



## **Zum Diskussionsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes des BMJV (Stand 24. Juni 2020)**

### **I. Allgemeine Vorbemerkungen zum Diskussionsentwurf (DiskE)**

Der vorgelegte Diskussionsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts des BMJV (DiskE) sieht komplexe und tiefgreifende Veränderungen der bisherigen deutschen Urheberrechtssystematik vor. Aus Sicht von ARD und ZDF ist daher angesichts der Bedeutung und der weitreichenden Auswirkungen der Novellierung ein **Gesetzgebungsverfahren** mit entsprechenden mündlichen Anhörungen erforderlich. Dementsprechend ist die kurze Frist zur Stellungnahme des ersten Diskussionsentwurfs – noch dazu in der Urlaubszeit – auch wenig zielführend. Um eine der Komplexität der Materie angemessene Befassung zu ermöglichen, wird angeregt, dass sich die Bundesregierung auf Grund der außergewöhnlichen Corona-bedingten Umstände für eine Verlängerung der Umsetzungsfrist der Richtlinien auf europäischer Ebene einsetzt.

Inhaltlich begrüßen ARD und ZDF die vorgeschlagenen Änderungen zu § 20b UrhG und die Entscheidung, von der Option der Umsetzung der Regelung aus Art. 12 DSM-Richtlinie Gebrauch zu machen. Die Sender haben sich seit langem für die technologieneutrale Ausgestaltung des Weitersenderechts sowie für die Einführung des Systems der kollektiven Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung im deutschen Urheberrecht ausgesprochen.

Für äußerst problematisch halten ARD und ZDF jedoch die Vorschläge zum Urhebervertragsrecht. Die Vorschriften des Urheberrechts und speziell die des Urhebervertragsrechts sind für die öffentlich-rechtlichen Sender als Massennutzer von urheberrechtlich geschützten Inhalten von zentraler Bedeutung. Wir verweisen insoweit auch auf unsere Stellungnahme zur DSM-Richtlinie und Online-SatCab-Richtlinie vom September 2019, die wir auch gerne nochmals beifügen.

Der vorliegende Diskussionsentwurf geht grundlegend und weit über die Vorgaben der DSM-Richtlinie hinaus. Er beinhaltet erneut weitere **einseitige Verschärfungen des Urhebervertragsrechts zu Lasten der Verwerter**, obwohl das deutsche Urhebervertragsrecht erst vor rund zwei Jahren nach schwierigen Diskussionen und Abwägungsprozessen reformiert wurde und Vorbild für die europäischen Regelungen war. Die weiteren Verschärfun-

gen werden sich zunehmend nachteilig auf den Produktionsstandort Deutschland auswirken, in einer Situation, in der die deutsche Produktionslandschaft pandemiebedingt sich ohnehin in einer äußerst schwierigen Situation befindet:

- Die Vorschläge zur **Umsetzung der Transparenzpflicht** (Art. 19 DSM-Richtlinie) mit der Einführung einer proaktiven Reporting-Verpflichtung im direkten Vertragsverhältnis und erheblich ausgedehnten Auskünften auf Verlangen in Lizenzketten erhöhen die ohnehin erheblichen administrativen und finanziellen Anforderungen, welche die Reform 2017 an die Verwerter stellt, um ein Vielfaches, ohne dass damit entsprechende Vorteile der Kreativen einhergehen. Die Folgewirkungen und damit verbundenen Kosten werden ausgeblendet. Hier heißt es schlicht: „Die Kosten werden nachgereicht“. In anderen Ländern wird der Aufwand zu Auskunftspflichten, die auch längst nicht so umfangreich sind wie im DiskE vorgesehen, über Verwertungsgesellschaften abgewickelt. Dies ist in deutscher Rechtstradition mit seinem individuellen Vergütungssystem so jedoch nicht ohne weiteres umsetzbar. Die mit den Erweiterungen der Transparenzverpflichtungen einhergehenden ganz erheblichen Folgekosten für die Sender machen auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten **sachgerechte und verhältnismäßige Einschränkungen der Transparenzpflichten unabdingbar**, die den Vorgaben der Richtlinie zur Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Branche gerecht werden. Angesichts der Vielzahl der im Rundfunk und in audio- und audiovisuellen Produktionen betroffenen Auskunftsberechtigten sind die vorgeschlagenen Regelungen schlicht nicht administrierbar.
- Obwohl ebenfalls nicht durch die Richtlinie vorgegeben, sieht der DiskE Änderungen der **Vorschriften zur angemessenen Vergütung in §§ 32, 32a UrhG** vor. In jahrelangen Rechtsstreitigkeiten wurde mühsam ein Verständnis dieser ohnehin umstrittenen Normen entwickelt. Dem soll jetzt die Grundlage genommen werden. Weitere Rechtsunsicherheiten mit erneuten langjährigen prozessualen Auseinandersetzungen werden die Folge sein. Dies lässt sich am Gerichtsprozess zur Produktion „Das Boot“ illustrieren: Seit nunmehr fast 12 Jahren wird über eine Vielzahl von zu klärenden Rechtsfragen zur Vorschrift des § 32a UrhG gestritten. Dem droht nun für die nächste Instanz eine geänderte Rechtsgrundlage (§ 133 Abs. 2 UrhG-E) mit neuen ungeklärten Fragestellungen. **Die Änderungen in §§ 32, 32a UrhG sind** aus Sicht von ARD und ZDF, weil europarechtlich nicht geboten, **ersatzlos zu streichen**.
- In einem engen Konnex mit den urhebervertraglichen Regelungen steht der vorgeschlagene **Direktvergütungsanspruch** der Urheber gegen Upload-Plattformen wie YouTube, den der europäische Gesetzgeber bewusst nicht eingeführt hat. Er birgt die Gefahr von Doppelvergütungen und höhlt die Wertungen der §§ 88, 89 UrhG aus, durch die den Filmherstellern im Hinblick auf die hohen wirtschaftlichen Investitionen eine ungehinderte Auswertung der Filmwerke ermöglicht werden soll. Will man einen solchen Direktanspruch einführen, ist dieser **auf Fälle zu beschränken**,

**in denen der Urheber nicht durch seinen Vertragspartner vergütet oder an den Nutzungserlösen beteiligt wird.**

- Soweit der DiskE einen **Vergütungsanspruch für die neu vorgesehenen gesetzlich erlaubten Nutzungen** eines Films oder Laufbildes vorsieht, ist - wie bei sonstigen urheberrechtlichen Schrankenregelungen auch - dieser **auf die Leistungsschutzberechtigten zu erweitern**.

