



Zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes des BMJV (Stand 2. September 2020)

I. Allgemeine Vorbemerkungen zum Referentenentwurf (RefE)

Der vorgelegte Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts des BMJV (RefE) sieht - wie bereits der Diskussionsentwurf zuvor - komplexe und tiefgreifende Veränderungen der bisherigen deutschen Urheberrechtssystematik vor. Aus Sicht von ARD und ZDF sind daher angesichts der Bedeutung und der weitreichenden Auswirkungen der Novellierung entsprechende mündliche Anhörungen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens dringend erforderlich. Um eine der Komplexität der Materie angemessene Befassung und Umsetzung zu ermöglichen, regen wir nochmals an, 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 der Vollständigkeit halber nochmals beifügen.

Der vorliegende RefeE geht grundlegend und weit über die Vorgaben der DSM-Richtlinie hinaus. Er beinhaltet erneut weitere **unverhältnismäßige 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. Dabei trägt der Entwurf mit der Reporting-Verpflichtung, dem vorgeschlagenen Unterlassungsanspruch in § 36d UrhG-E sowie der Ratio des Direktvergütungsanspruchs nach § 7 Abs. 2 UrhDaG-E den vielfältigen

angemessenen Vergütungsregelungen der Verwerter entsprechend der gesetzlichen Leitbilder nicht Rechnung. Die weiteren Verschärfungen 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 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 Schätzungen des Entwurfs zu den Folgewirkungen und den damit verbundenen Kosten sind unrealistisch. Die mit den Erweiterungen der Transparenzverpflichtungen einhergehenden hohen Folgekosten für die Sender machen auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten **sachgerechte und verhältnismäßige Einschränkungen der Transparenzpflichten unabdingbar**, die den Vorgaben der DSM-Richtlinie zur Berücksichtigung der Besonderheiten der Inhalte in den jeweiligen Branchen gerecht werden. Angesichts der Vielzahl der im Rundfunk und in audio- und audiovisuellen Produktionen betroffenen Auskunftsberechtigten sind die vorgeschlagenen Regelungen schlicht nicht bzw. lediglich mit unverhältnismäßig hohen Kosten administrierbar. Unverhältnismäßige Reportingverpflichtungen reduzieren die Gelder, an denen die Urheber¹ zu beteiligen sind, in einem unververtretbaren Ausmaß. Es bestehen Zweifel, ob dies mit der von der Richtlinie bezweckten fairen Vergütung aller Kreativen in Einklang steht. Bereits heute sind die Nutzungen für die Urheber ausreichend transparent, wie die geringe Zahl tatsächlich geltend gemachter Auskunftsansprüche belegt.
- Obwohl ebenfalls nicht durch die Richtlinie vorgegeben, sieht der RefE Änderungen der **Vorschriften zur angemessenen Vergütung in §§ 32, 32a UrhG** vor. In jahrelangen Rechtsstreitigkeiten wurde ein Verständnis dieser umstrittenen Normen entwickelt, das durch die vorgesehenen Änderungen erneut in Frage gestellt wird. Weitere Rechtsunsicherheiten mit erneuten langjährigen prozessualen Auseinandersetzungen werden die Folge sein. Dies lässt sich am Gerichtsprozess zur Produktion „Das Boot“ illustrieren: Seit 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 gravierenden neuen ungeklärten Fragestellungen. **Die Änderungen in §§ 32, 32a UrhG sollten** aus Sicht von ARD und ZDF **ersatzlos gestrichen werden, zumal sie europarechtlich nicht geboten sind.**

¹ Ausschließlich zum Zweck der besseren Lesbarkeit wird auf die geschlechtsspezifische Schreibweise verzichtet. Alle personenbezogenen Bezeichnungen sind somit geschlechtsneutral zu verstehen.

- In einem engen Konnex mit den urhebervertraglichen Regelungen steht der vorgesehene **Direktvergütungsanspruch** der Urheber gegen Upload-Plattformen wie YouTube, den der europäische Gesetzgeber bewusst nicht eingeführt hat. Er ist mit dem deutschen individuellen Vergütungssystem im Filmbereich nicht vereinbar 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. Absehbar wird er zu Doppelvergütungen der Urheber führen. Es besteht die Gefahr, dass die finanziellen Lasten – hiervon geht auch der RefE aus - im Ergebnis von den Upload-Plattformen auf den Filmhersteller bzw. die Sendeunternehmen abgewälzt werden. In jedem Fall wäre daher ein Direktanspruch **auf Fälle zu beschränken, in denen Inhalte unlicenziert von Nutzern hochgeladen werden und für die die Urheber von ihren Vertragspartnern keine Vergütung erhalten können.**
- Soweit der RefE einen **Vergütungsanspruch für die neu vorgesehenen gesetzlich erlaubten Nutzungen** eines Films oder Laufbildes vorsieht, ist dieser - wie bei sonstigen urheberrechtlichen Schrankenregelungen auch - **auf die Leistungsschutzberechtigten zu erweitern.**

Zur besseren Lesbarkeit stellen wir unseren nachfolgenden Anmerkungen zu den einzelnen Umsetzungsvorschlägen der DSM-Richtlinie ein Inhaltsverzeichnis voran:

Inhalt

I.	Allgemeine Vorbemerkungen zum Referentenentwurf (RefE).....	1
II.	Zu den Umsetzungsvorschlägen der DSM-Richtlinie: Urhebervertragsrecht.....	4
	1. Angemessene Vergütung, §§ 32, 32a UrhG	5
	a) Ergänzung in § 32 Abs. 2 UrhG	5
	b) Änderung des § 32a UrhG; Aufgabe des „auffälligen Missverhältnisses“; Übergangsregelung in § 133 Abs. 2 UrhG	7
	2. Auskünfte – Umsetzung des Art. 19 DSM-Richtlinie	8
	a) Proaktive Reporting-Verpflichtung	8
	b) Einschränkungen der Reichweite der Auskunftspflichten zwingend geboten.....	12
	c) Rückwirkung für Altinhalte, § 133 Abs. 3 RefE	17
	d) Neuregelung in § 32d Abs. 3 RefE	18
	e) Kollektivrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 36d UrhG-E.....	18
	f) Vertretung durch Vereinigungen nach § 32g UrhG-E	19
III.	Zu den Umsetzungsvorschlägen der DSM-Richtlinie: Art. 17	19
	1. Legalisierung von „Bagatellnutzungen“, § 6 UrhDaG-E	20

2. Angemessene Vergütung gesetzlich erlaubter Nutzungen, § 7 Abs. 2 UrhDaG	20
3. Direktvergütungsanspruch, § 7 Abs. 1 UrhDaG-E	20
4. Kennzeichnung erlaubter Nutzungen (Pre-flagging), §§ 8, 12 UrhDaG-E	23
IV. Zu den Umsetzungsvorschlägen der DSM-Richtlinie: Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung / Regelungen zu nicht verfügbaren Werken	24
V. Zu den Umsetzungsvorschlägen der Online-SatCab-Richtlinie.....	26
1. Technologie-neutrale Ausgestaltung der Weiterverbreitung.....	26
2. Direkteinspeisung.....	26
3. Einführung des sog. Ursprungslandprinzips.....	27
4. Übergangsregelung in § 137p UrhG-E.....	28
VI. Zusammenfassend	29

II. Zu den Umsetzungsvorschlägen der DSM-Richtlinie: Urhebervertragsrecht

Das Urhebervertragsrecht regelt die Beziehung zwischen dem Urheber und seinen Vertragspartnern, denen er Nutzungsrechte einräumen kann. Die Regelungen sollen Verhandlungspositionen in Ausgleich bringen und die unterschiedlichen Interessenlagen berücksichtigen. Der europäische Gesetzgeber hat mit der DSM-Richtlinie erstmals in diesem Bereich Vorschriften harmonisiert. Im Zentrum steht das Recht auf angemessene und verhältnismäßige Vergütung. Dies soll durch Transparenzpflichten abgesichert werden. Die Regelungen sind unter die Überschrift „Faire Vergütung in Verwertungsverträgen mit Urhebern und ausübenden Künstlern“ gestellt. Art. 18 Abs. 2 DSM-Richtlinie betont darüber hinaus die Notwendigkeit des „fairen Ausgleichs der Rechte und Interessen“. Damit findet das ökonomische FRAND-Konzept, das z.B. auch bereits in der EU-Zugangsrichtlinie (Richtlinie 2002/19/EG) verankert ist und im Patentrecht eine maßgebliche Rolle spielt, Eingang ins Urheberrecht.

