Stars der jeweiligen Branche zu Zusatzvergütungen führen (aber auch das nicht weil das endlich „angemessene“ Bedingungen wären, wie der Entwurf zu meinen scheint, sondern weil sie damit den Verlagen, die sie aufgebaut haben, abgeworben werden sollen).

Die konkreten Auswirkungen dieses Rückrufsrechts seien an folgenden Fallbeispielen erläutert:

2.4.1 *Ein Buchverlag verfügt über eine große Zahl von Verträgen mit Autoren. Allerdings sichern nur einzelne Bestseller die Profitabilität dieses Verlages, während andere Autoren und Bücher noch Verluste schreiben oder allenfalls den Break-even erreichen. Das vom Referentenentwurf gewährte Rückrufsrecht*

würde nun (internationale) Wettbewerber des Verlages geradezu auffordern, den Autoren der Bestseller Angebote mit besseren Konditionen zu unterbreiten, um diese aus ihrem bisherigen Verlag herauszukaufen. Dabei könnten sie die Konditionen der Angebote so attraktiv gestalten (da sie sich nicht mit Autoren einer Back-Liste und Autoren, die erst noch aufgebaut werden müssen, belasten würden), dass der bisherige Verlag diese Konditionen auch über eine Ausübung des Vorkaufsrechts nicht matchen könnte. Wandern aber diese Bestseller-Autoren ab, gerät der Verlag, der oft viele Jahre in den Aufbau dieser Autoren investiert hat, notwendig in eine finanzielle Schieflage. Sein Überleben wäre akut gefährdet. Der Suhrkamp Verlag, um den es vor einigen Jahren eine heftige Auseinandersetzung gegeben hat, hätte einen solchen Angriff aller Voraussicht nach nicht überlebt.

2.4.2 Mit der Ausübung des Rückrufsrechts nach § 40a Ref-E sollen auch die von dem Vertragspartner des Urhebers erteilten Sublizenzen entfallen. Folge hiervon wäre, dass etwa der Betreiber eines Musical-Theaters oder der Filmproduzent, die die zur Verwirklichung ihrer Projekte erforderlichen Rechte bei einem Verlag erworben und in die Aufführung des Musicals oder die Vorbereitung eines Filmes viel Geld investiert haben, plötzlich ohne Rechte dastünden. Da das Rückrufsrecht zwingend sein soll, können sie sich hiergegen auch in keiner Weise schützen. Demgegenüber meint der Referentenentwurf, diese Rechtsfolge sei vertretbar, da sich Lizenznehmer ja darauf einstellen könnten. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr wird künftig eine jede solche Lizenzierung wegen der rechtlichen Unsicherheit von vorneherein scheitern müssen.

2.4.3 Das Rückrufsrecht des § 40a Ref-E birgt aber auch für viele Start-up-Unternehmen gravierende Risiken. Viele Internet-Unternehmen sind für ihren Erfolg davon abhängig, dass sich ihre Webseiten im Markt etablieren. Webseiten werden von Web-Designern geschaffen und stellen durchwegs urheberrechtliche Leistungen dar. Diese Webseiten im Markt bekannt zu machen, erfordert erhebliche Investitionen und einen langen Atem. Wenn die Web-Designer nun mit § 40a Ref-E das Recht erhalten würden, ihre Leistung nach fünf Jahren durch einen anderen Verwerter nutzen zu lassen, der ihnen bessere Konditionen bietet, so wären alle diese Start-up-Unternehmen nach fünf Jahren mit dem Risiko konfrontiert, dass Wettbewerber von den Gestaltern der Web-Seiten das Recht zur Nutzung dieser Webseiten übernehmen. Viele der ursprünglichen Vertragspartner der Web-Seiten-Gestalter wären aber aus finanziellen Gründen nicht in der Lage, in entsprechende Drittangebote durch Ausübung des Vorkaufsrechts einzutreten. Der Referentenentwurf sieht hier zwar für den engen Bereich einer Marken- oder Logo-Gestaltung den Ausschluss des Rückrufsrechts vor. Mit dieser engen Ausnahmeregelung verkennt der Entwurf jedoch grundlegend die Sprengkraft, die das vorgesehene Rückrufsrecht für zahlreiche Unternehmen, die im Internet urheberrechtliche Leistungen im Rahmen ihrer Angebote nutzen, mit sich bringen würde. Das trifft z.B. auch für Apps, Tools, etc. zu, die von Urhebern für junge Unternehmen entwickelt werden. Der sich hieraus ergebende gravierende Nachteil für deutsche Unternehmen, die im Internet unterwegs sind, gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten, wird viele dieser jungen Unternehmen dazu veranlassen, sich unmittelbar im Ausland anzusiedeln.