## **II. Zu den Umsetzungsvorschlägen der DSM-Richtlinie**

### **1. Urhebervertragsrecht, §§ 32, 32a UrhG**

Der Grundsatz der angemessenen Vergütung (Art. 18) sowie die in Art. 20 vorgesehenen Vertragsanpassungsmechanismen sind bereits in den §§ 32, 32a UrhG normiert, die auch Vorbild für den europäischen Gesetzgeber waren. Umsetzbedarf besteht daher nicht. Den Formulierungen der Richtlinie lässt sich kein über die deutschen Regelungen hinausgehender Regelungsgehalt entnehmen. Jede Änderung des Wortlauts gefährdet, wie eingangs erwähnt, die über die letzten Jahre durch zahlreiche Urteile mühsam herausgebildete Spruchpraxis der Gerichte. Im Einzelnen:

#### **a) Ergänzung in § 32 Abs. 2 UrhG**

Dem § 32 Abs. 2 UrhG soll der Satz hinzugefügt werden: „Hierbei ist jede Nutzungsmöglichkeit gesondert zu berücksichtigen, es sei denn, eine pauschale Vergütung ist durch die Besonderheiten der Branche gerechtfertigt.“

Bei der Reform 2017 wurde aus guten Gründen die Idee verworfen, dass zukünftig in Urheberverträgen grundsätzlich jede Nutzung einzeln zu vergüten ist. Es ist zu befürchten, dass eine solche Regelung nun versteckt über den für § 32 Abs. 2 UrhG vorgeschlagenen Zusatz eingeführt werden soll. Eine Ausweisung einzelner Vergütungen für jede Nutzungsform wird aber der atomisierten und kleinteiligen Nutzung von audiovisuellen Werken und Hörfunkproduktionen vor dem Hintergrund der diversifizierten Nutzungsgewohnheiten der Verbraucher nicht gerecht. Sie würde dazu führen, dass die Rundfunkbeiträge in die Administration fließen müssen, statt den Kreativen zugute zu kommen. Unabhängig hiervon müsste in jedem Fall zumindest in der Gesetzgebungsbegründung in geeigneter Weise klargestellt werden, dass pauschalierte Vergütungen jedenfalls für audiovisuelle Werke und Hörfunkproduktionen zulässig sind.

Der Vorteil einer Pauschalvergütung für den Urheber liegt im Übrigen darin, dass diese unabhängig ist von der tatsächlichen Nutzung und das Risiko eines mit einer nutzungsbezogenen Vergütung einhergehenden geringeren Honorars ausgeschlossen wird. Gleichzeitig profitieren die Urheber von einem höheren Honorar zeitnah zur Herstellung des Werkes. In der Praxis fordern daher viele Urheber selbst Buy-out Vergütungen oder hohe Mitabgeltungen. Dies steht in Widerspruch zu der immer wieder von Urhebern vertretenen Position bei Gesetzgebungsprozessen, dass jede Nutzung gesondert vergütet werden solle. Der Produzent bzw. der Verwerter trägt das alleinige Risiko eines Misserfolges der Produktion und muss hinsichtlich der Vergütung in Vorleistung treten. Er darf daher nicht zusätzlich mit Rechtsunsicherheiten und weiteren finanziellen Belastungen belegt werden. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Kreativen gerade nicht schutzlos gestellt werden, da ihnen im Bestsellerfall ein Anspruch nach § 32 a UrhG zusteht.

**b) Änderung des § 32a UrhG; Aufgabe des „auffälligen Missverhältnisses“**

Im Entwurf wird die bislang in § 32 a UrhG verwendete Terminologie „auffälliges Missverhältnis“ durch die Formulierung „unverhältnismäßig niedrig“ ausgetauscht. Damit soll ausweislich der Begründung ein neuer Maßstab eingeführt werden. Es werde beabsichtigt, die Schwelle für die Nachvergütung des Kreativen abzusenken. Folge wären auch hier neue erhebliche Rechtsunsicherheiten in der Branche mit weiteren Rechtsstreitigkeiten.

Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie bietet dagegen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass mit der in Art. 20 DSM-Richtlinie verwendeten Formulierung „unverhältnismäßig niedrig“ die bei der deutschen Formulierung „auffälliges Missverhältnis“ zugrunde gelegte Schwelle für die Nachvergütung abgesenkt werden sollte oder dass der europäische Gesetzgeber über die Anforderungen des deutschen Rechts hinausgehen wollte. Die Begründung zum DiskE behauptet lediglich, die Änderung entspreche der Vorgabe der Richtlinie. Aus Erwägungsgrund 78, der auf eine „eindeutig“ unverhältnismäßig niedrige Ausgangsvergütung abstellt, folgt im Gegenteil, dass die der deutschen Formulierung „auffälliges Missverhältnis“ zugrunde liegende Schwelle anzuheben ist. ARD und ZDF schlagen daher vor, die Worte „auffälliges Missverhältnis“ durch „grobes Missverhältnis“ zu ersetzen. Andernfalls wäre jedenfalls die bestehende Formulierung beizubehalten.

**c) Streichung des § 32a Abs. 2. S. 2 UrhG, Einführung von Doppelvergütungen**

Der Entwurf schlägt vor, die bislang in § 32 a Abs. 2 S. 2 UrhG vorgesehene Haftungsbefreiung des Vertragspartners des Urhebers, wenn sich das Missverhältnis erst in der weiteren Lizenzkette ergibt, zu streichen. Die Begründung des DiskE unterstellt auch hier, die bisherige deutsche Regelung sei mit der Richtlinie unvereinbar, weil die Richtlinie es erforderlich mache, die Haftung des Vertragspartners auf die Einnahmen der weiteren Lizenznehmer in der Lizenzkette zu erstrecken. Dies ist unzutreffend. Aus Erwägungsgrund 78, S. 2 der DSM-Richtlinie ergibt sich vielmehr eindeutig, dass sich der Anspruch nach Art. 20 DSM-Richtlinie auf die Einnahmen aus der späteren Verwertung eines Werkes „durch einen Vertragspartner des Urhebers“ bezieht und damit gerade nicht auf die Einnahmen von Lizenznehmern des Vertragspartners. D.h. die DSM-Richtlinie macht es nicht notwendig, die Haftung des Vertragspartners auf die Einnahmen der weiteren Lizenznehmer zu erstrecken.