Ganz allgemein bedeutet **FRAND** (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory) die englische Abkürzung für eine faire, angemessene und nicht-diskriminierende finanzielle Entschädigung für die Nutzung eines Inhalts, bei der eine sektorspezifische Betrachtung zugrunde gelegt wird. Grundlegende Idee des FRAND-Konzepts ist der Interessenausgleich der Parteien, so dass die FRAND-Regelungen in Sektoren, in denen die Parteien oft nicht die gleiche Verhandlungsmacht haben, besondere Bedeutung haben. Für den Bereich von Lizenzierungsverfahren zielt die Anwendung der FRAND-Regelungen auf ein Gleichgewicht zwischen dem Interesse der Urheber an einer Vergütung für die Nutzung ihrer Inhalte und dem Interesse der Werknutzer zur Nutzung unter angemessenen Bedingungen. Die Europäische Kommission hat diesbezüglich eine Reihe von Wegweisern zum FRAND-Konzept erstellt

(Mitteilung vom 29.11.2017 über den Umgang der EU mit standardessenziellen Patenten, COM (2017) 712 final). Zusammengefasst und verallgemeinert ergibt sich hieraus:

- Beide Parteien müssen bereit sein, im guten Glauben Verhandlungen zu führen, um faire, vernünftige und nichtdiskriminierende Lizenzbedingungen festzulegen.
- Effizienzerwägungen und auf beiden Seiten vernünftige Erwartungen in Bezug auf Lizenzgebühren sollten berücksichtigt werden.
- Die Lizenzbedingungen müssen eindeutig mit dem wirtschaftlichen Wert in Zusammenhang stehen.
- Die Transaktionskosten im Zusammenhang mit der Verhandlung einer Lizenz sollten auf das erforderliche Minimum beschränkt bleiben.
- Um ein „Stapeln“ von Lizenzgebühren zu vermeiden, kann der FRAND-Wert eines einzelnen Guts nicht isoliert betrachtet werden. Die Vertragsparteien müssen einen angemessenen Gesamtsatz berücksichtigen und den Gesamtmehrwert des Inhalts bewerten.

Die Vorschläge zur Umsetzung der europäischen Regelungen, insbesondere sämtliche Änderungsvorschläge, die über die Vorgaben der DSM-Richtlinie hinausgehen, sollten damit am FRAND-Konzept und der hierzu bereits vorliegenden Spruchpraxis gemessen werden.

1. Angemessene Vergütung, §§ 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. Umsetzungsbedarf 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.“

In der Begründung (S. 83 f.) heißt es hierzu, dass der Regelungsgehalt des neuen Grundsatzes nicht wesentlich über § 32 UrhG a.F. hinausreiche, da schon nach der Rechtsprechung des BGH Kreative möglichst anteilig, also verhältnismäßig, an den Erlösen aus der Verwertung ihrer Werke und Darbietungen zu beteiligen seien. Gleichwohl hält der RefE es mit Blick auf Art. 18 DSM-RL für erforderlich, den Aspekt der Verhältnismäßigkeit künftig stärker herauszustellen. § 32 a Abs. 2 UrhG a.F.

werde daher um einen Satz 3 ergänzt, nach dem grundsätzlich „jede Nutzungsmöglichkeit“ vergütungsrelevant sei. Demgemäß bedürfe künftig die Pauschalvergütung einer Rechtfertigung durch besondere Umstände der Branche.

Offensichtlich liegt dem RefE damit das Verständnis zugrunde, dass eine verhältnismäßige Vergütung eine Vergütung ist, bei der jede Nutzungsmöglichkeit einzeln ausgewiesen und bepreist ist – im Gegensatz zu einer pauschalen Vergütung, bei der eine Vergütung für ein Bündel an Nutzungsmöglichkeiten gezahlt wird. Dieses Verständnis der „Verhältnismäßigkeit“ der Vergütung ergibt sich aber aus der Richtlinie gerade nicht. Nach Erwägungsgrund 73 S. 2 DSM-RL kann auch eine Pauschalzahlung eine verhältnismäßige Vergütung sein, sie sollte jedoch nicht die Regel sein. Erwägungsgrund 73 S. 1 DSM-RL erläutert allgemein, dass die Vergütung der Urheber und ausübenden Künstler angemessen und in einem ausgewogenen Verhältnis zum tatsächlichen oder potenziellen wirtschaftlichen Wert der übertragenen Rechte stehen soll. Dies entspricht damit der Auslegung des geltenden § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG durch die deutschen Gerichte, wonach Kreative möglichst anteilig an den Erlösen aus der Verwertung ihrer Werke und Darbietungen zu beteiligen sind.

Die vorgeschlagene Ergänzung geht damit über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. Sie nimmt der mühsam entwickelten richterlichen Spruchpraxis die Grundlage. Für die Kreativbranche geht dies einher mit neuen jahrelangen Unsicherheiten für das tägliche Massengeschäft der Vertragsabschlüsse.

Bei der Reform 2017 wurde aus guten Gründen die Idee, in Urheberverträgen grundsätzlich jede Nutzung einzeln zu vergüten, verworfen. Eine Ausweisung einzelner Vergütungen für jede Nutzungsform wird 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 ein hoher finanzieller Aufwand in die Administration fließen muss, statt den Kreativen zugute zu kommen. Vor diesem Hintergrund müsste die vorgeschlagene Ergänzung zu § 32 Abs. 2 UrhG in jedem Fall mit einer Klarstellung in der Gesetzgebungsbegründung einhergehen, 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. Das Verwertungsrisiko mit potenziellen Honorarausfällen, welches mit einer nutzungsbezogenen Vergütung einhergeht, wird ausgeschlossen. 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. 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.

Damit widerspricht die im RefE vorgeschlagene Ergänzung in § 32 Abs. 2 UrhG auch dem FRAND-Gedanken, der den europäischen Regelungen zugrunde liegt. Eine Vorgabe, die dem Wunsch sehr vieler Urheber nach einer BuyOut-Vergütung zuwiderläuft und die angewendet als Regelfall auf alle Verträge zu Transaktionskosten führt, die sich vergütungsmindernd niederschlagen müssen, ist weder im Interesse der Verwerter noch der Urheber. Entsprechend der Grundsätze des FRAND-Konzeptes sind die gesamten Umstände der Verwertung in den Blick zu nehmen: Für eine große Vielzahl von Leistungen (insbesondere im Bereich der nachrangigen Beiträge) sind BuyOut-Verträge mit einer höheren Vergütung eine faire Vergütungsform. Dies zeigen im Übrigen die auf Augenhöhe verhandelten Urhebervarifizierungsverträge der ARD-Landesrundfunkanstalten und des ZDF mehr als deutlich: Auch dort erfolgt keine Einzelbepreisung der verschiedenen eingeräumten Rechte. Auch Folgevergütungen sind nicht für sämtliche Kreative, die unter diesen Tarifverträgen Leistungen erbringen, vorgesehen, sondern nur für ausgewählte Personengruppen bestimmter Produktionsformen; und auch für diese Personengruppen sehen die Tarifverträge nur Folgevergütungen für wirtschaftlich relevante Hauptnutzungen im Gegensatz zu vielfältigen Nutzungen von wirtschaftlich untergeordneter Bedeutung vor.

b) Änderung des § 32a UrhG; Aufgabe des „auffälligen Missverhältnisses“; Übergangsregelung in § 133 Abs. 2 UrhG

Im Entwurf wird die bislang in § 32 a UrhG verwendete Terminologie „auffälliges Missverhältnis“ durch die Formulierung „unverhältnismäßig niedrig“ ausgetauscht. Ausweislich der Begründung wird hiermit die Schwelle für die Nachvergütung des Kreativen abgesenkt. Folge wären auch hier neue erhebliche Rechtsunsicherheiten, die weitere Rechtsstreitigkeiten zur Folge haben werden.

Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie bietet keine 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. In der Begründung zum RefE wird die Behauptung, die Änderung entspreche der Vorgabe der Richtlinie, nicht belegt. Die Richtlinie spezifiziert in Erwägungsgrund 78 den Regelungsfall derart, dass die ursprünglich vereinbarte Vergütung gemessen an den einschlägigen Einnahmen aus der Verwertung „eindeutig“ unverhältnismäßig niedrig sein muss. Bei einem „Missverhältnis“ handelt es sich schlicht um eine andere Begrifflichkeit für „Unverhältnismäßigkeit“. Beides steht für ein nicht passendes Verhältnis. Bei einem „eindeutigen“ Missverhältnis ist die Schere

zwischen Vergütung und Erträgen aber größer als bei einem „auffälligen“ Missverhältnis. Wenn man nicht den damit eigentlich folgerichtigen Weg beschreiten will, die Schwelle zur Nachvergütung anzuheben auf Fälle des „eindeutigen“ oder „groben“ Missverhältnisses, dann sollte es wenigstens bei der bisherigen deutschen Regelung bleiben, die zukünftig ohnehin im Lichte des EU-Rechts auszulegen wäre. Ein Absenken der Schwelle ist ein Fall einer überschießenden Umsetzung und nimmt der bisherigen deutschen Spruchpraxis völlig unnötig die Grundlage.

