

GEWERKSCHAFT
DER JOURNALISTINNEN
UND JOURNALISTEN



TORSTR. 49
10119 BERLIN
TELEFON 0 30-72 62 79 20
TELEFAX 0 30-726 27 92 13
E-MAIL: DJV@DJV.DE
INTERNET: WWW.DJV.DE

31. Juli 2020

Stellungnahme des Deutschen Journalisten-Verbandes e.V.

zum

Diskussionsentwurf des BMJV für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts

A. Einführung

Der Deutsche Journalisten-Verband (DJV) hat sich in der Vergangenheit auf Europäischer Ebene für die Einführung der Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt 2019/790 vom 17. April 2019, kurz DSM-RL stark gemacht. Er verspricht sich von der DSM-RL eine Besserstellung der Urheber:innen sowohl in materieller Hinsicht als auch im Hinblick auf einen besseren europaweiten Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte.

Ein regulatives Eingreifen der Politik ist aus Sicht des DJV aufgrund der Entwicklung der letzten Jahre leider dringend notwendig. Mit dem rasanten Wandel der Mediennutzung und dem gigantischen Wachstum der Internetplattformen ist der Raub von geistigem Eigentum zum traurigen Normalzustand geworden, so normal, dass er teilweise schon als Ausdruck der Meinungsfreiheit (miss-)verstanden wird. Durch die technologische Entwicklung ist es ein Kinderspiel geworden, Werkkopien anzufertigen und ungeachtet von Urheberrechten einer Vielzahl von Menschen zugänglich zu machen. Urheber:innen, zu denen auch Journalist:innen gehören, haben wenig Möglichkeiten, diesem Raubzug Einhalt zu gebieten. Die Plattformbetreiber verdienen zwar Milliarden

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

mit hochgeladenen Inhalten, insbesondere durch Werbung rund um die Inhalte. Doch, wenn Urheberrechte verletzt werden, haften sie nicht, weil das geltende Recht die Plattformbetreiber von der Verantwortlichkeit ausdrücklich befreit.¹ Die Künstler:innen können sich bei Verletzung ihrer Rechte also nicht an diejenigen wenden, die Geld mit ihren Inhalten verdienen, sondern müssen die Nutzer:innen in Anspruch nehmen, die die Inhalte hochgeladen haben. Doch das passiert oft nicht, da diese häufig gar nicht zu ermitteln sind, im Ausland sitzen, nicht zahlen können und vor allem, weil es einfach zu viele sind. Die Künstler:innen gehen dann allzu oft leer aus. Sie müssen dem Rechtsbruch tatenlos zusehen und leiden zudem unter dem Wertverlust ihrer Werke. Ein Werk, das bereits umsonst zu haben ist, kann faktisch nicht mehr vermarktet werden.

Dass der Gesetzgeber ein System schafft, das die faire Beteiligung der Urheber:innen an der Wertschöpfung endlich wieder gewährleistet, gebietet schon das grundgesetzlich verbriefte Recht am geistigen Eigentum. Doch es geht um mehr. Um viel mehr. Wenn Urheber:innen von ihrer Arbeit nicht oder nur schlecht leben können, wirkt sich das auch auf ihre Arbeit aus und damit auf die kulturelle und geistige Vielfalt unserer Gesellschaft, auf den politischen Diskurs und am Ende auch auf unsere Demokratie. Die Urheber:innen und deren Existenzgrundlage zu schützen, ist also ein gesamtgesellschaftliches Interesse und muss für die Politik höchste Priorität haben.

Dementsprechend begrüßt der Deutsche Journalisten-Verband den Diskussionsentwurf des BMJV, der die DSM-RL in deutsches Recht umsetzt. Ziel der DSM-RL ist es, den hohen Stellenwert des geistigen Eigentums und das System des Urheberrechts auch in der Zukunft zu bewahren, ohne dabei die technische Weiterentwicklung zu behindern. Dafür muss der europäische Gesetzgeber den Rechtsrahmen an die neue Realität anpassen. Ein wichtiger Aspekt ist dabei die Verantwortung der Upload-Plattformen. Ent-

¹ Erst jüngst wieder bestätigt in den Schlussanträgen des Generalanwaltes in den beim EuGH verbundenen Rechtsachen C-682/18, C-683/18 – Youtube, Cyando.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

scheidend ist aber auch, dass die DSM-RL die gestörte Vertragsparität zwischen Kreativen und Verwertern anerkennt und durch erhebliche Verbesserungen für die Urheber:innen im Urhebervertragsrecht versucht, wieder ins Gleichgewicht zu bringen.

Wesentliche Verbesserungen für Urheber:innen sind im vorliegenden Diskussionsentwurf aufgegriffen worden, insbesondere die Verantwortlichkeit der Upload-Plattformen verbunden mit einer Lizenzierungspflicht, das Instrument der kollektiven Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung, der Direktvergütungsanspruch und einige Verbesserungen im Urhebervertragsrecht.

Leider bleibt der Diskussionsentwurf an einigen Stellen aber auch hinter den Mindestanforderungen der DSM-RL zurück. Teilweise verschlechtert sich die Situation der Urheber:innen im Vergleich zur aktuellen Rechtslage sogar, etwa durch die Schaffung einer neuen vergütungsfreien Pastiche-Schranke und einer Schranke für nicht-kommerzielle Online-Nutzung von kurzen Ausschnitten. Enttäuschend ist zudem, dass der Gesetzgeber im Urhebervertragsrecht nicht von seinen Möglichkeiten Gebrauch macht, die Wirksamkeit der Regelungen zu gewährleisten. Hierfür bräuchte es kollektive Instrumente, z.B. ein Verbandsklagerecht, die in der DSM-RL angelegt, im Diskussionsentwurf aber nicht vorgesehen sind.

Die 2019 verabschiedete Richtlinie ist das Ergebnis eines jahrelangen Diskussionsprozesses, in dem die Interessen der Urheber und Plattformbetreiber, aber auch der Nutzer fein ziseliert gegeneinander abgewogen wurden. Herausgekommen ist ein Kompromiss, der Mindeststandards setzt. Der deutsche Gesetzgeber darf aus Sicht des DJV hinter diesen Standards nicht zurückbleiben. Denn keinesfalls darf sich der ohnehin schon zu bemängelnde Istzustand für Urheber:innen weiter verschlechtern.

Der DJV hat deshalb gemeinsam mit der Initiative Urheberrecht eine Stellungnahme erarbeitet, auf die hier ausdrücklich Bezug genommen werden soll. Ziel ist es, mit einheitlicher Stimme zu sprechen und eine Kakophonie der verschiedenen Gruppen von Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen zu vermeiden. Ergänzend soll in dieser zweiten Stellungnahme auf die Besonderheiten der Journalist:innen in Print, Online,

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Hörfunk und Fernsehen eingegangen und sollen die für sie besonders wichtigen Aspekte hervorgehoben werden. Inhaltlich und strukturell spiegelt sich die Stellungnahme der Initiative Urheberrecht in diesem Papier wider.

B. Urheberrechts-Diensteanbieter Gesetz UrhDaG-DiskE

I. Vertragsabschlusspflicht (§ 4 UrhDaG-DiskE)

Der Deutsche Journalisten-Verband begrüßt es, dass die Diensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Werke zugänglich machen, gemäß §§ 1 bis 3 UrhDaG-DiskE verpflichtet werden, Nutzungsrechte für die öffentliche Wiedergabe zu erwerben. Leider wird § 4 UrhDaG-DiskE den Anforderungen der DSM-RL an die Diensteanbieter nicht gerecht.

1. Aktivitätserfordernis des Diensteanbieters (§ 4 Abs. 1 UrhDaG-DiskE)

Nach § 4 Abs. 1 S. 1 UrhDaG-DiskE muss der Diensteanbieter alle Anstrengungen unternehmen, um die Nutzungsrechte zu erwerben. Nach Satz 2 müssen ihm diese Nutzungsrechte, sofern der Rechteinhaber keine Verwertungsgesellschaft ist, aber angeboten werden. In der Begründung heißt es: Diensteanbieter sind aus Gründen der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich nicht verpflichtet, aktiv nach Lizenzangeboten zu forschen.² Das widerspricht zum einen dem vorherigen Satz 1 und zum anderen dem eindeutigen Wortlaut der DSM-RL in Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2. Danach reicht ein passives Warten gerade nicht aus. Vielmehr muss der Diensteanbieter „die Erlaubnis einholen“, sprich selbst aktiv auf die Lizenzgeber zugehen und ggf. den Nachweis darüber erbringen können, dass Lizenzen nicht zu erwerben waren. Der Diskussionsentwurf verlagert diese Verpflichtung aber auf die Rechteinhaber:innen und kehrt damit den Sinn der Richtlinie um. Es ist auch nicht nachvollziehbar, warum diese Umkehr der Pflichten dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen soll. Das Gegenteil ist der Fall: Es ist ja gerade der Diensteanbieter, der etwas nutzen will. Es muss deshalb auch der Diensteanbieter sein, der sich um die Nutzungsrechte zu kümmern hat.

² UrhDaG-DiskE Begründung S. 34.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

2. Die Einschränkungen in § 4 Abs. 2 UrhDaG

Auch § 4 Abs. 2 UrhDaG bevorteilt den Diensteanbieter gegenüber dem Lizenzinhaber ungerechtfertigter Weise und sollte deshalb gestrichen werden. Er ist darüber hinaus nicht mit Art. 17 DSM-RL vereinbar. Art. 17 DSM-RL bestimmt, dass ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten immer dann einer Lizenzierungspflicht unterliegt, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschafft. Das gilt unabhängig davon, ob Nutzungsrechte für Werkarten gelten, die Nutzer des Diensteanbieters typischerweise hochladen, ob diese Nutzungsrechte ein repräsentatives Repertoire umfassen, den räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes abdecken oder ob die Nutzung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht werden soll. Die eng gefassten Bedingungen an die Nutzungsrechte, die eine Verpflichtung zur Lizenzierung auslösen, finden in Art. 17 DSM-RL keine Entsprechung.

