

Urhebervertragsrecht in Österreich

Untersuchung von Dr. Till Kreuzer, iRights.Law



Dieser Text steht unter der Creative-Commons-Lizenz „Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 Deutschland“ (CC BY-SA 3.0 DE), d.h. er kann bei Namensnennung des Autors Till Kreuzer zu beliebigen Zwecken vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben (z. B. online gestellt) werden. Abwandlungen und Bearbeitungen des Textes können angefertigt und unter der gleichen Lizenz veröffentlicht werden. Der Lizenztext kann abgerufen werden unter: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/de/>.

Zusammenfassung

1. Zum Hintergrund der Untersuchung und zur Bedeutung des Urhebervertragsrechts

Die Untersuchung „Urhebervertragsrecht in Österreich“ wurde von Abgeordneten der SPÖ in Auftrag gegeben. Ziel ist es, Vorschläge für eine Reform des österreichischen Urhebervertragsrechts zu erarbeiten. Ausgangspunkt für die Überlegungen sind die Erfahrungen aus Deutschland, wo das Urhebervertragsrecht vor zehn Jahren grundlegend reformiert wurde.

Das Urhebervertragsrecht ist eine äußerst wichtige Säule des Urheberschutzes. Es schützt den Urheber im Verhältnis zu seinem Vertragspartner (dem Verwerter). Viele Urheber werten ihre Werke nicht selbst aus, sondern überlassen die wirtschaftliche Nutzbarmachung Dritten. Journalisten treten ihre Rechte an Zeitungs- und Zeitschriftenverlage ab, Komponisten an Musikverlage, Übersetzer an Belletristikverlage und Wissenschaftler an Fachverlage.

Im Verhältnis zwischen Urheber und Verwerter besteht in den meisten Fällen ein erhebliches Machtgefälle. Sehr oft geben die Unternehmen vor, wie weit gehend die Urheber ihre Rechte übertragen müssen und welche Vergütung sie hierfür erhalten. Das Urhebervertragsrecht dient dazu, die negativen Auswirkungen dieses Machtgefälles zugunsten der Urheber zu lindern. Sie werden davor geschützt, Verträge einzugehen, nach denen sie zu weit gehend Rechte gegen eine zu geringe Vergütung abgeben müssen. Ziel des Urhebervertragsrechts ist es also, die Lebensbedingungen von kreativ Schaffenden zu verbessern.

Für viele (v. a. freischaffende) Urheber ist das Urhebervertragsrecht letztlich wichtiger als die Ausgestaltung des Urheberrechts selbst. Haben sie ihre Rechte vollumfänglich gegen eine Einmalvergütung abgegeben, profitieren sie vom Urheberrecht nicht mehr, dementsprechend ist dessen Reichweite, Umfang oder Dauer für sehr viele Urheber nur von untergeordneter Bedeutung.

Trotz dieser wichtigen Funktion ist das Urhebervertragsrecht – im Gegensatz zum Urheberrecht an sich – bis heute in vielen Ländern und auf EU-Ebene unterentwickelt. Dies gilt auch für Österreich. Dem könnte eine grundlegende Rechtsreform Abhilfe schaffen.

2. Methodik der Untersuchung

Die Untersuchung baut auf den Erkenntnissen auf, die im Laufe des zehnjährigen Bestehens des deutschen Urhebervertragsrechts gesammelt werden konnten. Diese zeigen, dass die konzeptionellen Ansätze prinzipiell in die richtige Richtung gehen. Dennoch haben sich in Bezug auf die Effizienz einiger Ansätze Defizite gezeigt. Diese sollten bei einer Reform des österreichischen Urhebervertragsrechts vermieden werden.

Die Untersuchung beschäftigt sich mit zehn zentralen Regelungsaspekten eines modernen Urhebervertragsrechts. Es wird jeweils dargestellt, wie diese (soweit dies der Fall ist) in Deutschland umgesetzt wurden. In einem zweiten Schritt wird analysiert, ob sich der deutsche Ansatz in seiner konkreten Ausgestaltung bewährt hat. Haben sich Defizite gezeigt, werden Vorschläge gemacht, wie diese vermieden werden können.

3. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

A) Beteiligungsgrundsatz

Der Grundsatz, dass der Urheber tunlichst an jeder wirtschaftlich relevanten Auswertung seines Werkes zu beteiligen ist, ist seit jeher ein wesentliches Prinzip des deutschen Urheberrechts. In der Reform des Urhebervertragsrechts durch das sog. Stärkungsgesetz wurde der Beteiligungsgrundsatz erstmals ausdrücklich im UrhG verankert. Da er in vielen Ländern als ungeschriebener Rechtsgrundsatz ohnehin anerkannt ist, hat eine solche Maßnahme zunächst symbolische Bedeutung. Eine konkrete gesetzliche Umsetzung belegt jedoch darüber hinaus das Bekenntnis des Gesetzgebers zu diesem programmatischen Leitsatz, was wiederum auch in der Rechtspraxis (z. B. bei der Vertragsauslegung) eine Rolle spielen kann.

B) Anspruch auf angemessene Vergütung und gemeinsame Vergütungsregeln

Der Anspruch auf angemessene Vergütung ist die konsequente Umsetzung des Beteiligungsgrundsatzes in Form eines durchsetzbaren subjektiven Rechts. In der Gewähr dieses Anspruchs liegt eine der wesentlichen Errungenschaften des reformierten deutschen Urhebervertragsrechts. Der deutsche Gesetzgeber hat sich entschieden, den Anspruch auf angemessene Vergütung als Vertragsanpassungsanspruch und nicht als gesetzlichen Vergütungsanspruch auszugestalten.

Während gegen diese konzeptionelle Entscheidung keine grundlegenden Einwände bestehen, haben sich in Bezug auf die Prozesse zur Festlegung und Durchsetzung der angemessenen Vergütung gravierende Defizite gezeigt.

Nach deutschem Recht soll die angemessene Vergütung im Wege der Selbstregulierung festgelegt werden. Verbände von Urhebern und Verwertern sollen sich auf „gemeinsame Vergütungsregeln“ einigen, die für alle Beteiligten einer Branche verbindlich sein sollen. Allerdings hat sich herausgestellt, dass eine rein selbstregulative Lösung nicht zum Ziel führt. Jahrelange Verhandlungen endeten oft ohne Ergebnis. Dem für solche Fälle dienenden Schlichtungsverfahren fehlt es an Verbindlichkeit, dessen Resultat kann ohne Grund widersprochen werden, womit es hinfällig wird.

Diesem Manko könnte begegnet werden, indem statt eines Schlichtungsverfahrens ein Schiedsverfahren vor einer hoheitlichen Schiedsstelle vorgesehen wird. Die Schiedsstelle kann verbindliche Entscheidungen fällen, die vor Gericht (in verkürztem Rechtsweg) angefochten werden können. Ein solches System hat den Vorteil, dass es in einer rechtskräftigen Entscheidung mündet. Es wird in der Regel den Willen der Parteien fördern, sich einvernehmlich zu einigen.

C) Bestseller- oder Fairnessparagraph

Ein Bestseller- oder Fairnessparagraph ermöglicht es, die Vergütung des Urhebers nachträglich anzupassen. Stellt sich heraus, dass sie im Verhältnis zu den mit seinem Werk erzielten Erträgen unangemessen niedrig war kann der Urheber eine Erhöhung verlangen. Neben dem Anspruch auf angemessene Vergütung ist eine solche Regelung wesentliches Element bei der positivrechtlichen Umsetzung des Beteiligungsgrundsatzes.

D) Rechte an unbekanntem Nutzungsarten

Zwischen 1966 und 2008 war es in Deutschland nicht möglich, Rechte an noch unbekanntem Nutzungsarten durch Verträge einzuräumen. Im Zuge des Zweiten Korbes (dem zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft) hat der deutsche Gesetzgeber diese strikte Regelung abgeschafft und durch ein System aus Widerrufsrechten und Vergütungsansprüchen ersetzt. Nach den neuen Bestimmungen können Rechte an unbekanntem Nutzungsarten zunächst eingeräumt werden. Beginnt der Verwerter mit der Auswertung des Werkes in einer neuen Nutzungsart, kann der Urheber dem in einer be-

stimmten Frist widersprechen. Tut er dies nicht, hat er Anspruch auf eine gesonderte angemessene Vergütung.

Dieser Ansatz ist letztlich angesichts seiner Flexibilität dem strikten Verbot vorzuziehen. Letzteres hat zu großen Schwierigkeiten geführt, da zum Teil massenhaft Rechte einzeln nachlizenzieren werden müssen, bevor Werke in neuen Nutzungsarten verwertet werden können. Dies liegt weder im Interesse des Verwerter noch des Urhebers oder der Allgemeinheit, führt es doch zu jahrelangen Verzögerungen bei der Adaption neuer Technologien, gewaltigen Administrationskosten und/oder aufwändigen Rechtsstreitigkeiten über die Frage, was eine neue Nutzungsart ist.

Man kann davon ausgehen, dass die meisten Urheber weniger ein Interesse daran haben, zu verbieten, dass ihre Werke in neuen Nutzungsarten ausgewertet werden als daran, hierfür eine zusätzliche Vergütung zu erhalten. Dies ermöglicht der deutsche Ansatz im Grundsatz, wenn sich auch bei der konkreten Umsetzung noch Defizite zeigen. Für eine effiziente Vergütungslösung ist m. E. entscheidend, dass die Ansprüche kollektiv (im Zweifel durch Verwertungsgesellschaften) wahrgenommen werden. Eine Verwertungsgesellschaftspflicht ist in Deutschland indes nicht vorgesehen, worin wahrscheinlich der Hauptgrund liegt, dass die Vergütungsansprüche seit ihrer Einführung 2008 ersichtlich kaum geltend gemacht wurden.

E) Zweckübertragungsgrundsatz

Der Zweckübertragungsgrundsatz besagt, dass durch Verträge über Nutzungsrechte zwischen Urheber und Verwerter im Zweifel nur diejenigen Rechte übertragen werden, die nötig sind, um den Vertragszweck zu erreichen. Als wesentlicher Baustein des Urhebervertragsrechts ist er im deutschen Recht bereits seit 1966 ausdrücklich geregelt, bislang aber nicht im österreichischen UrhG. Der österreichische Gesetzgeber sollte diese Lücke füllen, da der Zweckübertragungsgrundsatz ein wichtiges Regelungselement für die Vertragsauslegung darstellt.

F) Vertragsfeste Ausgestaltung urhebervertragsrechtlicher Schutzpositionen

Ganz wesentlich für die Effizienz eines Urhebervertragsrechts ist, dass die hiermit gewährten Schutzpositionen nicht ihrerseits vertraglich eingeschränkt oder abbedungen werden können. Dies gilt es im Rahmen der Ausgestaltung zu bedenken.

G) „Linux-Klauseln“

Das deutsche Urhebervertragsrecht enthält eine Reihe von Sonderregelungen für Open-Content- und Open-Source-Lizenzen. Um die Funktionsfähigkeit solcher öffentlicher Lizenzen nicht zu gefährden, ist es wichtig, Ausnahmen von zwingenden Vergütungsansprüchen und Formvorschriften vorzusehen. Öffentliche Lizenzen unterliegen einer anderen Logik als individualvertragliche Vereinbarungen zwischen Urheber und Verwerter und kommen anders zustande.

H) Unabdingbares Zweitverwertungsrecht bei wissenschaftlichen Publikationen

Bereits im Zweiten Korb der deutschen Urheberrechtsreform wurde darüber diskutiert ein Zweitverwertungsrecht für Artikel einzuführen, die in wissenschaftlichen Periodika veröffentlicht wurden. Durch eine solche „Open-Access-Klausel“ sollen wissenschaftliche Autoren in die Lage versetzt werden, trotz der üblichen Totalbuyout-Verträge ihre Beiträge nach Ablauf einer gewissen Karenzzeit frei im Internet zur Verfügung zu stellen. Bislang wurde sie in Deutschland nicht umgesetzt, obwohl die Vertragsdisparität gerade in diesem Bereich besonders gravierende Folgen hat. Eine solche Maßnahme erscheint notwendig, um die freie Verfügbarkeit von Forschungsergebnissen und wissenschaftlichen Inhalten zu fördern.

I) Gesetzliche Rückrufs- oder Kündigungsrechte

Im Zuge der deutschen Urhebervertragsrechtsreform wurde verschiedentlich vorgeschlagen gesetzliche Kündigungsrechte für Verträge vorzusehen, durch die langfristig exklusive Nutzungsrechte übertragen werden. Eine Umsetzung solcher Befugnisse scheint jedoch problematisch, da sie die Notwendigkeiten der unterschiedlichsten Märkte und Auswertungsmodelle berücksichtigen müsste. Letztlich ist es m. E. kaum möglich, eine Regelung zu finden, die in allen Branchen gleichermaßen wirkungsvoll und angemessen ist. Von einer solchen Maßnahme ist daher eher abzuraten.

Inhalt

I) Einführung	1
II) Wesentliche Regelungsaspekte des Urhebervertragsrechts	4
II.1) Beteiligungsgrundsatz	4
II.2) Anspruch auf angemessene Vergütung	5
II.2.1) Darstellung.....	5
II.2.2) Analyse und Kritik	8
II.3) Festlegung der angemessenen Vergütung durch gemeinsame Vergütungsregeln.....	11
II.3.1) Gemeinsame Vergütungsregeln und Streitschlichtungsmechanismen nach §§ 36, 36a UrhG – Darstellung	11
II.3.2) Kritikpunkt 1: Aktiv- und Passivlegitimation	12
II.3.3) Kritikpunkt 2: Verbindlichkeit von Schlichtungsverfahren	15
II.4) Bestseller- oder Fairnessparagraph	16
II.4.1) Darstellung.....	16
II.4.2) Analyse, Kritik	18
II.5) Übertragbarkeit von Rechten an unbekanntem Nutzungsarten.....	19
II.5.1) Regelung zu Verträgen, die nach dem 1.1.2008 geschlossen wurden (Neuverträge): § 31a UrhG	20
II.5.2) Regelung zu Verträgen, die nach dem 1.1.1966 und vor dem 1.1.2008 geschlossen wurden (Altverträge)	20
II.5.3) Sonderregelung für Filme und Mehrautorenwerke im deutschen Recht	22
II.5.4) Effekt der Neuregelung zu unbekanntem Nutzungsarten.....	22
II.5.5) Analyse, Kritik	23
II.5.5.1) Generelle Einschätzung.....	23
II.5.5.2) Widerrufs- und Widerspruchsrecht	26
II.5.5.3) Vergütungsansprüche.....	28
II.6) Übertragungszweckgrundsatz (oder Zweckübertragungszweckgrundsatz)	31
II.7) Vertragsfeste Ausgestaltung urhebervertragsrechtlicher Schutzpositionen	32
II.8) „Linux-Klauseln“	34
II.9) Unabdingbares Zweitverwertungsrecht bei wissenschaftlichen Publikationen (Open-Access-Klausel)	35
II.10) Gesetzliche Rückrufs- oder Kündigungsrechte	38
III) Schlussbemerkung	40

I) Einführung

Während das materielle Urheberrecht in den meisten Ländern, zumindest der westlichen Welt, sehr weit entwickelt ist, wurde das Urhebervertragsrecht in vielen Ländern und auf europäischer Ebene bis dato stark vernachlässigt. Dabei handelt es sich um eine äußerst wichtige Säule des Urheberrechts. Seit eh und je überlassen viele professionelle Kreativschaffende ihre Werke zur wirtschaftlichen Auswertung Verwertern. Programmierer arbeiten im Auftrag von Softwareunternehmen, Romanautoren lassen ihre Werke von Verlagen veröffentlichen, Journalisten schreiben für Zeitungsverlage und Übersetzer für Buchverlage. Um zur Vermarktung urheberrechtlich geschützter Werke befugt zu sein, benötigen die Verwerter abgeleitete (Nutzungs-)Rechte. Sie werden ihnen von den Urhebern durch Verträge übertragen. Je nachdem, wie weit diese Rechteübertragung geht, werden hierdurch die Urheber selbst mehr oder weniger vollständig von der Nutzung ihres Werkes ausgeschlossen. Das kann soweit führen, dass durch so genannte Buy-out-Verträge umfassende, exklusive Nutzungsrechte gegen eine Pauschalvergütung abgetreten werden. Bei solchen Vereinbarungen profitiert der Urheber von seinem Urheberrecht nur in Form der Einmalzahlung. Der weitere wirtschaftliche Erfolg oder Misserfolg entzieht sich seinen Einfluss- und Partizipationsmöglichkeiten. Wie weit das Urheberrecht reicht, ob es gesetzlichen Einschränkungen unterworfen ist, ob es für lange oder kurze Dauer oder gar schrankenlos gewährt wird, spielt für den Urheber dann keine Rolle mehr.

In solchen Konstellationen ist das Urhebervertragsrecht für die meisten Urheber ein weitaus wichtigeres Instrument als die Schutzrechte selbst. Denn in aller Regel stellen sich die Marktverhältnisse für viele Urheber so dar, dass sie auf den Umfang der auf ihre Vertragspartner übertragenen Rechte oder ihr Honorar wenig bis gar keinen Einfluss ausüben können. In den meisten Branchen herrscht zwischen Urheber und Verwerter ein erhebliches Verhandlungsungleichgewicht¹. Während angestellte Urheber in der Regel zumindest noch über ihr Gehalt verhandeln können (meist aber nicht über Art und Umfang der an ihren Arbeitsergebnissen zu übertragenen Nutzungsrechte), diktieren die Unternehmen im Verhältnis zu freischaffenden Kreativen zumeist sowohl Preise als auch Bedingun-

¹ So bereits der „Professorenentwurf“, an dem sich die Reform des deutschen Urhebervertragsrechts im Jahr 2002 orientierte, siehe <http://www.urheberrecht.org/UrhGE-2000/download/entwurf.pdf>, S. 22 ff.

gen. Wer sich dem nicht unterwirft und sich weigert, Vertragsbedingungen oder Vergütungssätze zu akzeptieren, setzt sich der Gefahr aus, keine Aufträge mehr zu bekommen.