Dabei entsteht durch die Änderung nicht nur Rechtsunsicherheit bezüglich der Schwelle zur Nachvergütung. Die Übergangsregelung des § 133 Abs. 2 UrhG-E bedeutet ausweislich der Begründung des RefE (S. 127), dass in Bestseller-Fällen zwischen Verwertungserfolgen bis zum 06. Juni 2021 und nach diesem Tag unterschieden werden soll. In die lange Reihe der praktischen Anwendungsfragen zu § 32a UrhG, die für die Gerichte angesichts der Struktur der Norm ohnehin kaum konsistent lösbar sind, gesellt sich damit eine weitere Aufgabe, die absehbar die Quadratur des Kreises bedeuten wird. Denn die Frage des „Verwertungserfolgs“ eines AV-Werkes lässt sich nicht losgelöst von vorangegangenen Verwertungen beantworten. Die in § 133 Abs. 2 UrhG-E vorgesehene Übergangsregelung entspricht auch nicht der Systematik der bestehenden Übergangsregelung zu § 32a UrhG: Bei der bestehenden Übergangsregelung wurde, um der Problematik der Rückwirkung zu entgehen, festgelegt, dass § 32 a UrhG erst auf Sachverhalte (= Erträge und Vorteile) Anwendung findet, die nach Einführung des § 32a UrhG entstanden sind. Dies ändert aber nichts daran, dass nach der Rechtsprechung Erträge und Vorteile aus dem Zeitraum vor Einführung des § 32a UrhG bei der Beurteilung der Frage, ob ein Missverhältnis vorliegt, einbezogen werden, für diese erfolgt lediglich keine Nachvergütung. Nun soll aber bei typischerweise sich über einen längeren Zeitraum hinziehenden Auswertungen zeitraumbezogen ein unterschiedlicher Beurteilungsmaßstab zur Anwendung kommen. Dies wird sich mit der von den Gerichten erarbeiteten Systematik der Norm nicht in Einklang bringen lassen.

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

Eindeutig unverhältnismäßig sind die Regelungsvorschläge zur Umsetzung der Transparenzpflicht in Art. 19 DSM-Richtlinie. Sie sind administrativ mit vernünftigen Mitteln nicht umsetzbar. Sie werden der Vorgabe der Richtlinie, wonach bei deren Umsetzung den Besonderheiten der Inhalte Rechnung zu tragen ist, nicht gerecht.

a) Proaktive Reporting-Verpflichtung

Die Einführung einer proaktiven Reporting-Verpflichtung bedeutet für die Sender **enorme zusätzliche administrative und finanzielle Aufwände**: Zusätzlich zu dem beträchtlichen personellen und finanziellen Aufwand, der mit der IT-technischen Umsetzung des deutschen Auskunftsanspruchs einhergeht und noch längst nicht abgeschlossen ist, würde ein kostenintensiver Aufbau einer umfassenden Urheber-

Personendatenbank, deren Verknüpfung mit den Nutzungsinformationen aus den Nutzungsdatenbanken und die Entwicklung eines Reporting-Portals erforderlich. Bei einer Auskunft auf Verlangen, wie sie für die Auftragsproduktionen vorgesehen ist, müssen die IT-Systeme eine Suche nach den von den Urhebern bezeichneten Produktionen über verschiedene Nutzungsdatenbanken hinweg ermöglichen. Diese Mitwirkungsobliegenheit der Urheber, nämlich die Produktionen zu benennen, für die sie beauskunftet werden wollen, entfällt bei der proaktiven Reporting-Verpflichtung. Eine solche proaktive Reporting-Verpflichtung erfordert eine IT-Lösung, die von den Reportberechtigten ausgeht und diese kennt. Erforderlich wird der Aufbau einer Urheber-Personendatenbank, in der die reportberechtigten Urheber als natürliche Personen identifiziert werden müssten und die mit den Informationen aus den Nutzungsdatenbanken mittels Schnittstellen zu verknüpfen wären. Zudem müsste ein Reporting-Portal aufgebaut werden. Die ARD schätzt, dass die anfallenden Kosten für Entwicklungsleistungen und für die Herstellung von in jeder Landesrundfunkanstalt erforderlichen Schnittstellen zwischen Personalsystemen und Personendatenbank sowie zwischen Personendatenbank und den Produktionssystemen im deutlich siebenstelligen Bereich liegen werden. Hinzu kämen weitere tägliche Kosten für die für ein Reporting erforderliche zusätzliche Pflege von Metadaten, die die Sender für die Programmerfüllung nicht benötigen. Denn bei einem Reporting steigen die Anforderungen an die zuzuliefernden Daten insoweit ganz erheblich, als bezogen auf jede neue Produktion alle jeweils daran beteiligten Urheber und Mitwirkende, die reportberechtigt sein sollen, eindeutig in die Systeme einzupflegen wären. Eine Reporting-Verpflichtung erfordert damit einem ganz erheblichen zusätzlichen täglichen Aufwand für die Metadatenpflege der Sender, 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 Vollzeitkräften entspricht. Es würde mit einem Wort ein „Administrations-Monster“ entstehen, dass in Zeiten des Lean-Managements nicht angebracht ist.

Vor dem Hintergrund dieser Aufwände sind die Ausführungen zu den **Kostenschätzungen im Referentenentwurf (S. 70 f.) nicht nachvollziehbar**. Soweit dort auf eine Erhebung des Statistischen Bundesamts verwiesen wird, wonach sich zum 01.03.2019 der nach § 32d UrhG a.F. entstehende laufende Aufwand auf € 14.000 als Aufwand auf Kreativenseite für die Beantragung und auf € 1.000 auf Verwerterseite für die Bearbeitung der Auskünfte belief, werfen diese Zahlen erhebliche Fragen auf: Sie deuten zunächst auf ein offenbar sehr eingeschränktes Informationsinteresse der Urheber hin, das darauf zurückzuführen ist, dass regelmäßig die Vergütungen angemessen sind und dem wirtschaftlichem Wert der Rechte entsprechen. Im Übrigen ist es nicht zutreffend, dass für die Beauskunftung weniger Zeitaufwand

anfällt als für die einfache Anfrage. Denn auf Seiten der Urheber ist ja lediglich eine im Wesentlichen allgemeine schriftliche Anfrage an die Verwerter zu versenden, während auf Seiten der Verwerter aufwändig die Nutzungen recherchiert und mitgeteilt werden müssen. Die oben aufgerufenen Zahlen lassen daher eher vermuten, dass nur eine sehr begrenzte Zahl von Verwertern an der Erhebung des Statistischen Bundesamts teilgenommen hat. Diese Analysen sind damit nicht aussagekräftig.

Des Weiteren unterstellt der Referentenentwurf, dass vertragliche Auskunftsansprüche, insbesondere durch regelmäßige Abrechnungen bei absatzbezogenen Honoraren, bereits weit verbreitet sind und es deshalb erwarten lassen, dass die Umstellung auf ein proaktives Reporting nicht zu einer beträchtlichen Zunahme an Auskunftsfällen führen wird. Dies mag z.B. in der Verlagsbranche der Fall sein. Die öffentlich-rechtlichen Sender generieren mit ihren hoheitlichen Nutzungen jedoch keine „Umsätze“, an denen die Kreativen beteiligt werden könnten. Erschwerend kommt bei den Sendern die große Menge täglich produzierter Inhalte mit einer Vielzahl beteiligter Kreativer hinzu. Um eine Vorstellung von der Größenordnung zu bekommen: Allein der WDR hat nur im Jahr 2019 ca. 243.000 Verträge mit ca. 11.000 freien Mitarbeitern über die Erstellung eines Werkes/Mitwirkung bei der Herstellung eines Werkes geschlossen. Die Annahme des Referentenentwurfs (S. 71), dass nur eine unbedeutende Anzahl an Auskünften zu erteilen sein würde, weil der Kreis der auskunftsberechtigten Personen auch nach der Reform begrenzt bliebe und nicht jedem Mitwirkenden als Urheber oder ausübenden Künstler Auskunft zu erteilen sei und weil auch Urhebern lediglich nachrangiger Beiträge keine Auskünfte zu erteilen wären, ist angesichts der Größenordnung der Vertragsabschlüsse realitätsfern. Zudem ist nicht definiert, was ein nachrangiger Beitrag ist. Wie weit die Rechtsprechung die Reporting-Verpflichtungen ziehen würde, ist nicht vorhersehbar. Aufgrund der Unsicherheit wäre im Zweifel daher immer von einer Auskunftspflicht auszugehen. Für eine Prüfung der Nachrangigkeit wären im Übrigen auch weitere Kapazitäten notwendig. Der Aufwand und die Kosten reduzieren sich mithin nicht. Wenn aber der Referentenentwurf davon ausgeht, dass es ohnehin nur eine unbedeutende Zahl von Reportingfällen gibt, wirft dies umso mehr die Frage nach der Verhältnismäßigkeit einer derartigen neuen Regelung auf, die auf Senderseite mit hohen Investitions- und Folgekosten verbunden sein wird.