Durch die vorgeschlagene Streichung käme es zu Doppelvergütungsansprüchen der Urheber, die wegen der gleichen Nutzungen in der Lizenzkette Ansprüche gegen ihre Vertragspartner und gegen dritte Lizenznehmer geltend machen könnten, ohne dass die Zahlung einer Nachvergütung durch den Vertragspartner oder durch einen dritten Lizenzpartner sich auf die Ansprüche gegen den jeweils anderen auswirken würde. Der BGH hat gerade erst in der Entscheidung „Das Boot II“ (BGH I ZR 176/18, dort Rz. 43) festgehalten, dass sich aus § 32 a Abs. 2 S. 2 UrhG ergibt, dass der Urheber die angemessene Beteiligung für die gleiche Nutzung im Ergebnis nicht doppelt erhalten soll. Jenseits der mit der Streichung der Vorschrift damit einhergehenden und nicht zu begründenden Doppelvergütung der Urheber werden hierdurch die ohnehin im Rahmen des § 32 a UrhG bestehenden erheblichen Schwierigkeiten weiter verstärkt, die Unwägbarkeiten der Norm des § 32a UrhG sachgerecht in die Vertragsverhältnisse zwischen Produzenten, Sendern und weiteren Lizenznehmern einzubeziehen.

Um eine unverhältnismäßige Doppelvergütung zu vermeiden, muss entweder § 32 a Abs. 2 S. 2 UrhG gestrichen werden. Alternativ ist die deutsche Durchgriffshaftung gegen weitere Lizenznehmer in der Lizenzkette, die europäisch nicht vorgegeben ist, und damit § 32 a Abs. 2 UrhG insgesamt zu streichen. Andernfalls würde es sich um einen unverhältnismäßigen und damit verfassungswidrigen Eingriff in die Privatautonomie handeln.

## 2. Auskünfte – Umsetzung des Art. 19 DSM-Richtlinie

Alarmierend und unverhältnismäßig sind die Regelungsvorschläge zur Umsetzung der Transparenzpflicht in Art. 19 DSM-Richtlinie. Sie sind administrativ mit vernünftigen Mitteln schlicht nicht umsetzbar und ignorieren die Vorgabe der Richtlinie, wonach bei der Umsetzung den Besonderheiten der Branche Rechnung getragen werden muss.

- a) Die Einführung einer proaktiven **Reporting-Verpflichtung** bedeutet für die Sender, dass zusätzlich zu dem beträchtlichen personellen und finanziellen Aufwand, der mit der IT-technischen Umsetzung des deutschen Auskunftsanspruchs einhergeht und noch längst nicht abgeschlossen ist, der kostenintensive Aufbau einer umfassenden Personendatenbank erforderlich wird: Bei einer Auskunft auf Verlangen müssen die IT-Systeme eine Suche nach von den Urhebern bezeichneten Produktionen über verschiedene Nutzungsdatenbanken hinweg ermöglichen. Eine proaktive Reporting-Verpflichtung erfordert hingegen eine IT-Lösung, die von den Reportberechtigten ausgeht und diese kennt. Erforderlich wird der Aufbau einer Personendatenbank, die mit den Informationen aus den Nutzungsdatenbanken verknüpft werden müssen. In dieser Personendatenbank müssen die reportberechtigten Urheber als natürliche Personen identifiziert werden mit entsprechenden personenbezogenen Daten, zudem müsste ein Personen-ID-Konzept aufgebaut werden. Neben den hierfür erforderlichen hohen Aufwandskosten steigen die Anforderungen an die Datenstruktur insoweit ganz erheblich, als bezogen auf jede neue Produktion alle an dieser beteiligten Urheber und Mitwirkende, die reportberechtigt sind, eindeutig in die Systeme eingepflegt werden müssen. Eine Reporting-Verpflichtung geht damit mit einem ganz erheblichen zusätzlichen täglichen Aufwand für die Metadatenpflege der Sender einher, der nicht mit den Mitteln der IT gelöst werden kann. Allein für den Bereich der Aktualität/Nachrichten wäre nach den Berechnungen der ARD angesichts der großen Menge täglich produzierter Kurzbeiträge (schätzungsweise 1,4 Mio. Kurzbeiträge pro Jahr) ein zusätzlicher jährlicher Datenpflegeaufwand von ca. 23.000 Arbeitsstunden für die Metadatenpflege erforderlich, was einem Äquivalent von ca. 15 Vollzeitskräften entspricht.

Nicht ohne Grund wird daher in Frankreich diese Reportingaufgabe Wertungsgesellschaften zugeordnet. Ergänzend haben wir, um den Eindruck von den auf die Sender zukommenden Aufwänden zu verdeutlichen, in der Anlage die Antwort des WDR an das Statistische Bundesamt

im Rahmen der Bürokratiekostenmessung zum 2017 geschaffenen Auskunftsanspruch beigefügt, die auch bereits die zusätzlichen Aufwände einer Reporting-Verpflichtung adressiert.

Der Aufwand, der – angesichts der **großen Vielzahl der täglich produzierten Inhalte und der großen Menge der Beteiligten** an der Produktion von audio und audiovisuellen Medien – mit der vorgesehenen Neuregelung ausgelöst würde, steht in keinem Verhältnis zur Anzahl der Fälle, in denen sich tatsächlich der wirtschaftliche Wert der den Sendern von den Urhebern eingeräumten Rechte im Vergleich zu ihrer Vergütung relevant auseinanderentwickeln.

Besonders hervorzuheben ist dabei, dass die Ansprüche innerhalb der Schutzfrist (von 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers) auf die Erben übergehen. Eine entsprechende Potenzierung möglicher Berechtigter ist die Folge mit dem Erfordernis einer umfangreichen Erbenverwaltung. Zu dieser gehört nicht nur die Erfassung der Datensätze (Namen, Adressen, etc.). Geprüft werden müsste auch die tatsächliche Erbenstellung (z.B. anhand von Erbscheinen etc.).