Im Ergebnis erlegt § 4 Abs. 2 UrhDaG-DiskE den Urheber:innen bzw. Rechteinhabern die Last auf darzulegen, dass ihr Repertoire „repräsentativ“ ist oder „zu angemessenen Bedingungen“ angeboten wird. Und diese Beweislast wiegt schwer, denn darüber, was repräsentativ oder angemessen ist, lässt sich trefflich streiten. § 4 Abs. 2 UrhDaG-DiskE widerspricht somit der DSM-RL, die in Artikel 17 Abs. 4 unmissverständlich vorschreibt, dass den Diensteanbieter die Nachweispflicht trifft.

Im Übrigen sind Verwertungsgesellschaften, die eine Lizenz erteilen können, bereits nach VGG zur Verschaffung von Rechten zu angemessenen Bedingungen verpflichtet. Für einzelne Rechteinhaber dagegen würde der Entwurf entgegen der Formulierung der Richtlinie zu einem Eingriff in ihre Vertragsautonomie führen.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

II. Schranken in §§ 5, 6 UrhDaG-DiskE

1. Maschinell nicht überprüfbare Nutzungen

a) Forderung für eine Vergütungspflicht für die Pastiche-Schranke (§ 5 Nr. 2 UrhDaG-DiskE / § 51a UrhG-DiskE)

Der Deutsche Journalisten-Verband sieht auch die Regelung in § 5 Nr. 2 UrhDaG-DiskE i.V.m. § 51a UrhG-DiskE kritisch. Hier installiert der Gesetzgeber ohne Not eine weitere vergütungsfreie Schranke, und zwar für die im deutschen Recht bisher unbekannte Pastiche. Nutzungen zum Zwecke der Karikatur und Parodie wurden bislang unter den Tatbestand des § 24 UrhG a.F. subsumiert. Eine ausdrückliche Pastiche-Schranke existiert im deutschen Recht bisher nicht.

Für die Einführung einer Pastiche-Schranke spricht, dass sie dem Schutz der Meinungs- und Kunstfreiheit dient und einen Großteil in den sozialen Medien teilweise neu entstandenen Kommunikationsformen wie Gifs, Memes, Mashups, Fan Art, Fan Fiction, Remix, Cover oder Samplings potentiell umfasst und damit Rechtssicherheit schafft. Wenn der Begriff der Pastiche so weit gefasst ist wie in der Begründung des Diskussionsentwurfs vorgesehen³, muss sie aber auch mit einer Vergütungspflicht versehen werden. Das Ziel – die Wahrung der neu entstandenen Kommunikationsformen im Netz – wird durch eine Vergütungspflicht nicht konterkariert, da diese Vergütung nicht vom Nutzer, sondern vom Dienstanbieter, sprich von YouTube, Twitter, Facebook, TikTok und Co zu zahlen ist. Da sie es sind, die mit den Werken der Urheber viel Geld verdienen, ist das auch gerechtfertigt. Was für § 6 UrhDaG-DiskE gilt, gilt genauso für § 5 Nr. 2 UrhDaG-DiskE: Die Plattformen profitieren wirtschaftlich von der Aufmerksamkeit, die das Publikum auf diese Uploads der Nutzer verwendet, und sollten die Urheber:innen an ihrer Wertschöpfung entsprechend beteiligen.

³ UrhDaG-DiskE Begründung S. 64.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Eine Vergütungspflicht wäre auch ohne weiteres möglich: Art. 17 Abs. 7 DSM-RL sieht die Pastiche-Schranke für die Nutzer von Upload-Plattformen zwar zwingend vor. Deshalb besteht aber keine Verpflichtung, eine solche Schranke in alle anderen Bereiche der Werknutzung einzuführen und diese Schranke vergütungsfrei zu stellen.

Im Gegenteil: In der Begründung des Diskussionsentwurfs⁴ weist das Ministerium zu recht daraufhin, dass nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁵ bei Schrankenregelungen nach Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL, zu der auch die Pastiche-Schranke gehört, im konkreten Fall stets ein angemessener Ausgleich zwischen den Rechten und Interessen des betroffenen Rechteinhabers und denen des Nutzers zu gewährleisten ist. Eine Vergütung würde einen solchen Ausgleich herstellen – insbesondere, wenn der Begriff der Pastiche so weit gefasst wird wie in der Begründung vorgeschlagen, wonach auch Praktiken wie der Remix oder das Sampling darunter fallen sollen⁶. Andernfalls drohen neue Rechtsstreitigkeiten auf der Grundlage des „Metall auf Metall“-Urteils des EuGH⁷, wonach für die Verwendung kleinster Musikfetzen bei Wiedererkennbarkeit des Originals die Erlaubnis des Tonträgerherstellers einzuholen ist. Wenn der EuGH schon die Erlaubnis des Rechteinhabers verlangt, dann ist fraglich, ob eine Schranke fürs Sampling überhaupt in Betracht kommt. In jedem Fall darf sie aber nicht auch noch kostenlos sein. All das spricht dafür, für die Pastiche-Schranke eine Vergütungspflicht einzuführen.

b) Forderung der Vergütungspflicht für die sonstigen Schranken (§ 5 Nr. 3 UrhDaG-DiskE)

Zwingend muss eine Vergütungspflicht auch für die Schranken gelten, auf die in § 5 Nr. 3 UrhDaG-DiskE verwiesen wird. Wegen des expliziten Verweises in § 7 Abs. 2 UrhDaG auf die Vergütungspflicht von Nutzungen nach § 6 UrhDaG, könnte argumentiert werden, dass Nutzungen nach § 5 Nr. 3 UrhDaG-DiskE vergütungsfrei bleiben sollen. Aus Sicht des DJV kann eine Schranke jedoch nicht ihre Vergütungspflicht verlieren, nur

⁴ Begründung S. 63.

⁵ EuGH, Urteil v. 03.09.2014 C-201/13 – Deckmyn, ECLI:EU:C:2014:2132.

⁶ Begründung S. 64.

⁷ EuGH, Urteil v. 29. Juli 2019C-476/17 – Pellham u.a., ECLI:EU:C:2019:624.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

weil auf sie verwiesen wird. Mindestens bedarf es einer Klarstellung, dass die Nutzungen aus § 5 Nr. 3 UrhDaG-DiskE vergütungspflichtig sind, bestenfalls werden die vergütungspflichtigen Nutzungen aus § 5 in § 7 Abs. 2 ausdrücklich aufgenommen.

c) Maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen (§ 6 UrhDaG-DiskE)

Mit § 6 UrhDaG-DiskE führt der Diskussionsentwurf eine weitere Kategorie zulässiger, aber vergütungspflichtiger Nutzungen ein. Zwar handelt es sich der Begründung nach nur um einen Auffangtatbestand für den Fall, dass keine Lizenzvereinbarungen getroffen wurden. Dennoch muss die Vorschrift praxisnah ausgestaltet werden.

Davon kann gegenwärtig keine Rede sein. Schon systematisch wird den Nutzer:innen des Dienstes in der Praxis kaum vermittelbar sein, worin der Unterschied zu den zulässigen und der Kennzeichnung zugänglichen Nutzungen nach § 5 liegt.

Hinzu kommt, dass die Kategorisierung, wenn sie denn entgegen den übereinstimmenden Auffassungen der Wissenschaft überhaupt europarechtskonform sein sollte, ohne weitere Begründung jedenfalls nicht praxisgerecht ist, da sie ausschließlich anhand absoluter Zahlen und gerade nicht anhand einer relativen Anknüpfung (bspw. über Prozentwerte als Obergrenze) erfolgt:

- **Nr. 1** etwa unterscheidet nicht nach Filmkategorien und übersieht, dass 20 Sek. eines Beitrags für eine Magazinsendung qualitativ eine ganz andere Bedeutung haben als bei einem Spielfilm. Mit 20 Sekunden Länge sind ganze Beiträge aus der Tagesschau oder einem Regionalmagazin umfasst. 20 Sekunden entsprechen einer gesamten Sequenz zwischen zwei O-Tönen in einem Feature oder einer Dokumentation. Auch O-Töne sind in der Regel nicht länger als 20 Sekunden. In 20 Sekunden lassen sich alle Tore eines Fußballspiels zusammenfassen, ebenso wie die entscheidende „Schlusszene“ eines Spielfilms. Die Länge von 20 Sekunden scheint deshalb willkürlich gegriffen und viel zu weit bemessen.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

- **Nr. 2** unterlässt jede Differenzierung der Tonspuren, so dass mit dieser Regelung ganze Plattformen und Anwendungen, wie z. B. TikTok, aus dem Anwendungsbereich genommen würden;
- **Nr. 3** trägt der Tatsache nicht Rechnung, dass z. B. Lyrik und „lyrics“, also Songtexte, sowie journalistische Texte auch kürzer als 1000 Zeichen sein können und dennoch eigenständige Werke sind. Sogar Überschriften können ggf. Werkcharakter erlangen, wenn sie besonders originell sind (z.B. „*Wir sind Papst*“ aus der Bildzeitung);
- **Nr. 4** schließlich erlaubt bei Fotografien ein Datenvolumen, das jedenfalls im Kompressionsfall deutlich überhöht ist. Zwar lässt dieser Höchstwert derzeit keine großen, hochauflösenden Bilder zu. Das kann sich allerdings mit einer neuen Entwicklung technischer Komprimierungsverfahren schnell ändern. Schwarz-weiß-Bilder oder andere einfache Farbkompositionen wären außerdem gegenüber vielfarbigem und damit mehr Speicherplatz verbrauchenden Darstellungen privilegiert. Hier sollte deshalb auf die gebräuchliche Beschreibung von Pixeln zurückgegriffen werden, allerdings im unteren dreistelligen Bereich der Pixelbreite oder Pixelhöhe. Für Grafiken sind hingegen Pixel nicht anwendbar, der Begriff Datenvolumen daher grundsätzlich passend, allerdings ebenfalls überhöht.