ARD und ZDF rechnen – angesichts der **großen Vielzahl der täglich produzierten Inhalte und der großen Menge der Beteiligten** an der Produktion von audio- und audiovisuellen Medien – durch die vorgeschlagene Neuregelung mit einem erheblichen zusätzlichen Aufwand.

Besonders hervorzuheben ist dabei, dass die Ansprüche des Urhebers 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.). Soweit der Entwurf davon ausgeht (S. 71), dass die Erteilung von Auskünften an Erben die Ausnahme bilden wird, weil sich die Auskunftspflicht auf die Dauer der wesentlichen Werknutzung begrenzt, die sich üblicherweise an die Schaffung und erstmalige Verwertung des Werkes anschließt, wird die gerade bei fiktionalen Inhalten mit vielen Berechtigten häufig vorzufindende lange Nutzungsdauer ignoriert.

Soweit es in der Begründung des RefE heißt (S. 86), dass es dem Vertragspartner der Kreativen frei stehe, ob er die Auskunft selbst erteilt oder Dritte hiermit beauftragt, reduziert dies den Aufwand nicht. Eine Auskunftserteilung über VG Wort oder VG Bild-Kunst würde voraussetzen, dass die Sender den Verwertungsgesellschaften entsprechenden Nutzungsinformationen übermitteln. Die vom Referentenentwurf offensichtlich für möglich gehaltene Erleichterung der Aufwände bei den Sendern würde sich damit allein darauf beschränken, dass die Sender kein Portal o.ä. schaffen müssten, in denen sie den einzelnen Kreativen die Informationen zum Abruf zur Verfügung stellen müssten. Kostenintensive Elemente der Reportingverpflichtung, wie der Aufbau einer Urheber-Personendatenbank, die Metadatenpflege bezüglich der Personen sowie die Verknüpfung mit Nutzungsdaten blieben für die Sender auch bei Einbindung von Verwertungsgesellschaften erforderlich. Zudem würden die Verwertungsgesellschaften ihre Dienstleistungen beim Reporting den Sendern in Rechnung stellen. Die tatsächlich den Urhebern zufließenden Vergütungen würden sich damit auch bei Einbindung der Verwertungsgesellschaften reduzieren.

Der mit der Reporting-Verpflichtung einhergehende **Aufwand** ist **unverhältnismäßig**: Er 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. Er steht auch nicht im Verhältnis zum Prozentsatz der Fälle, bei denen der Gesetzgeber im Jahr 2017 überhaupt von einem Auskunftsinteresse ausgegangen ist. Der Regierungsentwurf zur Urhebervertragsrechtsnovelle 2017 (BT-Drs. 18/8625, S. 22 f.) nahm ein Auskunftsinteresse nur in den Fällen an, in denen der Berechtigte Anlass zur Annahme hat, dass eine pauschale Vergütung nicht der Fairness entspricht, und schätzte, dass die tatsächliche Inanspruchnahme des Auskunftsanspruchs 10 Prozent der dem Grunde nach künftig zusätzlich bestehenden Auskunftsansprüche nicht übersteigen wird. Trotz der Annahme des Gesetzgebers, dass die Auskunft für mehr als 90% der Auskunftsberechtigten ohne Interesse ist, sollen die Sender nun die Kosten für die Installation eines Reportings und für die tägliche Pflege der Personendaten einschließlich der Daten der mehr als 90% Berechtigten, die kein wirtschaftliches Interesse an der Auskunft haben, aufwenden müssen. Eine Reporting-Verpflichtung

würde damit die Fairness im bestehenden System nachhaltig ändern und zu Verschiebungen innerhalb des Systems führen.

Der Regelungsvorschlag missachtet damit 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 **Reportingverpflichtung 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 Inhalte bei den 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.

Auch die FRAND-Maßstäbe führen zu dem Ergebnis, dass die Einführung einer allgemeinen Reportingverpflichtung nicht mit der Zielsetzung des Art. 18 Abs. 2 DSM-Richtlinie eines fairen Ausgleichs der Rechte und Interessen in Einklang steht. Transaktionskosten für Auskünfte, die für den allergrößten Teil der Urheber wirtschaftlich uninteressant sind, die aber ihre Vergütung reduzieren werden, sind bei dem nach FRAND-Konzept gebotenen Gesamtblick nicht fair. Aufgrund der enormen Transaktionskosten verstößt damit die vorgesehene allgemeine Reporting-Verpflichtung gegen die Vorgabe von Art. 18 Abs. 2 der DSM-Richtlinie. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass den mit wirtschaftlicher Motivation an einer Auskunft Interessierten ein Anspruch auf Auskunft bereits zusteht und sie damit nicht informationslos sind.

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) Einschränkungen der Reichweite der Auskunftspflichten zwingend geboten

Sollte der Gesetzgeber gleichwohl an einer grundsätzlichen, durch die Richtlinie nicht vorgegebenen und aus Sicht von ARD und ZDF unfairen, unverhältnismäßigen und damit verfassungswidrigen Reportingverpflichtung festhalten, ist es jedenfalls unverzichtbar, diese zumindest durch **Einschränkungen der Reichweite der Auskunftspflichten** abzufedern. **Essenziell** sind:

- eine – angesichts der Vielzahl der Urheber und Mitwirkenden erforderliche – Bereichsausnahme der Reporting-Verpflichtung für branchenspezifische Inhalte aus dem audiovisuellen Sektor und dem Hörfunk; in diesen Branchen

muss es bei einem Auskunftsanspruch auf Verlangen bleiben. Dies macht die Anwendung der FRAND-Maßstäbe besonders deutlich: denn die Vielzahl der Beteiligten im AV-Bereich und Hörfunk und die Vielzahl an untergeordneten Nutzungsvorgängen bedeutet, dass hier das Verhältnis zwischen den an einer Auskunft interessierten Kreativen und denjenigen, die mangels Auseinanderentwickeln von Vergütung und Nutzung kein Interesse an einer Auskunft haben, weit auseinander klafft;

- eine Änderung der Aussage des § 32d Abs. 1 S. 3 RefE dahingehend, dass sich die Auskunftspflicht nur auf die wesentlichen Werknutzungen bezieht sowie Klarstellungen, was unwesentliche Werknutzungen sind;
- eine Klarstellung, dass für branchenspezifische Inhalte im audiovisuellen Sektor und im Hörfunk 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.

Derartige Klarstellungen sind keine Förmlichkeit oder Selbstverständlichkeit und können insbesondere auch nicht den Unwägbarkeiten gerichtlicher Prozesse überlassen werden. Sie sind angesichts der sehr weitreichenden Vorstellungen einiger Kollektivvereinigungen einerseits und steigender Aufwände auf Senderseite andererseits unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten unverzichtbar.