Der Regelungsvorschlag missachtet daher in eklatanter Weise den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und ist damit nicht verfassungskonform. (Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen urhebervertragsrechtlicher Vorgaben insgesamt, siehe Gounalakis, Heinze, Dörr „Urhebervertragsrecht, Verfassungs- und europarechtliche Bewertung des Entwurfs der Bundesregierung vom 30. Mai 2001, Vistas, 2001).

Eine solche **Reporting Obligation ist europarechtlich auch nicht zwingend** vorgegeben. Bei der Umsetzung der Richtlinie sollen nach Erwägungsgrund 77 Satz 1 die Besonderheiten der Inhalte unterschiedlicher Branchen, insbesondere auch die Besonderheiten der audiovisuellen Medien, berücksichtigt werden. Gemäß Art. 19 Abs. 3 Satz 1 der DSM-Richtlinie muss darüber hinaus die in Abs. 1 genannte Pflicht verhältnismäßig sein.

Wir appellieren daher an die Bundesregierung, es im Interesse der deutschen Kreativwirtschaft bei den bisherigen Ausgestaltungen der Auskunftsansprüche zu belassen. Kein anderes (Spezial-)Arbeitsrecht sieht entsprechende flächendeckende Reportingverpflichtungen vor. Auch das Entgelttransparenzgesetz sieht aus gutem Grund Auskunftsverpflichtungen nur auf Verlangen vor.

- b) In den Bereichen, in denen mangels direktem Vertragsverhältnisses zum Urheber bzw. ausübenden Künstler keine Reporting-Verpflichtung, sondern eine **Auskunft auf Verlangen** vorgesehen wird, sollen die Auskunftspflichten gegenüber der bisherigen deutschen Regelung ebenfalls erheblich erweitert werden. Die Sender würden sich damit zukünftig nicht nur bei Auftragsproduktionen (bisheriger § 32e Abs. 1 Nr. 1 UrhG), sondern in allen Fällen Ansprüchen ausgesetzt sehen, in denen sie Rechte über einen Dritten erwerben. Das können z.B. Förderproduktionen, Lizenzankäufe, Verlagsrechte oder über Fotoagenturen erworbene Rechte sein und betreffe damit Ansprüche von nochmal zehntausenden von Berechtigten pro Jahr, die die Sender sehr häufig nicht einmal kennen. Eine derart eklatante Ausweitung des auskunftsberechtigten Personenkreises, ohne dass gleichzeitig die Reichweite der Auskunftspflichten eingeschränkt wird, wirft weiter erhebliche verfassungsrechtliche Fragen auf.
- c) Sollte der Gesetzgeber gleichwohl an einer grundsätzlichen, durch die Richtlinie nicht vorgegebenen und aus Sicht von ARD und ZDF unverhältnismäßigen und damit verfassungswidrigen Reportingverpflichtung und einer Ausweitung der Auskunftskonstellationen in der Lizenzkette festhalten, ist es jedenfalls unverzichtbar, diese zumindest durch **Einschränkungen der Reichweite** der Auskunftspflichten abzufedern. **Essentiell** sind:
- eine – angesichts der Vielzahl der Urheber und Mitwirkenden erforderliche – branchenspezifische Bereichsausnahme der Reporting-Verpflichtung für den audiovisuellen Sektor und den Hörfunk; in diesen Branchen muss es bei einem Auskunftsanspruch auf Verlangen bleiben;
  - eine Änderung der Aussage des § 32d Abs. 1 S. 3 DiskE dahingehend, dass sich die Auskunftspflicht nur auf die wesentlichen Werknutzungen bezieht;
  - eine Klarstellung, dass im Bereich der Aktualität regelmäßig keine Auskunftspflichten bestehen. Da aktuelle Inhalte in aller Regel nur innerhalb eines kurzen Zeitraums genutzt werden, können sich der Wert der Rechte und die Urheberrechtsvergütung bei aktuellen Inhalten gar nicht auseinanderwickeln, so dass der mit der europäischen Regelung angestrebte Zweck der Auskunftserteilung ohnehin ins Leere läuft.



- d) Zwingend erforderlich ist weiterhin die Streichung der sich aus § 133 Abs. 3 DiskE ergebenden, völlig überraschenden Rückwirkung der Transparenzpflichten für Altinhalte. Die **Unverhältnismäßigkeit und damit Verfassungswidrigkeit** dieser **unechten Rückwirkungsregelung** ist evident: Die Sender waren bislang nicht gehalten, Personendatenbanken vorzuhalten und Personen-Metadaten zu jedem Inhalt in die Systeme einzupflegen und mit Nutzungsdaten zu verknüpfen. Die auf programmliche Erfordernisse und nicht auf unvorhersehbare, neuartige gesetzliche Auskunftsanforderungen ausgerichteten Datenbanken der Sender enthalten diesen Informationen nicht. Eine Nachpflege für sämtliche erneut genutzten Altinhalte, die eine Ermittlung der Beteiligten an teils jahrzehntealten Altinhalten und deren eindeutige nachträgliche Identifizierung erfordern würde, ist eklatant unverhältnismäßig und wird von den Sendern nicht geleistet werden können: Aufgrund der Datenlage wird es, je älter die Produktionen sind, umso schwieriger, die Berechtigten überhaupt zu verifizieren. Bei Zugrundelegung eines eher knapp bemessenen durchschnittlichen Aufwands von 1 Stunde pro Sendung und 15 Minuten pro Magazinbeitrag für die Nachpflege von Daten wäre nach den Berechnungen des WDR allein bezogen auf die Wiederholungen seiner Fernseh-Altproduktionen ein zusätzlicher Arbeitsaufwand von ca. 740 Arbeitstagen pro Jahr erforderlich.