Diese Marktsituation realisiert sich häufig darin, dass die Urheber sehr weit gehende, zum Teil über die schließlich tatsächlich vorgenommenen Verwertungsformen hinausgehende, Nutzungsrechte übertragen und im Gegenzug geringe Honorare akzeptieren müssen. Ein Dilemma, das vor allem bei freien Journalisten und Literaturübersetzern seit langem bekannt ist.

Das Urhebervertragsrecht dient (u. a.) dazu, diese ungleichen Kräfteverhältnisse auf den Kreativmärkten auszugleichen. Durch gezielte Einschränkungen der Vertragsfreiheit schützt es die Schöpfer davor, unfaire Vertragsbedingungen zu akzeptieren, gegen die sie sich ansonsten nicht zur Wehr setzen könnten. Zudem soll es den Kreativschaffenden eine gerechte Beteiligung an den Einnahmen garantieren, die mit der Verwertung ihrer Werke erzielt werden. Kurzum: Das Urhebervertragsrecht dient dazu, die typische strukturelle Unterlegenheit des Urhebers im Verhältnis zum Verwerter auszugleichen.

Urhebervertragsrechtliche Regelungen wirken sich auf den Ausgleich der Interessen von Urhebern und Verwertern nicht unwesentlich aus. Als ein paternalistisches Instrument sind sie sorgfältig auszutarieren, da sich übermäßige Beschränkungen der Dispositionsfreiheit unverhältnismäßig auf die Interessen einer oder gar beider Seiten auswirken können. Zu beachten ist zudem, dass sich die Funktionsweisen der Branchen und deren Gepflogenheiten zum Teil erheblich unterscheiden, was sich regelmäßig auch auf die Branchenübung in Bezug auf die vertraglichen Verhältnisse zwischen Schöpfern und Verwertern auswirkt. All dies ist zu beachten, um Über- und Fehlregulierungen durch urhebervertragsrechtliche Bestimmungen zu vermeiden.

In dieser Untersuchung werden Empfehlungen entwickelt, wie ein Urhebervertragsrecht im österreichischen Urheberrecht in wesentlichen Zügen ausgestaltet werden könnte.

Bis heute ist das österreichische Urhebervertragsrecht kaum ausgeprägt². Der deutsche Gesetzgeber hat dagegen bereits im Jahr 2002 durch das „Gesetz zur

² Walter, Urheberrechtsgesetz UrhG '06 – VerwGesG 2006 Einleitung XXVII ff.

Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern“³ (nachstehend: Stärkungsgesetz) ein ausdifferenziertes Urhebervertragsrecht eingeführt⁴. Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, sich bei einer Neuordnung des Urhebervertragsrechts in Österreich an den deutschen Regelungen zu orientieren und sich hierbei die langjährigen Erfahrungen zunutze zu machen. Diese haben gezeigt, dass sich manche der in Deutschland gefundenen Lösungen bewährt haben, andere jedoch erneute Anpassungen benötigen, um die gesetzten Ziele erreichen zu können.

Auf diesen Überlegungen basiert der Aufbau der Untersuchung. Zunächst sollen die einzelnen – zentralen – Elemente des deutschen Urhebervertragsrechts kurz dargestellt werden⁵. Im Anschluss werden die – positiven und/oder negativen – Effekte des jeweiligen in Deutschland gewählten Lösungsansatzes analysiert und soweit erforderlich, ein Vorschlag zur Optimierung unterbreitet.

Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Die Untersuchung beschränkt sich auf die Darstellung und Analyse von urhebervertragsrechtlichen Regelungsansätzen auf der Grundlage der im deutschen Urhebervertragsrecht gefundenen Lösungen. Eine Vereinbarkeit von etwaig kollidierenden Rechtsnormen wie Verfassungs- oder Kartellrecht, europarechtlichen oder internationalen Vorgaben kann in diesem Rahmen ebenso wenig erfolgen wie eine eingehende Prüfung der Vereinbarkeit einzelner Details mit dem österreichischen Rechtsrahmen.

³ BGBl. 2002, Nr. 21, S. 1155 ff.

⁴ Auch in anderen Gesetzesreformen (z. B. dem sog. Zweiten Korb) wurden urhebervertragsrechtliche Regelungen neu eingeführt oder verändert, wie z. B. die Neuregelung zu Verträgen über unbekanntete Nutzungsarten (§ 31 Abs. 4 UrhG alt, §§ 31a, 32c, 137I UrhG neu).

⁵ Es ist nicht möglich, im Rahmen dieser Untersuchung alle denkbaren Aspekte eines Urhebervertragsrechts darzustellen oder gar eingehend zu analysieren. Daher beschränkt sie sich auf die wesentlichen Punkte. Im Übrigen ist auf die Ausführungen von Walter (s. o., Fn. 2 und unten Fn. 96) zu verweisen, der bereits verschiedentlich Vorschläge für eine Reform des österreichischen Urhebervertragsrechts erarbeitet hat.

II) Wesentliche Regelungsaspekte des Urhebervertragsrechts

II.1) Beteiligungsgrundsatz

Der Beteiligungsgrundsatz stellt seit jeher einen wesentlichen Grundsatz des deutschen Urheberrechts dar. Ausdrücklich in das Urheberrechtsgesetz (UrhG) aufgenommen wurde er indes erst durch das Stärkungsgesetz im Jahr 2002. In diesem Zuge wurde § 11 UrhG durch einen Satz 2 ergänzt, der nunmehr lautet: „Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. *Es dient zugleich einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.*“

Bei der Formulierung handelt es sich zunächst um einen programmatischen Leitsatz ohne unmittelbare Regelungswirkung. Seine Ausprägung als konkretes subjektives Recht erfährt der Beteiligungsgrundsatz durch den Anspruch auf angemessene Vergütung in § 32 UrhG (s. u.). Dennoch soll § 11 Satz 2 UrhG einen regulativen Zweck erfüllen. Ausweislich der Gesetzesbegründung⁶ soll die Formulierung als Wertungsaspekt bei AGB-rechtlichen Fragen herangezogen werden. Hierzu heißt es:

„Sie [§ 11 S. 2] vervollständigt das Programm des Urheberrechtsgesetzes und ermöglicht es der Rechtsprechung, die Vorschriften des Gesetzes – auch im Rahmen der AGB-Kontrolle – nach diesem Normzweck auszulegen, denn das Prinzip der angemessenen Vergütung hat künftig Leitbildfunktion. Damit gewährt das Urheberrecht lückenlosen Schutz: § 32 und § 32a sichern die angemessene Vergütung dort, wo eine Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht möglich ist (§ 8 AGBG bzw. § 307 Abs. 3 BGB in der ab 1. Januar 2002 geltenden Fassung). Im Übrigen ist nach § 11 Satz 2 im Rahmen der AGB-Kontrolle das Prinzip der angemessenen Vergütung als wesentlicher Grundgedanke des Urheberrechts zu achten.“

Literaturstimmen entnehmen dem, dass das Prinzip der angemessenen Vergütung Leitbildfunktion hat und daher im Rahmen der AGB-Kontrolle als wesentli-

^{*} Soweit Paragraphen in der Untersuchung des „UrhG“ genannt werden, handelt es sich um die Regelungen des deutschen Urheberrechts. Bei Paragraphen aus dem österreichischen Urheberrechtsgesetz erfolgt der Zusatz „UrhG Österr“.

⁶ BT-Drcks. 14/8058, S. 18.

cher Grundgedanke des Urheberrechts zu beachten ist⁷. Ob und in welchen Fällen dieser Effekt tatsächlich erreicht werden kann, mag fraglich sein⁸. Zumindest symbolisch und als Programmsatz dürfte eine positivrechtliche Abfassung des Beteiligungsgrundsatzes indes einige Bedeutung haben. Insofern ist dem deutschen Gesetzgeber zuzustimmen, wenn er in den Gesetzesmotiven schreibt, dass hiermit das Programm des Urheberrechtsgesetzes (genauer: des Urhebervertragsrechts) vervollständigt wird (s. o.). Denn die Formulierung bringt die klare Haltung des Gesetzgebers hinsichtlich einer wesentlichen Funktion des Urheberrechts zum Ausdruck.

II.2) Anspruch auf angemessene Vergütung

II.2.1) Darstellung

Eine der großen Errungenschaften des Stärkungsgesetzes war die Einführung des Anspruchs auf angemessene Vergütung in § 32 UrhG. In dessen Absatz 1 heißt es:

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

Wie gesagt handelt es sich hierbei um die Umsetzung des Beteiligungsgrundsatzes in Form eines subjektiven Rechts und damit dessen logische Konsequenz.

Der Anspruch auf angemessene Vergütung ermöglicht es, die dem Urheber für die Abtretung seiner Rechte gezahlte Vergütung aus der *ex ante* Sicht (zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁹) zu überprüfen. Sein wichtigster Bestandteil ist in Satz 3 geregelt, der auch die eigentliche Innovation des Anspruchs auf angemessene

⁷ Dreier/Schulze-Schulze, UrhG, 3. Auflage 2008, § 11, Rn. 8.

⁸ So hat der BGH in einer Entscheidung über die Wirksamkeit der Honorarregelungen (Text/Bild) für freie Journalistinnen und Journalisten an Zeitungen sowie Zeitschriften Axel Springer AG entschieden, dass § 11 Satz 2 UrhG im Rahmen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht als Beurteilungsmaßstab herangezogen werden kann (siehe BGH, GRUR 2012, 1031 ff. (z. B. Abs. 21, 29) – Honorarbedingungen Freie Journalisten).

⁹ Schricker-Loewenheim/Schricker-Haedicke, Urheberrecht, 4. Auflage 2010, § 32, Rn. 27.

sene Vergütung darstellt¹⁰. Haben Urheber und Verwerter eine Vergütung vereinbart, die zu gering – also nicht angemessen – ist, kann der Urheber vom Vertragspartner verlangen, dass der Vertrag angepasst wird.

Das bedeutet nicht, dass der Urheber in jedem Fall eine hohe oder auch nur überhaupt eine Vergütung beanspruchen kann. Schon der Gesetzgeber hat klargestellt¹¹, dass die angemessene Vergütung auch Null betragen kann¹², sofern sich dies aus den Umständen ergibt. Ein absoluter Schutz gegen die nichtvergütete Verwertung ist dem Anspruch auf angemessene Vergütung daher ebenso wenig zu entnehmen, wie ein generelles Verbot von Einmalhonoraren oder Total-buyout-Verträgen¹³.

Der Anspruch auf angemessene Vergütung nach deutschem Urheberrecht ist nicht als gesetzlicher Zahlungsanspruch ausgestaltet. Der Vergütungsanspruch ergibt sich vielmehr weiterhin nur aus dem Vertrag. Dem Urheber steht (sofern die vertraglich vereinbarte Vergütung unangemessen niedrig ist) lediglich ein „Vertragsanpassungsanspruch“ zu, über den er eine höhere Vergütung notfalls einklagen kann.

Besteht ein Anpassungsanspruch weil der Urheber nicht angemessen vergütet wird, richtet er sich (ausschließlich) gegen seinen Vertragspartner, also denjenigen, der unmittelbar vom Urheber die jeweiligen Nutzungsrechte erworben hat. Dies gilt auch, wenn das Nutzungsrecht vom Verwerter mittlerweile weiterübertragen wurde oder er Dritten Unterlizenzen eingeräumt hat. Der Urheber kann spätere Lizenznehmer oder die Inhaber von Unterlizenzen nicht auf Vertragsanpassung in Anspruch nehmen, weil er mit ihnen keinen Vertrag geschlossen hat, den man anpassen könnte.

§ 32 UrhG sieht mithin keine Dritthaftung vor, ebenso wenig einen ergänzenden außervertraglichen Zahlungsanspruch gegen Dritte. Lediglich für den Fall, dass

¹⁰ Satz 1 gibt nur die Selbstverständlichkeit wider, dass der Urheber auf die vertraglich vereinbarte Vergütung hat. In Satz 2 der Regelung geht es um den Fall, dass vertraglich keine Vergütungsabrede getroffen wurde. Ist dies der Fall, gilt eine angemessene Vergütung als vereinbart.

¹¹ Siehe die Ausführungen im Regierungsentwurf zum Stärkungsgesetz, BT-Drcks. 14/6433, S. 14 f.

¹² Als Beispiel wird der Verlag von Dissertationen in kleiner Auflage genannt, „der sich angesichts von Kosten und Absatzmöglichkeiten nur mit Hilfe eines Druckkostenzuschusses bewerkstelligen lässt.“

¹³ So zuletzt ausdrücklich der BGH, GRUR 2012, 1031 ff., Abs. 21 – Honorarbedingungen Freie Journalisten, ebenso BGH ZUM 2010, 48/51 – Talking to Addison und auch schon der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung (BT-Drcks. 14/8058, S. 20).

der Urheber einer Übertragung seiner Nutzungsrechte nicht ausdrücklich zugestimmt hat (was nach § 34 Abs. 1 UrhG Voraussetzung für eine Weiterübertragung von Nutzungsrechten ist), kann er den Dritten als Gesamtschuldner auf die angepasste Vergütung in Anspruch nehmen, nachdem er seinen Vertragsanpassungsanspruch gegenüber seinem Vertragspartner durchgesetzt hat¹⁴.

In dieser reinen *inter partes* Wirkung des Anpassungsanspruchs liegt der wohl maßgebliche Unterschied gegenüber dem zunächst von der Bundesregierung geplanten gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung. Die Bundesregierung hatte – basierend auf dem sog. Professorenentwurf¹⁵ – im Regierungsentwurf vorgeschlagen, einen gesetzlichen Anspruch einzuführen, der direkt auf Zahlung der angemessenen Vergütung gerichtet war (nicht nur auf Anpassung des Vertrags). Nach dieser Entwurfsfassung sollte es in § 32 UrhG heißen¹⁶:

„Der Urheber hat Anspruch auf eine nach Art und Umfang der Werknutzung angemessene Vergütung und auf die zu ihrer Geltendmachung erforderlichen Auskünfte. Die Ansprüche richten sich gegen jeden, der aufgrund eines vom Urheber eingeräumten Nutzungsrechts oder einer Erlaubnis des Urhebers ein Werk nutzt.“

Ein solcher Anspruch unterscheidet sich in zweierlei Hinsicht von dem vom Bundestag letztlich verabschiedeten Vertragsanpassungsanspruch. Zum einen kann der Urheber hiernach unmittelbar Zahlung verlangen und muss nicht den Weg über einen Vertragsanpassungsanspruch gehen, um zu seinem Recht auf angemessene Vergütung zu kommen¹⁷. Zum anderen hat ein gesetzlicher Zahlungsanspruch über das Verhältnis *inter partes* hinausgehende Drittwirkung gegen jeden, der das Werk wirtschaftlich auswertet. Der Urheber könnte also auch von Lizenznehmern oder späteren Lizenzern seines Vertragspartners eine angemessene Vergütung verlangen. Würde beispielsweise ein Zeitschriftenverlag die von freien Journalisten eingekauften Artikel zur Zweitverwertung einem Onli-

¹⁴ Kreuzer: „Arbeit 2.0 - Urheberrecht und kreatives Schaffen in der digitalen Welt“ (2008), <http://irights.info/fileadmin/texte/material/Abschlussbericht.pdf>, S. 301.

¹⁵ Fundstelle s. o., Fn. 1.

¹⁶ Regierungsentwurf zum „Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern“ vom 26.6.2001, BT-Drcks. 14/6433, S. 3, URL: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/064/1406433.pdf>.

¹⁷ Die Bedeutung dieses Unterschieds sollte indes nicht überschätzt werden. Jedenfalls nach deutschem Zivilprozessrecht und in Bezug auf bereits fällige Zahlungen, können Vertragsanpassungsanspruch und Zahlungsanspruch verbunden, also gemeinsam in einem Verfahren geltend gemacht werden (BGH NJW 1991, 3150/3151 - Horoskop-Kalender). Der Urheber muss also nicht zwei Prozesse führen und zunächst vor Gericht auf Vertragsanpassung klagen und dann, wenn er gewinnt, die geschuldete erhöhte Zahlung einklagen.

ne-Dienstanbieter überlassen, könnten die Autoren auch diesen auf eine Vergütung in Anspruch nehmen, wenn sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der Urheber für deren Nutzung nicht angemessen vergütet wird.

Bei einem Vertragsanpassungsanspruch ist das naturgemäß nicht möglich. Hier muss sich der Urheber immer an seinen Vertragspartner halten. Ist dieser zum Beispiel nicht mehr existent, etwa weil das Unternehmen insolvent ist oder sonst wie liquidiert wurde, hat er das Nachsehen.

II.2.2) Analyse und Kritik

Die Einführung eines Anspruchs auf angemessene Vergütung ist generell ein wichtiger Schritt in Richtung eines effizienten Urhebervertragsrechts. Dennoch: Die im deutschen Recht gewählte Konstruktion dieses Anspruchs begegnet auch einiger Kritik. Diese bezieht sich in erster Linie auf die Durchsetzbarkeit und die Verfahren zur Festlegung der angemessenen Vergütung (s. u. zu § 36 UrhG).