In diesem Sinne ist ein **Blick auf urhebervertragsrechtliche Systemfragen** sowie die Motivation hinter den sehr weitreichenden Auskunftsvorstellungen einiger Kollektivvereinigungen wichtig:

Der deutsche Urheberrechtsgesetzgeber hat sich im Jahre 1965 dafür entschieden, bei audiovisuellen Produktionen sämtliche Verwertungsrechte in der Person des Filmherstellers zu bündeln. Dies ermöglicht dem Filmhersteller eine gesicherte Verwertung auch im Interesse aller Beteiligten. Es ist die Voraussetzung dafür, dass die Kreativen nicht das Risiko des Misserfolgs einer Produktion mittragen müssen, sondern hohe Grundvergütungen erhalten und im Erfolgsfall beteiligt werden können bzw. weitere Folgevergütungen von ihren Vertragspartnern erhalten. Der Gesetzgeber hat seit 2002 diesen Weg des individuellen Vergütungssystems konsequent weiterverfolgt, indem er die Vorschriften der angemessenen Vergütung ausdifferenziert, die Nachvergütungsansprüche nach § 32a UrhG eingeführt und das System der Gemeinsamen Vergütungsregeln geschaffen hat. Zunehmend werden nun in Gemeinsamen Vergütungsregeln für Finanzierungssituation und Genre passgenaue

Vergütungsregeln definiert, denen allerdings auch bei Vereinbarung von Folgevergütungen und Erlösbeteiligungen zusätzlich pauschalierende Elemente zugrunde liegen: sie gehen allesamt - das Prinzip der Fairness aufnehmend - davon aus, dass mit der Grundvergütung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten unwesentliche Nebennutzungen mit abgedeckt sind und zusätzliche Vergütungen erst bei einem Auseinanderfallen von Grundvergütung und tatsächlichem Nutzungserfolg fällig werden. Dies ist auch folgerichtig, denn nur so werden die auch von Kreativseite gewünschten hohen Grundvergütungen ermöglicht.

Das System in Frankreich, Italien, Spanien oder einigen osteuropäischen Ländern ist hingegen traditionell ein anderes: Dort werden die Kreativen von Senderseite nur für ihre Herstellungsleistung bzw. die Erstnutzung und damit im Ausgang niedriger vergütet. Daneben sehen die Systeme vor, dass die Kreativen über Verwertungsgesellschaften Folgevergütungen für Folgenutzungen der Sender erhalten. Die Sender zahlen dafür – ähnlich dem bei der GEMA vorzufindenden System – jährlich Pauschalsummen an die im AV-Bereich tätigen Verwertungsgesellschaften. Damit einher gehen sehr umfangreiche Meldepflichten der Sender, die umso detaillierter werden, desto nutzungsgerechter die Verwertungsgesellschaften diese Pauschalsummen an ihre Wahrnehmungsberechtigten ausschütten möchten. Wie die Höhe der Verwaltungskostenpauschalen der betroffenen Verwertungsgesellschaften in Frankreich zeigt, haben diese hohe administrative Aufwände. Diese reduzieren die für die Urheber zur Verfügung stehende Gesamtsumme deutlich. Die nutzungsbasierte Vergütung geht für den einzelnen Urheber wiederum einher mit Chancen (bei Erfolg der Produktion) und Risiken (bei Misserfolg).

Ein Umschwenken des deutschen individuellen Vergütungssystems in das Verwertungsgesellschaften-System dieser Länder ist angesichts des immens großen Altbestandes an Inhalten, die weiter genutzt werden, nicht auf Knopfdruck möglich und würde komplexe Umstellungen der Vergütungssysteme erfordern. Die Umstellung scheint auch von Urheberseite nicht gewünscht: Die VG Bild-Kunst als Verwertungsgesellschaft der Filmurheber und Schauspieler hat jüngst in ihrer Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Konsultation zur Umsetzung der DSM-Richtlinie sehr klar zum Ausdruck gebracht, dass die Filmurheber und Schauspieler dieses Modell nicht wünschen, weil ein Interesse daran bestehe, die herkömmlichen vom Filmproduzenten gezahlten Tantiemen zu erhalten. Bezeichnend ist, dass auch die Drehbuchautoren, bei denen anders als für Filmurheber keine § 89 Abs. 2 UrhG vergleichbare Regelung besteht und die daher ein Verwertungsgesellschaften-Modell hätten etablieren können, diesen Weg nicht gegangen sind.

Wenn aber der 1965 eingeschlagene, vom deutschen Gesetzgeber 2002 und 2017 weiter verfolgte Weg von Individualvergütungen nicht verändert werden soll, müs-

sen die dafür erforderlichen Rahmenbedingungen stimmig bleiben. Auskunftspflichten aus dem Verwertungsgesellschaften-System, die für kleinstteilige Nutzungsformen aus der treuhänderischen Stellung der Verwertungsgesellschaften folgen, können nicht in das deutsche System transportiert werden. Das deutsche System der exklusiven Rechtswahrnehmung der Filmhersteller ohne Beteiligung der Urheber am Auswertungsrisiko bei gleichzeitig hoher Grundvergütung und Erfolgsbeteiligung erfordert, dass sich Auskunftspflichten auf die Fälle beschränken, die überhaupt denkbar zu einem Auseinanderentwickeln von Vergütung und wirtschaftlichem Wert der Rechte führen können. Nutzungen von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung (Ausschnitte, Clips, Fotos, etc.) ebenso wie Nutzungen in Bereichen (Aktualität), bei denen ein solches Auseinanderentwickeln nicht denkbar ist, dürfen nicht mit für das deutsche System systemfremden Auskunftspflichten überzogen werden. Dies gebietet auch Art. 18 Abs. 2 DSM-Richtlinie, wonach es den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Grundsatzes der angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung freisteht, auf verschiedene Maßnahmen zurückzugreifen, sie dabei aber dem fairen Ausgleich der Rechte und Interessen Rechnung tragen müssen.

Da bereits heute ein umfassender Auskunftsanspruch gesetzlich vorgesehen ist, kann die Motivation derjenigen Kollektivvereinigungen, die derart weitreichende Auskunftspflichten anstreben, nur eine andere sein: Es geht ihnen in diesen Fällen nicht – wie von der DSM-Richtlinie eigentlich beabsichtigt – um die Möglichkeit der Überprüfung der Entwicklung des Verhältnisses der Vergütung zum Wert der eingeräumten Rechte. Die Informationen sollen es vielmehr ihren Mitgliedern erleichtern, möglichst nutzungsgerecht an den **Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaften für sog. Zweitvergütungsansprüche** (insbesondere an der Privatkopieabgabe) zu partizipieren. Die Verwertungsgesellschaften haben in ihren – ohne jegliche Einbindung oder Einwirkungsmöglichkeit der Sender – autonom aufgestellten Verteilungsplänen festgelegt, nach welchen Regeln sie die von den Geräte- und Speichermedienherstellern, Händlern und Importeuren zu zahlenden Vergütungen auf die Kreativen aufteilen. So sind nach den Regeln der VG Bild-Kunst die Kreativen für alle Ausstrahlungen ab einer genutzten Länge von 3 Minuten zu beteiligen, wobei die „aktuelle Berichterstattung“ ausgenommen ist. Die VG Wort beteiligt ihre Autoren hingegen bereits ab einer Nutzungslänge von 1 Minute eigenem Anteil, wobei bei Fernsehausstrahlungen aber nur 2 Wiederholungen desselben Inhalts in 6 Monaten ausschüttungsberechtigt sind, während im Hörfunk Wiederholungsausstrahlungen im selben Sender innerhalb von 4 Wochen zu keiner erneuten Ausschüttung berechtigen. Ausgenommen sind „Nachrichten“. Beide Verwertungsgesellschaften verfügen über keine eigenen Informationen über die Nutzung von Ausschnitten oder aktueller Inhalte. Die Kreativen partizipieren daher nur an dem Topf, wenn sie die Nutzungen den Verwertungsgesellschaften melden. Hierfür sollen die

Auskunftspflichten genutzt werden. D.h. die die Sender gerade im granularen Bereich absolut unverhältnismäßig belastenden Verpflichtungen sollen dazu dienen, die Aufteilung der zur Verfügung stehenden, von den Herstellern, Händlern und Importeuren gezahlten Gesamtsumme (die nicht größer wird, wenn mehr Nutzungen gemeldet werden) passgenauer zu machen. Gerade bei den kurzen Inhalten/Nutzungen geht es bezogen auf den einzelnen Inhalt um Verschiebungen der Aufteilungssumme in Cent-Größenordnungen, während bei den Sendern die Herstellung der erforderlichen Metadatenlage für jeden einzelnen Inhalt mit Aufwand verbunden ist, der deutlich höher liegt als diese Vorteile der Kreativen. Die Sender mit diesem Aufwand zu belasten für eine passgenauere Verteilung von Vergütungen, die von Dritten (Geräteherstellern, Händlern, Importeuren) für Nutzungen Dritter (Kopien durch Privatpersonen) gezahlt werden und die nur indirekt mit den Sendern zusammenhängen, weil sie an die Ausstrahlungen anknüpfen, ist unverhältnismäßig. Die Verwertungsgesellschaften entscheiden allein, nach welchen Kriterien sie die Aufteilungen vornehmen. Es ist Aufgabe der Verwertungsgesellschaften, Werkregister und Verteilungspläne zu entwickeln, die damit verbundene administrative Lasten nicht Dritten übertragen. Was hier offenbar Verwertungsgesellschaften in der digitalen Welt nicht gelungen ist, kann nicht Dritten aufgebürdet werden. Hier bedarf es beispielsweise einer verpflichtenden elektronischen Zusammenarbeit zwischen Verwertungsgesellschaften, deren Datensysteme noch nicht ansatzweise kompatibel und vernetzt wurden. Vor neuen kostenintensiven Reportingverpflichtungen, die systemwidrig Dritten aufgelastet werden sollen, bedarf es einer Faktenanalyse der Optimierungsmöglichkeiten kollektiver Verwertungssysteme in der digitalen Welt.