Auch insoweit schießt der Diskussionsentwurf weit über die Vorgaben der DSM-Richtlinie hinaus. Nach Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie werden von den Regelungen der Richtlinie grundsätzlich keine Rechte berührt, die vor dem 7. Juni 2021 erworben wurden. Die Transparenzpflichten sind zudem erst auf Verträge anwendbar, die nach dem 07. Juni 2022 abgeschlossen wurden (Art. 27 DSM-Richtlinie). Eine Rückwirkung der europäischen Transparenzverpflichtungen ist daher weder europarechtlich geboten noch angesichts der damit verbundenen Aufwände verfassungsrechtlich zulässig.

- e) Absolut unverständlich ist aus Sicht von ARD und ZDF schließlich die ersatzlose Streichung der im bisherigen deutschen Recht vorgesehenen Regelung zur Möglichkeit der Abbedingung der Auskunftspflichten in **gemeinsamen Vergütungsregeln oder Tarifverträgen**. Zwar sieht Art. 19 Abs. 5 DSM-Richtlinie vor, dass Abweichungen von den Transparenzverpflichtungen zu Lasten der Urheber nicht erfolgen dürfen. Ausdrücklich zugelassen sind allerdings nationale Regelungen, die vorsehen, dass die Transparenzvorgaben durch Kollektivvereinbarungen konkretisiert werden. Dass der DiskE die bisherige Regelung zur Abbedingungsmöglichkeit von Auskunftspflichten in Kollektivvereinbarungen ersatzlos streicht und

keine explizite Regelung zur Möglichkeit der Konkretisierung der Transparenzverpflichtungen in Kollektivvereinbarungen vorsieht, schwächt die kollektiven Regelungsmöglichkeiten grundlos und steht in fundamentalem Widerspruch zur bislang vom Urheberrechtsgesetzgeber verfolgten Stärkung von Branchenlösungen durch Kollektivvereinbarungen. Angesichts der Vielzahl der Rechteinhaber im audiovisuellen Sektor ist die Schwächung kollektiver Regelungsmöglichkeiten auch mit Blick auf die Tarifautonomie nicht verständlich. Es ist zwingend erforderlich, dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit des Art. 19 Abs. 5 DSM-Richtlinie Gebrauch macht und explizit eine Regelung vorsieht, wonach in Kollektivvereinbarungen die durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägten Transparenzanforderungen konkretisiert werden können.

- f) Klarstellend wurde im DiskE die neue Vorschrift § 32g UrhG-E aufgenommen, wonach sich Urheber bei urhebervertraglichen Streitigkeiten durch Vereinigungen von Urhebern vertreten lassen können. Hier sollte im Sinne der Kohärenz der deutschen urhebervertragsrechtlichen Regelungen sichergestellt sein, dass es sich um "repräsentative" Vereinigungen i.S.d. § 36 Abs. 2 UrhG handeln.

### **3. Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie**

Die Vorschriften zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen in Art. 17 waren einer der bis zuletzt umstrittensten Regelungskomplexe der DSM-Richtlinie. Die Umsetzung stellt eine nicht minder große Herausforderung dar. Konkret haben ARD und ZDF zu dem dem DiskE zugrunde liegenden Ansatz folgende primäre Anliegen:

#### **a) Legalisierung von „Bagatellnutzungen“, § 6 UrhDaG-E**

§ 6 UrhDaG-E erlaubt es den Nutzern und Diensteanbietern, kleine Teile von Werken oder Werke geringen Umfangs zu nicht kommerziellen Zwecken wiederzugeben. In diesem Zusammenhang ist der Blick auf Folgewirkungen jenseits des Urheberrechts lenken: Die urheberrechtliche Legalisierung von diesen im DiskE aus urheberrechtlicher Sicht als „Bagatellnutzungen“ beurteilten maschinell überprüfbaren gesetzlich erlaubten Nutzungen birgt die Gefahr einer Signalwirkung für die Nutzer, dass Inhalte unterhalb der 20 Sekunden-Schwelle zukünftig ohne jede weiteren Einschränkungen genutzt werden können. Bereits jetzt gibt es allerdings eine Vielzahl vorhandener persönlichkeitsrechtlich höchst kritischer Nutzungen von Ausschnitten aus Rundfunk-Programmen auf Social Media Plattformen, in denen z.B. O-Töne von Protagonisten sensibler Sendungen aus dem Zusammenhang gerissen und in persönlichkeitsrechtlich höchst problematische Kontexte eingebunden wurden. Die

Protagonisten, die sich für die Sendungen zur Verfügung stellen, vertrauen hingegen zu Recht auf einen sorgsamen Umgang mit ihren Aufnahmen. Solange auf den Plattformen der Schutz der Persönlichkeitsrechte nicht auch praktisch wirksam sichergestellt ist, sind Schrankenregelungen, wie sie in § 6 UrhDaG-E vorgesehen sind, kritisch zu sehen. Eine urheberrechtliche Legalisierung von „Bagatellnutzungen“ macht es daher notwendig, den wirksamen Schutz der Persönlichkeitsrechte auf den Plattformen zu verstärken. Ergänzend müssten die Plattformen, die die Nutzer nach § 8 auf die Erlaubnisse nach §§ 5, 6 hinweisen müssen, in jedem Fall verpflichtet werden, ebenfalls Hinweise zur Beachtung der Persönlichkeitsrechte aufzunehmen.

**b) Angemessene Vergütung gesetzlich erlaubter Nutzungen, § 7 Abs. 2 UrhDaG**

Soweit der DiskE eine angemessene Vergütung für die neu in § 6 UrhDaG vorgesehene gesetzlich erlaubte Nutzung von bis zu 20 Sekunden je eines Films oder Laufbildes, bis zu 20 Sekunden je einer Tonspur, etc. vorsieht, muss dieser Anspruch, wie bei sonstigen urheberrechtlichen Schrankenregelungen auch, auf die Leistungsschutzberechtigten erweitert werden.