2.4.4 Aber auch langjährig mit erheblichem Aufwand aufgebaute Zeitungsarchive könnten wesentliche Teile ihres Archivmaterials an einen Wettbewerber, der den Autoren dieses Bestandes ein attraktives Angebot macht, verlieren, was die gesamte Aufbauarbeit des Archivs wertlos machen würde.

2.4.5 Über § 90 Satz 2 UrhG würde das Rückrufsrecht wegen anderweitiger Nutzungsmöglichkeit auch für eingeräumte Verfilmungsrechte gelten. Die Folgen einer solchen Regelung sollen nachstehend in Ziff. 2.7 zusammenfassend dargestellt werden.

Was wird die Folge dieser Neuregelung sein? Die Novelle würde großen kapitalstarken Playern ein Werkzeug an die Hand geben, kleine und mittelständische Verlage und sonstige Vertragspartner von Urhebern aus dem Markt zu drängen. Investitionen in neue oder junge Autoren und die sorgfältige Entwicklung von Produktionsvorhaben würden sich nicht mehr rentieren, Nachwuchsautoren hätten es schwerer, einen Verlag zu finden und die Lizenzierung

von Nebenrechten durch den Verlag, an der Autoren heute immerhin mit 40% oder mehr partizipieren, käme zum Erliegen.

2.5 Durch eine Neuformulierung des § 41 Ref-E soll das Rückrufsrecht wegen Nichtausübung künftig auch schon vor Ablauf von zwei Jahren ausgeübt werden können. Das zusätzliche Erfordernis der derzeit geltenden gesetzlichen Regelung für die Ausübung des Rückrufsrechts, dass durch die unzureichende Nutzung berechnete Interessen des Urhebers erheblich verletzt werden, würde entfallen. Das gilt auch für die heute gegebene einzelvertragliche Möglichkeit, die Frist für die Ausübung des Rückrufsrechts auf fünf Jahre zu verlängern.

Auch die Verkürzung der Frist zur Ausübung des Rückrufsrechts auf in der Regel unter zwei Jahre würde über § 90 S. 2 UrhG für Filmwerke gelten. Diese Frist ist aber viel zu kurz, um die Realisierung und Verwertung eines Filmwerkes sorgfältig vorbereiten zu können. Oft müssen für einen Film fünf, zehn oder sogar noch mehr Drehbuchfassungen geschrieben werden. Liegt dann ein filmreifes Drehbuch vor, so dauert es in der Regel wiederum mindestens zwei Jahre, bis die Finanzierung geschlossen ist und die Unterstützung internationaler Partner und/oder deutscher Verleiher und TV Sender gesichert ist. Dennoch wirft man deutschen Produzenten oft vor, sie würden immer noch zu rasch mit den Dreharbeiten beginnen. Würde der Entwurf Gesetz, so hätten die Produzenten künftig nur noch (maximal) zwei Jahre Zeit nach Erwerb von Verfilmungsrechten oder nach Ablieferung eines Drehbuchs Zeit, um mit den Dreharbeiten zu beginnen. Ferner von der Realität und den Notwendigkeiten der Branche könnte der Entwurf nicht sein.