Der Hinweis in der Begründung, die in Absatz 1 genannten Werte entsprächen den heute üblichen Geschäftspraktiken, weil z. B. Werkausschnitte unentgeltlich zu Werbezwecken im Internet zur Verfügung gestellt werden, überzeugt nicht. Das Hochladen von urheberrechtlich geschützten Werken in den genannten Längen bzw. Volumina durch Nutzer von Plattformen ist mit der gezielten Nutzung zu Werbezwecken für das jeweilige Werk nicht vergleichbar. Bei der Werbung hat es der Rechteinhaber selbst in der Hand, wie viel und welchen Ausschnitt er zeigt, beim User Generated Content eben nicht.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

d) Zusammenfassung zu den Schranken nach §§ 5 und 6 UrhDaG-DiskE

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Systematisierung in vergütungsfreie Schrankennutzungen nach § 5 Nr.1 und Nr.2 UrhDaG-DiskE und vergütungspflichtige Schrankennutzungen nach § 5 Nr. 2 und 3 UrhDaG-DiskE oder § 6 UrhDaG-DiskE in Verbindung mit § 8 UrhDaG-DiskE praxisfern ist und mehr Probleme schaffen wird, als sie beseitigen kann.

Sowohl Urheber:innen als auch Nutzer:innen würden profitieren, wenn der Gesetzgeber den Anregungen der Wissenschaft folgt und die Schrankenregelungen zusammenfasst und insgesamt vergütungspflichtig macht. Dies schafft Rechtsklarheit bei den Nutzer:innen der Dienste, ohne sie zu belasten, weil Vergütungsschuldner die Diensteanbieter sind.

Statt dessen sollte im Rahmen der Nutzungsverträge, die zwischen den Verwertungsgesellschaften, ggf. einzelnen Rechteinhabern und den Diensteanbietern geschlossen werden, bei der Berechnung der Höhe der angemessenen Vergütung quantitativ berücksichtigt werden, in welchem Umfang Nutzungen umfasst sind, die nach §§ 51, 51a UrhG-DiskE vergütungsfrei sind. Damit wird die Differenzierung der Vergütungsfrage aus dem Verantwortungsbereich der Nutzer:innen, die ihr nicht gerecht werden können, auf die Ebene der rechtskundigen und über Recherchemöglichkeiten verfügenden Verwertungsgesellschaften und Diensteanbieter verlagert. Eine Beurteilung, ob im Einzelfall eine Pastiche oder ein noch zulässiges Zitat vorliegt, ist für Laien in der täglichen Anwendung nicht treffsicher möglich und wird vermutlich viel Kritik am Gesetzgeber, Widerstand gegen die Anwendung des Gesetzes und massenhafte Fehlinterpretationen auslösen.

III. Direktvergütungsanspruch (§ 7 UrhDaG-DiskE)

Der Deutsche Journalisten-Verband begrüßt ausdrücklich die Einführung eines Direktvergütungsanspruchs für Urheber:innen und ausübende Künstler:innen, weil er von zentraler Bedeutung für das Gelingen des Paradigmenwechsels der Verlagerung der

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Verantwortung von den privaten Nutzer:innen der Dienste auf die Diensteanbieter ist. Wenn das in der Protokollerklärung der Bundesregierung erklärte Ziel, Künstlerinnen und Künstler in den Mittelpunkt der Bemühungen zu stellen, tatsächlich erreicht werden soll, ist ein Direktvergütungsanspruch der einzige gangbare Weg.

In der Praxis vergeben nicht die Urheber:innen oder die ausübenden Künstler:innen die Lizenzen, sondern die verwertenden Unternehmen wie Verlage, Labels, Produzenten und Sendeunternehmen, weil sie sich die Rechte (oft in Total-Buy-Out-Verträgen) haben übertragen lassen. An zusätzlichen Einnahmen werde die Urheber:innen deshalb oft nicht, nicht fair und schon gar nicht automatisch beteiligt. Selbst die öffentlich-rechtlichen Sender, die ihre Inhalte nicht nur in den eigenen Mediatheken, sondern auch auf zahlreichen Social-Media Plattformen verwerten, zahlen ihren Autor:innen in der Regel keine zusätzliche Vergütung für diese zusätzliche Nutzung.

Es besteht also enormer Handlungsbedarf, den das BMJV mit der Einführung des Direktvergütungsanspruchs und damit der Beteiligung der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen an der Quelle erkannt hat. Ohne diesen Direktvergütungsanspruch aus § 7 UrhDaG-DiskE würden viele Urheber:innen an den aus den neuen Verwertungsformen generierten Erlösen nicht partizipieren. Die Reform des Urheberrechts würde an denen vorbeigehen, für die sie in erster Linie gemacht wurde.

Angelegt ist der Direktvergütungsanspruch in der DSM-RL in ErwG 3 DSM-RL. Er wird zwar nicht explizit genannt, wird aber angedeutet, indem der ErwG ausdrücklich die Vergütung der Urheber und ausübenden Künstler hervorhebt. Außerdem bezieht er sich nicht nur auf Verbesserungen des individuellen Urhebervertragsrechts, sondern auch auf generelle Regelungen dieses Rechts, zu dem die Zuordnung der Lizenzerlöse zählt, die mit der Verwertung geschützter Werke erzielt werden..

Von einem Direktvergütungsanspruch würden insbesondere Urheber:innen von audiovisuellen Werken profitieren. Eines der Grundprobleme der Rechtewahrnehmung im digitalen Zusammenhang resultiert nämlich daraus, dass in Bezug auf die Produktion audiovisueller Werke Rechtseinräumungsvermutungen bestehen, die die Verwirkli-

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

chung der Zielsetzung der Richtlinie, die Existenzsituation der professionellen Kreativen zu verbessern, verhindern oder zumindest erschweren. Es handelt sich hierbei um die Rechtsübertragungsvermutungen der §§ 89 und 92 UrhG. Durch diese Vermutungen werden in der Regel die Verwertungsrechte an Filmwerken von den Regisseuren auf die Produzenten übertragen. Zwar sind die Nutzungen im digitalen Zusammenhang nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch muss davon ausgegangen werden, dass ohne Klarstellung im Zuge der Umsetzung eine gesetzesimmanente Auslegung nahelegen könnte, dass die Verwertung von audiovisuellen Werken durch Plattformen aufgrund der strukturellen Überlegenheit der Produzentenseite zu einer faktischen Zuordnung der Verwertungserlöse entsprechend der analogen Verwertung führen könnte. Dies würde aber bedeuten, dass die Erlöse aus dieser neuen Verwertungsform ausschließlich den Produzenten audiovisueller und musikalischer Werke zufließen würden, jedenfalls soweit audiovisuelle und musikalische Urheber oder ausübende Künstler betroffen sind.

Die Bundesregierung hat zutreffend erkannt, dass sich bei der Plattformnutzung erneut die Frage nach der Sicherung der Beteiligung der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen an der Nutzung von Werken in erweiterten, teilweise erst nach Vertragsabschluss entstandenen digitalen Zusammenhängen stellt, deren erste Lizenzierung teilweise noch unter Verhältnissen der analogen Nutzung erfolgte. Mangels wirksamer urhebervertragsrechtlicher Regelungen werden auch neue Verträge für die digitale Nutzungen teilweise noch immer nach den alten für analoge Nutzungen entwickelten Mustern, d. h. in der Regel ohne weitere Vergütung abgewickelt. Die logische Konsequenz ist im Sinne der Protokollerklärung die Einführung eines Anspruchs auf Direktbeteiligung der Urheber im § 7 UrhDaG-DiskE.

Dieses System der gerechten Beteiligung findet im Übrigen schon heute im europäischen Kontext für den audiovisuellen Bereich Vorbilder in Spanien, Italien und der Schweiz. In Frankreich gelten vergleichbare Regelungen auf vertraglicher Basis. In diese europäischen Praktiken würde sich der Direktvergütungsanspruch einfügen.

Die entsprechende Anwendung von § 20b Abs. 2 S. 2 und 3 UrhG ist aus Sicht des Deutschen Journalisten-Verbands zu begrüßen. Allerdings sollte § 20b Abs. 2 S. 4 nicht – wie

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

vorgeschlagen – entsprechend angewandt werden können. Für Tarifverträge gilt das deswegen, weil der Vergütungsanspruch aus der Kabelweiterleitung mit dem Direktvergütungsanspruch nach § 7 UrhDaG-DiskE nicht vergleichbar ist. Für Betriebsvereinbarungen und gemeinsame Vergütungsregeln ist bereits bei § 20b UrhG zweifelhaft, ob diese in diesem Zusammenhang einen vergleichbaren Schutz bieten können wie die Wahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften.

IV. Kennzeichnung erlaubter Nutzungen (§ 8 UrhDaG-DiskE)

Der DJV steht dem in § 8 Abs.1 Nr. 1 i.V.m. § 16 UrhDaG-DiskE vorgesehenen Systems des Pre-flaggings in der so ausgestalteten Form skeptisch gegenüber. Um einen gerechten Ausgleich der Interessen zu erzielen, sind dringend Nachbesserungen erforderlich.

Anzuerkennen ist zunächst, dass der Gesetzgeber damit die Gefahr des vielzitierten und gefürchteten Overblockings adressiert. Wenn der Diensteanbieter grundsätzlich für Urheberrechtsverletzungen haftet, besteht für ihn ein starker Anreiz, lieber zu viel zu sperren als zu wenig, was schlussendlich dazu führen kann, dass gesetzlich erlaubte Nutzungen präventiv unterbunden werden.