**c) Direktvergütungsanspruch, § 7 Abs. 1 UrhDaG-E**

In engem Konnex mit den urhebervertragsrechtlichen Regelungen im UrhG steht der im DiskE für § 7 UrhGDaG vorgeschlagene Direktvergütungsanspruch der Urheber gegen Upload-Plattformen wie YouTube. Auch insoweit handelt es sich um eine Regelung mit überschießender Tendenz, denn der europäische Gesetzgeber hat sich bewusst dagegen entschieden, eine solche Regelung einzuführen. In ihrer Ausgestaltung halten wir diese Regelung für problematisch. Soweit ein Direktvergütungsanspruch auch für vertraglich von Rechteinhabern an die Plattformen lizenzierte Nutzungen gewährt wird, birgt er die Gefahr von Doppelvergütungen und höhlt die Wertung der §§ 88, 89 UrhG aus, durch die den Filmherstellern eine ungestörte Auswertung der Filmwerke ermöglicht werden soll. Die Plattformen fungieren insoweit zunehmend als Distributionsplattformen der Filmrechteinhaber, was sich durch die in den im UrhDaG-E vorgesehenen Mechanismen noch verstärken wird. Das Urhebergesetz sichert hierfür den Urhebern über 32, 32a UrhG eine angemessene Vergütung. Im Sinne der Systematik des deutschen Urheberrechts muss daher die Vergütung für Plattformnutzungen bei lizenzierten Nutzungen im Verhältnis Urheber und Vertragspartner geregelt werden. Will man einen Direktvergütungsanspruch gegen die Plattformen einführen, dann muss dieser auf die nach Umsetzung der Richtlinie allerdings

vermutlich stark zurückgehenden Fälle beschränkt werden, in denen Inhalte unlizenziiert auf den Plattformen von den Nutzern hochgeladen werden und für die die Urheber von ihren Vertragspartnern keine Vergütung erhalten können.

**d) Kennzeichnung erlaubter Nutzungen (Pre-flagging), §§ 8, 12 UrhDaG-E**

Im Rahmen ihres Telemedienauftrags bieten ARD und ZDF auf relevanten Drittplattformen, die die Definition eines „Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten“ im Sinne der Richtlinie erfüllen, ihrem Publikum in redaktionell verantworteten Senderpräsenzen ausgewählte Inhalte an. So verfügen ARD und ZDF z.B. über verschiedene Sender- und Themen-Channels bei YouTube.

Die Vorschläge sehen die Möglichkeit vor, dass die Sender die von ihnen in ihren Channels hochgeladenen Inhalte als vertraglich erlaubt kennzeichnen. Die Möglichkeit dieses Pre-flagging müsste algorithmenbasierte Filterungen der Inhalte in den Senderchannels und darauf basierende in der Praxis immer wieder vorkommende (insbesondere wegen genutzter Musiken) fehlerhafte Strikes verhindern.

Aus Sicht von ARD und ZDF ist es jedoch problematisch, dass über manuelle Beschwerden einzelner Rechteinhaber in einem ersten Schritt nicht notwendigerweise ein Gericht, sondern eine interne Beschwerdestelle der Plattform oder eine von der Plattform beauftragte externe Beschwerdestelle entscheiden können soll, ob die Inhalte öffentlich zugänglich gemacht werden dürfen oder nicht. Dies ist für Inhalte, die durch eine öffentlich-rechtliche Anstalt verantwortet werden, nicht der richtige Weg. Dies umso mehr, als einigen Upload-Plattformen aufgrund ihrer Position im Markt mittlerweile eine wichtige Stellung bei der Distribution von meinungsrelevanten Inhalten zukommt und vermeintliche Urheberrechtsverletzungen in der Praxis immer häufiger zur Unterbindung unerwünschter Berichterstattung, die äußerungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, ins Feld geführt werden. Anbieter wie ARD und ZDF, die besonderen gesetzlichen Anforderungen unterliegen und bei denen von den organisatorischen Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Rechtklärung ausgegangen werden kann, sollten daher, z.B. durch die Aufnahme auf eine „White List“, von der Beschwerdesystematik ausgenommen werden. Unberechtigte Sperrungen stellen sich als Eingriff in die durch die Rundfunkfreiheit geschützte Programmautonomie dar. Für eine Abkehr von den allgemeinen Regeln des Prozessrechts besteht, jedenfalls für Anbieter besonders verantworteter Angebote, keine Berechtigung.

#### **4. Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung / Regelungen zu nicht verfügbaren Werken**

ARD und ZDF begrüßen, dass von der Option der Umsetzung der Regelung aus Art. 12 DSM-Richtlinie Gebrauch gemacht wird. Es handelt sich um ein flexibles und in die Zukunft gerichtetes System, für das sich ARD und ZDF auch in der Vergangenheit immer wieder eingesetzt haben. Kreative, Rechteinhaber und Verwerter können von einem solchen Instrument, das auf Freiwilligkeit und Vertragsfreiheit basiert, nur profitieren.

Zweifel haben wir allerdings, ob eine zusätzliche Detailregelung über eine Rechtsverordnung zielführend ist. Aus Sicht von ARD und ZDF sollte der Gesetzgeber die notwendigen Regelungen selbst treffen und ansonsten die Ausgestaltung einzelner Fälle den Verwertungsgesellschaften und Nutzern überlassen, ggf. mit einer Genehmigungspflicht ausgehandelter ECL durch das DPMA.

Für nicht zielführend halten wir es auch, dem Gesetz oder, wie in § 52e Nr. 2 VGG-E vorgesehen, der Verordnung die Bestimmung der Anwendungsfälle vorzubehalten, in denen eine ECL möglich ist. Dies würde dem Instrument die notwendige Flexibilität nehmen. Ziel sollte sein, in einer allgemeinen Regelung gesetzlich den Rahmen für die Verhandlung von kollektiven Lizenzen mit erweiterter Wirkung festzulegen und es dann den Verwertungsgesellschaften und Nutzern zu überlassen, aufgrund der praktischen Bedürfnisse konkrete Anwendungsfälle zu bestimmen, bei denen eine ECL aufgrund eines Branchenkonsenses realisiert werden kann.

Darüber hinaus regen ARD und ZDF im Interesse der Klarheit der Regelungen an, die Vorschriften für die allgemeine ECL-Regelung und die Spezialvorschriften zu den nicht verfügbaren Werken im Gesetz klarer voneinander zu trennen. Sollte der Weg über Detailregelungen durch Rechtsverordnungen weiterverfolgt werden, wäre es gleichermaßen sinnvoll, Detailregelungen für die allgemeine ECL-Regelung und Detailregelungen für die nicht verfügbaren Werke in getrennten Rechtsverordnungen zu regeln.