Daneben wurde in jüngster Zeit in Form eines von der Partei „Die Linke“ vorgelegten Änderungsvorschlags zum Urhebervertragsrecht auch die Konstruktion des Vertragsanpassungsanspruchs infrage gestellt¹⁸. Hierin wird gefordert, sich auf die früheren Entwürfe des Stärkungsgesetzes zurückzubedenken und den Vertragsanpassungsanspruch in einer weiteren Urhebervertragsrechtsreform in einen gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung umzuwandeln. Seinerzeit hatte der Gesetzgeber¹⁹ dies mit folgender Begründung abgelehnt²⁰:

„Dieses Konzept ist bei Verwertern und Bundesländern auf Kritik gestoßen, die zudem darauf hinwiesen, dass sich aus dem Nebeneinander von vertraglichem und gesetzlichem Vergütungsanspruch in der Praxis Probleme ergeben könnten.“

Näher erläutert wurde dies nicht, auch der Änderungsvorschlag der Partei „Die Linke“ enthält keine eingehende Begründung dafür, warum man einen gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung einem Vertragsanpassungsanspruch vorzieht.

¹⁸ Gesetzesentwurf vom 17.10.2012, abrufbar unter: <http://www.petrasitte.de/fileadmin/lcmspetrasitte/Bilder/csdhalle2010/LINKE%20GE%20Urhebervertragsrecht%20121016.pdf>. Siehe die Ausführungen zu § 32 auf S. 8 f. des Dokuments.

¹⁹ Der Bundestag wurde seinerzeit durch eine Koalition aus SPD und den Grünen (rot-grün) angeführt.

²⁰ Siehe die Beschlussempfehlung des Bundestages, BT-Drcks. 14/8058, S. 18.

Letztlich halten sich Vor- und Nachteile von Vertragsanpassungsanspruch und gesetzlichem Vergütungsanspruch m. E. die Waage, so dass es hierauf nicht entscheidend ankommen wird. Auf der einen Seite hat ein gesetzlicher Zahlungsanspruch aus Sicht des Urhebers gegenüber dem Vertragsanpassungsanspruch den Vorteil, dass er sich auch gegen Dritte richtet, die sein Werk aufgrund einer vom Vertragspartner des Urhebers abgeleiteten Lizenz nutzen. Bezieht sich der Anspruch jedoch nicht auf Einmal-, sondern um wiederkehrende Zahlungen, die dem Urheber aufgrund eines Dauerschuldverhältnisses²¹ zustehen, kann der Vertragsanpassungsanspruch Vorteile haben²².

Im Übrigen kann der Rechtsfrieden durch einen direkten Zahlungsanspruch gegen jeden Nutzer (also auch solche, die mit dem Urheber nicht in vertraglicher Verbindung stehen) erheblich gestört werden. Unterlizenznehmer, Rechtsnachfolger oder Nacherwerber des Erstverwerters wären in dieser Konstellation Ansprüchen des Urhebers auf Zahlungen ausgesetzt, vor denen sie sich nicht schützen könnten²³.

Direkte Zahlungsansprüche könnten zudem gerade in komplexen Verwertungskonstellationen (z. B. ein Lizenznehmer, mehrere Unterlizenznehmer) für alle Parteien (auch die Urheber) zu Rechtsunsicherheiten und zusätzlichem Aufwand bei der Rechtsdurchsetzung führen. Es ist zumindest nicht auszuschließen, dass sich nicht angemessen vergütete Urheber mit einer Mehrzahl an Anspruchsgegnern auseinandersetzen müssten, um insgesamt zu ihrer angemessenen Vergütung zu kommen. In Konstellationen, in denen die Unangemessenheit seiner Vergütung aus einer Mehrfachauswertung seines Werkes durch verschiedene Verwerter (z. B. Lizenznehmer, Unterlizenznehmer) herrührt, könnte der Urheber die Differenz zwischen unangemessener und angemessener Vergütung von jedem einzelnen

²¹ Ein Beispiel sind v. a. regelmäßige Lizenzzahlungen aus vertraglich auf längere Zeit vereinbarten Beteiligungsansprüchen.

²² Hierauf wies schon der Gesetzgeber in der Beschlussempfehlung hin, siehe BT-Drcks. 14/8058, S. 18: „Der Urheber hat einen Anspruch auf die Korrektur der vertraglichen Abrede, was insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen besondere Bedeutung, erlangt, denn mit einem nur auf Zahlung gerichteten Anspruch wäre dem Urheber nicht gedient. Der Korrekturananspruch ist bei Dauerschuldverhältnissen insbesondere darauf gerichtet, die angemessene Vergütung über die gesamte Laufzeit des Vertrages sicherzustellen, vor allem dann, wenn Vertragsschluss und Nutzungshandlung einige Zeit auseinander liegen.“

²³ Etwaig hiermit einhergehende Schäden könnte der Vertragspartner des Erstverwerters nur im Wege des Regresses verlangen, wofür häufig ein weiterer Rechtsstreit notwendig sein wird.

Verwerter nur in der Höhe verlangen, die aus dessen Teilverwertung resultiert²⁴. Im Ergebnis müsste der Urheber also mehrere Auseinandersetzungen mit verschiedenen Verwertern führen.

Bei einem Vertragsanpassungsanspruch ist dies hingegen nicht erforderlich. Hier wird die Verwertung (durch den Erstverwerter und all seine Vertragspartner) einer Gesamtschau unterzogen und die Angemessenheit der Vergütung auf deren Basis berechnet. Der Urheber kann deren Zahlung in voller Höhe unmittelbar von seinem Vertragspartner verlangen.

Im Ergebnis stellt sich m. E. der in Deutschland vorgesehene Anspruch auf angemessene Vergütung als richtiger Ansatz zur Lösung des Problems dar, die Einkommenssituation v. a. für freischaffende Urheber und Urheberinnen zu verbessern. Auch der Umstand, dass § 32 UrhG kein rigoroses Verbot von Total-buyout-Verträgen oder pauschalen Vergütungen für die Übertragung von Nutzungsrechten anordnet, ändert an dieser Einschätzung nichts. Derartig schwerwiegende Eingriffe in die Vertragsfreiheit würden die vielfältigen Erfordernisse der unterschiedlichen Verwertungskonstellationen ignorieren. Ein Ergebnis eines rigorosen Verbots von Total-buyout-Verträgen könnte z. B. sein, dass manche Veröffentlichungen nicht mehr vorgenommen werden, weil sie wirtschaftlich für die Verwerter nicht mehr tragbar sind²⁵.

²⁴ So wäre die Rechtslage etwa bei (deliktischen) Schadensersatzansprüchen, bei denen der Geschädigte von einem Schädiger nur den Teil des Schadens ersetzt verlangen kann, den er verursacht hat. Würden weitere Teile des Gesamtschadens von anderen Schädigern verursacht, müsste sich der Geschädigte für deren Ausgleich an diese wenden. Auch im Rahmen des Durchgriffsanspruchs auf Dritte nach § 32a UrhG hat bei einer Mehrzahl von Verwertern jeder nur für das einzustehen, was er im Rahmen seiner Berechtigung erzielt. Jede einzelne Vereinbarung ist im Verhältnis zum Urheber auf ihre Angemessenheit zu untersuchen, siehe Schricker/Loewenheim-Schricker-Haedicke, § 32a, Rn. 33.

²⁵ Das zeigt sich etwa an dem auch vom deutschen Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung genannten Beispiel der Verlagsveröffentlichung von Dissertationen und anderen hochspezialisierten Fachpublikationen. Solche in Kleinstauflagen publizierten Werke bedeuten für die Verlage (jedenfalls soweit sie in gedruckter Form erfolgen) ein Zuschussgeschäft. Müsste für solche Publikationen zusätzlich noch eine Autorenvergütung gezahlt werden, bestünde die Gefahr, dass sie nicht mehr vorgenommen werden. Auch ein Verbot von Pauschalzahlungen zugunsten von obligatorischen Beteiligungsansprüchen an den Einnahmen wäre für machen Branchen höchst problematisch. In vielen Fällen können Beteiligungsansprüche aus wirtschaftlichen und administrativen Gründen nicht gezahlt werden. Gerade bei Multiautorenwerken (z. B. Software oder Filmen) sind Pauschalzahlungen zumeist üblich, da schwerlich vorstellbar ist, dass jeder der vielen beteiligten Urheber zwingend einen Teil der Einnahmen beanspruchen kann, vgl. hierzu Homburg, Gutachten über die Betriebswirtschaftlichen Auswirkungen möglicher Veränderungen der Honorarsituation in Verlagen als Folge der Urheberrechtsnovellierung (2003), http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Gutachten_Prof_Homburg_Honorarsituation_in_Verlagen_als_Folge_der_Urheberrechtsnovellierung.pdf. Im Übrigen dürfte es auch vielen Urheber

II.3) Festlegung der angemessenen Vergütung durch gemeinsame Vergütungsregeln

Wesentlich wichtiger als die Anspruchskonstruktion ist die Frage, wie angemessene Vergütungen bemessen und durchgesetzt werden können. Für die Relevanz und den Nutzen des Anspruchs auf angemessene Vergütung für die Urheber ist es entscheidend – das hat sich an den Erfahrungen mit dem deutschen Recht insbesondere gezeigt –, dass es funktionierende Mechanismen gibt, die angemessene Vergütung kollektiv festzulegen. Ist dies nicht der Fall, gibt man den Urhebern Steine statt Brot. Denn dann sind sie darauf angewiesen, ihre Ansprüche individuell durchzusetzen, m. a. W.: ihre Arbeit- und Auftraggeber zu belangen und notfalls zu verklagen. Angesichts des Umstands, dass sich der Anspruch auf angemessene Vergütung insbesondere aufgrund der Abhängigkeit der Urheber von den Verwertern rechtfertigt, wird das gesamte Regelwerk ad absurdum geführt, wenn eine solche Situation entsteht.

II.3.1) Gemeinsame Vergütungsregeln und Streitschlichtungsmechanismen nach §§ 36, 36a UrhG – Darstellung

Dies hat auch der deutsche Gesetzgeber erkannt. Da eine gesetzliche Festlegung der jeweils für einzelne Nutzungsformen und Branchen angemessenen Vergütung angesichts der Vielzahl denkbarer und realer Konstellationen nicht praktikabel ist, hat man sich für eine selbstregulative Lösung entschieden.

Nach § 36 UrhG sollen Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern gemeinsame Vergütungsregeln aufstellen, um die Angemessenheit von Vergütungen zu bestimmen. Die Regelung korrespondiert mit § 32 Abs. 2 Satz 1 UrhG, wonach eine nach einer gemeinsamen Vergütungsregel ermittelte Vergütung (zwingend) angemessen ist²⁶. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht einigen können, sehen die §§ 36 Abs. 3, 36a UrhG ein Streitschlichtungsverfahren vor. Jede Partei kann hiernach unter bestimmten Umständen verlangen, ein Schlichtungsverfahren durchzuführen.

bern lieber sein, eine (relativ hohe) einmalige Zahlung zu erhalten als dauerhaft Kleinbeträge aus Beteiligungen.

²⁶ Noch im Regierungsentwurf für das Stärkungsgesetz war vorgesehen, dass die Angemessenheit der in gemeinsamen Vergütungsregeln festgelegten Sätze nur vermutet werden sollte. Die Vermutung hätte also im Einzelfall widerlegt werden können. Ein Verwerter hätte etwa behaupten und begründen können, dass eine niedrige Vergütung aufgrund der speziellen Konstellation angemessen ist, als in der Vergütungsregel festgelegt wurde. Der Gesetzgeber hat sich gegen diese Variante entschieden, um die Rechtssicherheit zu erhöhen.

Nachdem § 36 UrhG nunmehr seit zehn Jahren in Kraft ist, muss man konstatieren, dass der deutsche Ansatz – in seiner konkreten Form – gescheitert ist. Lediglich in drei Teilbranchen wurden bis heute gemeinsame Vergütungsregeln verabschiedet²⁷. Zahllose – teils jahrelang geführte – Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln blieben ohne Erfolg²⁸.

Dabei besteht kein Anlass zu der Annahme, dass der selbstregulative Ansatz des § 36 UrhG an sich ungeeignet ist, eine kollektive Festlegung der angemessenen Vergütung zu realisieren. Problematisch erscheint vielmehr u. a., dass es dem deutschen Lösungsansatz an Verbindlichkeit fehlt. Dieses und andere Defizite der deutschen Lösung werden nachstehend untersucht²⁹.

II.3.2) Kritikpunkt 1: Aktiv- und Passivlegitimation

Als ein entscheidender Faktor für das Zustandekommen gemeinsamer Vergütungsregeln hat sich die Aktiv- und Passivlegitimation erwiesen. Mit anderen Worten ist es von erheblicher Bedeutung, welche Parteien an solchen Vergütungsverhandlungen teilnehmen können und müssen.

²⁷ Diese betreffen die Vergütung von Belletristik-Schriftstellern, freien Tageszeitungsjournalisten und Drehbuchautoren, siehe die Bestandsaufnahme im Gesetzesentwurf der Partei „Die Linke“ (Fundstelle, s. o., Fn. 18), S. 10 und die Ausführungen von Kreuzer im Abschlussbericht des Forschungsprojekts „Arbeit 2.0 - Urheberrecht und kreatives Schaffen in der digitalen Welt“ (2008), <http://irights.info/fileadmin/texte/material/Abschlussbericht.pdf>, S. 295 ff.

²⁸ Schon im Jahr 2007 statuierte die Enquete-Kommission des Bundestages „Kultur in Deutschland“ in ihrem Abschlussbericht (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/070/1607000.pdf>, S. 265 f.): *„Die Enquete-Kommission stellt fest, dass fünf Jahre nach Inkrafttreten des „Gesetzes zur Verbesserung der vertraglichen Stellung der Urheber und Leistungsschutzberechtigten“, noch keine für eine Branche allgemein verbindliche Vereinbarung über angemessene Vergütung geschlossen wurden. Im Bereich Belletristik wurde zwischen einzelnen Verlagen und dem Verband deutscher Schriftsteller eine Vereinbarung über eine angemessene Vergütung getroffen. Eine Vereinbarung mit einer Vereinigung von Werknutzern kam nicht zustande. ... Die Enquete-Kommission, die diesen Prozess intensiv verfolgt hat, zieht daraus den Schluss, dass sich das Gesetz im Hinblick auf §§ 36, 36 a UrhG in der vorliegenden Form nicht bewährt hat.“* Sie empfahl der Bundesregierung, *„erneut zu prüfen, mit welchen Regelungen und Maßnahmen im Urhebervertragsrecht eine angemessene, an die wirtschaftlichen Verhältnisse angepasste Vergütung für alle Urheber und ausübenden Künstler erreicht werden kann, da die bisherigen Regelungen im Urhebervertragsgesetz unzureichend sind.“* Auch die Enquete-Kommission „Internet und Gesellschaft“ kam in ihrem Zwischenbericht zum Urheberrecht aus dem Jahr 2011 zu dem Ergebnis, dass es bei der Umsetzung des Anspruchs auf angemessene Vergütung noch Defizite gäbe (BT-Drcks. 17/7899 http://www.bundestag.de/internetenquete/dokumentation/Urheberrecht/11-11-23_PGUR_Zwischenbericht_Urheberrecht.pdf, S. 45).

²⁹ Eine vollständige Übersicht über die Nachteile der deutschen Lösung und Änderungsmöglichkeiten würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Hinsichtlich weiterer, hier nicht angesprochener, Aspekte sei daher auf die ausführliche und überzeugende Analyse der §§ 36, 36a UrhG von Spindler verwiesen (ZUM 2012, 921 ff.).

Nach § 36 Abs. 1 UrhG werden die gemeinsamen Vergütungsregeln von „Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern“ aufgestellt. Nach Absatz 2 müssen die Vereinigungen „repräsentativ, unabhängig und zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ermächtigt sein.“

Was diese unbestimmten Rechtsbegriffe im einzelnen bedeuten, ist bis heute weitgehend ungeklärt und umstritten³⁰. So wird zum Beispiel teilweise vertreten, die Ermächtigung der Vereinigung müsse durch einen ausdrücklichen Auftrag in der Satzung festgelegt sein oder im Einzelfall beschlossen werden³¹. Teilweise wird es für ausreichend gehalten, wenn die Aufstellung von Regeln nach § 36 UrhG zu den allgemeinen satzungsgemäßen Aufgaben der Vereinigung gerechnet werden kann³².

Aus der vieldeutigen Formulierung ergibt sich das Problem, dass in der Regel unklar ist, welche Vereinigungen über gemeinsame Vergütungsregeln verhandeln müssen bzw. in ein Schlichtungsverfahren gezwungen werden können³³. Eine verbindliche, abstrakte Festlegung und Registrierung der Verbände und Vereinigungen, etwa durch eine unabhängige Stelle, ist nicht vorgesehen, nicht einmal eine verbindliche Feststellungsbefugnis der Schlichtungsstelle³⁴.

Was durch diese mangelnde Verbindlichkeit ausgelöst wird, hat sich an einem Beispiel deutlich gezeigt: Im Jahr 2002 forderte die Gewerkschaft Verdi den Spitzenverband der Buchbranche (Börsenverein des Deutschen Buchhandels) auf, über gemeinsame Vergütungsregeln für Übersetzer zu verhandeln. Im Börsenverein sind mehr als 2000 deutsche Verlage organisiert, Verdi vertrat über 1.000 Literaturübersetzer. Der Börsenverein erklärte sich für unzuständig³⁵ und verwies

³⁰ Siehe die Analyse von Spindler, Reformen der Vergütungsregeln im Urhebervertragsrecht (Gutachten im Auftrag der SPD-Fraktion im deutschen Bundestag), ZUM 2012, 921/922 f. Der Gesetzgeber hat dieses Problem offenbar nicht erkannt. Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine weiteren Hinweise darauf, welche Vereinigungen aktiv- bzw. passivlegitimiert sein sollen.

³¹ Dreier/Schulze-Schulze, § 36 UrhG Rn. 23.