Nun kann der/die Nutzer:in durch eine Kennzeichnung (Pre-flagging) eine Sperrung zumindest zeitweilig unterbinden. Hat er/sie den Upload gekennzeichnet, ist die Entfernung der Inhalte unzulässig. Der Rechteinhaber kann, wenn nicht ein Fall der offensichtlichen Unzulässigkeit vorliegt, dagegen im Beschwerdeverfahren nach § 14 Abs. 1 UrhDaG-DiskE vorgehen. Erst wenn das abgeschlossen oder die Wochenfrist abgelaufen ist, haftet der Diensteanbieter.

Problematisch an der Regelung ist, dass der Nutzer in der Regel nicht rechtssicher beurteilen kann, ob seine Werknutzung die Voraussetzungen der Kritik, Karikatur, Parodie oder Pastiche erfüllt. Schon gar nicht kann er wissen, ob der Diensteanbieter eine Lizenz für das benutzte Werk erworben hat. Durch die Einräumung der Möglichkeit der Kennzeichnung erlaubter Nutzungen – vor allem der nach § 5 Nr. 2 UrhDaG-DiskE –

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

wird die Missachtung bzw. Umgehung des Gesetzes für den Diensteanbieter sehr leicht gemacht. Der Diensteanbieter wird dem Nutzer in einer Eingabemaske die Möglichkeit einer derartigen Kennzeichnung nahelegen, da er nicht das geringste Interesse daran hat, hier rechtsverbindlich für Klarheit und Richtigkeit der Bezeichnung zu sorgen. Im Gegenteil: Die Kennzeichnung kann dem Diensteanbieter nur nützen, weil sie gemäß § 16 zu seiner Enthaftung führt. Auch die Nutzer haben nichts zu befürchten. Selbst dann nicht, wenn sie immer wieder (denselben) Inhalt hochladen und falsch kennzeichnen. Das Schlimmste, was für ein missbräuchliches Pre-flagging droht, ist ein zeitweiliger Ausschluss von der Möglichkeit der Kennzeichnung – und das auch nur, wenn der Diensteanbieter es will.

Der Deutsche Journalisten-Verband hält daher das Pre-flagging-System in der Form, wie es im Diskussionsentwurf angelegt ist, mit dem Unionsrecht für unvereinbar. Es widerspricht nicht nur dem Geist der DSM-RL, sondern auch ihrem Wortlaut. Art. 17 Abs. 4 enthält eine abschließende Aufzählung der Gründe, die zu einer Enthaftung des Diensteanbieters führen können. Nach Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL kommt eine Enthaftung des Diensteanbieters für den Fall, dass der Rechteinhaber die Sperrung seiner Werke verlangt hat, nur dann in Betracht, wenn der Diensteanbieter nachweisen kann, dass der Rechteinhaber dem Diensteanbieter die für die Sperrung erforderlichen Informationen nicht zur Verfügung gestellt hat. Einen Ausschluss der Haftung für den Fall eines Pre-flaggings sieht die DSM-RL nicht vor.

Problematisch an dieser Konstruktion ist aber vor allem, dass die Urheber:innen eigentlich ständig kontrollieren müssen, ob ihre Werke irgendwo im Netz genutzt werden. Denn ohne Beschwerde tritt die Rechtsfolge der Haftung des Diensteanbieters nicht in Kraft. Der Diensteanbieter braucht dann auch keine Lizenzen zu erwerben. Eine solche Überwachung ist für die Urheber:innen aber faktisch unmöglich, weil sie in der Regel keine Scan-Filter Software besitzen, die sämtliche Plattformen und eine Flut von Inhalten regelmäßig nach ihren Werken absucht. Es ist zu erwarten, dass ein Großteil der Inhalte geflaggt ist und ein großer Anteil der Urheber:innen die Nutzung gar nicht bemerkt und dementsprechend auch keine Beschwerde erheben kann. Das aber hat zur Folge, dass es für einen Großteil der Inhalte beim Status quo bleibt: Die Plattformen

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

verdienen, ohne die Kreativen zu beteiligen. Das widerspricht dem erklärten Ziel des Gesetzgebers sein.

Der Gesetzgeber sollte am System des Pre-flaggings deshalb wichtige Nachbesserungen vornehmen. Zum einen sollte der Diensteanbieter den Rechteinhaber immer informieren, wenn sein Werk genutzt und geflaggt wurde. Zudem sollte er effektive Sanktionsmöglichkeiten für falsches Pre-flagging vorsehen und auch den Rechteinhabern ermöglichen, dagegen vorzugehen. Das Pre-flagging sollte nicht für anonyme Nutzer möglich sein, sondern nur für diejenigen, die sich vorher beim Diensteanbieter mit Postadresse registriert haben. Außerdem sollte der Diensteanbieter im Falle eines unzulässigen Pre-flaggings in Bezug auf sein Werk, die Adresse des Nutzers herausverlangen dürfen, so dass der Konflikt auf zwischen Urheber:in und Nutzer:in gelöst werden kann. Schließlich sollte sichergestellt werden, dass bei einer Nutzung ohne Erlaubnis die Nutzung rückwirkend vergütet wird.

V. Sperrung nicht erlaubter Nutzungen und Rechtsbehelfe (§§ 10 bis 19 UrhDaG-DiskE)

Die Konsequenz des im UrhDaG-DiskE etablierten Systems ist die vollständige Verlagerung der Beweis- und Beseitigungslast von nicht erlaubten Nutzungen auf die Urheber:innen, ausübenden Künstler:innen und andere Rechteinhaber. Die Beweislastverteilung des Zivil- und Urheberrechts, wonach der Urheber grundsätzlich nur zu beweisen hat, dass er Urheber ist und der Nutzer beweisen muss, dass er eine erlaubte Nutzung vornimmt, wird damit unzulässigerweise umgekehrt.

Es ist die/der Nutzer:in der Plattform, die/der sich auf die Kennzeichnung der Nutzung als erlaubt beruft. Und es ist der Diensteanbieter, der von der Haftung insoweit befreit wird. Daraus folgt zwingend, dass nur dann, wenn die Kennzeichnung nachweislich als zutreffend erfolgt, die Rechtsfolge (Enthftung, Sperr- und Entfernungsverbot) der §§ 8, 10, 12 und 16 UrhDaG-DiskE eintreten darf.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Nicht nachvollziehbar und als einseitige Bevorzugung der Nutzerseite zu beurteilen ist schließlich, dass die Ansprüche der Nutzerseite im Falle der unberechtigten Beseitigung erlaubter Nutzung von einem Verband vertreten werden können (§ 19 Nr. 4 UrhDaG-DiskE), während der Urheberseite bzw. den Rechteinhabern die Vertretung etwa durch eine Verwertungsgesellschaft oder einen Verband nach bisherigem Stand nicht ermöglicht wird. Hier Waffengleichheit herzustellen, ist deshalb eine wesentliche Forderung des Deutschen Journalisten-Verbandes. Gleiches gilt für die Haftung der Rechteinhaber nach § 19 Abs. 2 UrhDaG-DiskE.

C. Änderungen des Verwertungsgesellschaftengesetzes / Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung

Nach Artikel 12 DSM-RL steht es den Mitgliedstaaten frei, sogenannte kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung einzuführen. Der Diskussionsentwurf macht von dieser Möglichkeit in § 51 VGG-DiskE Gebrauch. Zukünftig sollen die Verwertungsgesellschaften auch Lizenzen erteilen dürfen, wenn der/die Rechteinhaber:in außenstehend ist, sprich wenn er/sie keinen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft abgeschlossen hat. Der Deutsche Journalisten-Verband begrüßt diese Regelung, da es die Lizenzierung von Werknutzungen für alle Beteiligten erheblich erleichtert, Rechtssicherheit schafft und dazu beiträgt, den Einsatz von Filtertechnologien zu minimieren. Verwertungsgesellschaften wie die VG Bild-Kunst oder die VG Wort vertreten zwar die überwiegende Zahl der Urheber:innen, aber nicht alle. Diejenigen, die die Wahrnehmung ihrer Rechte durch eine Verwertungsgesellschaft nicht wünschen, können gemäß § 51 Abs. 2 VGG-DiskE der Rechteinräumung jederzeit widersprechen, sodass die Vertragsfreiheit und der Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte gewahrt bleiben.

Problematisch ist allerdings, dass § 51 Abs. 3 Nr. 5a VGG-DiskE verlangt, dass auf der Internetseite der Verwertungsgesellschaft Angaben zu den erfassten Werken gemacht werden müssen. Bisher werden zwar die Berechtigten registriert, nicht aber einzelne Werke. Das ist rein praktisch auch gar nicht möglich. Der Wortlaut sollte deshalb dahingehend abgeändert werden, dass lediglich Werkarten auszuweisen sind.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Außerdem sollte in § 51a VGG der Begriff „*Berechtigter*“ durch den Begriff „*Rechteinhaber*“ ersetzt werden. Andernfalls ist zu befürchten, dass die deutschen Verwertungsgesellschaften mit anderen europäischen Verwertungsgesellschaften keine Gegenseitigkeitsverträge und damit keine gemeinschaftsweiten Lizenzverträge abschließen können. Der Begriff des „*Berechtigten*“ setzt ein *unmittelbares* Wahrnehmungsverhältnis zu einer Verwertungsgesellschaft voraus und ist deshalb enger als der unionsrechtlich in Art. 12 DSM-RL durchgängig benutzte Begriff des „*Rechteinhabers*“. Nach der Definition des Rechteinhabers gem. § 5 VGG – der auf Art. 3 lit. a VG-RL basiert – reicht zum Nachweis der Legitimation einer Verwertungsgesellschaft ein Rechtsverwertungsvertrag, mithin eine Repräsentationsvereinbarung mit einer ausländischen Schwesterorganisation oder ein Inkassomandat nach § 44 VGG aus, also eine nur mittelbare vertragliche Verbindung zur Verwertungsgesellschaft.