Der DiskE sieht bei seinen Vorschlägen zu den nicht verfügbaren Werken davon ab, die berechtigten Kulturerbe-Einrichtungen näher zu bestimmen, und er eröffnet die Möglichkeit einer Präzisierung im Wege der Verordnung. In der Begründung zu § 51b VGG-E weist der DiskE zutreffend darauf hin, dass bereits die DSM-RL die berechtigten Kulturerbe-Einrichtungen weiter konkretisiert, indem in Artikel 2 Nummer 3 DSM-RL öffentlich zugängliche Bibliotheken und Museen, Archive und im Bereich des Film- oder Tonerbes tätige

Einrichtungen genannt werden. In EG 13 der DSM-Richtlinie wird dies allerdings noch weiter präzisiert, indem u.a. die Archive der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausdrücklich einbezogen werden. Angesichts der Bedeutung der Rechtklärungserleichterungen für nicht-verfügbare Werke auch für in den Senderarchiven lagernde historisch, rundfunkgeschichtlich oder kulturell wertvolle Archivschätze ist es aus Sicht von ARD und ZDF wichtig, dass die in EG 13 der DSM-Richtlinie getroffenen weiteren Präzisierungen ebenfalls in die Gesetzgebungsbegründung Eingang finden.

Bei den Regelungsvorschlägen zu den nicht verfügbaren Werken ist es darüber hinaus fraglich, bereits im Gesetz für bestimmte Sektoren konkretere Aussagen zur (Nicht-)Verfügbarkeit zu treffen (§ 51 c Abs. 3 VGG-E) und dem Verordnungsgeber die Befugnis zu erteilen, nähere Bestimmungen zur Frage der (Nicht-)Verfügbarkeit zu treffen (§ 51e Nr. 7 VGG-E). Die Richtlinie eröffnet zwar dem nationalen Gesetzgeber in Art. 8 Abs. 5 die Möglichkeit, besondere Anforderungen zur Bestimmung der „Vergriffenheit“ vorzusehen. Nach den Vorstellungen des Richtliniengebers (EG 37, letzter Satz) sollen hierbei allerdings die Rechteinhaber, Einrichtungen des Kulturerbes und Verwertungsgesellschaften konsultiert werden. Angesichts der großen Heterogenität der Schutzgegenstände, die in den verschiedenen Archiven der Einrichtungen des Kulturerbes vorzufinden sind und die unterschiedlichste Anforderungen je nach Schutzgegenstand erforderlich machen werden, halten ARD und ZDF es für zielführender, wenn die Anforderungen an die „Nicht-Verfügbarkeit“ in den Verträgen zwischen den Einrichtungen des kulturellen Erbes und den Verwertungsgesellschaften bezogen auf den konkreten Schutzgegenstand bestimmt werden. Auf diese Weise ist es gelungen, für den Bereich der Archive von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in skandinavischen Ländern wie Dänemark eine praxistaugliche Regelung zwischen den Sendern und den Verwertungsgesellschaften auf der Basis von erweiterten Kollektivlizenzen zu schaffen.

Schließlich regen ARD und ZDF bezüglich § 51b Abs. 3 Nr. 5 VGG-E an, hier auch die Option zu eröffnen, dass auch die Einrichtung des kulturellen Erbes die Information über die geplanten Nutzungen auf dem Online-Portal des Amts der Europäischen Union für geistiges Eigentum direkt bekannt geben kann.

### III. Zu den Umsetzungsvorschlägen der Online-SatCab-Richtlinie

#### 1. Technologie-neutrale Ausgestaltung der Weiterverbreitung

ARD und ZDF begrüßen den Vorschlag zu den Änderungen in § 20b UrhG-E. Wir hatten uns schon lange für die technologie-neutrale Ausgestaltung der Weiterverbreitung ausgesprochen, um mit den Rechtklärungsmechanismen faire Wettbewerbsbedingungen für alle Plattformanbieter zu schaffen. Insoweit begrüßen wir ebenfalls, dass die Schaffung einheitlicher Lizenzstandards auf nationale Sachverhalte erstreckt wird.

Mit der Anwendung des § 20b Abs. 2 UrhG auch auf „neue“ Weitersender wird sich allerdings die Schwierigkeit fortsetzen, in der Praxis Doppelvergütungen von Urhebern und Leistungsschutzberechtigten zu verhindern.

#### 2. Direkteinspeisung

Der DiskE geht von der Notwendigkeit der Umsetzung der Regelungen der Richtlinie zur Direkteinspeisung aus. Um Widersprüche zu dem in der Praxis funktionierenden System der Weitersendung zu vermeiden, ist es notwendig, Abgrenzungen vorzunehmen: Einerseits ist der Normadressat des „Signalverteilers“ vom technischen Dienstleister des Sendeunternehmens bei der Primärsendung zu unterscheiden. Andererseits muss bei dem technischen Vorgang eine zusätzliche und direkte Zuführung zur technischen Vereinfachung oder Signalverbesserung bei der Weiterverbreitung parallel zur Primärsendung, der technisch nicht dasselbe Signal zu Grunde liegen muss, möglich bleiben und daher vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen sein.

Bezüglich der Abgrenzung des Signalverteilers zum technischen Dienstleister sieht EG 20 (a.E.) der Online-SatCab-Richtlinie vor, dass Signalverteiler nicht als Mitwirkende an der öffentlichen Wiedergabe angesehen werden, wenn sie den Sendeunternehmen ausschließlich technische Mittel zur Verfügung stellen, um den Empfang der Sendung sicherzustellen oder zu verbessern. Es handelt sich hierbei um eine originäre, allein vom Sendeunternehmen zu verantwortende Ausstrahlung, bei der das Sendeunternehmen für die Rechtklärung verantwortlich ist. **Aus Gründen der Klarheit sollte die in EG 20, letzter Satz, der Online-SatCab-Richtlinie enthaltene, für die Praxis sehr relevante Aussage daher jedenfalls in die Gesetzgebungsbegründung aufgenommen werden.**

Gleichfalls sieht EG 20 vor, dass die Regelungen zur Direkteinspeisung nur dann greifen, wenn keine unmittelbare öffentliche Übertragung stattfindet. Soweit also ein Sendesignal parallel zu einer „free to air“-Ausstrahlung der Programme, einem Plattformbetreiber direkt vom Rundfunkveranstalter zur