³² Dreyer/Kotthoff/Meckel-Kotthoff, Urheberrecht, 2. Auflage 2008, § 36 UrhG Rn. 20.

³³ Nach § 36 Abs. 3 Nr. 1 UrhG kann eine Partei von einer anderen Partei schriftlich verlangen, Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln aufzunehmen. Lässt sich die andere Partei nicht innerhalb von drei Monaten darauf ein, kann sie zu einem Schlichtungsverfahren gezwungen werden.

³⁴ Siehe Spindler, a. a. O. (s. o., Fn. 30), S. 931: „Nach derzeit verbreiteter Meinung soll allenfalls das OLG befugt sein, im Rahmen des Besetzungsverfahrens die fehlende Repräsentativität einer Vereinigung festzustellen, nicht aber die Schlichtungsstelle selbst.“

³⁵ Dies wurde von Gerichten bestätigt, die eine Klage zur Feststellung der Verhandlungsverpflichtung des Börsenvereins seitens Verdi abwiesen, siehe LG Berlin, ZUM 2006, 948.

darauf, dass solche Verhandlungen mit den „Verlegervereinigungen Belletristik und Sachbuch“ zu führen seien. Diese waren offenbar als BGB-Gesellschaften organisiert. In der Folge kam es auch zu Verhandlungen zwischen den Verlegervereinigungen und Verdi³⁶. Als jedoch absehbar wurde, dass die Verhandlungen scheitern würden, lösten sich die Verlegervereinigungen kurzerhand auf, so dass sie nicht in ein Schlichtungsverfahren gezwungen werden konnten³⁷.

Die Erfahrung hat also – wenig überraschend³⁸ – gezeigt, dass gerade Verwertervereinigungen regelmäßig wenig Interesse daran haben, gemeinsame Vergütungsregeln zu vereinbaren. Das Gesetz in seiner jetzigen Ausgestaltung leistet Verweigerungs- und Verzögerungstaktiken Vorschub, da es keinen Prozess vorsieht, die befugten (und verpflichteten) Vereinigungen verbindlich zu bestimmen. Hieran zeigt sich, dass selbstregulative Konzepte häufig nicht ohne Elemente der staatlichen Regulierung auskommen.

Um dieses Manko zu beheben, sollte das reine Selbstregulierungskonzept des § 36 UrhG in ein Konzept der „regulierten Selbstregulierung“ umgewandelt werden. Die vorgenannten und andere Schwierigkeiten könnten vermieden werden, wenn die nach § 36 UrhG legitimierten Stellen von einer staatlichen Regulierungsinstanz abstrakt und verbindlich festgelegt und registriert würden³⁹.

Eine Alternative läge darin, die Aktiv- und Passivlegitimation verbindlich zu Anfang des jeweiligen Schlichtungs- bzw. Schiedsverfahrens (s. hierzu sogleich) feststellen zu lassen⁴⁰. Eine solche Lösung hätte gegenüber der Registrierungsvariante den Vorteil, dass sich die Entscheidung konkreter auf die aktuellen Marktverhältnisse beziehen könnte. Ein Nachteil liegt indes darin, dass Schlichtungs- oder Schiedsverfahren erst nach dem Scheitern von – u. U. jahrelang andauernden – Verhandlungen geführt werden. Diese wären vergebens, wenn die Unzu-

³⁶ So Spindler, a. a. O. (s. o., Fn. 30), S. 930.

³⁷ Spindler, ebd. Zudem kann es vorkommen (und ist schon passiert), dass ein Verband Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln führt, die auch Urheber betreffen würden, die in dem Verband gar nicht organisiert sind. Spindler (a. a. O.) nennt hierfür ein Beispiel.

³⁸ Immerhin sollen die Vergütungsregeln dazu führen, dass die Verwerter mehr als bislang üblich an die Urheber bezahlen.

³⁹ Hierfür entscheidet sich letztlich auch Spindler, a. a. O., S. 931 f.. Die Zuständigkeit für dieses Verfahren könnte in Deutschland z. B. bei der Schiedsstelle am Patent- und Markenamt angesiedelt werden, siehe Spindler, a. a. O., S. 932.

⁴⁰ Der nach deutschem Recht jeweils ad hoc zu bildenden Schlichtungsstelle fehlt eine solche Prüfungskompetenz (s. o, Fn. 34), dies wäre in einer etwaigen österreichischen Regelung zu vermeiden,

ständigkeit eines Verhandlungspartners erst im Verfahren festgestellt würde. Insofern ist eine verbindliche Registrierung im Zweifel die bessere Lösung.

II.3.3) Kritikpunkt 2: Verbindlichkeit von Schlichtungsverfahren

Das gravierendste Manko der deutschen Regelung liegt darin, dass das zur Streitbeilegung vorgesehene Schlichtungsverfahren nur in einem Vorschlag der Schlichtungsstelle mündet. Diesem Vorschlag kann jede Partei nach § 36 Abs. 4 UrhG widersprechen, womit die Entscheidung hinfällig wird. Eine staatliche Entscheidungskompetenz, etwa für Gerichte oder andere Stellen, ist für solche Fälle nicht vorgesehen. Jahrelange Verhandlungen können sich damit als umsonst herausstellen. Enorme personelle Aufwände und Verfahrenskosten können durch eine einseitige Entscheidung, die keiner besonderen Begründung bedarf, vernichtet werden.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich seinerzeit entgegen des Regierungs- und des ursprünglichen „Professorenentwurfs“ gegen ein verbindliches Schieds- und für ein unverbindliches Schlichtungsverfahren entschieden. Ein wesentlicher Grund für diese Entscheidung lag ausweislich der Beschlussempfehlung offenbar darin, dass die Verwerter beteuerten, dass „Verbände oder einzelne Verwerter auch freiwillig zur Vereinbarung gemeinsamer Vergütungsregeln bereit seien.“⁴¹

Mittlerweile hat sich herausgestellt, dass diese freiwillige Bereitschaft keineswegs – schon gar nicht generell – besteht. Es bedarf also auch hier einer verbindlichen Entscheidungskompetenz für staatliche Stellen, sofern sich herausstellt, dass sich die Parteien auf selbstregulativer Ebene nicht einigen können.

Um dies zu realisieren, wäre erforderlich, die Entscheidung des Bundestages zu revidieren und auf die in den ersten Gesetzesentwürfen vorgeschlagene Lösung zurückzugreifen. Statt eines Schlichtungs- sollte ein Schiedsverfahren nach gescheiterten Verhandlungen geführt werden können. Diese Variante hat sich in Verfahren zur Festlegung von Vergütungssätzen nach dem Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWG, siehe §§ 14 ff., 16) bewährt. In diesen Prozessen kann die Schiedsstelle nach erfolglosen Verhandlungen von jeder Partei angerufen

⁴¹ Beschlussempfehlung, BT-Drcks. 14/8058, S. 20. Der Gesetzgeber resümierte damals: „Die nunmehr vorgeschlagene Konzeption nimmt diese Zusage beim Wort und vertraut vorerst darauf, dass es auf freiwilliger Basis zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln kommt.“

werden. Sie unterbreitet – innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums – einen Einigungsvorschlag. Der Einigungsvorschlag kann zwar vor Gericht angefochten werden, entfaltet aber dennoch bereits eine gewisse Indiz- oder gar Vermutungswirkung für die Angemessenheit des Vorschlags, so dass sich die Gerichte hieran zu orientieren haben⁴². Um die Verfahrensdauern zu beschränken, sind Fristen vorgegeben und der Rechtsweg wurde verkürzt.

Um die für solche Verfahren erforderlichen Kenntnisse möglichst effektiv zu aggregieren, sind zudem Spezialzuständigkeiten für bestimmte Gerichte vorgesehen⁴³. Das Verfahren gewährleistet – wenn es auch mitunter recht lange dauert –, dass am Ende eine rechtskräftige und unanfechtbare Entscheidung steht.

II.4) Bestseller- oder Fairnessparagraf

II.4.1) Darstellung

Bei einem Bestseller- oder Fairnessparagrafen handelt es sich um eine Regelung, nach der ein Urheber eine erhöhte Vergütung beanspruchen kann, wenn sich herausstellt, dass seine vertraglich vereinbarte Vergütung zu gering bemessen ist (Adäquanzprüfung). Anders als beim Anspruch auf angemessene Vergütung, bei dem die Angemessenheit *ex ante* (im Zeitpunkt des Vertragsschlusses) beurteilt wird, geht es hier also um eine Vergütungsanpassung aus nachträglicher (*ex post*) Sicht. Sie kann v. a. gefordert werden, wenn sich die Vergütung des Urhebers angesichts des wirtschaftlichen Erfolges des Werkes als zu gering herausstellt.

Einen Bestsellerparagrafen hat es im deutschen Urheberrechtsgesetz bereits seit der großen Urheberrechtsreform im Jahr 1966 gegeben (§ 36 a. F. UrhG). Dieser hatte sich jedoch als annähernd nutzlos herausgestellt, da seine Anforderungen zu hoch waren⁴⁴. Die wesentliche Neuerung der durch das Stärkungsgesetz umgesetzten Neufassung (§ 32a UrhG) liegt darin, dass die Anforderungen

⁴² BGH, ZUM 2001, 983/986 – Gesamtvertrag privater Rundfunk.

⁴³ In Gesamtvertragsverfahren ist nach deutschem Recht etwa gem. § 16 Abs. 4 UrhG ausschließlich das OLG München in erster Instanz zuständig. Gegen dessen Entscheidung ist letztinstanzlich lediglich die Revision zum BGH zulässig.

⁴⁴ Nach der alten Regelung konnte der Urheber nur bei einem „groben Missverhältnis“ zwischen Vergütung und Erträgen weitere Zahlungen fordern. Die hiermit gesetzte Hürde stellte sich als so hoch heraus, dass der Bestsellerparagraf kaum jemals erfolgreich durchgesetzt werden konnte.

an das Missverhältnis zwischen Ertrag und Urhebervergütung gesenkt wurden (aus einem „groben“ Missverhältnis wurde ein „auffälliges“ Missverhältnis⁴⁵)⁴⁶. Aus dem Bestsellerparagrafen ist damit ein Fairnessparagraf geworden⁴⁷.

Wie der Anspruch auf angemessene Vergütung ist der deutsche Fairnessparagraf nicht als gesetzlicher Zahlungs- sondern als Vertragsanpassungsanspruch ausgestaltet. Stellt sich die vertraglich vereinbarte Vergütung des Urhebers angesichts aller relevanten Umstände im Nachhinein als unangemessen heraus, kann der Urheber verlangen, dass sein Vertragspartner in eine weitergehende Beteiligung an seinen Einnahmen einwilligt.

Anders als beim Anspruch auf angemessene Vergütung kann der Fairnessparagraf jedoch auch gegen Dritte geltend gemacht werden⁴⁸. In § 32a Abs. 2 UrhG heißt es:

„Hat der andere das Nutzungsrecht übertragen oder weitere Nutzungsrechte eingeräumt und ergibt sich das auffällige Missverhältnis aus den Erträgen oder Vorteilen eines Dritten, so haftet dieser dem Urheber unmittelbar nach Maßgabe des Absatzes 1 unter Berücksichtigung der vertraglichen Beziehungen in der Lizenzkette. Die Haftung des anderen entfällt.“

Ergibt sich das Missverhältnis also daraus, dass nicht der Lizenznehmer des Urhebers, sondern etwa ein Unterlizenznehmer oder Rechtsnachfolger hohe Erträge erzielt, kann der Urheber diesen direkt in Anspruch nehmen. Wurde das Werk im Rahmen einer Lizenzkette mehrfach lizenziert, kann der Urheber jeden Rechteinhaber in Anspruch nehmen⁴⁹.

⁴⁵ An diesem Aspekt zeigt sich – einmal mehr – dass die Wahl der jeweiligen Begriffe von ganz erheblicher Bedeutung für die Effizienz einer Regelung sein kann.

⁴⁶ Auch weitere Änderungen vorgenommen. Nach dem alten Bestsellerparagrafen kam eine weitere Vergütung nur in Betracht, wenn das Missverhältnis unvorhergesehen eingetreten war. § 32a Abs. 1 Satz 2 UrhG stellt dagegen ausdrücklich klar, dass es hierauf nicht ankomme.

⁴⁷ So jedenfalls die begriffliche Unterscheidung von Dreier/Schulze-Schulze, § 32a, Rn. 6.

⁴⁸ Mangels Vertrag zwischen dem Urheber und dem Dritten handelt es sich bei dem Durchgriffsanspruch nicht um einen Vertragsanpassungsanspruch, sondern um einen gesetzlichen Haftungsanspruch. Dieser ist auf Abschluss eines Vertrags zur Gewähr einer weiteren angemessenen Beteiligung gerichtet, vgl. Dreier/Schulze-Schulze, § 32a, Rn. 48. Der Urheber kann jedoch auch vom Dritten unmittelbar Zahlung verlangen.

⁴⁹ Der Urheber genießt in Bezug auf seinen oder seine Anspruchsgegner Wahlfreiheit, Dreier/Schulze-Schulze, § 32a, Rn. 51 ff. Hierbei kann es dazu kommen, dass der Urheber in Bezug auf einzelne Lizenznehmer nur Teilansprüche geltend machen kann, siehe Schrickler/Loewenheim-Schricker-Haedicke, § 32a, Rn. 33: „Jeder hat nur für das einzustehen, was er im Rahmen seiner Beteiligung erzielt.“

II.4.2) Analyse, Kritik

Ein Fairnessparagraf nach Vorbild des § 32a UrhG ist als Ergänzung des Anspruchs auf angemessene Vergütung notwendig, wenn dieser wie im deutschen Recht nicht als gesetzlicher Vergütungsanspruch, sondern als Vertragsanpassungsanspruch ausgestaltet wird⁵⁰. Ob sich die deutsche Ausgestaltung in ihrer jetzigen Form bewährt, ist derzeit schwerlich vorauszusehen. Bislang sind noch nicht viele Entscheidungen zum neuen Fairnessparagrafen bekannt⁵¹. Hieraus lassen sich jedoch angesichts des Umstands, dass § 32a UrhG gegenüber dem Anspruch auf angemessene Vergütung nur eine Ergänzungsfunktion hat, keine weitergehenden Schlüsse ziehen.

Entscheidend für die Durchsetzbarkeit des Anspruchs sind u. a. die von den Gerichten gestellten Anforderungen an das Bestehen eines auffälligen Missverhältnisses sowie dessen Darlegung und Beweis im Prozess⁵². Auf die Bedeutung des Fairnessparagrafen wirkt sich zudem aus, in welchem Maße gemeinsame Vergütungsregeln verabschiedet werden (und damit die konkrete Ausgestaltung des Anspruchs auf angemessene Vergütung). Nach § 32a Abs. 4 UrhG hat der Urheber „keinen Anspruch nach Absatz 1, soweit die Vergütung nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) oder tarifvertraglich bestimmt worden ist und ausdrücklich eine weitere angemessene Beteiligung für den Fall des Absatzes 1 vorsieht.“ Je mehr gemeinsame Vergütungsregeln aufgestellt und hierin Regelungen für weitere Beteiligungen getroffen werden, desto geringer die Bedeutung des Fairnessparagrafen.

⁵⁰ Wäre der Anspruch auf angemessene Vergütung als ein gegen jedermann gerichteter gesetzlicher Zahlungsanspruch ausgestaltet, wäre ein Fairnessparagraf hingegen obsolet. Der Urheber könnte bereits aus diesem gegen jeden Werknutzer vorgehen und eine angemessene Vergütung durchsetzen (so auch der Regierungsentwurf, in dem zunächst vorgeschlagen wurden, wegen der Konstruktion des Anspruchs auf angemessene Vergütung als gesetzlichen Vergütungsanspruchs auf den Bestsellerparagraf gänzlich zu verzichten, vgl. BT-Drcks. 14/6433, S. 16). Gerade im Verhältnis zu Dritten hilft der Vertragsanpassungsanspruch indes nicht (s. o.). Angesichts der Entscheidung gegen einen gesetzlichen Vergütungs- und für einen Vertragsanpassungsanspruch hat der Gesetzgeber entgegen der ersten Entwürfe (Professoren- und Regierungsentwurf) den Bestsellerparagrafen beibehalten, bzw. ihn angepasst und in einen Fairnessparagrafen umgewandelt.

⁵¹ Siehe etwa die Übersicht bei Dreier/Schulze-Schulze, § 32a, Rn. 38.

⁵² Dieser Aspekt wurde etwa einem Filmregisseur zum Verhängnis, der in einem Verfahren vor dem Kammergericht Berlin wegen mangelnder Beweisführung gescheitert ist, vgl. KG, ZUM 2012, 686.

II.5) Übertragbarkeit von Rechten an unbekannten Nutzungsarten

Nach dem UrhG 1966 war es nicht möglich, durch einen Lizenzvertrag Rechte an noch unbekannten Nutzungsarten zu übertragen (§ 31 Abs. 4 UrhG a. F.)⁵³. Sinn und Zweck dieser Regelung lag v. a. darin, den Urheber vor Rechtsübertragungen zu schützen, deren wirtschaftliche Dimension er nicht einschätzen konnte⁵⁴. Durch § 31 Abs. 4 UrhG wurde der Urheber in die Lage versetzt, neu über Konditionen und Nutzungsentgelte verhandeln zu können, wenn ein Verwerter sein Werk in einer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekannten Nutzungsart vermarkten wollte⁵⁵.