Die meisten deutschen Verwertungsgesellschaften sind zwar in Deutschland repräsentativ im Sinne von § 51a VGG-DiskE, aber nicht im Hinblick auf das Weltrepertoire.

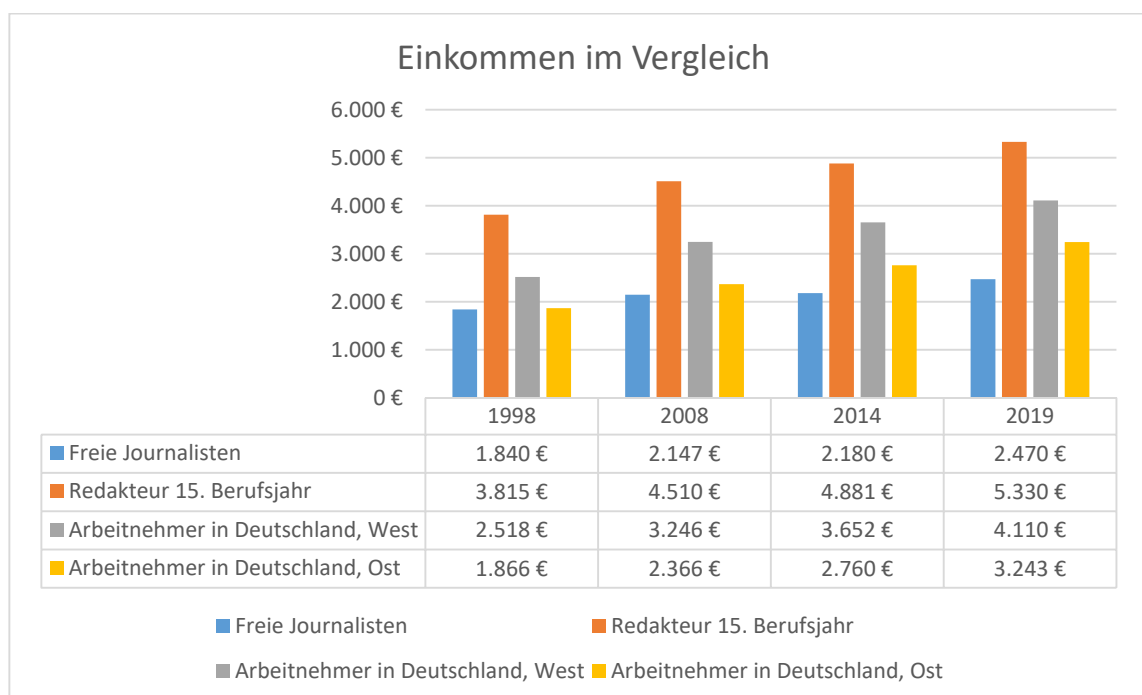
Dies ist auch wichtig, um zu ermöglichen, dass sich Inhaber unterschiedlicher Repertoires (z. B. Fotografen, die ihre Rechte der nationalen Verwertungsgesellschaft übertragen haben, und Agenturen, die auch internationale Fotografen vertreten) zum Zweck der gemeinsamen Lizenzierung in einer Verwertungsgesellschaft zusammenschließen können, um die zur Erstreckung auf Außenstehende erforderliche Repräsentativität nach § 4 UrhDaG-DiskE zu erreichen.

D. Änderungen des Urhebervertragsrechts

Der Deutsche Journalisten-Verband schätzt, dass es rund 60.000 Journalist:innen in Deutschland gibt. Rund die Hälfte davon sind Freiberufler. Sie arbeiten u.a. für Zeitungen und Zeitschriften, fürs Netz, im Hörfunk, im Fernsehen oder in den Agenturen. Die freien Journalist:innen produzieren also einen Großteil der Artikel und Beiträge, die wir tagtäglich lesen, hören und sehen, und tragen damit wesentlich zur kulturellen Vielfalt und zum politischen Diskurs bei. Freie Journalist:innen sind ein wesentlicher und wichtiger Bestandteil der sogenannten vierten Gewalt.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Leider entspricht die Bezahlung von Freien nicht ihrem Anteil an den Inhalten. Da sie keine Festanstellung haben, müssen sie mit einer viel geringeren sozialen Absicherung leben. Hinzu kommt, dass die Honorare oft spärlich bemessen sind, sich im Vergleich zu 1998 sogar verschlechtert haben, wie in der folgenden Tabelle ersichtlich wird. Diese basiert auf Umfragen, die der DJV regelmäßig durchführt. Danach verdient ein festangestellter Redakteur, der oft dieselbe Arbeit wie ein freier Journalist macht, im Schnitt 115% mehr als ein Freier (1998 waren es 107%). Ein deutscher Durchschnittsarbeitnehmer hat fast 50% mehr Einkommen als ein freier Journalist (1998 waren es noch 20%). In den letzten Jahren hat sich die Situation der Freien also noch verschlechtert. Die verheerenden Auswirkungen der Corona-Pandemie sind in dieser Betrachtung noch nicht berücksichtigt.



Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Die Politik kann auf die Honorarhöhen indirekt Einfluss nehmen. Eine der wichtigsten Stellschrauben dafür bietet das Urhebervertragsrecht. Leider hat sich trotz der vergangenen Reformen an den für viele prekären Zuständen wenig geändert.

Pauschalvergütungen in der Form von „Total-Buy-Out-Verträgen“ sind in der Praxis nach wie vor sehr verbreitet, ebenso wie unangemessen niedrige Honorare. Verhandlungen auf Augenhöhe mit den Autor:innen bleiben (mit Ausnahme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks) die Ausnahme. Viele Verwerter weigern sich, Tarifverträge oder Vergütungsregeln abzuschließen, haben sie gekündigt oder halten sich nicht daran. Es ist offenbar günstiger, den ein oder anderen Rechtsstreit über die angemessene Vergütung zu verlieren, als sämtliche Journalist:innen nach kollektiven Regelungen und damit rechtssicher angemessen zu vergüten.

Der europäische Gesetzgeber hat richtigerweise erkannt: *„Urheber und ausübende Künstler scheuen häufig davor zurück, ihre Rechte gegenüber ihren Vertragspartnern vor einem Gericht einzuklagen“* (ErwG 79 DSM-RL). Die Gründe dafür liegen auf der Hand: Wer seinen Auftraggeber auf eine angemessene Vergütung oder auf Auskunft verklagt, bekommt danach keine neuen Aufträge mehr.⁸ Außerdem sind die Prozesskosten in der Regel höher als das entgangene Zusatzhonorar. Es klagen deswegen nur wenige Idealisten oder enttäuschte Altjournalisten, die der Branche den Rücken kehren.

Leidtragende dieser Praxis des vielfachen und routinemäßigen Rechtsbruchs sind – neben den um ihren Anspruch auf angemessene Vergütung gebrachten Journalist:innen – auch die rechtstreuen Verlage, Sender und Produktionsfirmen. Wer sich ans Recht hält, erleidet einen Wettbewerbsnachteil. Und den kann sich in dieser Branche kaum einer leisten. Es entsteht ein sittenwidriger Unterbietungswettbewerb.

Das ist ein unhaltbarer, vom Gesetzgeber nicht tolerierbarer Zustand. Um den Gesetzeswillen durchzusetzen, braucht es im Urhebervertragsrecht deshalb zweierlei: Zum einen müssen die materiellen Anspruchsvoraussetzungen erleichtert werden. Aus

⁸ Vgl. hierzu das Interview mit einem erfolgreichen Einzelkläger, abrufbar unter: http://carta.info/honorar_dumping/.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Sicht des Deutschen Journalisten-Verbands braucht es für die Durchsetzung dieser Ansprüche aber auch eine Stärkung der kollektiven Instrumente, insbesondere ein Verbandsklagerecht.

In der FAQ des Ministeriums⁹ wird die Notwendigkeit ein solches Verbandsklagerechts mit der Begründung in Frage gestellt, dass von den Verwertern bestritten sei, dass eine solche oben beschriebene Blacklisting-Problematik überhaupt bestehe. Wenn beim Gesetzgeber trotz der offensichtlich ungleichen Machtverhältnisse und faktisch gezahlten Honorare, den bekannt gewordenen Einzelfällen und des substantiellen Vortrags der Gewerkschaften¹⁰ immer noch Zweifel daran bestehen, sollte er eine Studie zu dieser Frage in Auftrag geben. Vom Gesetzgeber darf erwartet werden, dass er Anstrengungen unternimmt und sich mit der Situation der Kreativen auseinandersetzt. Das Bestreiten der Verwerter kann jedenfalls nicht zu Lasten der Kreativen gehen. Die Kreativen können keinen Nachweis über ihre prekäre Lage bringen, weil sie mit einem solchen Nachweis ihre prekäre Lage noch verschlimmern würden. Das ist ja gerade das Problem. Immerhin wird aber eine Prüfung weiterer kollektiver Instrumente in Aussicht gestellt. Der DJV begrüßt das ausdrücklich. Doch zunächst zum materiellen Teil:

I. Materielle Veränderungen im Urhebervertragsrecht

1. Total-Buy-Out als Ausnahmefall (§ 32 Abs. 2 UrhG-DiskE)

Nach § 32 Abs. 2 UrhG-DiskE sollen Verträge, durch die der/die Urheber:in dem/der Vertragspartner:in umfassende Nutzungsrechte durch Pauschalvergütung (Total-Buy-Out) einräumt, nur noch dann zulässig sein, wenn sie durch die Besonderheiten der Branche gerechtfertigt sind. Zunächst klingt das nach einer Verbesserung. Tatsächlich entspricht diese Formulierung aber nicht den engeren Anforderungen der DSM-RL. Im

⁹ https://www.bmiv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/DiskE_II_Anpassung%20Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_FAQ.pdf?__blob=publicationFile&v=1

¹⁰ Siehe beispielhaft die Stellungnahme des DJV zum Regierungsentwurf im Rahmen der Urhebervertragsrechtsreform 2016 (abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/434328/c5488fcf24884361c283c11e029caad0/poepplmann-data.pdf>), S. 11 ff.; siehe auch *Schering*, Quotenmeter.de vom 15. März 2018 (abrufbar unter: <http://www.quotenmeter.de/n/99627/es-wird-mit-angst-gespielt>).