Verfügung gestellt wird, damit dieser es selbständig (zeitgleich, unverändert und vollständig) an die Öffentlichkeit weiterverbreiten kann, ist dies angesichts der parallelen Primärsendung wie bisher als eigenständige Nutzungshandlung im Sinne einer Weitersendung (§ 20 b UrhG) einzustufen. Ob die vom Netzbetreiber/Signalverteiler weitergeleiteten Signale dem Netzbetreiber/Signalverteiler per Draht zugeführt oder von ihm aus der Luft empfangen werden, macht dabei keinen Unterschied. Für die Weitersendung ist allein der Plattformbetreiber für die Rechtklärung verantwortlich. **Dies sollte im Gesetzestext, jedenfalls aber in der Gesetzesbegründung eindeutig klargestellt werden.**

### 3. Einführung des sog. Ursprungslandprinzips

Auch wenn die Begründung des DiskE das Ziel wiederholt, mit den Vorschriften den Sendeunternehmen die Rechtklärung für die grenzüberschreitende Verbreitung zu erleichtern, um so der europäischen Zivilgesellschaft einen besseren Zugang zu Rundfunkinhalten zu verschaffen, hat sich der europäische Gesetzgeber entschieden, für den AV-Bereich die Anwendung auf eng definierte Anwendungsfälle zu beschränken: Eigenproduktionen sowie „news and current affairs“-Inhalte.

Der DiskE scheint allerdings den bereits sehr restriktiven Anwendungsbereich, wie ihn die Richtlinie vorsieht, auch noch innerhalb des Bereichs von „news and current affairs“ weiter einschränken zu wollen. Abgestellt wird nicht, wie in der deutschen Übersetzung der Richtlinie vorgesehen, auf „Sendungen zum aktuellen Geschehen“, sondern auf die „Berichterstattung über Tagesereignisse“. Der DiskE begründet dies damit, dass sich die Umsetzung „current affairs“ als „Berichterstattung über Tagesereignisse“ an dem Begriff in der InfoSoc-Richtlinie (Art. 5 III c) (Grundlage für Berichterstattung über Tagesereignisse in § 50) orientiere. Dies übersieht aber, dass Art. 5 III c) InfoSoc-Richtlinie von „reporting of current events“ spricht und nicht von „current affairs programmes“ wie die Online-SatCab-Richtlinie. Auch die Zielrichtung von Art. 5 III c) InfoSoc ist eine ganz andere: dort soll es bei der Berichterstattung über ein konkretes Tagesereignis ermöglicht werden, dass Werke, die im Verlaufe dieses Ereignisses wahrnehmbar werden und die damit nicht den Gegenstand der Berichterstattung bilden, ohne Rechtklärung genutzt werden. Die Zielrichtung der OnlineSatCab-Richtlinie ist dagegen (siehe EG 1 OnlineSatCab-Richtlinie), in der EU den Zugang zu Informationen zu verbessern. Die Anwendung des Ursprungslandprinzips soll (EG 3) insbesondere in Fällen helfen, in denen in kürzester Zeit Rechte geklärt werden müssen. Der Begriff des „Tagesereignisses“ greift daher zu kurz. Dies würde z.B. aktuelle Berichterstattung zu COVID19 oder über die „Black Lives-Matter-Bewegung“ ausnehmen.



Auch ein Blick in die französische Fassung der Online-CabSat-Richtlinie zeigt, dass der Richtliniengeber ein weites Verständnis vor Augen hatte als die Lesart der vorgeschlagenen Umsetzung im DiskE. Dort heißt es „journaux et programmes d’actualités“, was der deutschen Übersetzung der Online-Sat-Cab-Richtlinie „Sendungen zum aktuellen Geschehen“ entspricht. Die im DiskE vorgeschlagene Umsetzung als „Berichterstattung über Tagesereignisse“ ist daher unbegründet einschränkend. Die deutsche Umsetzung sollte sich an der deutschen Fassung der Online-SatCab-Richtlinie ausrichten und die Anwendung des Ursprungslandprinzips für „Nachrichtensendungen und Sendungen zum aktuellen Geschehen“ vorsehen.

#### **IV. Zusammenfassend:**

ARD und ZDF haben sich seit langem für die technologieneutrale Ausgestaltung des Weitersenderechts sowie für die Einführung des Systems der kollektiven Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung im deutschen Urheberrecht ausgesprochen. Insoweit begrüßen wir die vorgeschlagenen Änderungen zu § 20b UrhG und die Entscheidung, von der Option der Umsetzung der Regelung aus Art. 12 DSM-Richtlinie Gebrauch zu machen.

Für äußerst problematisch und auch verfassungsrechtlich bedenklich halten ARD und ZDF jedoch die weit über die Vorgaben der DSM-Richtlinie hinausgehenden Vorschläge zum Urhebervertragsrecht. Es besteht keine Veranlassung zur Änderung der Regelungen zur angemessenen Vergütung und der sie flankierenden Auskunftsmöglichkeiten. Das deutsche Urhebervertragsrecht war Vorbild für die europäische Regelung. Die im DiskE vorgeschlagenen Regelungen führen zu neuer jahrelanger Rechtsunsicherheit zu Fragen der Angemessenheit der Vergütung. Sie entwerten die mühsam auf Augenhöhe ausgehandelten Gemeinsamen Vergütungsregeln zwischen Urheberverbänden und Verwertern und nehmen ihnen die Grundlage. Die vorgeschlagenen erheblichen Ausweitungen der Transparenzverpflichtungen erhöhen die ohnehin erheblichen administrativen und finanziellen Anforderungen, die die Reform 2017 an die Verwerter stellt, um ein Vielfaches. Es ist daher zwingend erforderlich, dass der Umsetzungsbedarf und die Regelungsnotwendigkeit bei den urhebervertragsrechtlichen Vorschriften noch einmal genau geprüft werden.

Für eine Berücksichtigung unserer Anliegen wären wir dankbar. Ansprechpartner/-in ist für die ARD Frau Justiziarin Eva-Maria Michel, für das ZDF Herr Justiziar Peter Weber.

#### Anlagen