Eine Auferlegung von Auskunftspflichten an die Sender zwecks Beteiligung an Zweitvergütungsansprüchen wäre im Übrigen auch konträr zu gesetzgeberischen Wertungen in sehr vergleichbaren Fällen: So sieht § 42 Abs. 3 VGG vor, dass für die Verteilung von Einnahmen aus der Wahrnehmung von Rechten zur Wiedergabe von Funksendungen etwaige Auskünfte der Sender, die zur Verteilung von Einnahmen erforderlich sind, nur gegen Erstattung der Kosten zu erteilen sind.

Auch unter Anwendung der FRAND-Maßstäbe muss eine Auferlegung von Auskunftspflichten an die Sender zwecks Beteiligung an Zweitvergütungsansprüchen ausgeschlossen sein. Faire Vertragsbedingungen setzen danach voraus, dass die Bedingungen einen klaren Bezug zum wirtschaftlichen Wert haben. Der wirtschaftliche Wert des Vertrages zwischen Urheber und Verwerter liegt in den im Vertrag eingeräumten Nutzungsrechten. Auskunftspflichten, die nicht für eine Bewertung der eingeräumten Nutzungsrechte dienen, fehlt jeder Bezug zum wirtschaftlichen Wert des Vertrages.

Für die Sender ist es angesichts dieser Ausgangssituation essenziell, dass der Gesetzgeber für die unwesentlichen Werknutzungen wie für den gesamten Bereich der Aktualität eine klare Aussage trifft, dass sich Auskunftspflichten nicht hierauf erstrecken, und dies nicht die Beurteilung den Gerichten auf der Basis von Einzelfällen überlässt. Allgemeine Regeln zur Verhältnismäßigkeit der Auskünfte müssen daher – jedenfalls in der Begründung – ergänzt werden durch klare Aussagen zu Teilbereichen, in denen grundsätzlich von einer Unverhältnismäßigkeit auszugehen ist. Aussagen wie in der Begründung zu § 32d Abs. 2 UrhG-E (S. 87), wonach Verhältnismäßigkeit „beispielsweise“ bei der Verwertung eines Films bedeuten „könnte“, dass es keiner gesonderten Auskunft über die Verwertung von Clips, Trailern und Stills bedarf, sind damit zwar wichtig, aber in ihrer abschwächenden Relativierung für die Praxis nicht ausreichend.

c) Rückwirkung für Altinhalte, § 133 Abs. 3 RefE

Zwingend erforderlich ist weiterhin die Streichung der sich aus § 133 Abs. 3 RefE ergebenden, überraschenden Rückwirkung der Transparenzpflichten für Altinhalte. Auch insoweit geht der RefE 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 europarechtlich nicht geboten.

In der Begründung zu § 133 Abs. 3 RefE (S. 127) wird hierzu darauf hingewiesen, dass es allgemein üblich sei, dass neues Unionsrecht eine „unechte Rückwirkung“ entfaltet und sich auf Vertragsverhältnisse auswirkt, die schon vor seiner Anwendbarkeit abgeschlossen wurden. Dies mag sein. Verfassungsrechtlich problematisch wird dies aber dann, wenn eine solche Rückwirkung zu Aufwänden auf Seiten der Betroffenen führt, die außer Verhältnis zu dem damit verfolgten Ziel stehen und die Betroffenen mit einer solchen Regelung nicht rechnen und sie auch nicht einplanen mussten.

Die **Unverhältnismäßigkeit und damit Verfassungswidrigkeit** dieser **unechten Rückwirkungsregelung** ist vorliegend evident: Die Sender waren bislang nicht gehalten, Urheber-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 diese 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 unverhältnis-

mäßig 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 recherchieren und eindeutig 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, was allein für den WDR einem Äquivalent von mehr als drei Vollzeitkräften entspräche.

d) Neuregelung in § 32d Abs. 3 RefE

Zu einem unauflösbaren Widerspruch führt schließlich der Vorschlag zur Neuregelung in § 32 d Abs. 3 RefE, der damit auch **nicht praxistauglich** ist. Danach soll es möglich sein, von den Vorgaben zur Reporting-Verpflichtung durch eine Vereinbarung abzuweichen, die auf einer gemeinsamen Vergütungsregelung oder einem Tarifvertrag beruht. Dies soll aber nur dann gelten, wenn die kollektiven Vereinbarungen dem Urheber zumindest „ein vergleichbares Maß an Transparenz wie die gesetzlichen Bestimmungen gewährleisten“. Wie von einer abstrakten gesetzlichen Regelung, die in allgemeiner Form mit einer Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen den Rahmen für eine Auskunftspflicht festlegt, durch eine kollektivvertragliche Regelung „abgewichen“ werden soll, die ein vergleichbares Maß an Transparenz gewährleistet wie die abstrakte gesetzliche Regelung, ist nicht nachvollziehbar. Nach Sinn und Zweck der europäischen Vorgaben sollen die Kollektivpartner bezogen auf die jeweils konkrete Branche die unbestimmten Rechtsbegriffe der abstrakten gesetzlichen Regelung mit Leben füllen und die Auskunftspflichten konkretisieren können. Wenn dies so ist, dann sollte auch eine entsprechend klare und damit für die Praxis handhabbare Regelung geschaffen werden:

„Die Auskunfts- und Rechenschaftspflichten nach Absätzen 1 und 2 können durch Vereinbarungen ausgestaltet werden, die auf einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) oder einem Tarifvertrag beruhen.“

e) Kollektivrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 36d UrhG-E

Ganz erhebliche zivilprozessuale und ebenso tarifrechtliche Fragen wirft der **kollektivrechtliche Unterlassungsanspruch bei Verstößen gegen die Auskunftspflicht nach § 36d UrhG-E** auf. Gegenstand des Anspruchs soll ausweislich der Begründung (S. 90 ff.) nicht ein aktives Tun, sondern ein Unterlassen sein – der Vertragspartner des Urhebers soll es unterlassen, nicht zu reporten. Der Anspruch orientiere sich an § 2 UKlaG, in dessen Rahmen anerkannt sei, dass Gegenstand des Unterlassungsanspruchs nicht nur aktives Tun, sondern auch Unterlassungen sein können, etwa die Nichterfüllung von Informations- oder Belehrungspflichten aus den einzelnen Verbraucherschutzgesetzen. Schaut man sich allerdings die dortigen Fallgestaltungen

an, geht es dort in Wirklichkeit nicht um das Unterlassen einer Unterlassung, sondern um das Unterlassen eines aktiven Tuns – z.B. den Abschluss von Verträgen mit Verbrauchern ohne ausreichende Verbraucherschutzbelehrung.

Es ist sehr zweifelhaft, ob es tatsächlich ein Unterlassen einer Unterlassung geben kann oder ob es nicht bei § 36b UrhG eigentlich um die Situation einer Leistungsklage geht: Der Vertragspartner soll den anspruchsberechtigten Urhebern Auskunft erteilen. Eine Verbandsklage in Form einer Leistungsklage ist aber mit der deutschen Rechtstradition schwer in Einklang zu bringen. Derartige an US-amerikanische Sammelklagen erinnernde Klagemöglichkeiten von Verbänden werfen weitreichende Fragen nach der Privatautonomie, aber auch nach der Vereinbarkeit mit der negativen Koalitionsfreiheit der Kreativen auf, deren Rechte von einer Kollektivvereinigung wahrgenommen würden, auch wenn diese sich gegen eine Mitgliedschaft entschieden haben. Ansprüche der Kreativen würden ohne deren Wissen und Einverständnis Gegenstand eines Gerichtsverfahrens, was ebenfalls Fragen der Vereinbarkeit mit der im deutschen Zivilprozessrecht herrschenden Parteimaxime aufwirft.