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

ErwG 73 wird klargestellt, dass eine Pauschalvergütung lediglich ein rechtfertigungsbedürftiger Ausnahmefall sein soll.

„Auch eine Pauschalzahlung kann eine verhältnismäßige Vergütung sein, sollte jedoch nicht die Regel sein. Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, unter Berücksichtigung der Besonderheiten jeder Branche Sonderfälle zu bestimmen, in denen eine Pauschalzahlung geleistet werden kann.“

Die branchenspezifischen Besonderheiten sollen bei der Bestimmung von Sonderfällen berücksichtigt werden, stellen als solche aber noch keine Rechtfertigung für eine Ausnahme dar. Der Gesetzgeber ist vielmehr angehalten, Kriterien zu entwickeln, die spezifizieren, unter welchen Umständen von der Regel abgewichen werden kann. Stattdessen eröffnet der Gesetzgeber im zweiten Absatz die Möglichkeit, eine ganze Branche zur Ausnahme zu erklären. So unbestimmt und weit, wie § 32 Abs. 2 UrhG-DiskE formuliert ist, gibt er den Verwertern nur ein Argument an die Hand, um die Pauschalvergütung weiterhin zur Regel zu machen. Leider ist aufgrund der gestörten Vertragsparität zwischen Urhebern und Verwertern zu befürchten, dass sich letztere grundsätzlich auf „Besonderheiten der Branche“ berufen werden.

§ 32 Abs. 2 UrhG-DiskE bleibt zudem auch hinter der Rechtsprechung des BGH¹¹ zurück, weil der Wortlaut bei der Vergütung Ausnahmen zum Nutzungsbezug erlaubt. Der BGH hat aber genau das ausdrücklich nicht zugelassen:

„Allerdings kann in solchen Fällen auch eine Pauschalvergütung der Redlichkeit entsprechen [...]. Dies setzt jedoch voraus, dass die Pauschalvergütung – bei objektiver Betrachtung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – eine angemessene Beteiligung am voraussichtlichen Gesamtertrag der Nutzung gewährleistet [...].“

Auch wenn Total-Buy-Out-Verträge in der Praxis nach wie vor gang und gäbe sind, weil die Rechtsprechung des BGH schlicht missachtet wird, führt der Wortlaut des § 32 Abs. 2 S. 3 UrhG-DiskE zu einer Verschlechterung der bestehenden Rechtslage, weil er

¹¹ BGH, Urteil vom 7. Oktober 2009, I ZR 230/06, Rn. 25.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

den vom BGH aufgestellten Grundsatz des Nutzungsbezugs in Frage stellt. Das kann der Gesetzgeber nicht ernsthaft wollen.

2. Vergütungsanpassungsanspruch in der Lizenzkette, § 32 Abs. 1a UrhG (neu)

In der Film- und Fernsehbranche arbeiten die Sender immer häufiger mit Produktionsfirmen zusammen, da diese günstiger arbeiten als Eigenproduktionen. Oft werden sehr kleine Produktionsfirmen beauftragt, die wirtschaftlich nicht sehr leistungsfähig sind, sehr eng kalkulieren und ihren Autor:innen ein sehr geringes Honorar zahlen (können). Um zu vermeiden, dass durch diese Fremdbeauftragung die Vergütung gedrückt werden kann, wäre die Einführung eines Vergütungsanpassungsanspruchs analog § 32a Abs. 2 UrhG auch gegen den eigentlichen Werknutzer (z.B. die Rundfunkanstalt) sinnvoll und gerechtfertigt. Der DJV schließt sich deshalb dem Vorschlag der Initiative Urheberrecht an, die für die Einführung eines § 32 Abs. 1a UrhG mit folgendem Wortlaut plädiert:

Hat der Vertragspartner das Nutzungsrecht übertragen oder einem Dritten ein Nutzungsrecht eingeräumt, so haftet der Dritte dem Urheber unmittelbar nach Maßgabe des Absatzes 1 unter Berücksichtigung der vertraglichen Beziehungen in der Lizenzkette.

3. Haftung in der Lizenzkette beim Bestsellerparagrafen, § 32a UrhG-DiskE

Im sogenannten Bestsellerparagrafen, dem § 32a UrhG-DiskE, wird Artikel 20 DSM-RL entsprechend die Schwelle für die Nachvergütung der Kreativen gesenkt. Darüber hinaus wird die Haftungsbefreiung des Vertragspartners („Die Haftung des anderen entfällt“) nach Absatz 2 Satz 2 gestrichen.

Für Ansprüche aufgrund einer nachträglich eingetretenen Unangemessenheit der vereinbarten Vergütung haftet demnach neben dem tatsächlichen Verwerter weiter auch der Vertragspartner der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen, was richtig und begrüßenswert ist. Allerdings fürchtet der DJV, dass die bloße Streichung von § 32a Abs. 2 S. 2 UrhG noch nicht ausreicht. Der ausführende Produzent kann seine Haftung

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

durch die Zwischenschaltung eines weiteren (zahlungsunfähigen) Subunternehmers immer noch umgehen, der dann als (Zwischen-) Vertragspartner der Kreativen auftritt. Dass derartige Mechanismen zur Abschirmung der verantwortlichen Personen tatsächlich genutzt werden, zeigt beispielsweise die Vertragsstruktur in der Filmbranche. Es bedarf mithin einer Anpassung des Gesetzes, die unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks des Art. 20 Abs. 1 DSM-RL Umgehungsmöglichkeiten verhindert.

4. Zwingende kollisionsrechtliche Regelungen (§ 32b UrhG-DiskE)

Nach § 32b UrhG-DiskE soll die zwingende Anwendung der §§ 32, 32a und 32d bis 32f nur noch dann gelten, „*wenn auf den Vertrag mit dem Urheber das Recht eines Drittstaats anzuwenden ist*“. Drittstaaten sind nach der Begründung des Diskussionsentwurfes nur solche, die sich außerhalb der EU/EWR befinden. Dadurch soll innerhalb der EU/EWR mit der Richtlinie eine Harmonisierung erreicht werden. Das ist aus Sicht der Urheber:innen und ausübende Künstler:innen aber problematisch, weil Deutschland in einigen Punkten über die Mindeststandards der Richtlinie hinausgeht.

Das ist zum Beispiel bei § 32a Abs. 2 UrhG der Fall. Art. 20 DSM-RL schreibt den Mitgliedstaaten nur zwingend vor, einen Vergütungsanpassungsanspruch gegenüber dem Vertragspartner zu normieren. Einen Anspruch gegen den in wirtschaftlicher Hinsicht eigentlichen Werknutzer wie Sender, Videovertriebe, Verleihe oder Internet-Plattformen schreibt die Richtlinie nicht vor. Gibt es aber in anderen EU-Ländern keine dem § 32a Abs. 2 UrhG vergleichbare Vorschrift und würde von einem Werknutzer/Vertragspartner ein solches (fremdes) EU-Recht mit dem Urheber vereinbart, so wäre es nach der Neuregelung des § 32b UrhG-DiskE dem Urheber nicht mehr möglich, Ansprüche gegen Drittnutzer gemäß § 32a Abs. 2 UrhG geltend zu machen. Die Rechtslage würde sich damit für den/die Urheber:innen gegenüber der aktuellen Rechtslage erheblich verschlechtern. Das lehnt der Deutsche Journalisten-Verband ab.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

5. Transparenzpflichten (§§ 32d, 32e UrhG-DiskE)

a) Auskunft ist „mindestens“ einmal jährlich zu erteilen

Der Wortlaut des § 32d Abs. 1 S. 1 UrhG muss, um Art. 19 Abs. 1 S. 1 DSM-RL umzusetzen, um das Wort „*mindestens*“ ergänzt werden. Andernfalls würde die Auskunftspflicht auf den bloßen Jahreszyklus beschränkt. Das wäre nicht mit dem Wortlaut der Richtlinie zu vereinbaren und entspräche auch nicht dem Bedarf der Praxis. Dort kann es einen Bedarf nach Auskünften auch häufiger/früher geben.

b) Keine Beschränkung auf „im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhandenen Informationen“

Die Beschränkung in § 32d Abs. 1 UrhG DiskE auf „*im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhandenen Informationen*“ sollte gestrichen werden. Das bestehende Machtungleichgewicht erlaubt es den Verwertern, die Begriffe „üblicherweise“ und „ordnungsgemäß“ in ihrem Sinne zu interpretieren und Auskunftsansprüche abzuwehren. Tatsächlich wird die Formulierung in der Praxis benutzt, um Auskunftsansprüche zu negieren. Den Kreativen wird insbesondere von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entgegengehalten, dass die Informationen i. S. d. §§ 32d, 32e UrhG weder bei ihnen noch bei anderen Anstalten erhoben würden und eine Auskunft deshalb nicht erteilt werden könne und müsse. Die Einschränkung im Wortlaut entspricht auch nicht den Maßgaben des Art. 19 DSM-RL. Vielmehr sind hier nach „*aktuelle, einschlägige und umfassende Informationen*“ zu liefern. Aus ErwG 75 DSM-RL folgt, dass es sich zudem um „*geeignete und richtige Informationen*“ handeln muss. Daraus lässt sich eine Pflicht zur Informationserhebung durch die Verwerter herleiten. Die jetzige Fassung des § 32d Abs. 1 UrhG DiskE würde diese Pflicht aber konterkarieren.

c) Keine Beschränkung „auf den Zeitraum der wesentlichen Werknutzung“

Die Beschränkung der Auskunftspflicht in § 32d Abs. 1 S. 3 UrhG-DiskE auf den „*Zeitraum der wesentlichen Werknutzung*“ stellt eine erhebliche Schlechterstellung der Kreativen im Verhältnis zur aktuellen Rechtslage dar und bleibt zudem signifikant hinter

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

den Mindestmaßgaben der DSM-RL zurück: Nach ErwG 74 DSM-RL ist eine Auskunftspflicht lediglich dann nicht angezeigt, wenn die Verwertung eingestellt wurde, also nicht mehr stattfindet. Ein Ausschluss der Auskunftspflicht während der Zeit der Werknutzung widerspricht dem. Darüber hinaus stellt ErwG 75 DSM-RL klar, dass die Informationen für den Zeitraum zu leisten sind, in dem die Vermarktung erfolgt. Eine Einschränkung auf einen „*wesentlichen Teil*“ dieser Vermarktung ist gerade nicht vorgesehen.