Diese Einschränkung der Vertragsfreiheit war seit jeher umstritten. Verwertervertreter beklagten v. a., dass sie zu unzumutbarem Nachlizenzierungsaufwand führen könne, wenn sie ihr Repertoire in neuen Nutzungsarten anbieten wollen. Dies könne – gerade bei Multiautorenwerken (wie Filmen) – dazu führen, dass Werke nur verzögert oder gar nicht in neuen Nutzungsformen angeboten werden können⁵⁶. Zudem würde es hierdurch massiv erschwert, Archivbestände, z. B. der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, online verfügbar zu machen⁵⁷.

Dieser Kritik ist der Gesetzgeber durch eine Gesetzesänderung im sog. Zweiten Korb (Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesell-

⁵³ Die alte Regelung lautete: „Die Einräumung von Nutzungsrechten für noch nicht bekannte Nutzungsarten sowie Verpflichtungen hierzu sind unwirksam.“

⁵⁴ In den Gesetzesmaterialien zum UrhG 1965 heißt es zur Begründung: *„Diese Bestimmung dient dem Schutz des Urhebers; ihm soll, wenn neue Nutzungsarten entwickelt werden, stets die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, ob und gegen welches Entgelt er mit der Nutzung seines Werkes auch auf die neu erfundene Art einverstanden ist.“* (siehe http://www.urheberrecht.org/law/normen/urhg/1965-09-09/materialien/ds_IV_270_B_01_05.php3).

⁵⁵ Eine Aufzählung der sich aus § 31 Abs. 4 UrhG ergebenden Möglichkeiten und Befugnisse des Urhebers findet sich bei Kreuzer (Fundstelle, s. o., Fn. 27), S. 305).

⁵⁶ Die Bundesregierung hat die Problematik im Regierungsentwurf pointiert umschrieben (siehe BT-Drcks. 16/1828, S. 21 f.: *„Nach geltendem Recht sind die Einräumung von Nutzungsrechten für noch nicht bekannte Nutzungsarten sowie Verpflichtungen hierzu unwirksam (§ 31 Abs. 4). Möchte ein Verwerter ein Werk auf eine vormals unbekannte Nutzungsart auswerten, muss er bisher die entsprechenden Rechte einzelvertraglich nacherwerben. Dies ist in vielen Fällen faktisch nicht mehr möglich oder mit erheblichen Transaktionskosten verbunden. Der Verwerter muss klären, wer Urheber des betroffenen Werkes ist und ob dieser (noch) berechtigt ist. Sofern der Urheber bereits gestorben ist, muss er dessen Erben ausfindig machen. Der Verwerter steht im Übrigen bis zur höchstrichterlichen Entscheidung vor der Frage, ob eine neue Technologie überhaupt eine neue Nutzungsart im Rechtssinne darstellt. Folge dieses Rechtszustandes ist, dass neue Technologien – auch zulasten der Allgemeinheit – deutlich verspätet oder sogar überhaupt nicht zum Einsatz gelangen.“*

⁵⁷ Dreier/Schulze-Schulze, § 31a, Rn. 1. Siehe zur Kritik zudem: Berger/Wündisch-Berger, Urhebervertragsrecht, 2008, § 1, Rn. 106: *„§ 31 Abs. 4 a. F. hat sich als gewaltiges Hindernis für die wirtschaftliche Verwertung von Werken in einem neuen technischen Umfeld erwiesen.“*

schaft)⁵⁸ nachgekommen. Die rigorose Unübertragbarkeit von Rechten an unbekanntem Nutzungsarten wurde abgeschafft und gegen ein komplexes System von Vergütungsansprüchen und Widerrufsrechten ersetzt. Dieses setzt sich im Wesentlichen aus drei Regelungen zusammen.

II.5.1) Regelung zu Verträgen, die nach dem 1.1.2008 geschlossen wurden (Neuverträge): § 31a UrhG

Gem. § 31a UrhG können Rechte an unbekanntem Nutzungsarten seit In-Kraft-Treten der Norm durch schriftliche Verträge zunächst eingeräumt werden⁵⁹. Im Gegenzug erhält der Urheber ein zeitlich begrenztes Widerrufsrecht. Widerruft er nicht, steht dem Urheber eine gesonderte angemessene Vergütung für den Fall zu, dass der Verwerter eine neue Nutzungsart aufnimmt (§ 32c Abs. 1 UrhG). Die Höhe dieser zusätzlichen Vergütung kann individuell vereinbart oder durch gemeinsame Vergütungsregeln gem. § 36 UrhG festgelegt werden.

II.5.2) Regelung zu Verträgen, die nach dem 1.1.1966 und vor dem 1.1.2008 geschlossen wurden (Altverträge)

Eine zweite Regelung sollte ausweislich der Gesetzesbegründung dazu dienen, „die in zahlreichen Archiven ruhenden Schätze endlich neuen Nutzungsarten problemlos zugänglich zu machen“⁶⁰. Vor allem die Internet-Verwertung sollte den Verwertern auch für Werke ermöglicht werden, die durch Verträge lizenziert wurden, die nach 1966 (In-Kraft-Treten des Urheberrechtsgesetzes) und vor In-Kraft-Treten des Zweiten Korbes geschlossen wurden⁶¹.

⁵⁸ Veröffentlichung in Bundesgesetzblatt 2007, Teil I Nr. 54, S. 2513 ff., in Kraft getreten am 1.1.2008.

⁵⁹ Hiermit ist der Weg geebnet für echte Total-buyout-Verträge, durch die sämtliche Nutzungsrechte auch für alle zukünftig entstehende Arten der Werkverwertung übertragen werden können.

⁶⁰ Regierungsentwurf BT-Drcks. 16/1828, S. 22.

⁶¹ Dass § 137I UrhG auf Verträge vor 1966 nicht anwendbar ist, wurde damit begründet, dass § 31 Abs. 4 UrhG erst mit dem UrhG 1966 eingeführt wurde. Der Gesetzgeber ist offenbar davon ausgegangen, dass nach der zuvor geltenden Rechtslage Rechte an unbekanntem Nutzungsarten ohne weiteres übertragen werden konnten. Dies hat der BGH in einer Entscheidung aus 2010 (GRUR 2011, 714 ff. – Frosch mit der Maske) im Grundsatz bestätigt. Allerdings seien – wegen des auch schon vor 1966 geltenden Übertragungszweckgrundsatzes – an solche Rechtseinräumungen und v. a. deren Nachweis sehr hohe Anforderungen zu stellen. Diese werden in der Realität kaum jemals zu erfüllen sein (siehe zur Kritik Klimpel, Kulturelles Erbe unter Verschluss, <http://cloud.ights.de/index.php?q=node/2268&Kategorie=Magazin>). Damit werden ältere Werke (v. a. komplexe Werke wie Filme) auch heute noch kaum jemals legal in öffentlichen Archiven online zugänglich gemacht werden können. §137I UrhG greift nicht, weshalb Verwerter in der Regel alle Rechte nachlizenzieren müssten (was bei alten Filmen im Zweifel ein Ding der Unmöglichkeit ist).

Zu diesem Zweck enthält die „Übergangsregelung für neue Nutzungsarten“ in § 137I UrhG eine Übertragungsfiktion. Hiernach wird vermutet, dass Verwertern, denen durch Altverträge bereits „alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt wurden“ auch die Rechte neuen Nutzungsarten eingeräumt wurden. Auch hier erhalten die Urheber zur Kompensation ein Widerrufsrecht (genauer: ein Widerspruchsrecht⁶²) sowie – sofern nicht widerrufen wird – Ansprüche auf eine zusätzliche Vergütung. Die Vergütungsansprüche bei Altverträgen sind – anders als bei der Regelung zu Neuverträgen in § 32c UrhG – verwertungsgesellschaftspflichtig.

Eine Übergangsregelung für Altverträge war in Deutschland nur aufgrund der veränderten Rechtslage, mithin der Abschaffung von § 31 Abs. 4 UrhG, notwendig. Verfassungsrechtlich ist gerade § 137I UrhG äußerst heikel. Immerhin wird hierdurch in bereits geschlossene Vertragsverhältnisse eingegriffen und den Urheber werden nachträglich Rechtspositionen entzogen, die ihnen bis dahin zugestanden haben⁶³.

In Österreich wäre eine Neuregelung zu unbekanntem Nutzungsarten dagegen weniger problematisch. Würde man sich für eine Widerspruchs-/Vergütungslösung oder auch für eine bloße Vergütungslösung entscheiden, würden die Urheber zukünftig besser gestellt als zuvor⁶⁴. Sie müssten für die Aufnahme neuer Nutzungsarten erstmals gesondert vergütet werden und hätten u. U. auch ein Widerrufsrecht. Rückwirkende Eingriffe in bereits geschlossene Vertragsverhältnisse müssten ebenfalls nicht vorgenommen werden⁶⁵.

⁶² Rein semantisch betrachtet ist die Unterscheidung in Widerrufsrecht (bei Neuverträgen) und Widerspruchsrecht (bei Altverträgen) sinnvoll (wenn sie auch verwirrend ist). Bei Neuverträgen kann der Urheber Rechte an noch unbekanntem Nutzungsarten einräumen. Ist dies der Fall, muss er – wenn er die Verwertung in einer neuen Nutzungsart verhindern möchte – seine diesbezüglich bereits eingeräumten Rechte widerrufen. Bei Altverträgen konnten dagegen solche Rechte gar nicht eingeräumt und können daher auch nicht widerrufen werden. Hier kann der Urheber der Nutzung jedoch widersprechen.

⁶³ Dies zeigt ein Beispiel: Nach altem Recht stand einem Urheber, der 1968 einen Vertrag zur Veröffentlichung seines Romans mit einem Verlag geschlossen hat, das Online-Recht weiterhin zu (ganz gleich, wie weit gehend die Rechteübertragung formuliert war). Mit Wirkung vom 1.1.2008 wurde ihm dieses Recht, sofern die Voraussetzungen des § 137I UrhG vorliegen, genommen bzw. in ein bloßes Widerspruchsrecht umgewandelt.

⁶⁴ Dies gilt zumindest, wenn man davon ausgehen kann, dass es in Österreich bislang möglich war, Rechte an unbekanntem Nutzungsarten zu übertragen. Hierfür spricht, dass Walter (a. a. O., s. o., Fn. 2) vorschlägt, dies zukünftig gesetzlich zu untersagen.

⁶⁵ Dennoch sollte man in einem Gesetzgebungsverfahren prüfen, ob eine Regelung für Altverträge benötigt wird. Dies hängt stark von der Vertragspraxis ab und davon, ob sich hinsichtlich der Übertragbarkeit von unbekanntem Nutzungsarten etwaige Restriktionen (etwa aus dem Zweckübertragungsgrundsatz) ergeben. Wie sich an der Entscheidung des BGH „Frosch mit der Maske“ zeigt (s.

Vor diesem Hintergrund wird nachstehend auf die Sonderproblematik des § 137I UrhG auch nur am Rande eingegangen.

II.5.3) Sonderregelung für Filme und Mehrautorenwerke im deutschen Recht

Filmurhebern und den Urhebern von verfilmten Werken stehen bei Neuverträgen keine Widerrufsrechte für neue Nutzungsarten zu (siehe §§ 88, 89, jeweils Abs. 1 Satz 2). Bei Altverträgen gilt diese Einschränkung wiederum nicht⁶⁶. Ausübenden Künstlern, wie Darstellern, Musikern, Interpreten etc. stehen überdies weder Widerrufs- oder Widerspruchsrechte noch Vergütungsansprüche zu⁶⁷.

Die Ungleichbehandlung der Filmurheber hat der Gesetzgeber damit begründet, dass die mit Widerrufs- und Widerspruchsrechten einhergehenden Schwierigkeiten aufgrund der komplexen Rechtsverteilung auf eine Vielzahl Beteiligter besonders schwerwiegend seien⁶⁸.

Eine generelle Einschränkung sehen sowohl § 31a (Abs. 3) als auch § 137I (abs. 4) für Mehrautorenwerke vor. Hier heißt es jeweils:

„Sind mehrere Werke oder Werkbeiträge zu einer Gesamtheit zusammengefasst, die sich in der neuen Nutzungsart in angemessener Weise nur unter Verwendung sämtlicher Werke oder Werkbeiträge verwerten lässt, so kann der Urheber das Widerrufsrecht nicht wider Treu und Glauben ausüben.“

Hiermit soll v. a. verhindert werden, dass ein Miturheber die Auswertung in einer neuen Nutzungsart (auch gegen den Willen seiner Miturheber) blockiert⁶⁹.

II.5.4) Effekt der Neuregelung zu unbekanntem Nutzungsarten

Die Änderung der Regelungen über neue Nutzungsarten im deutschen Recht hat eine Umkehr des bis dahin geltenden Prinzips bewirkt. Nach § 31 Abs. 4 a. F.

o, Fn. 61), kann es selbst dann äußerst fraglich sein, ob solche Rechtsübertragungen ohne weiteres möglich sind, wenn es keine Regelung gibt, die dies untersagt.

⁶⁶ Während das Widerspruchsrecht des § 31a UrhG für Filmurheber und Urheber von Filmwerken ausdrücklich ausgeschlossen wurde, fehlt ein solcher Ausschluss in Bezug auf das Widerspruchsrecht gem. § 137I UrhG. Daher können die Urheber – vorbehaltlich der Sonderregelung für Mehrautorenwerke – bei Nutzungen nach Altverträgen gegen die Aufnahme von neuen Nutzungsarten widersprechen.

⁶⁷ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 79 Abs. 2 Satz 2 UrhG, einer Verweisungsnorm, in der § 31a UrhG nicht genannt wird.

⁶⁸ Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drcks. 16/1828, S. 32 f.

⁶⁹ So die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drcks. 16/1828, S. 25. Siehe zur Auslegung Dreier/Schulze-Schulze, § 31a, Rn. 140.

UrhG bestand für die Verwerter eine zwingende „Opt-in-Pflicht“ (die Verwerter mussten fragen, ob sie das jeweilige Werk in einer neuen Nutzungsart auswerten dürfen). Das neue Recht sieht nun genau das Gegenteil, nämlich eine „Opt-out“-Option für die Urheber vor (wenn sie verhindern wollen, dass der Verwerter ihr Werk in einer neuen Nutzungsart auswertet, müssen sie dem widersprechen).

Zugunsten der Praktikabilität der Verwertung wurde hiermit in die Entscheidungshoheit über neue Nutzungsarten und damit in das Machtgefüge zwischen Urheber und Verwerter empfindlich eingegriffen. M. E. macht es einen erheblichen Unterschied in der Praxis, ob der Urheber gegen den Verwerter vorgehen muss (indem er einer neuen Werknutzung widerspricht) oder der Verwerter aktiv werden muss (indem er vom Urheber eine zusätzliche Gestattung einholt). Gerade die besonders schutzwürdigen freiberuflich arbeitenden Urheber (etwa freie Journalisten, Übersetzer, Studiomusiker, Texter usw.), werden häufig nicht die Position haben, von ihrem Widerspruchsrecht tatsächlich Gebrauch zu machen. Denn dann laufen sie Gefahr, nicht mehr beauftragt zu werden.

Hinzu kommt, dass die möglichen Rechtsfolgen für Verwerter durch die Neufassung deutlich entschärft wurden. Nach alter Rechtslage beging ein Verwerter, der die Rechte für eine neue Nutzungsart nicht ordnungsgemäß eingeholt hat, Urheberrechtsverletzungen. Nach neuem Recht muss er lediglich fürchten – für den Fall, dass der Urheber gegen ihn vorgeht – auf (Nach-)Zahlung der Vergütung in Anspruch genommen zu werden. Diese Rechtsfolge ist im Vergleich zu den nach altem Recht drohenden urheberrechtlichen Verletzungsansprüchen (Schadensersatz, Unterlassung, Vernichtung, gegebenenfalls sogar strafrechtliche Verfolgung) wesentlich weniger gravierend.

II.5.5) Analyse, Kritik

II.5.5.1) Generelle Einschätzung

Die Frage, ob es möglich sein sollte, durch Verträge Rechte an noch unbekanntem Nutzungsarten zu lizenzieren, ist nicht leicht zu beantworten. Die Problematik hat viele Facetten und betrifft sowohl die Interessen der Urheber und Verwerter als auch die der Allgemeinheit⁷⁰. Eindeutige Wertungen sind dabei selbst im Hinblick auf die Interessenlage innerhalb der einzelnen Gruppen schwer zu treffen.

⁷⁰ Nicht umsonst hat die Bundesregierung eine Arbeitsgruppe einberufen, in der die Thematik ausführlich diskutiert wurde, bevor die Gesetzesänderung vorgenommen wurde. Deren Ergebnisse

Ein Beispiel: Einerseits könnte man sagen, dass Urheber ein Interesse an einer starken Verhandlungsposition haben, um sich bei Auftreten neuer Nutzungsarten bessere Konditionen aushandeln zu können. Andererseits besteht natürlich ein Interesse des Urhebers daran, dass sein Werk auch in neuen technischen Umgebungen genutzt werden kann, so lange hierfür eine Nachfrage besteht. Die Aufnahme neuer Nutzungsarten durch eine gesetzliche Konstruktion übermäßig zu erschweren, ist daher nicht im Interesse der Urheber. Ebenso wenig, dass Verwerter aufgrund der komplexen Rechtssituation (rechtswidrig) neue Nutzungsarten aufnehmen, ohne den Urheber zu fragen oder eine weitere Vergütung zu zahlen.

Solche Folgen kann und wird ein starres Verbot, Rechte an unbekanntem Nutzungsarten zu übertragen, jedoch häufig nach sich ziehen. Dies gilt gerade in Zeiten der Digitalisierung und der Online-Verwertung, die bestimmte Arten von Massennutzungen erst ermöglicht haben, bei denen Nachlizenzierungen für neue Nutzungsarten besonders schwierig, wenn nicht gar unmöglich wären. Dass solche Verbreitungswege in Anspruch genommen werden, liegt jedoch sowohl im Interesse der Urheber als auch der Verwerter und der Allgemeinheit. Man denke nur an Online-Presse- oder Rundfunkarchive oder Downloaddienste von Musik oder Filmen. Da angesichts der dynamischen technischen Entwicklung in der Zukunft sehr häufig mit dem Auftreten von neuen Nutzungsarten für urheberrechtlich geschützte Werke zu rechnen sein wird, bedarf es m. E. einer praktikablen Lösung. Eher auf Vergütungen statt auf Verbotsrechte zu setzen, ist generell der richtige Weg.