Sowohl mit einer auf ein Unterlassen (eines Nicht-Reportings) gerichteten Verbands-Unterlassungsklage, soweit es diese tatsächlich geben kann, als auch mit einer auf Auskunftserteilung gerichteten Verbands-Leistungsklage sind zudem weitere zivilprozessuale Fragen verbunden. Wie soll ein Antrag in einem Verbandsklageverfahren aussehen, damit er überhaupt den Anforderungen der Bestimmtheit und Vollstreckbarkeit genügt? Wie soll es angesichts der Vielzahl der bei der Beurteilung der Reporting-Verpflichtung relevanten unbestimmten Rechtsbegriffe gelingen, die materiell-rechtlichen Fragen im Erkenntnisverfahren zu klären und nicht alle Fragen zu Lasten des Verwerters in das Vollstreckungsverfahren zu verschieben?

Angesichts dessen ist der vermeintliche Unterlassungsanspruch in § 36d RefE ersatzlos zu streichen.

f) **Vertretung durch Vereinigungen nach § 32g UrhG-E**

Klarstellend wurde im RefE 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.

III. Zu den Umsetzungsvorschlägen der DSM-Richtlinie: Art. 17

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 folgende Anliegen:

1. 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 zu lenken: Die urheberrechtliche Legalisierung von diesen im RefE 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 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.

2. Angemessene Vergütung gesetzlich erlaubter Nutzungen, § 7 Abs. 2 UrhDaG-E

Soweit der RefE eine angemessene Vergütung für die neu in § 6 UrhDaG-E 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.

3. Direktvergütungsanspruch, § 7 Abs. 1 UrhDaG-E

In engem Konnex mit den urhebervertragsrechtlichen Regelungen im UrhG steht der in § 7 UrhDaG-E 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.

Dogmatisch im Gefüge des deutschen individuellen Vergütungssystems stimmig wäre es, einen Direktvergütungsanspruch gegen die Upload-Plattformen einzuführen für die Fälle, in denen Inhalte unlizenziert von den Nutzern hochgeladen werden und für die die Urheber von ihren Vertragspartnern keine Vergütung erhalten können.

Die Plattformen fungieren aber zunehmend als Distributionsplattformen der Filmrechteinhaber, was sich durch die im UrhDaG-E vorgesehenen Mechanismen noch verstärken wird. Soweit aber Filmhersteller Upload-Plattformen als Distributionsplattform nutzen, kann den Filmurhebern in der Systematik des deutschen Urheberrechts kein zusätzlicher Vergütungsanspruch gegen die Plattformen zustehen. Für diese Nutzungen wird die Urhebervergütung im Verhältnis Urheber und Vertragspartner geregelt. Ein zusätzlicher Direktvergütungsanspruch führt zu einer **ungerechtfertigten Doppelvergütung der Urheber**, die bereits vom Filmhersteller für diese Nutzungen vergütet werden. Diese doppelte Vergütung wird zudem vom Filmrechteinhaber zu tragen sein, da die Upload-Plattformen – hiervon geht auch der RefE (S. 146 f.) aus – die zusätzlichen Vergütungen an die Filmrechteinhaber, die Inhalte auf der Plattform distribuieren, weiterreichen werden.

Der RefE begründet die Einführung des Direktvergütungsanspruchs mit dem Hinweis auf den bereits bestehenden **Direktvergütungsanspruch in § 20b Abs. 2 UrhG** für die Kabelweitersendung geschützter Inhalte und geht davon aus, dass die Filmrechteinhaber eine doppelte Belastung über Kollektivvereinbarungen in entsprechender Anwendung von § 20b Abs. 2 Satz 4 UrhG ausschließen können. Dazu folgende Anmerkung:

Der Direktvergütungsanspruch in § 20b Abs. 2 UrhG für die Kabelweitersendung geschützter Inhalte ist im Jahre 1998 und damit vor Inkrafttreten der Vorschriften zur angemessenen Vergütung in §§ 32 ff. UrhG eingeführt worden. Spätestens mit der Einführung dieser Regeln hatte sich der im deutschen individuellen Vergütungssystem ohnehin systemfremde Direktvergütungsanspruch überholt und hätte im Sinne der Kohärenz der Regeln gestrichen werden müssen. Er kann in Anbetracht der zwischenzeitlichen geänderten gesetzlichen Ausgangslage nicht zur Rechtfertigung der Einführung weiterer Direktvergütungsansprüche genutzt werden. Hinzu kommt, dass sich aufgrund der faktischen Gegebenheiten bei der Weitersendung das Problem der Doppelvergütung durch § 20b Absatz 2 Satz 4 UrhG reduzieren lässt. Beim Direktvergütungsanspruch gegen Upload-Plattformen funktioniert dies aber nicht aufgrund der ganz anderen tatsächlichen Ausgangslage:

Selbst wenn ein Filmhersteller die Filmurheber seiner Inhalte auf einer kollektivvertraglichen Basis i.S.d. § 20b Absatz 2 Satz 4 UrhG vergütet, wird dies faktisch nicht zu einer

Reduzierung der von den Upload-Plattformen an die Verwertungsgesellschaften zu leistenden Summen führen. Denn angesichts der großen, kaum quantifizierbaren Menge der auf den Upload-Plattformen genutzten Inhalte gehen derartige auf kollektivvertraglicher Basis geregelte Fälle unter. Sie können weder bestimmt noch herausgerechnet werden. Die Upload-Plattformen werden damit die von ihnen an die Verwertungsgesellschaften gezahlten Vergütungen auch an solche Inhalteanbieter weiterreichen, die eigentlich die Urheber schon kollektivvertraglich vergütet haben. Bereits bei der Weitersendung ist es schwierig, über § 20b Absatz 2 Satz 4 UrhG Doppelvergütungen zu vermeiden. Dort ist der Mechanismus aber eher geeignet, weil es dort einen quantifizierbaren Gesamtumfang der verbreiteten Inhalte und nur eine begrenzte Zahl von Inhalteanbietern (Sendern) gibt. Damit kann der Abschluss von kollektivvertraglichen Regelungen im Sinne des § 20b Absatz 2 Satz 4 UrhG durch einen Sender leichter Berücksichtigung finden bei der Bemessung der Höhe der von den Weitersendern an die Verwertungsgesellschaften zu zahlenden Vergütungen, als dies im Fall der Upload-Plattformen sein wird. Ergänzend bietet die Ausgangslage bei der Weitersendung mit ihrer begrenzten Zahl von Inhalteanbietern (Sendern) faktisch die Möglichkeit des gemeinsamen Abschlusses von Globalverträgen der Verwertungsgesellschaften und Sender mit den Weitersendern, die das Problem der Doppelvergütung weiter reduzieren. Auch dies scheidet angesichts der anderen Ausgangslage bei den Upload-Plattformen aus.

Auch der auf die Vermiet- und Verleih-Richtlinie zurückgehende **Vergütungsanspruch des § 27 Abs. 1 UrhG** ist zur Rechtfertigung des Direktvergütungsanspruchs nicht geeignet. Die Regelung resultiert ebenfalls aus der Zeit vor Inkrafttreten der §§ 32, 32 a UrhG. Ob der Anspruch nach Inkrafttreten der europäischen urhebervertragsrechtlichen Vorschriften noch einmal so eingeführt würde, ist fraglich. Der europäische Gesetzgeber hat sich jedenfalls bei der DSM-Richtlinie bewusst dagegen entschieden, den auf europäischer Ebene sehr wohl diskutiert Direktvergütungsanspruch einzuführen.

Soweit der RefE schließlich den in der **Schweiz** seit dem 01. April 2020 mit Art. 13a des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte eingeführten **Direktvergütungsanspruch für die Zugänglichmachung von audiovisuellen Werken** als Begründung für die Einführung des Direktvergütungsanspruchs nennt, ist darauf hinzuweisen, dass Regelungen anderer Staaten im Bereich des Urhebervertragsrechts aufgrund der aufgezeigten Unterschiede der Vergütungssysteme nur bedingt als Vorbild in Betracht kommen. Mit dem im deutschen Recht seit 1965 für den AV-Bereich verfolgten und in 2002 und 2017 noch einmal bestätigten individuellen Vergütungssystem ist ein Direktvergütungsanspruch gegen Upload-Plattformen für Nutzungen der Filmhersteller jedenfalls nicht vereinbar.