Unabhängig davon bleibt unklar, welcher Zeitraum der Werknutzung der „Wesentliche“ sein soll. Durch den Zusatz werden Rechtsunsicherheiten zulasten der Kreativen und Umgehungsmöglichkeiten zugunsten der Verwerter geschaffen, sodass die Kreativen im Zweifelsfall genötigt seien werden, die Auskunft gerichtlich geltend zu machen. Das widerspricht nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Grundgedanken der DSM-RL, die die Auskunftserteilung gerade ohne Zutun der Kreativen etablieren will. Denn wie die DSM-RL richtigerweise erkennt, besteht für die allermeisten Kreativen aufgrund ihrer schwächeren Vertragsposition ein faktisches Hemmnis, den Verwertern gegenüber Ansprüche geltend zu machen.

d) Umgehungsgefahr der antragslosen Auskunftspflicht bei sanktionsloser Unterlassung

Das oben Gesagte gilt auch für das Kriterium des nachrangigen Beitrags. Auch hier kann sich der Verwerter mit der bloßen Behauptung zurückziehen, bei dem Beitrag handele es sich lediglich um einen „nachrangigen Beitrag“, der das Werk wenig prägt. In diesem Fall ist wiederum der Kreative gefordert, gegen den Verwerter vorzugehen, was seine Lage im Verhältnis zum Status quo nicht verbessert – obwohl die DSM-RL hier eine Verbesserung fordert. Dieses Missbrauchspotential muss dadurch eingedämmt werden, dass der missbräuchliche Verweis auf die Ausschlussstatbestände (§ 32d Abs. 2 UrhG-DiskE) sanktioniert wird, etwa indem die missbräuchliche Verweigerung der Auskunft eine Ordnungswidrigkeit darstellt und demgemäß bußgeldbewehrt ist. Andernfalls ist das Äußerste, was der Auskunftspflichtige zu erwarten hat, dass er gerichtlich zur Auskunft verpflichtet wird. Das erhöht nicht gerade den Auskunftswillen und den Ausblick auf faktische Verbesserungen.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

e) Lediglich „hilfsweise“ Auskunft in der Lizenzkette führt zu einer Verschlechterung der Rechtslage

Nach aktueller Rechtslage können sich die Urheber mit ihrem Auskunftsanspruch gemäß § 32e UrhG unmittelbar an den wirtschaftlich beherrschenden Verwerter wenden. Das ist vor allem dann sinnvoll, wenn der ausführende Produzent als Vertragspartner der Kreativen (der die eigentliche Verwertung gerade nicht vornimmt) über keine hinreichenden Informationen verfügt.

Nach § 32e UrhG-DiskE ist der Kreative gehalten, sich zuerst an seinen Vertragspartner zu wenden. Das stellt eine abzulehnende Verschlechterung der Rechtslage dar. Es ist leider damit zu rechnen, dass jeder wirtschaftlich beherrschende Verwerter die Kreativen zunächst an ihre Vertragspartner verweisen wird, wobei wiederum unklar bleibt, welche Voraussetzungen der Kreative erfüllen muss, um nachzuweisen, dass sein Vertragspartner nicht über die entsprechenden Informationen verfügt. Denn nach dem Wortlaut des Regelungsvorschlags trägt die Beweislast der/die Urheber:in. Das widerspricht dem Geist der DSM-RL, die im Grundsatz die Auskunftspflicht anlass- und antragslos gewährleisten, also den Kreativen die bürokratischen Hürden abnehmen will. Auf keinen Fall hat der europäische Gesetzgeber hier eine Verschlechterung der Rechtslage bewirken wollen. Der Urheber sollte deshalb nach wie vor Auskunft unmittelbar vom jeweiligen Dritten verlangen können, ohne sich zunächst an den Vertragspartner wenden zu müssen.

f) Kein Ausschluss der kollektivrechtlichen Ausgestaltung der Transparenzpflichten

In der Praxis besteht ein großer Bedarf dahingehend, dass die Auskunftspflichten der Verwerter über Tarifverträge oder gemeinsame Vergütungsregeln ausgestaltet werden können. Dieser Mechanismus besteht im Interesse aller Beteiligten und erleichtert die effektive Durchsetzung des Anspruches auf angemessene Vergütung. Damit geht letztlich das Potential einer ökonomischen Verbesserung der Lage der Kreativen einher.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Die Annahme des Diskussionsentwurfs, dass derartige Ausgestaltungen durch Art. 23 DSM-RL künftig ausgeschlossen sind, ist nicht im Sinne der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen und lässt wesentliche Aussagen der DSM-RL unberücksichtigt.

In Art. 19 Abs. 5 DSM-RL wird ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, dass die Transparenzpflichten über kollektivrechtliche Vereinbarungen ausgestaltet werden können. Derartige Kollektivverträge müssen dann den in Art. 19 Abs. 1 bis 4 DSM-RL genannten Kriterien genügen. Hierneben stellt ErwG 76 DSM-RL klar, dass auch Vertraulichkeitsvereinbarungen möglich sind, sofern die Kreativen dadurch nicht an der Geltendmachung der ihnen zustehenden Rechte gehindert werden.

Hinsichtlich der Auskunftspflicht in der Lizenzkette eröffnet Art. 19 Abs. 2 DSM-RL sogar ausdrücklich die Möglichkeit, dass die Informationen ausschließlich den Vertretern der Kreativen übersandt werden, also den Berufsverbänden, Gewerkschaften oder Verwertungsgesellschaften. Dieses Modell wird erfolgreich praktiziert und führt dazu, dass die Kreativen aufgrund kollektivrechtlicher Vereinbarungen fortlaufende angemessene Vergütungen erhalten.

In kollektiven Verhandlungen auf Augenhöhe können praxistaugliche und branchenspezifische Ausgestaltungen von Auskunftserteilung und Rechnungslegung vorgenommen werden. Gerade in Fällen, in denen Miturheberschaft vorliegt oder Werke in zusammengesetzter Form genutzt werden, haben alle Beteiligten großes Interesse an kosteneffizienten Verfahren und Mechanismen.

Die kollektivrechtliche Ausgestaltung ist demnach auch vor dem Hintergrund der DSM-RL nach wie vor möglich und sollte nicht abgeschafft werden.

6. Kündigung aus wichtigem Grund, § 32f UrhG (neu)

Nach § 314 BGB steht den Vertragsparteien ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu. Um die Position der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen in dieser Hinsicht zu stärken, wäre eine Klarstellung sinnvoll, dahingehend,

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

dass auch Verstöße gegen die §§ 32 ff UrhG einen solchen wichtigen Grund darstellen können. Das Urhebergesetz sollte um einen neuen § 32f erweitert werden, der besagt:

Ein wichtiger Grund im Sinne von § 314 BGB liegt auch vor, wenn der Vertragspartner des Urhebers oder der Dritte im Sinne von § 32 Abs. 1a den Pflichten nach § 32 bis § 32d nicht nachkommt.

7. Rückrufrecht wegen Nichtausübung (§ 41 UrhG-DiskE)

Die Anpassungen in § 41 UrhG-DiskE sind im Hinblick auf die Umsetzung des Art. 22 DSM-RL folgerichtig und eine Verbesserung für die Kreativen. Gleichwohl ist auch hier schon jetzt das Problem erkennbar, dass die Geltendmachung der Rechte durch den Einzelnen mit weiteren Sanktionen durch den Verwerter verbunden sein kann. Insofern kann auch hier eine Kollektivierung bei der Durchsetzung angebracht sein.

II. Instrumente der Rechtsdurchsetzung

Die besten materiellen Ansprüche nützen den Urheber:innen wenig, wenn sie in der Praxis nicht effektiv durchgesetzt werden (können). Der Deutsche Journalisten-Verband sieht an dieser Stelle einen großen Schwachpunkt des Diskussionsentwurfs. Möglichkeiten, die die DSM-RL eröffnet, ja auf die sie sogar hinwirkt, werden vom Gesetzgeber nicht genutzt. Stattdessen verschlechtert sich die Rechtsdurchsetzung im vorliegenden Entwurf sogar noch an zwei Stellen.

1. Die Rechtsdurchsetzung im Diskussionsentwurf

a) Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung (§ 32f und § 35a UrhG-DiskE)

Der vorliegende Vorschlag zur klarstellenden Aufnahme eines optionalen Mediationsverfahrens ins Urheberrechtsgesetz wird als vollkommen unzureichend und darüber

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

hinaus als potentiell schädlich abgelehnt. Laut der Begründung¹² beinhaltet der Regelungsvorschlag lediglich eine Klarstellung bezüglich einer bereits existierenden Option.