Allgemein gilt, dass reine Vergütungsansprüche sehr viel geringere Hürden und Transaktionskosten hervorrufen, als Verbotsrechte⁷¹. Dies trifft v. a. zu, wenn sie

wurden (indes sehr knapp) in einem Bericht veröffentlicht (siehe <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/707.pdf>, S. 7 ff.).

⁷¹ Dies zeigt sich deutlich an einem Beispiel: An einem Filmwerk besteht eine Vielzahl von Rechten. Müssten auch nur alle Filmurheber (von den anderen Filmschaffenden ganz zu schweigen) erneut um Erlaubnis gefragt werden, wenn eine neue (z. B. Online-)Nutzungsart aufgenommen werden soll, wäre dies in zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht höchst aufwändig. Umso mehr, wenn man sich vorstellt, dass ein Filmunternehmen wie Warner Bros. sein gesamtes Repertoire auf diese Art und Weise auswerten will. Hunderttausende von Rechten müssten nachträglich eingeholt werden. Je älter die Filme sind, desto schwieriger wäre dies. Auch ergibt sich bei einer Lösung wie nach § 31 Abs. 4 UrhG das Problem von Blockademöglichkeiten und Erpressungspotenzial. Verweigert auch nur ein Urheber die Einräumung der erforderlichen Rechte, kann das ganze Werk nicht in der neuen Nutzungsart verwertet werden. Diese Schwierigkeiten stellen sich bei Vergütungsansprüchen nicht. Sie stellen keine wesentlichen Verwertungshindernisse dar (vorausgesetzt ihre Höhe ist nicht prohibitiv). Mit der Verwertung kann jederzeit begonnen werden. Auch wenn die Vergü-

kollektiv (z. B. durch Verwertungsgesellschaften) geltend gemacht werden. Generell gilt zudem, dass Vergütungsansprüche auch für die Rechteinhaber (hier: die Urheber) Vorteile haben, wenn es weniger darum geht, eine Nutzung zu untersagen und mehr darum, eine weitere Vergütung zu erhalten.

Das trifft auch auf die vorliegende Problematik zu: In der Regel werden die Urheber im Zweifel kein Interesse daran haben, die Aufnahme neuer Nutzungsarten zu verhindern, sofern sie hierfür zusätzlich vergütet werden. Müssen für die Verwertung in neuen Nutzungsarten zusätzliche Vergütungen gezahlt werden und werden diese kollektiv durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht, ist dies für die meisten Urheber im Zweifel die praktikabelste Lösung. Zum einen müssten sie sich nicht selbst um die Geltendmachung der Ansprüche darum kümmern. Zum anderen bliebe ihnen so eine Konfrontation mit ihren Verwertern erspart. Bei einer solchen Lösung wäre die dauerhafte Verwertungsfähigkeit des Werks (jedenfalls aus vertragsrechtlicher Perspektive) gesichert⁷².

Meines Erachtens erscheint daher eine Kombination von Widerrufsrecht und Vergütungsanspruch gegenüber einer strikten Unübertragbarkeit von Rechten an unbekanntem Nutzungsarten als die praktikablere und insofern insgesamt interessengerechtere Lösung. Bei der Abwägung ist insbesondere die veränderte Verwertungs- und Nutzungsrealität zu berücksichtigen. Eine rigorose Unübertragbarkeit von Rechten an neuen Nutzungsarten war 1966 sicherlich sinnvoll und angesichts der relativ einfach strukturierten Märkte und verhältnismäßig langen Entwicklungszyklen für neue Technologien handhabbar. Angesichts der rapiden Entwicklung neuer Verwertungsmethoden und Nutzungsmöglichkeiten sowie der über das Internet erstmals möglich gewordenen Massennutzungen, sind heute flexiblere Mechanismen, die eine geringere Eingriffsintensität in die Nutzung von Werken als Verbotsrechte haben, in der Regel besser geeignet⁷³.

tung noch nicht gezahlt wurde, ist die Nutzung legal. Zahlungen an Verwertungsgesellschaften sind verhältnismäßig unproblematisch und bedeuten keinen übermäßigen Aufwand.

⁷² Vor allem für die Verwertung von Werken, deren Urheber bereits verstorben sind, wäre dies in der Regel für alle Beteiligten von Vorteil. Der Verwerter könnte die neue Nutzungsart aufnehmen, ohne sich um die häufig komplizierten Fragen der Rechtsnachfolge kümmern zu müssen. Die Erben würden in den Genuss weiterer Vergütungszahlungen kommen, ebenfalls ohne sich aktiv hierum bemühen zu müssen.

⁷³ Auch wenn die Vorstellung, dass jeder Urheber stets die Kontrolle über die Nutzung seines Werkes hat und über jede Nutzungshandlung durch Dritte frei entscheiden kann, in der Theorie eine Idealvorstellung sein mag – praktisch ist sie längst nur noch ein Traumbild. Zukünftig ist im Urheberrecht m. E. generell mehr auf pragmatische Ansätze und darauf zu setzen, dass Vergütungen an die

Dies dürfte langfristig auch den Urheberinteressen dienen. So war der BGH in der Vergangenheit stets sehr zurückhaltend, wenn es darum ging, neue Verwertungsformen als neue Nutzungsarten anzuerkennen. Ein Hauptgrund dürfte in den gravierenden Konsequenzen für die Verwertung der Werke liegen. Man kann sich vorstellen, was es bedeutet hätte, wenn der BGH zehn Jahre nach Auftreten der CD entschieden hätte, dass diese gegenüber der Schallplatte eine neue Nutzungsart ist. Nachlizenzierungen und Prozesslawinen in unüberschaubarem Ausmaß wären die Folge gewesen. Ein m. E. unerwünschter Nebeneffekt dieser zurückhaltenden Rechtsprechung (und damit der alten Regelung des § 31 Abs. 4 UrhG) war jedoch, dass die Urheber weder ein Verbotsrecht noch eine zusätzliche Vergütung geltend machen konnten. Bei der neuen Rechtslage sind die Auswirkungen einer Entscheidung, dass eine neue Verwertungsform eine neue Nutzungsart ist, auf die Verwertung deutlich geringer (s. o.). Es bleibt abzuwarten, ob der BGH seine sehr restriktive Auslegung dieses Begriffs abändert und möglicherweise die strenge Substitutionstheorie⁷⁴ zumindest abschwächt. Geboten wäre dies m. E. jedenfalls. Die Urheber würden in diesem Fall deutlich mehr von der Rechtslage profitieren, als zuvor.

Ob die jeweilige Lösung allerdings den Interessenausgleich angemessen wahr, hängt von der konkreten Ausgestaltung einiger neuralgischer Punkte ab. Insofern bedarf es m. E. noch einiger Korrekturen des deutschen Ansatzes. Diese betreffen allem voran einerseits das Widerrufs- bzw. Widerspruchsrecht und andererseits die Wahrnehmung der Vergütungsansprüche. Beide Elemente sind zur Wahrung der Interessen bei einer Regelung zu unbekanntem Nutzungsarten von größter Bedeutung.

II.5.5.2) Widerrufs- und Widerspruchsrecht

Dass sich der Urheber gegen die Verwertung seines Werke in einer neuen Nutzungsart (durch Widerspruch oder Widerruf) wendet, um individuelle Rechte geltend zu machen, wird im Zweifel ein Sonderfall sein⁷⁵. Meines Erachtens ist es

Urheber fließen. Dies wird durch ein System, in dem für neue Nutzungsarten gezahlt werden muss, im Prinzip gewährleistet.

⁷⁴ Siehe hierzu unten, Fn. 82.

⁷⁵ So auch die Einschätzung des deutschen Gesetzgebers, siehe die Begründung zu § 31a UrhG im Regierungsentwurf, BT-Drcks 16/1828, S. 24.

nicht zwingend, Widerrufs- und/oder Widerspruchsrechte zu gewähren⁷⁶. Dennoch bedeuten solche Rechte natürlich eine erhebliche Stärkung der Rechtspositionen von Urhebern und Urheberinnen. Wenn man sich für sie entscheidet, sollten sie aber auch effizient ausgestaltet sein und nicht nur Alibifunktion haben. Dies wird durch die gegenwärtige Regelung in Deutschland nicht gewährleistet.

Der deutsche Ansatz sollte daher m. E. in zweierlei Hinsicht modifiziert werden. Zum einen sollte dem Verwerter aufgegeben werden, den Urheber nicht nur über die bevorstehende Aufnahme einer neuen Nutzungsart zu informieren, sondern auch über die Existenz, Geltendmachung und das Erlöschen des Widerrufsrechts⁷⁷. Besteht eine solche Informations- und Aufklärungspflicht nicht, wird der Urheber in der Regel weder von seinem Widerrufsrecht noch von den Fristen für dessen Ausübung erfahren. Der Verwerter dürfte kaum ein Interesse daran haben, hierauf freiwillig hinzuweisen⁷⁸.

Im Übrigen sollte der Fristlauf anders als in Deutschland nicht an das bloße Absenden der Information, sondern den Zugang derselben gekoppelt werden. Auf die Versendung abzustellen ist im Recht weder üblich noch interessengerecht. Hierdurch wird das Übermittlungsrisiko letztlich dem Urheber auferlegt, der u. U. nie etwas von der Aufnahme der neuen Nutzungsart bzw. über seine Widerrufsmöglichkeiten erfährt⁷⁹.

⁷⁶ Diesbezüglich ist zwischen rückwirkenden und zukunftsgerichteten Regelungen zu unterscheiden. M. E. sind Widerrufsrechte – ein funktionierendes Vergütungssystem vorausgesetzt – bei zukunftsgerichteten Regelungen (wie § 31a UrhG) verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten. Den Urhebern jedoch ohne Widerspruchsmöglichkeit mit einer Regelung über Altverträge per Übertragungsfiktion rückwirkend Rechte zu entziehen, wäre im Zweifel verfassungswidrig. Allerdings dürfte sich in Österreich dieses Problem nicht stellen. Da dort bislang Rechte an unbekanntem Nutzungsarten übertragen werden konnten, erübrigt sich eine Regelung, die rückwirkend in bereits geschlossene Verträge eingreift.

⁷⁷ Im deutschen Recht ist eine solche Informationspflicht nicht vorgesehen. Lediglich der Fristablauf für den Widerruf nach § 31a UrhG ist an die Absendung (nicht: den Zugang) einer „Mitteilung über die beabsichtigte Aufnahme der neuen Art der Werknutzung an den Urheber unter der ihm zuletzt bekannten Anschrift“ gekoppelt. Somit hat der Verwerter gewisses ein Eigeninteresse (im Hinblick auf Rechtssicherheit) eine solche Information abzusenden. Eine vergleichbare Regelung existiert mit § 137I Abs. 1 Satz 3 UrhG auch für Altverträge. Zudem ist der Urheber bei Aufnahme der neuen Nutzungsart gem. § 32c Abs. 1 Satz 3 UrhG „unverzüglich zu unterrichten“. Eine zwingende Informations- oder gar Aufklärungspflicht über Bestehen und Folgen des Widerrufsrechts ist jedoch nicht vorgesehen.

⁷⁸ Näheres hierzu siehe auch bei Kreutzer, Abschlussbericht Arbeit 2.0 (Fundstelle, s. o., Fn. 27, S. 308 f.).

⁷⁹ Letztlich ist die Regelung im deutschen Recht ohnehin inkonsequent bzw. dient offensichtlich nur dazu, die Ausübung des Widerrufsrechts möglichst gering zu halten. Dies zeigt sich daran, dass es zwar für das In-Gang-Setzen der Frist für den Widerruf genügt, dass der Verwerter die Information über die Aufnahme der neuen Nutzungsart an die zuletzt bekannte Adresse des Urhebers absendet. Nimmt er jedoch die Nutzungsart auf (ist also kein Widerruf erfolgt), muss der Urheber gem. § 32c UrhG unverzüglich informiert werden (hier genügt die Absendung eines entsprechenden

Sachgerecht erscheinen dagegen m. E. die o. g. Sonderregelungen für Filme (keine Widerrufsrechte zumindest bei Neuverträgen⁸⁰) und andere Werke mit mehreren Urhebern sowie für ausübende Künstler. Sind mehrere oder gar eine Vielzahl von Urhebern und ausübenden Künstlern beteiligt, können individuelle Widerrufs- und Widerspruchsrechte zu erheblichen Verwertungsverzögerungen, Blockademöglichkeiten und sonstigen Erschwernissen führen. Können Werke aus diesem Grund nicht in neuen Nutzungsarten verwertet werden, schadet das den Interessen aller Betroffenen. Könnte ein Beteiligter bei Werken von mehreren Urhebern sein Widerspruchs-/Widerrufsrechte uneingeschränkt geltend machen, würde er hiermit die Interessen der anderen verletzen. Bei Inhalten, an denen zudem Leistungsschutzrechte bestehen (wie Filmen) würden durch Widerspruch oder Widerruf ausgelöste Blockaden gleichzeitig die Ausübung des jeweiligen Leistungsschutzrechts in neuen Nutzungsarten blockieren⁸¹.

In Anbetracht deren Besonderheiten ist es in solchen Konstellationen m. E. angemessen, zur Herstellung des Interessenausgleichs ausschließlich auf Vergütungsansprüche zu setzen.

II.5.5.3) Vergütungsansprüche

Die vorstehend getroffenen Wertungen verstehen sich unter dem Vorbehalt, dass ein effizientes Vergütungssystem für den Fall, dass Werke in neuen Nutzungsarten ausgewertet werden, existiert. Eine Rechtslage, nach der mit neuen Nutzungsarten weitere Verwertungsmöglichkeiten eröffnet werden, die Urheber hiervon aber nicht profitieren, würde dem Beteiligungsgrundsatz evident widersprechen⁸².

Schreibens nicht). Zur Zahlung der Vergütung muss der Urheber also ohnehin informiert werden. Hier trägt der Verwerter auch das Übermittlungsrisiko und kann, wenn die Information nicht zugeht, m. E. in Anspruch genommen werden.

⁸⁰ Sinnvoll wäre es letztlich wohl, zumindest bei Filmwerken, auch das Widerspruchsrecht bei Altverträgen auszuschließen (was im deutschen Recht nicht gemacht wurde, s. o., Fn. 66). Allerdings wäre dies hierzulande wohl an verfassungsrechtlichen Hürden gescheitert (s. o., Fn. 76). Dieses Problem würde sich in Österreich wiederum nicht stellen, weil dort eine „Übergangsregelung“ wie § 137I UrhG nicht erforderlich wäre.

⁸¹ Wäre es beispielsweise jedem Filmschaffenden möglich, der Nutzung des Filmes über Streaming-Plattformen zu widersprechen, könnte er vom Filmhersteller nicht auf diese Art und Weise verwertet werden, wenn auch nur ein Beteiligter widerspricht. Angesichts der hierdurch bedrohten Investitionen sowie der Tatsache, dass der einzelne Beitrag gar nicht selbständig verwertet werden kann, wäre dies nicht interessengerecht.

⁸² Nach der Definition des BGH werden mit neuen Nutzungsarten stets zusätzliche Einnahmen erzielt. Hiernach sind neue Nutzungsarten wirtschaftlich und technisch eigenständige Werknutzungsformen, mit denen weitere Erwerbsquellen erschlossen werden können. Die höchstrichterliche

Insofern weisen die deutschen Regelungen m. E. noch erhebliche Defizite auf. Diese beziehen sich v. a. auf die Durchsetzung der Vergütungsansprüche und die Hinweis- und Informationspflichten auf diese.

Kollektive Wahrnehmung von Vergütungsansprüchen

Allem voran wäre bei einer österreichischen Vergütungsregelung m. E. darauf zu achten, dass die für die Verwertung von Werken in neuen Nutzungsarten zu zahlenden angemessenen Vergütungen kollektiv wahrgenommen werden. Der deutsche Gesetzgeber hat sich zwar dafür entschieden, die Vergütungsansprüche für Altverträge einer Verwertungsgesellschaftspflicht zu unterwerfen⁸³. Vergütungsansprüche, die sich auf Verträge beziehen, die nach In-Kraft-Treten des Zweiten Korbes geschlossen wurden, unterliegen jedoch keiner Verwertungsgesellschaftspflicht. Warum diese Differenzierung vorgenommen wurde, wird in den Gesetzesmaterialien nicht erläutert. Ein Grund hierfür erschließt sich ebenfalls nicht⁸⁴.