2.6 Die Rechte der ausübenden Künstler sollen durch eine Ausweitung der entsprechend anzuwendenden Vorschriften in § 79 Abs. 2 Ref-E den für die Urheber geltenden Regelungen weiter angeglichen werden. Dem dient auch die Einführung eines neuen § 79b Ref-E, mit dem auch ausübende Künstler einen Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung für die Verwertung ihrer Leistungen in erst nach Vertragsschluss bekannt gewordenen Nutzungsarten erhalten. Dieser Anspruch soll allerdings, anders als bei den Urhebern, nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden können.

Die Frage, was eine neue Nutzungsart ist, ist seit Jahren heftig umstritten. Das entscheidet sich nach der Rechtsprechung u.a. danach, ob sie eine andere bislang schon genutzte Verwertungsform nur substituiert. Um die Antwort auf die gleich gelagerte Frage bei DVD vs. Video, beim Pay-TV vs. Free-TV und bei Satellitenfernsehen vs. terrestrischem Fernsehen herauszufinden, haben die Gerichte jeweils 10 Jahre gebraucht und sind auch manche Obergerichte zu deutlich unterschiedlichen Einschätzungen gelangt. Das scheint also keine leichte Frage zu sein. Dennoch belegt § 79b Abs. 2 Ref-E den Verwerter, der die Einschätzung fehlerhaft vornimmt und die Aufnahme der (später) von den Gerichten als neu eingestuften Nutzungsart nicht vollständig und unverzüglich anzeigt, mit der Strafdrohung der Verpflichtung zur Zahlung des Doppelten der eigentlich angemessenen Vergütung. Diese Strafdrohung verstößt damit nach unserer Überzeugung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, so dass die Regelung verfassungswidrig sein dürfte.

2.7 In den besonderen Bestimmungen für Filmwerke soll § 88 Abs. 2 Ref-E als grundsätzlich zwingende Norm ausgestaltet werden und die Frist, nach der der Urheber des vorbestehenden Werkes berechnete Interessen des Urhebers erheblich verletzt werden, auf fünf Jahre nach Vertragsschluss verkürzt werden. Auch das Rückrufsrecht des § 40a Ref-E wegen anderweitiger Nutzungsmöglichkeit soll für Urheber vorbestehender Werke (und damit etwa für die Urheber von Stoffrechten und Drehbüchern) nach dem fortgeltenden § 90 S.2 UrhG auch bei Filmwerken bis zum erfolgten Drehbeginn geltend gemacht werden können. Das gilt auch für die erleichterten Bedingungen des Rückrufsrechts wegen Nichtausübung, § 90 S.1 Ref-E.

Die negativen Auswirkungen dieser dreifachen Entwertung eines Verfilmungsrechts durch (a) erleichtertes Rückrufsrecht wegen Nichtausübung (dazu s. schon vorstehend in Ziff. 2.5), (b) Anwendbarkeit des Rückrufsrechts wegen

anderweitig nachgewiesener Nutzungsmöglichkeit und (c) dem Recht zur Vergabe des Rechts zur erneuten Verfilmung nach fünf Jahren zeigt folgendes **Fallbeispiel**:

Ein kleinerer Filmproduzent, der jedes Jahr einen oder zwei Filme realisiert, hat sich die Rechte an einem literarischen Werk direkt beim Autor gesichert, da ein Erwerb vom Verlag ja zu unsicher ist (s. oben Ziff. 2.4). Er nimmt sich zu Herzen, dass die Drehbücher für deutsche Filme angeblich nicht sorgfältig genug entwickelt werden, und gibt mehrere Überarbeitungen des Drehbuchs in Auftrag. Da es keine Komödie und deshalb die Finanzierung schwierig ist, braucht es sieben bis neun Jahre, bis der erste Drehtag stattfinden kann. Inzwischen ist der Autor aber berühmt geworden und es interessieren sich auch andere Produzenten für den Stoff.