Jenseits der durch den Direktvergütungsanspruch entstehenden Doppelvergütungsproblematik wird eine nutzungsgerechte Ausschüttung eine erhebliche Herausforderung

rung bedeuten. Die Filmverwertungsgesellschaften verfügen zwar über eine Werkdatenbank, in der Metadaten zu AV-Inhalten und deren Urhebern enthalten sind. Damit sie die Einnahmen aus dem Direktvergütungsanspruch auf ihre Wahrnehmungsberechtigten allokalieren können, benötigen sie jedoch die Daten zu den Nutzungen bei den verschiedensten Plattformen. Die Plattformen verfügen zwar über Abrufzahlen zu einzelnen Inhalten, nicht aber über die Information, welche Inhalte konkret hochgeladen werden. Diese Informationen müssten die Plattformen von den Uploadern erhalten, so dass der Direktvergütungsanspruch potenziell Forderungen nach aufwändigen Mitwirkungshandlungen der Inhalteanbieter nach sich ziehen wird. In jedem Fall dürfen die zu erwartenden ganz erheblichen Transaktionskosten bei allen Beteiligten (Diensteanbietern, Inhalteanbietern und Film-Verwertungsgesellschaften), die für eine Allokation der Einnahmen aus dem Direktvergütungsanspruch erforderlich sind, bei der Entscheidung über die Einführung des systemfremden Direktvergütungsanspruchs nicht außen vor bleiben.

Soweit die Filmurheber in ihrer Stellungnahme vom 24.06.2020 einen Direktvergütungsanspruch nicht nur gegen Upload-Plattformen wie YouTube, sondern gegen sämtliche Onlineplattformen, auf denen die Inhalte distribuiert werden, verlangen, gilt ebenfalls: Derartige Direktvergütungsansprüche sind mit dem deutschen individuellen Vergütungssystem nicht zu vereinbaren, gefährden die Wertschöpfungskette im Filmbereich und führen zu Doppelvergütungen. Soweit es derartige Ansprüche in anderen Ländern mit einem Verwertungsgesellschaftensystem für die Wahrnehmung von Folgevergütungen gibt, können diese nicht einfach isoliert aus dem dortigen System in das deutsche System übertragen werden.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass die Einführung einzelner Direktvergütungsansprüche – sei es beschränkt auf die Upload-Plattformen, sei es erweitert für sämtliche Onlinenutzungen – mit der Systematik des deutschen individuellen Vergütungssystems nicht zu vereinbaren sind.

4. 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 Angeboten ausgewählte Inhalte an. So verfügen ARD und ZDF z.B. über verschiedene Sender- und Themen-Channels bei YouTube.

Diesbezüglich wird die Möglichkeit vorgesehen, dass die Sender die von ihnen in ihren Channels hochgeladenen Inhalte als vertraglich erlaubt kennzeichnen. Die Möglichkeit dieses Pre-flagging müsste Algorithmen basierte Filterungen der Inhalte in den Angeboten der Sender 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 soll. Dies ist für Inhalte, die durch eine öffentlich-rechtliche Anstalt verantwortet werden, nicht angemessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass 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.

IV. Zu den Umsetzungsvorschlägen der DSM-Richtlinie: 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.

Im Interesse der Klarheit der Regelungen möchten ARD und ZDF allerdings anregen, die Vorschriften für die allgemeine ECL-Regelung und die Spezialvorschriften zu den nicht verfügbaren Werken im Gesetz deutlicher voneinander zu trennen. Auch was die anvisierten Detailregelungen durch Rechtsverordnungen betrifft, wäre es sinnvoll, Detailregelungen für die allgemeine ECL-Regelung und Detailregelungen für die nicht verfügbaren Werke in getrennten Rechtsverordnungen zu regeln.

Zweifel haben wir allerdings, ob eine zusätzliche Detailregelung über eine Rechtsverordnung zielführend ist. Zu überlegen wäre, ob der Gesetzgeber die notwendigen Regelungen nicht selbst trifft und ansonsten die Ausgestaltung einzelner Fälle den Verwertungsgesellschaften und Nutzern überlässt, ggf. mit einer Genehmigungspflicht ausgehandelter ECL durch das DPMA.

Wichtig wären aus Sicht von ARD und ZDF jedenfalls folgende Präzisierungen bereits im Gesetz:

- Angesichts der erheblichen Auswirkungen, die ein Widerspruch eines Außenstehenden nach Ablauf der Frist des § 51 Abs. 3 Nr. 6 VGG-E hat, wenn mit der Nutzung bereits begonnen wurde, sollten die Rechtsfolgen bereits im Gesetz und nicht erst, wie in § 51e Nr. 1 VGG-E vorgesehen, in der Rechtsverordnung festgelegt werden. Nach Erwägungsgrund 48 Abs. 2 der DSM-RL muss die Nutzung innerhalb einer angemessenen Frist beendet werden. Unter Vertrauensschutzgesichtspunkten sollten die Nutzer in dem Falle eines Widerspruchs nach Nutzungsbeginn für die Zeitraum ihres aktuellen Vertrages mit der Verwertungsgesellschaft zur Nutzung berechtigt sein. Dies würde auch in Einklang stehen mit der Rechtsprechung zum Sukzessionsschutz.
- Der RefE sieht bei seinen Vorschlägen zu den nicht verfügbaren Werken davon ab, die berechtigten Kulturerbe-Einrichtungen näher zu bestimmen, und eröffnet die Möglichkeit einer Präzisierung im Wege der Verordnung. In der Begründung zu § 51b VGG-E weist der RefE 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 Ton-erbes 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.
- 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.

Demgegenüber sollte nach Einschätzung von ARD und ZDF in folgenden Punkten den Verwertungsgesellschaften und Nutzern die Ausgestaltung überlassen werden:

- Für nicht zielführend halten wir es, 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.
- Bei den Regelungsvorschlägen zu den nicht verfügbaren Werken ist es darüber hinaus aus Sicht von ARD und ZDF nicht zielführend, 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 unterschiedlichsten 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.

V. 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 RefE 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 Ver-

einfachung 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 selbstständig (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 RefE 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 RefE 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 RefE begründet dies damit, dass sich die Umsetzung „current affairs“ als „Berichterstattung über Tagesereignisse“ an dem Be-

griff 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 weiteres Verständnis vor Augen hatte als die Lesart der vorgeschlagenen Umsetzung im RefE. Dort heißt es „journaux et programmes d’actualités“, was der deutschen Übersetzung der Online-SatCab-Richtlinie „Sendungen zum aktuellen Geschehen“ entspricht. Die im RefE 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.

Darüber hinaus bleibt der RefE auch insoweit hinter der Online-CabSat-Richtlinie zurück, als diese in Art. 3 das Ursprungslandprinzip sowohl für „Werke“ als auch für „sonstige Schutzgegenstände“ für anwendbar erklärt. Im RefE beschränkt sich die Anwendung des Ursprungslandprinzips in § 20c Abs. 2 aber auf „Werke“. Die richtlinienkonforme Umsetzung gebietet Verweise bei den Vorschriften zu den verwandten Schutzrechten.

4. Übergangsregelung in § 137p UrhG-E

Zu einem Redaktionsversehen scheint es bei § 137p Abs. 1 UrhG-E gekommen zu sein. Ausweislich der Begründung soll die Vorschrift regeln, dass der Direktvergütungsanspruch aus § 20b Abs. 2 UrhG-E bei Weitersendungen, die keine Kabelweitersendungen sind, erst für Verträge gilt, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes geschlossen werden. Die Vorschrift orientiere sich insoweit an § 137h Abs. 3 UrhG. Dementsprechend müsste es in § 137p Abs. 1 UrhG-E heißen, dass § 20b **Abs. 2** auf Verträge über Weitersendungen, die nicht durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme erfolgen, nur anzuwenden ist, sofern der Vertrag nach dem 7. Juni 2021 geschlossen wurde. Ohne diese Be-

schränkung auf den zweiten Absatz von § 20b wäre das mit der Neuregelung angestrebte Ziel einer Rechtklärungserleichterung für neuartige Weitersendedienste verfehlt, da sämtliche Altinhalte ausgenommen wären.

VI. 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 RefE vorgeschlagenen Regelungen führen zu neuer jahrelanger Rechtsunsicherheit zu Fragen der Angemessenheit der Vergütung. 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. Dies gilt gleichermaßen für die Einführung des Direktvergütungsanspruchs gegen Upload-Plattformen, der zu Doppelvergütungen führt und konträr zur Systematik des deutschen individuellen Vergütungssystems ist.

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

Anlagen