Eine VG-Pflicht hätte m. E. erhebliche Vorteile gegenüber der individuellen Geltendmachung solcher Vergütungsansprüche. Insbesondere entbindet sie die Urheber von der Notwendigkeit, ihre Vertragspartner mit derartigen Forderungen zu konfrontieren. Da es zumeist auf längere Sicht unklar sein wird, ob es sich bei einer Nutzungsart um eine „konkrete technisch und wirtschaftlich eigenständige Verwendungsform des Werks“ handelt (so die Definition des BGH)⁸⁵ werden Meinungsverschiedenheiten und Auseinandersetzungen indes häufig erforderlich

Rechtsprechung der letzten Jahre hat gezeigt, dass reine Substitutionstechnologien nicht als neue Nutzungsarten angesehen werden (wie z. B. die DVD im Verhältnis zum VHS-Video, siehe BGH NJW 2005, S. 3354 ff. – Der Zauberberg). Der BGH begründet das wie folgt (BGH, ebd., S. 3356): *„Aus der Sicht des Urhebers erscheint es besonders wichtig, ihm seine Rechte für die Vermarktung auf neuen Absatzwegen uneingeschränkt vorzubehalten; dagegen kann ihm zugemutet werden, für die bloße Intensivierung der Nutzung bereits im Rahmen der ursprünglichen Rechtseinräumung eine angemessene Regelung zu treffen. Aus der Sicht des Lizenznehmers ist von entscheidender Bedeutung, dass ihm durch eine neue Verwendungsform, die über kurz oder lang die herkömmliche Verwendungsform ersetzt, nicht die wirtschaftliche Grundlage für getätigte Investitionen entzogen wird; dagegen ist es nicht unbillig, dass sein Nutzungsrecht sich trotz umfassender Rechtseinräumung nicht auf neu entstandene Absatzmärkte erstreckt.“*

⁸³ Siehe § 137I Abs. 5 Satz 3 UrhG.

⁸⁴ Die VG-Pflicht für Altverträge wurde erst durch die Beschlussempfehlung der Fachausschüsse in den Gesetzesentwurf aufgenommen. Zur Begründung heißt es (BT-Drcks. 16/5939, S. 46): *„Damit ist gewährleistet, dass in jedem Fall die Nutzung eines Werkes in einer neuen Nutzungsart vergütet wird.“* Für § 31a UrhG wurde dies indes weder vorgeschlagen, noch begründet, wie sich die Ungleichbehandlung rechtfertigt oder wie eine individuelle Geltendmachung der Vergütungsansprüche hier funktionieren soll. Angesichts der „heißen Nadel“, mit der der Gesetzesentwurf offensichtlich fertig gestrickt wurde, ist ein Redaktionsversehen nicht unwahrscheinlich.

⁸⁵ BGH NJW 2005, S. 3354/3356 – Der Zauberberg.

sein. Die Verwerter werden in der Regel davon ausgehen, dass neue Verwendungsformen keine neuen Nutzungsarten sind und für ihre Aufnahme daher auch keine gesonderten Vergütungen gezahlt werden müssen. Werden die Vergütungsansprüche nicht von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen, müssen die Urheber sie in solchen Fällen individuell erstreiten. Dies wird angesichts der unterschiedlichen Kräfteverhältnisse meist nicht passieren. Selbst wenn ein Urheber entschlossen wäre, vor Gericht zugehen, hätte er ein erhebliches Prozessrisiko zu tragen⁸⁶.

Werden die Vergütungsansprüche hingegen von Verwertungsgesellschaften wahrgenommen, sind diese aufgrund ihrer Wahrnehmungs- und Fürsorgepflicht gegenüber den Urhebern gehalten, sie auch einzutreiben. Nach den Regeln des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes müssen sie Tarife aufstellen oder Gesamtverträge abschließen und die Vergütungen zugunsten der Urheber eintreiben und wieder ausschütten. Die Urheber müssen sich weder um die Wahrnehmung kümmern noch gegen ihre Vertragspartner und Auftraggeber vorgehen.

Kurzum: M.E. wird eine Vergütungslösung, die nicht auf kollektiver Wahrnehmung basiert, weit gehend ins Leere gehen⁸⁷. Dies zeigt sich auch an der deutschen Situation. So ist zumindest nicht ersichtlich, dass es in Deutschland nach 2008 tatsächlich zu derartigen Vergütungszahlungen gekommen wäre.

Hinweis- und Informationspflichten auf Vergütungsansprüche

Ein weiteres Defizit betrifft m. E. die Informationspflicht des Verwerter. Zwar muss der Verwerter, wenn er eine neue Nutzungsart aufnimmt, den Urheber unverzüglich hierüber unterrichten (§ 32c Abs. 2 Satz 3 UrhG). Dass er auch über

⁸⁶ Die Kehrseite der Substitutionstheorie des BGH (s. o., Fn. 82) liegt darin, dass sich mitunter erst Jahre später herausstellen wird, ob eine Nutzungsart eine andere verdrängt oder als neuer Absatzweg neben vorbestehende Auswertungsformen getreten ist. Die Einschätzung, was eine neue Nutzungsart ist, ist daher äußerst schwierig und mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden.

⁸⁷ Zum gegenteiligen Schluss kommt Katzenberger, GRUR Int. 2010, 710/712: In Bezug auf den Vergütungsanspruch nach § 137I UrhG resümiert er: „Sein größter Nachteil ist, dass er nach § 137I Abs. 5 Satz 3 nur durch eine Verwertungsgesellschaft, also kollektiv, geltend gemacht werden kann. Ob dies in jedem Einzelfall zu wirklich angemessenen Vergütungen der Urheber führt, erscheint mehr als zweifelhaft.“ Diese fundamentale Kritik ist m. E. nicht nachvollziehbar. Richtig ist natürlich, dass eine individuelle Geltendmachung solcher Ansprüche im Prinzip den Vorteil hat, dass die Vergütungen dem jeweiligen Fall angepasst werden können (anders als bei den standardisierten Tarifen der Verwertungsgesellschaften). Dieser Vorteil wird jedoch, nach den obigen Ausführungen, in den meisten Fällen ein rein theoretischer sein. Richtig ist auch – ein diesbezügliches Versagen der deutschen VG Bild-Kunst beklagt Katzenberger insbesondere – dass das System nur funktioniert, wenn die zuständigen Verwertungsgesellschaften auch Tarife aufstellen und die Vergütungen eintreiben. Geschieht dies nicht, weist dies aber nicht auf ein konzeptionelles Defizit kollektiver Rechtswahrnehmung, sondern auf ein individuelles Versagen der Verwertungsgesellschaften hin, gegen das mit Mitteln der Rechtsaufsicht einzuschreiten wäre.

seine Vergütungspflicht an sich, deren Höhe oder Geltendmachung unterrichten muss, ist dagegen nicht erforderlich. Im Übrigen fehlt es an jeglicher Sanktion für den Fall, dass der Verwerter der Hinweispflicht nicht nachkommt. Selbst systematische Verstöße gegen dieses für die Urheber elementare Element der Regelungen zu neuen Nutzungsarten hätten somit keine weitere Konsequenz⁸⁸. Dies wäre zu ändern. Im Übrigen müssten bei einer Wahrnehmung der Vergütungsansprüche weitere Informationspflichten gegenüber den Verwertungsgesellschaften eingeführt werden.

II.6) Übertragungszweckgrundsatz (oder Zweckübertragungszweckgrundsatz)

Der Zweckübertragungszweckgrundsatz⁸⁹ ist seit der großen Urheberrechtsreform von 1966 ein wesentlicher Bestandteil des deutschen Urheberrechts⁹⁰. Er ist in § 31 Abs. 5 UrhG geregelt, der lautet:

„Sind bei der Einräumung eines Nutzungsrechts die Nutzungsarten nicht ausdrücklich einzeln bezeichnet, so bestimmt sich nach dem von beiden Partnern zugrunde gelegten Vertragszweck, auf welche Nutzungsarten es sich erstreckt. Entsprechendes gilt für die Frage, ob ein Nutzungsrecht eingeräumt wird, ob es sich um ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht handelt, wie weit Nutzungsrecht und Verbotsrecht reichen und welchen Einschränkungen das Nutzungsrecht unterliegt.“

Beim Zweckübertragungszweckgrundsatz handelt es sich also um eine Auslegungsregel. Dahinter steht der Grundgedanke, dass „das Urheberrecht gleichsam die Tendenz hat, so weit als möglich beim Urheber zurückzubleiben“⁹¹ oder anders

⁸⁸ Ob man darüber hinaus von einer vertraglichen Informationspflicht ausgehen kann, bei deren Verstoß der Verwerter aus Vertragsverletzung in Anspruch genommen werden kann, ist zumindest fraglich (so aber Dreier/Schulze-Schulze, § 32c, Rn. 21). Jedenfalls ist zweifelhaft, ob eine solche das Fehlen jeglicher Sanktionen bei Verstößen gegen die gesetzliche Informationspflicht kompensieren würde. Eine gesetzliche Sanktion wäre daher m. E. geboten.

⁸⁹ Eigentlich müsste das Prinzip als Übertragungszweckgrundsatz bezeichnet werden. Da sich der Begriff Zweckübertragungszweckgrundsatz jedoch durchgesetzt hat, soll er auch hier verwendet werden.

⁹⁰ Auch zuvor galt der Zweckübertragungszweckgrundsatz als wichtiges Grundprinzip des Urheberrechts (vgl. Schricker/Loewenheim-Schricker-Loewenheim, § 31, Rn. 64). § 31 Abs. 5 UrhG wurde durch das Stärkungsgesetz geändert, indem der Wortlaut auf die nach aktueller Ansicht und Rechtsprechung erfassten Fälle erweitert wurde.

⁹¹ BGH ZUM 1998 497/500 – Comic-Übersetzungen.

ausgedrückt „der Urheber im Zweifel keine weitergehenden Rechte überträgt, als es der Zweck der Verfügung erfordert“⁹².

Mit dieser *in dubio pro autore* Auslegungsregel geht eine Regelung der Beweis- bzw. Spezifizierungslast einher. Ist zwischen Urheber und Verwerter umstritten, ob die Rechte an einer bestimmten Nutzungsart, die im Vertrag nicht ausdrücklich genannt ist, übertragen wurden, muss der Verwerter beweisen, dass sie vom (subjektiv zwischen den Parteien vereinbarten) Vertragszweck umfasst ist. Dies führt in der Praxis häufig dazu, dass in Nutzungsrechtsverträgen sämtliche, auch nur abstrakt denkbaren Nutzungsarten sowie eine Vielzahl von Nutzungsmöglichkeiten, die keine eigenständigen Nutzungsarten darstellen, aufgeführt werden⁹³.

Auch wenn der Zweckübertragungsgrundsatz durch extensive Vertragsformulierungen häufig ausgehebelt wird und in vielen Fällen zu einer Art Formulierungshysterie bei der Vertragsgestaltung führt⁹⁴, ist er in vielen Fällen als Auslegungshilfe notwendig. Im Übrigen handelt es sich um einen programmatischen Leitsatz, der eine logische Ergänzung des Beteiligungsprinzips darstellt. Er sollte daher auch ausdrücklich geregelt werden⁹⁵.

II.7) Vertragsfeste Ausgestaltung urhebervertragsrechtlicher Schutzpositionen

Ein wichtiger Baustein der urhebervertragsrechtlichen Regelungen des deutschen Urheberrechts sind Klauseln, nach denen die Schutzpositionen des Urhebers nicht oder nur eingeschränkt durch Verträge abgeändert werden können. Diese finden sich im deutschen UrhG in unterschiedlicher Ausgestaltung. Sie dienen –

⁹² BGH GRUR 1996, 121/122 – Pauschale Rechtseinräumung.

⁹³ Ein Beispiel nennt Dreier/Schulze-Schulze, § 31, Rn. 113: Die Verfilmung wissenschaftlicher Texte. Wegen seiner wichtigen Funktion für die Vertragsauslegung wird der Zweckübertragungsgrundsatz bereits als eine Art faktische Formvorschrift angesehen (siehe Dreier/Schulze-Schulze, § 31, Rn. 112).

⁹⁴ Immerhin hat auch diese Praxis zwei Seiten: Negativ ist anzumerken, dass Urheber häufig mit seitenlangen Rechteklauseln konfrontiert werden, deren Details sie in der Regel nicht einmal annähernd erfassen werden. Positiv könnte man dies jedoch auch so sehen, dass dem Urheber so immerhin vor Augen geführt wird, wie viele Rechte er hat und wie weit gehend er sie übertragen soll. Die „Warnfunktion“ einer langen Rechteklausel dürfte dabei sehr viel größer sein, als die einer kurzen Pauschalformulierung (wie etwa: „Sie übertragen alle Rechte exklusiv, zeitlich und räumlich unbeschränkt“).

⁹⁵ Auch Walter, a. a. O. (s. o. Fn. 2) schlägt vor, den Zweckübertragungsgrundsatz im österreichischen Recht ausdrücklich zu regeln. Siehe dort, seinen Vorschlag für einen neuen § 33 Abs. 1 UrhG.

offensichtlich – dazu, zu vermeiden, dass der durch das Urhebervertragsrecht gewährte Urheberschutz durch vom Verwerter gestellte Vertragsbedingungen ausgehebelt wird. Damit erfüllen sie eine zentrale Funktion im Urhebervertragsrecht⁹⁶.

Beispiele:

Auf Vergütungsansprüche nach den §§ 32c (Vergütung für neue Nutzungsarten) und 32a UrhG (Fairnessparagraph) kann „im Voraus nicht verzichtet werden“. Gleiches gilt für das Widerrufsrecht des Urhebers bei Aufnahme neuer Nutzungsarten.

Der Anspruch auf angemessene Vergütung wird noch weitgehender geschützt. Er kann durch Verträge weder eingeschränkt noch abbedungen werden. In § 32 Abs. 3 Satz 1 heißt es: *„Auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Urhebers von den Absätzen 1 und 2 abweicht, kann der Vertragspartner sich nicht berufen. Die in Satz 1 bezeichneten Vorschriften finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.“*⁹⁷. Ergänzt bestimmt § 32b UrhG, dass der Anspruch auf angemessene Vergütung sowie der Fairnessparagraph auch bei grenzüberschreitenden Verträgen unter bestimmten Umständen zwingend Anwendung findet. Hierdurch soll die Möglichkeit eingeschränkt werden, durch die Wahl einer ausländischen Rechtsordnung die zwingenden deutschen Bestimmungen zu umgehen.

Schließlich sieht das deutsche Recht vor, dass gesetzliche Vergütungsansprüche, die aufgrund der Nutzung nach Schrankenbestimmungen gewährt werden, nur eingeschränkt disponibel sind⁹⁸. Auf sie kann der Urheber gem. § 63a UrhG nicht im Voraus verzichten⁹⁹. Sie können zudem im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft

⁹⁶ So auch schon Walter in seinem Vorschlag für eine Neuordnung des österreichischen Urhebervertragsrechts von 2001, GRUR Int. 2001, 602.

⁹⁷ Zur Auslegung siehe Dreier/Schulze-Schulze, § 32, Rn. 75 ff.

⁹⁸ Dagegen enthält das deutsche Recht keine generelle VG-Pflicht für gesetzliche Vergütungsansprüche (eine solche schlägt Walter, s. o. Fn. 2, indes für das österreichische Recht vor). Das deutsche Recht differenziert. Die meisten gesetzlichen Vergütungsansprüche können nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (wie z. B. die Geräte- und Leermedien-, die Reprographie- und die Pressespiegelabgabe). Bei anderen ist dies nicht der Fall (wie z. B. der Vergütungen für Sammlungen für Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch oder die öffentliche Wiedergabe von Werken bei kirchlichen Veranstaltungen).

⁹⁹ Jedenfalls in Bezug auf die für Privatkopien zu zahlenden Vergütungsansprüche hat der EuGH in der Luksan-Entscheidung festgestellt, dass sie durch das Gesetz unverzichtbar auszugestalten sind (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0277:DE:HTML>). Diese Entscheidung bezieht sich unmittelbar auf die Rechtslage in Österreich.

sellschaft oder zusammen mit der Einräumung des Verlagsrechts an einen Verleger abgetreten werden, sofern dieser sie in eine Verwertungsgesellschaft einbringt.

II.8) „Linux-Klauseln“

Das deutsche Urhebervertragsrecht enthält eine Reihe von Sonderregelungen für Open Source Software und Open Content. Diese betreffen insbesondere Formvorschriften¹⁰⁰ und die Verzichtbarkeit von Vergütungsansprüchen¹⁰¹.

Diese sog. Linux-Klauseln sind in zweierlei Hinsicht von großer Bedeutung. Zum einen sind sie elementar, um die Funktionsweise von öffentlichen Lizenzen nicht zu gefährden. Zum anderen werden sie – auch von den Gerichten – als eine Art Programmsatz verstanden, dass der Gesetzgeber solche Lizenzmodelle als mit der Rechtsordnung vereinbar und förderungswürdig ansieht¹⁰².

Solche Ausnahmen von den allgemeinen urhebervertragsrechtlichen Regelungen sind zudem ohne weiteres gerechtfertigt. In den Fällen, in denen Urheber ihre Werke unter öffentlichen Lizenzen vertreiben, ist generell kein urhebervertragsrechtlicher Schutz notwendig. Weder übt hier der Vertragspartner (der Nutzer der jeweiligen Software/des jeweiligen Content) Druck auf den Lizenzgeber aus noch besteht ein Machtgefälle zwischen Urheber und Nutzer, das es auszugleichen gäbe. Im Gegenteil: Die Lizenzierung erfolgt freiwillig und zum beiderseitigen Nutzen.

¹⁰⁰ Beispiel § 31a Abs. 1 Satz 2 UrhG: Verträge über unbekannte Nutzungsarten müssen generell schriftlich geschlossen werden. Das Schriftformerfordernis gilt jedoch nicht „wenn der Urheber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumt.“ Hiermit gemeint sind Lizenzvergaben über Open-Source- oder Open-Content-Lizenzen (bei denen einfache Nutzungsrechte an jedermann vergeben werden). Da diese niemals schriftlich geschlossen werden, wäre es ohne die Ausnahmeregelung nicht möglich, hierüber auch Rechte an neuen Nutzungsarten einzuräumen.

¹⁰¹ Beispiel § 31 Abs. 3 Satz 3 UrhG: Auf den Anspruch auf angemessene Vergütung kann generell nicht verzichtet werden. Da Open-Source- und Open-Content-Lizenzen jedoch frei von Lizenzgebühren vergeben werden, bedarf es hierfür eine Ausnahme.