Bislang bewirkten hier § 88 Abs. 2 S. 2 UrhG (Wiederverfilmungsrecht kann im Zweifel erst nach 10 Jahren vergeben werden) und § 41 Abs. 1 S. 1 UrhG (Rückruf nur, wenn berechnete Interessen des Urhebers erheblich verletzt sind und Möglichkeit der individualvertraglichen Verlängerung des Rechts zum Rückruf auf fünf Jahre) einen gewissen Schutz für die Erwerber von Verfilmungsrechten. Diese sollen nun beide fallen und zusätzlich das Recht auf Rückruf wegen anderweitiger Verwertungsmöglichkeit bis zum Drehbeginn gewährt werden.

Rückrufe zur Ermöglichung einer erneuten Vergabe des Verfilmungsrechts und die Vergabe von Wiederverfilmungsrechten kommen in der Praxis allerdings extrem selten vor. Wenn es hoch kommt vielleicht in einem von 500 Fällen. Erhöht man durch diese Neuregelungen aber das theoretische Risiko des Rückrufs oder der frühzeitigen Vergabe des Wiederverfilmungsrechts, so erhöht man für alle Vergaben des Verfilmungsrechts die rechtliche Unsicherheit. Internationale Lizenznehmer werden sich auf diese Unsicherheit nicht einlassen wollen; schon heute ist es schwierig, ausländischen Lizenznehmern, die ja wissen, dass die Entwicklung eines Filmes mehr als fünf Jahre in Anspruch nehmen kann, die Begrenzungen zu erklären, die sich bei deutschen Lizenzgebern aus § 41 UrhG ergeben. Das würde unter der Neuregelung noch deutlich schwerer werden und vermutlich viele Erstvergaben des Verfilmungsrechts scheitern lassen.

Der Entwurf – würde er Gesetz – erschwerte damit auch und gerade im internationalen Vergleich den Erwerb gesicherter Verfilmungsrechte und würde die Finanzierung von Filmen erheblich erschweren. Und dies nur, um den Urhebern von vorbestehenden Werken, an denen Rechte zur Verfilmung vergeben wurden, einen vermeintlichen Gefallen zu machen. Auch hier werden die Wirkungen der Novelle jedoch in ihr Gegenteil umschlagen und wesentlich weniger Rechte von deutschen Autoren erworben werden.

2.8 Auch die Vorschläge des Entwurfs für eine Beschleunigung des Verfahrens zur Einrichtung einer Schlichtungsstelle erscheinen vor dem Hintergrund der Rechtswegegarantie des Art. 19 Abs. 4 GG als rechtlich problematisch. Dies zeigt folgendes **Fallbeispiel**:

Ein Berufsverband verlangt von einem Werknutzer den Abschluss einer gemeinsamen Vergütungsregel. Der Werknutzer wendet ein, es sei fraglich, ob der Berufsverband repräsentativ und unabhängig sei. Außerdem seien angemessene Vergütungen und Bestsellervergütungen für eine größere Zahl von Berufsbildern bereits in einem Tarifvertrag geregelt, den der Verband abgeschlossen habe, dem der Werknutzer angehört. Damit gelte der Vorrang des Tarifvertrags. Daraufhin beantragt der Berufsverband beim zuständigen OLG die Einsetzung einer Schlichtungsstelle und die Bestimmung von deren Vorsitzenden. Das OLG entscheidet nach § 36a Abs. 3 Ref-E, dass der Berufsverband ausreichend repräsentativ und unabhängig sei und bejaht damit verbindlich, dass die Voraussetzungen für die Durchführung des Schlichtungsverfahrens gegeben seien.

Das ist allerdings eine Rechtsfrage, bei der es durchaus Auslegungszweifel geben kann (wie ist die Berufsgruppe definiert? Wer gehört alles dazu, etc.?). Ein Rechtsmittel auch gegen eine mögliche Fehlentscheidung des OLG sieht der Entwurf jedoch nicht vor.

2.9 Die Neuregelungen sollen nach der Übergangsregelung des § 132 Abs. 3a Ref-E grundsätzlich nur für Verträge gelten, die nach seinem Inkrafttreten geschlossen werden. Hiervon ausgenommen werden soll der Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung, § 32d Ref-E sowie das Rückrufsrecht wegen Nichtausübung in seiner durch § 41 Ref-E geänderten Fassung.

Eine solche faktische Rückwirkung der Regelungen wäre jedoch mit erheblichen Nachteilen für die Vertragspartner der Urheber verbunden und stellte einen schwerwiegenden Eingriff in ihre vertraglich erworbenen Rechtspositionen dar. So wären die Vertragspartner der Urheber und ihre Lizenznehmer plötzlich verpflichtet, umfangreiche Daten zu erheben, um den Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten nachkommen zu können, die § 32d Ref-E vorschreibt. Und das Rückrufsrecht des § 41 Ref-E, das künftig individualvertraglich nicht mehr auf fünf Jahre verlängert werden könnte, käme plötzlich auch auf alle Verträge zur Anwendung, bei denen die Vertragspartner der Urheber bislang davon ausgehen konnten, ein Auswertungsfrist von fünf Jahren in Anspruch nehmen zu können.

3. Offene Punkte:

3.1 Den Verfassern des Referentenentwurfs war die Problematik, die sich aus einer Vielzahl nebeneinander bestehender gemeinsamer Vergütungsregeln bei komplexen Werken ergeben können, durchaus bekannt. Der Referentenentwurf bietet hierfür jedoch keine Lösung an. Insbesondere der vom Referentenentwurf erwähnte „Münchner Entwurf“ für eine Novelle des Urhebervertragsrechts hat deutlich gemacht, welche Schwierigkeiten sich ergeben können, wenn verschiedene Verbände, die unterschiedliche Gewerke vertreten, wie sie etwa bei der Herstellung eines Filmwerks zusammenarbeiten müssen, jeweils unterschiedliche gemeinsame Vergütungsregeln, die unterschiedliche Abrechnungsmethoden und unterschiedliche Beteiligungsregelungen vorsehen, parallel verhandeln und durchsetzen wollen. Zur Lösung dieser Problematik hat u.a. der Münchner Entwurf eine Konzentration durch gemeinsame Verhandlungen mit allen betroffenen Gewerken vorgeschlagen. Der Referentenentwurf sieht demgegenüber von jedem Regelungsvorschlag ab. Das muss umso mehr verwundern, als in dem kurz vorher veröffentlichten Referentenentwurf für ein Verwertungsgesellschaftengesetz (VGG) in § 35 Abs. 2 für einen völlig vergleichbaren Fall eine entsprechende Regelung vorgeschlagen wurde.

Demgegenüber trägt der Referentenentwurf sogar zur weiteren Atomisierung der Regelungen bei, wenn er entgegen der bisherigen im Urhebervertragsrecht des Jahres 2002 angelegten Rangfolge – vielleicht ungewollt – den Vorrang von gemeinsamen Vergütungsregeln über abgeschlossene Tarifverträge statuiert. Denn das vom Referentenentwurf vorgesehene Klagerecht eines Verbands von Urhebern, mit dem in einem Einzelvertrag Regelungen einer von diesem Verband abgeschlossenen gemeinsamen Vergütungsregel durchgesetzt werden sollen, würde auch dann greifen, wenn Urheber und Vertragspartner Regelungen vereinbart haben, die einem geltenden Tarifvertrag entsprechen (s. dazu schon oben Ziff. 2.3).

3.2 Ungeklärt lässt der Entwurf auch Fragen der Geltung gemeinsamer Vergütungsregeln für Außen-seiter. So lässt es § 36b Ref-E etwa zu, dass ein Verband die Einhaltung gemeinsamer Vergütungsregeln, an deren Aufstellung er beteiligt war, im Wege der Verbandsklage auch dann durchsetzen kann, wenn der Werknutzer den von der gemeinsamen Vergütungsregel abweichenden Regelungsinhalt mit einem Urheber abgeschlossen hat, der dem Verband der Werknutzer gar nicht angehört. Das erscheint unter dem Gesichtspunkt der negativen Vereinigungsfreiheit als sehr bedenklich bestätigt aber auch die schon eingangs (s. Ziff. 1.7) erwähnten kartellrechtlichen Bedenken.