¹⁰² So z. B. das LG München, MMR 2004, 693/695 – General Public Licence.

II.9) Unabdingbares Zweitverwertungsrecht bei wissenschaftlichen Publikationen (Open-Access-Klausel)

Eine Open-Access-Klausel ist bislang nicht Gegenstand des deutschen Urheberrechts. Sie wurde jedoch bereits im Zweiten Korb diskutiert¹⁰³ und wird sicherlich im Rahmen der Beratungen zu einem absehbaren Dritten Korb ein Thema sein¹⁰⁴. Im Jahr 2011 hatte die SPD (mittlerweile in der Opposition) einen Gesetzesentwurf für eine solche Neuregelung in den Bundestag eingebracht¹⁰⁵, der indes nicht verabschiedet wurde. Der Vorschlag hatte folgenden Wortlaut:

„§ 38a Zweitverwertungsrecht

An wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika oder Sammelwerken nach § 38 Abs. 2 erscheinen, hat der Urheber auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht, den Inhalt längstens nach Ablauf von sechs Monaten bei Periodika und von zwölf Monaten bei Sammelwerken seit Erstveröffentlichung anderweitig nicht kommerziell öffentlich zugänglich zu machen. Die Zweitveröffentlichung ist in der Formatierung der Erstveröffentlichung zulässig; die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Ein dem Verleger eingeräumtes ausschließliches Nutzungsrecht bleibt im Übrigen unberührt. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Mit dieser Regelung sollte v. a. auf die explodierenden Preise bei wissenschaftlichen Zeitschriften¹⁰⁶ reagiert und zu diesem Zweck die freie Verfügbarkeit von Fachartikeln gefördert werden. Hierhinter steht der Gedanke, dass mit öffentlichen Mitteln geschaffene wissenschaftliche Werke der Wissenschaft und der All-

¹⁰³ Seinerzeit hatte der Bundesrat eine Open-Access-Klausel gefordert (siehe BT-Drcks. 16/1828, S. 39). Der Bundestag folgte dagegen der Gegenäußerung der Bundesregierung, die diesen Vorstoß abgelehnt hatte. Zur Begründung wurde u. a. auf die angeblichen Bemühungen internationaler Großverlage verwiesen, freiwillige (vertragliche) Lösungen zu entwickeln. Siehe BT-Drcks. 16/1828, S. 47.

¹⁰⁴ So hat der Bundestag das Bundesministerium der Justiz nach Abschluss des Zweiten Korbes gebeten, diesen und andere Punkte im Hinblick auf eine Neuregelung im Dritten Korb zu evaluieren (siehe die Beschlussempfehlung, BT-Drcks. 16/5939, S. 3). Im Jahr 2010 wurde bereits eine Anhörung durchgeführt (eine Zusammenfassung findet sich bei iRights.info: <http://irights.info/blog/arbeit2.0/2010/07/13/anhörung-des-bmj-zum-3-korb-der-urheberrechtsnovelle-open-access/>). Einen offiziellen Gesetzesentwurf hat das BMJ jedoch – ebenso wenig wie einen Dritten Korb – bis heute nicht vorgelegt.

¹⁰⁵ BT-Drcks. 17/5053 vom 16.03.2011, siehe <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/050/1705053.pdf>.

¹⁰⁶ Im Entwurf, S. 4 werden hierzu Zahlen und Daten genannt.

gemeinheit möglichst frei zur Verfügung stehen sollten. Die faktische Entwicklung (massive Preiserhöhungen für Periodika der Wissenschaftsverlage) geht derzeit in die entgegengesetzte Richtung, was zu einer „Zeitschriftenkrise“¹⁰⁷ an vielen deutschen Hochschulen geführt hat.

Als Gegenmittel wird (u. a.) das Open-Access-Prinzip gesehen. Wissenschaftliche Inhalte sollen auf öffentlich zugänglichen Repositorien für jedermann oder zumindest für die wissenschaftlichen *Peer Groups* kostenfrei oder gegen moderate Zugriffsgebühren verfügbar gemacht werden (können). Dem stehen jedoch meist Verlagsverträge entgegen, durch die den wissenschaftlichen Autoren sehr häufig dauerhaft alle exklusiven Nutzungsrechte abverlangt werden. Zweitveröffentlichungen ihrer eigenen Artikel, ganz gleich in welcher Form und zu welchem Zweck, sind den Autoren nach Abschluss solcher Verträge nicht mehr möglich. Mithin ist der Staat gezwungen, die Verlagspublikationen anzuschaffen und in diesem Zuge die mit seinen eigenen Mitteln (Steuergeldern) geschaffenen Werke für viel Geld wieder zurück zu kaufen¹⁰⁸.

Die von der SPD vorgeschlagene Regelung steuert dieser Fehlentwicklung des Marktes m. E. auf moderate Weise entgegen. Sie zwingt die Autoren nicht, solche Zweitverwertungen vorzunehmen und untersagt ihnen auch nicht, Total-buyout-Verträge abzuschließen¹⁰⁹. Ob, wann und unter welchen Umständen ein Autor sein Werk zweitveröffentlicht, ist allein seine Entscheidung. Der hiermit einhergehende Eingriff in die Interessen der Verlage ist – angesichts deren Verhaltens und der hierdurch entstandenen Situation - m. E. ebenfalls gerechtfertigt.

Solchen Regelungsvorschlägen werden oft allgemeine Bedenken gegenüber Open-Access entgegengehalten. Es wird betont, dass Open-Access kein Selbst-

¹⁰⁷ Zum Begriff siehe <http://de.wikipedia.org/wiki/Zeitschriftenkrise>.

¹⁰⁸ Genau genommen werden natürlich nicht die Artikel oder die Rechte an den Artikeln zurückgekauft, sondern nur Vervielfältigungsexemplare (Zeitschriften) bzw. eingeschränkte Nutzungsrechte (bei Abonnements wissenschaftlicher Online-Datenbanken) erworben.

¹⁰⁹ Dies und der damit verbundene verfassungsrechtliche Einwand (Einschränkung der Wissenschafts- und Publikationsfreiheit) wurde in der Vergangenheit immer wieder vorgebracht (siehe u. a. die Gegenäußerung der Bundesregierung auf den Regelungsvorschlag des Bundesrates im Zweiten Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 47). Das Argument ist allerdings angesichts dieses und anderer Regelungsvorschläge aus der Vergangenheit völlig ungerechtfertigt. Gleiches gilt für das – durch die Bundesregierung (a. a. O.) implizierte – Argument, eine solche Regelung könnte gegen EU-Recht verstoßen, da es sich um eine Art Schrankenbestimmung handele, die im Katalog der InfoSoc-Richtlinie nicht enthalten sei. Die Regelung zu Zweitverwertungen bedeutet keine Beschränkung der Rechte des Urhebers, sondern im Gegenteil eine Stärkung. Auch gestattet sie keine Nutzungshandlungen unter Einschränkung der ausschließlichen Verwertungsbefugnis des Urhebers. Sie ist daher eindeutig keine Schrankenbestimmung.

gänger sei, dass hierdurch keineswegs automatisch Kosten erspart würden, dass die Verfügbarmachung von wissenschaftlichen Inhalten allein den Autoren überlassen sein sollte (die schließlich nicht gezwungen seien, Verlagsverträge zu unterzeichnen) usw. All diese Einwände haben jedoch nichts mit der eigentlichen Frage zu tun. Diese lautet, ob es gerechtfertigt oder gar geboten ist, dass der Staat die wissenschaftlichen Autoren vor einem strukturellen Ungleichgewicht bei der Eingehung von bestimmten Ausprägungen von Verlagsverträgen schützt.

M.E. ist dies der Fall. Gerade auf diesem Gebiet liegt ein eindeutiger Fall strukturellen Verhandlungsungleichgewichts (gestörter Vertragsparität) vor¹¹⁰. Diese hat auf die beteiligten Urheber – und das Gemeinwohl – erhebliche Auswirkungen. Wenn auch Wissenschaftler zumeist nicht auf Veröffentlichungshonorare als Lebensgrundlage angewiesen sein mögen, hängt doch zumindest ihre Karriere üblicherweise von der Frage ab, ob, wie viel und v. a. wo sie veröffentlichen. Angesichts der sehr starken Marktposition vieler Wissenschaftsverlage können sie die Vertragsbedingungen für Publikationen einseitig diktieren und machen hiervon extensiven Gebrauch.

Dies geht zulasten der betroffenen Urheber und der Allgemeinheit. Nicht nur, dass Wissenschaftler rein faktisch häufig gezwungen sind, Verträge zu unterzeichnen, die sie in der Nutzung ihrer eigenen Beiträge erheblich einschränken (meist ohne ein Honorar zu erhalten). Hierdurch entstehen zudem Unterversorgungen mit wissenschaftlichen Inhalten, unangemessene Überbelastungen der öffentlichen Bildungshaushalte, Behinderungen von Bildung und Forschung und andere gravierende Folgen.

Auch wenn die vom BVerfG hierfür aufgestellten Anforderungen hoch sind¹¹¹: M.E. ist der Staat gerade auf diesem Gebiet verpflichtet, die Vertragsfreiheit einzuschränken, um den wissenschaftlichen Urhebern mehr Freiheiten zu sichern. Die

¹¹⁰ Eine solche Konstellation setzt das BVerfG zur Rechtfertigung von staatlichen Eingriffen in die Vertragsfreiheit voraus, siehe BVerfG NJW 1990, 1469/1470.

¹¹¹ U. A. ist hierfür notwendig, dass – bei typisierender Betrachtungsweise – die eine Partei nicht über ausreichende Verhandlungsstärke verfügt, um ihre Rechte und Pflichten mit der anderen Partei frei aushandeln zu können (BVerfG, a. a. O., S. 1471). Zudem muss die Vertragsdisparität für die schwächere Partei zu erheblich belastenden Folgen führen. Gerade auf dem stark zentralisierten Markt mit wissenschaftlichen Periodika im STM (Science, Technology, Medicine) haben die Urheber in der Regel nicht einmal die Wahl ob sie in bestimmten Zeitschriften publizieren wollen, geschweige denn, dass sie die Veröffentlichungsbedingungen aushandeln könnten. Veröffentlichungen in bestimmten Publikationen können und werden sehr häufig karrierebestimmend sein.

Freiheit der Verlage wirkt sich hier als Unfreiheit der Urheber aus, deren Schutz das Urheberrecht gewährleisten soll.

Ein wie von der SPD vorgeschlagenes Zweitverwertungsrecht wäre ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel, um die o. g. Ziele zu erreichen. Die Vertragsdisparität wird hierdurch zwar nicht verändert, dafür werden jedoch die Urheber vor überbordenden Einschränkungen durch Verträge geschützt, auf deren Ausgestaltung und Abschluss sie regelmäßig keinen Einfluss haben. Der Eingriff in die Interessen der Verlage ist gering¹¹².

Ohne ein solches Instrument ist kaum zu erwarten, dass sich an der gegenwärtigen Situation etwas ändert. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, warum sich die Verlage freiwillig ihrer starken Verhandlungsposition berauben sollten, wenn der Gesetzgeber nicht aktiv wird.

II.10) Gesetzliche Rückrufs- oder Kündigungsrechte

Ebenfalls nicht im deutschen Recht enthalten sind (bislang) Regelungen, nach denen langfristige Verträge über ausschließliche Nutzungsrechte nach Ablauf einer gewissen Zeit gekündigt werden können¹¹³.

Solche Regelungen gehen in eine ähnliche Richtung wie das o. g. Zweitverwertungsrecht, allerdings würden sie alle Urheber und Verwerter der verschiedensten Branchen gleichermaßen betreffen. Das Ziel ist, dass Urheber die, u. U. gegen ihren eigenen Willen, langfristig Rechte vergeben, von ihren Befugnissen ab einem bestimmten Zeitpunkt wieder Gebrauch machen können. Den Urhebern soll mit anderen Worten eine zweite Chance der Auswertung ihrer Werke zu dann möglicherweise günstigeren Konditionen eröffnet werden¹¹⁴. Hierfür wird ihnen ein gesetzliches Kündigungsrecht eingeräumt, das ohne Angabe von Gründen oder Sanktionen geltend gemacht und durch Verträge nicht beschränkt werden kann.

¹¹² Die Embargofrist von 6 Monaten gewährleistet, dass Einbußen in der Primärverwertung bei Zeitschriften kaum zu befürchten sein werden. Solche könnten allenfalls im Rahmen der Archivverwertung entstehen.

¹¹³ Im deutschen Recht gibt es zwar bereits ein „Rückrufsrecht wegen Nichtausübung“ (§ 41 UrhG – ein solches gibt es auch in Österreich, § 29 UrhG Österr.) und ein „Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung“ (§ 42 UrhG). Diese sind jedoch weder hinsichtlich der hiermit eröffneten Möglichkeiten noch der Voraussetzungen mit den nachstehend beschriebenen gesetzlichen Kündigungsrechte vergleichbar.

¹¹⁴ So die Begründung des deutschen Regierungsentwurfs BT-Drcks. 14/6433, S. 13, in dem ein solches Kündigungsrecht vorgeschlagen wurde.

Vorschläge in diese Richtung unterbreiten sowohl Walter für das österreichische Urhebervertragsrecht¹¹⁵ als auch „Die Linke“ für das deutsche Recht¹¹⁶. Auch der erste Entwurf für das deutsche Stärkungsgesetz („Professorenentwurf“) sowie der Regierungsentwurf enthielten eine solche Regelung¹¹⁷. Die Vorschläge unterscheiden sich in verschiedener Hinsicht, v. a. aber hinsichtlich des Zeitpunktes, ab dem sich die Parteien vom Vertrag lösen können¹¹⁸.

Ob derartige Kündigungsrechte interessengerecht wären und wie sie hierfür ausgestaltet werden müssten, ist eine komplexe Frage, die hier nicht eingehend untersucht werden kann. Nach oberflächlicher Einschätzung wäre es jedenfalls schwierig (wenn nicht gar unmöglich), für alle Branchen und Werkarten eine einheitliche Regelung zu finden, die in jedem Bereich gleichermaßen nützlich und verhältnismäßig ist.

Betrachtet man die Frage aus Sicht der Marktumstände, Diffusionskurven und Verwertungsketten, wären im Zweifel nur Kündigungsrechte, die sehr spät (etwa: nach 30 oder gar mehr Jahren) eingreifen, gerechtfertigt. Ansonsten liefe man Gefahr, die Spezifika mancher Wertschöpfungsketten zu missachten und in solchen Bereichen unangemessene Eingriffe vorzunehmen.

Derart spät entstehende Kündigungsrechte würden hingegen in vielen anderen Branchen keinerlei Verbesserung herbeiführen (man denke nur an Kündigungsrechte für Tageszeitungsjournalisten, die erst 30 Jahre nach Vertragsschluss entstehen).

Eine einheitliche Regelung würde angesichts der völlig unterschiedlichen Auswirkungen im Zweifel zu erheblichen Ungleichbehandlungen der jeweiligen Urheber und/oder Verwerter führen. Strebt man gleiche Effekte an, müssten v. a. die Fristen für die Ausübung differenziert nach Branchen oder sogar Produkten ausgestaltet werden, was wiederum andere Schwierigkeiten nach sich zöge. Selbst

¹¹⁵ Siehe GRUR Int. 2001, 602/609 (Vorschlag für einen neuen § 33a UrhG Österr.) bzw. in seinem überarbeiteten Vorschlag (Fundstelle s. o., Fn. 2), § 33b UrhG Österr.

¹¹⁶ Siehe Gesetzesvorschlag (Fundstelle, s. o., Fn. 18) zu einem neuen § 31 Abs. 6 UrhG.

¹¹⁷ Fundstelle s. o. Fn. 1, § 32 Abs. 5 und 6 UrhG. Der Vorschlag aus dem Professorenentwurf wurde von der Bundesregierung mit der Einschränkung übernommen, dass eine Kündigung nur möglich ist, wenn „die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Abwägung der Interessen beider Teile und der Gesamtumstände unangemessen ist“ (siehe BT-Drcks. 14/6433, S. 3). Der Gesetzgeber lehnte das gesetzliche Kündigungsrecht letztlich ab, da ein solches nur die – ohnehin bestehende – Möglichkeit zur Kündigung aus wichtigem Grund gem. 314 BGB nachbilde. Überdies bestünden Bedenken von Seiten der Musikverlage (vgl. BT-Drcks. 14/8058, S. 19).

¹¹⁸ Professorenentwurf: 30 Jahre, Walter: 25 Jahre, Die Linke: 5 Jahre.

wenn man sich hierfür entscheiden würde, wären m. E. weitere Untersuchungen hinsichtlich der möglichen Rechtsfolgen unerlässlich. Ansonsten liefe man Gefahr, Regelungen zu schaffen, die bestenfalls niemandem nützen, aber zumindest keinen Schaden anrichten, schlimmstenfalls aber zumindest in Teilbereichen nicht unerhebliche negative Folgen hätten.

M. E. müsste diese Frage eher im Rahmen von grundlegenden Urheberrechtsreformen in Bezug v. a. auf die Schutzdauer und alternative Schutzkonzepte beantwortet werden.

III) Schlussbemerkung

Die Neuregelung des deutschen Urhebervertragsrechts war seinerzeit in mancherlei Hinsicht bahnbrechend. Sie kann in wesentlichen Zügen als Vorbild für Urhebervertragsrechtsreformen in anderen Ländern dienen, wie etwa in Österreich. Den Umstand, dass die deutschen Regelungen seit nunmehr zehn Jahren beobachtet und untersucht werden konnten, sollte man sich in diesem Zuge zunutze machen. Die Erfahrungen in Deutschland haben einige elementare Defizite aufgedeckt, die in anderen Ländern von vornherein vermieden werden sollten.