Auch der individualrechtliche Anspruch auf Einhaltung gemeinsamer Vergütungsregeln des § 36c Ref-E soll offensichtlich nicht voraussetzen, dass der den Anspruch geltend machende Urheber Mitglied der Vereinigung ist, die diese gemeinsamen Vergütungsregeln vereinbart haben. Damit geht der Anspruch insoweit wieder weit über die

Rechtsfolgen einer Regelung hinaus, die in einem Tarifvertrag getroffen wird und auf die sich nur tarifgebundene Gewerkschaftsmitglieder berufen können.

3.3 Erweiterung des § 94 Abs. 4 UrhG

Augenfällig ist auch, dass der Entwurf eine bedeutsame Neuregelung, die den Urhebern und ausübenden Künstlern im Gegensatz zu vielen der vorgeschlagenen Regelungen wirklich helfen würde, schweigt. Die Rede ist von einer von der Produzentenallianz schon mehrfach vorgeschlagenen Erweiterung der Regelung des § 94 Abs. 4 UrhG, durch die auch die Regelungen der § 32 und 32a UrhG auf das Leistungsschutzrecht des Filmherstellers für entsprechend anwendbar erklärt würde.

Filmhersteller befinden sich gegenüber den Fernsehsendern und anderen marktmächtigen Verwertern in einer regelmäßig schwachen Verhandlungsposition. Aus dieser Position der Schwäche heraus gelingt ihnen oft nicht, angemessene Vertragsbedingungen, die sie am Erfolg ihrer Produktionen ausreichend teilhaben lassen würden. Das haben etwa die Verhandlungen gezeigt, die in den letzten Jahren mit verschiedenen Sendern zu den Terms of Trade bei Film-/Fernseh-Gemeinschaftsproduktionen geführt wurden. Ähnlich ist der Befund häufig aber auch gegenüber Verleihunternehmen und anderen Verwertern.

Hier könnte die entsprechende Anwendbarkeit der Ansprüche auf angemessene Vergütung und Fairnessausgleich wirksam Abhilfe schaffen. Wenn hierüber die Filmhersteller dann angemessen am Erfolg ihrer Produktionen beteiligt würden, wären dann auch Erlöse vorhanden, an denen u.a. nach den Regelungen des Ergänzungstarifvertrages Erlösbeteiligung Kinofilm Urheber und ausübende Künstler, die die Werke zusammen mit den Filmherstellern geschaffen haben angemessen zu beteiligen.

4. Fazit

Der Referentenentwurf krankt schon in seinem Ausgangspunkt daran, dass er seine Annahmen für einen Reformbedarf nicht hinterfragt und die wesentlichen Fortschritte, die in den letzten Jahren bei der Umsetzung des Urhebervertragsrechts aus dem Jahr 2002 erzielt wurden, weitgehend negiert. Viele der Regelungen des Entwurfs würden zu einer erheblichen Ausweitung des Bürokratieaufwandes bei den betroffenen Unternehmen führen, ohne dass sich hieraus erhöhte Vergütungen der Urheber und ausübenden Künstler ergeben würden. Eine Reihe der von dem Entwurf vorgeschlagenen Regelungen würden sich sogar kontraproduktiv auswirken und wegen der erhöhten Rechtsunsicherheit mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Verminderung der Vergütungen führen. Allenfalls „Stars“ der jeweiligen Branche könnten (vielleicht) zusätzliche Vergütungen durchsetzen.

Wir regen deshalb an, den Entwurf insgesamt zurückzuziehen. Alsdann sollte gründlich analysiert werden, in welchen Punkten tatsächlich Reformbedarf besteht und durch welche Regelungen erreicht werden kann, dass wirklich belastbar festgestellte Missstände behoben werden können. Dieser Aufgabe ist der Referentenentwurf, der weit über das im Koalitionsvertrag vereinbarte Ziel hinausgeht, nach unserer Überzeugung nicht gerecht geworden.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Mathias Schwarz
Direktor für Internationales,
Service & Recht II
Leiter Sektion Kino und Animation