Faktisch bringt die gesetzliche Regelung aber erhebliche Risiken für die Kreativen mit sich. Sie gibt den strukturell überlegenen Verwertern ein Argument an die Hand, die Urheber im Vertrag zu obligatorischen Mediationsverfahren zu verpflichten, die dann zu ihren Gunsten ausgestaltet werden.

Im Filmbereich werden derartige Verfahren von der Produzentenseite regelmäßig in die Verträge eingebracht – häufig über AGB. Die Urheberverbände empfinden das tendenziell eher als Abwehrmechanismus gegenüber Filmschaffenden, die damit faktisch an der Durchsetzung ihrer Rechte gehindert werden. So werden die Verfahrensvorschläge teilweise mit erheblichem Aufwand und hohen Kosten verknüpft. Der Zugang zum ordentlichen Rechtsweg wird dadurch oft erschwert, hinausgezögert und teilweise sogar vollständig verhindert. Gegen derartige Vorstöße konnte bislang vereinzelt erfolgreich gerichtlich vorgegangen werden.¹³ Die Fassung des Diskussionsentwurfs birgt jedoch die Gefahr, dass der Streit um die Zulässigkeit solcher die Kreativen benachteiligenden Schlichtungsmechanismen wieder von vorne beginnt.

Es ist unbedingt zu vermeiden, dass der Tendenz, den Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen derartige Verfahren einseitig vorzugeben, Vorschub geleistet wird. Akzeptabel können vertragliche Vereinbarungen eines zwingenden Mediationsverfahrens als Vorverfahren allenfalls dann sein, wenn die entsprechende vertragliche Vereinbarung auf einem Tarifvertrag oder einer gemeinsamen Vergütungsregel beruht und der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen wird.

Derartige Schutzmechanismen enthält § 32f UrhG-DiskE jedoch nicht. Auch beinhaltet die Regelung keinerlei andere formelle Maßgaben, die ein Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren auf Augenhöhe gewährleisten. Eine tatsächlich allseits „freiwillige“ alter-

¹² Begründung des Diskussionsentwurfs, S. 41.

¹³ Vgl. hierzu LG Berlin, Az.: 15 O 39/19.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

native Streitbeilegung (wie es Art 21 DSM-RL verlangt) wird mit § 32f UrhG DiskE jedenfalls nicht gewährleistet. Auch muss im Gesetzestext und nicht nur in der Begründung des Diskussionsentwurfs¹⁴ geregelt werden, dass der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden kann. Das sieht ErwG 79 S. 5 DSM-RL ausdrücklich vor.

Das oben Gesagte gilt entsprechend für § 35a UrhG DiskE, denn der Wortlaut würde auch hier gerade kein unabhängiges Verfahren gewährleisten, sondern die Gefahr verstärken, dass die Ausgestaltung des Verfahrens einseitig durch den Verwerter bestimmt wird. Hier ist auf Art. 13 DSM-RL zu verweisen, der ausdrücklich vom Mitgliedstaat verlangt, eine unparteiische Instanz einzurichten oder zu benennen.

b) Vertretung durch Vereinigungen (§ 32g UrhG-DiskE)

Die mit § 32g UrhG-DiskE vorgeschlagene Klarstellung ist ebenfalls vollkommen unzureichend. Die allermeisten der sehr wenigen Klagen von einzelnen Urheber:innen auf Vertragsanpassung wurden und werden ohnehin mit der Unterstützung der jeweiligen Verbände und Gewerkschaften geführt. Hierzu bietet § 32g UrhG-DiskE keine Verbesserung. Zudem bleibt er maßgeblich hinter dem Regelungsgehalt der DSM-RL zurück. Denn nach den Art. 19 bis 21 DSM-RL werden insbesondere eigene Ansprüche der Vertreterorganisationen der Kreativen zugelassen, nicht lediglich abgeleitete Rechte, wie sie der Diskussionsentwurf vorsieht. ErwG. 78 sieht ausdrücklich vor, dass die Vertreter die Identität der Urheber und ausübenden Künstler, die sie vertreten, so lange wie möglich schützen sollen. Wie soll das passieren, wenn kein eigener Anspruch besteht? Der Diskussionsentwurf widerspricht damit weitgehend der Bestrebung der DSM-RL, den Einzelnen aus der Schusslinie zu nehmen, da nach wie vor die Geltendmachung der Ansprüche durch den Einzelnen und die Beauftragung der Vertreterorganisation erforderlich wäre.

¹⁴ Begründung des Diskussionsentwurfs, S. 60.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

2. Vorschläge zur Stärkung der kollektiven Instrumente

a) Kollektive Instrumente in anderen Rechtsgebieten

In anderen Rechtsgebieten hat der deutsche Gesetzgeber auf ungleiche Machtverhältnisse und den daraus entstehenden gesellschaftlichen Gesamtschaden bereits reagiert. Beispielhaft sei hier das Verbraucherrecht genannt, in dem zur Eindämmung gesellschaftlich und wirtschaftlich unerwünschter Streu- und Masseschäden Rechtsmittel installiert wurden, um dem hinter dem lohnenswerten Rechtsbruch stehenden Marktversagen entgegen zu wirken.¹⁵ Den strukturell unterlegenen Verbraucher:innen werden aus gesellschaftlichem und wirtschaftlichem Interesse Verbände und kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten zur Seite gestellt. Im Urheberrecht fehlen entsprechende Instrumente.

b) Kollektive Instrumente und die DSM-RL

Dabei bietet die DSM-RL zahlreiche Ansatzpunkte, um die kollektive Aushandlung und Durchsetzung der jeweiligen Rechte zu stärken. Indem die Richtlinie an zwei Stellen, nämlich in Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 DSM-RL „*Vertreter*“ der Urheber und ausübenden Künstler sogar explizit in die Anspruchsdurchsetzung einbezieht, geht das Unionsrecht sogar noch einen Schritt weiter und ermöglicht, was das deutsche Recht nur sehr vorsichtig in § 36b UrhG a.F. anspricht, nämlich die kollektive Durchsetzung von Ansprüchen. Kollektive Durchsetzungsmechanismen sind daher nicht nur möglich und zulässig. Die Richtlinie regt vielmehr den Ausbau dieses Systems an.¹⁶

Der gegenständliche Diskussionsentwurf enttäuscht in dieser Hinsicht, indem er lediglich auf bereits bestehende Möglichkeiten verweist. Wie oben erläutert, haben die aber gerade nicht zu einer Verbesserung der Situation der Kreativen geführt. Eine Weiterentwicklung des Urheberrechts im Sinne der DSM-Richtlinie bleibt leider aus. Der DJV setzt deshalb große Hoffnung in die vom Ministerium in den FAQ angekündigte

¹⁵ *Meller-Hannich*, Gutachten für den 72. Deutschen Juristentag, A 26.

¹⁶ Siehe Peifer: Anpassungsbedarf durch die neue Urheberrechtsrichtlinie GRUR 2020, 14

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Prüfung und Suche nach weiteren Instrumenten. Gemeinsam mit der Initiative Urheberrecht hat der DJV dazu auch schon konkrete Ideen entwickelt.

c) Verbindliche Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens nach § 36 UrhG.

Einen Ansatz in Richtung einer kollektiven Durchsetzung des Anspruchs auf angemessene Vergütung bietet bereits der zum 1. März 2017 eingeführte Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen gemeinsame Vergütungsregeln nach § 36b UrhG.

Die einzige praktische Auswirkung dieser Vorschrift war jedoch bisher die vorherige Kündigung der zwischen BDZV, dem DJV und der dju in ver.di geschlossenen Vergütungsregeln, einen Tag vor Inkrafttreten des novellierten Urhebervertragsrechts. Begründet wurde die Kündigung mit der „Gefahr“, im Einzelfall nicht mehr von den kollektiv aufgestellten Vergütungssätzen abweichen, sprich zu einem rechtstreuen Verhalten „gezwungen“ werden zu können. Eines eindeutigeren Beweises, dass die Regelung im Ansatz gut und notwendig, gleichwohl nicht ausreichend ist, hätte es nicht geben können.

Dieses Beispiel der Zeitungsverleger – oder das der Zeitschriftenverleger, die den Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln bis heute verschleppen, lässt keinen Zweifel daran, dass die Verwerterseite weiterhin einseitig entscheidet, ob man sich auf die Aufstellung von GVR einlässt beziehungsweise, ob man sich an vereinbarte, angemessene Vergütungshöhen gebunden fühlt. Wenn der Gesetzgeber dem tatenlos zusieht, wird sich an dieser Praxis nichts ändern.

Ein wichtiger Baustein wäre, das Schlichtungsverfahren nach § 36 UrhG noch verbindlicher auszugestalten.

aa) Gerichtliche Überprüfbarkeit, § 36 Abs.5 UrhG (neu)

Da Verwerter zum Beispiel im Filmbereich Schiedssprüche ignorieren, die aus ihrer Sicht zu urheberfreundlich sind, andererseits aber Einigungsvorschläge anwenden, die

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

die Urheberseite ablehnt, wäre es sinnvoll, die Möglichkeit einzurichten, den Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle gerichtlich überprüfen zu lassen. Dazu könnte ein § 36 Abs. 5 UrhG (neu) eingeführt werden mit folgendem Wortlaut:

Widerspricht eine der beteiligten Parteien dem Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle (§36a), kann von jedem Beteiligten das für den Sitz der Schlichtungsstelle zuständige Oberlandesgericht angerufen werden.

bb) Option der Hinzuziehung vergleichbarer Werknutzer, §36a Abs. 4a UrhG (neu)

Um Waffengleichheit herzustellen, müsste außerdem der 2017 eingeführten Regelung des §36a Absatz 4a UrhG ein entsprechendes Pendant zur Seite gestellt werden, das es auch der Seite der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen erlaubt, vergleichbare Werknutzer in ein laufendes Verfahren vor der Schlichtungsstelle einzubinden. § 36a Abs. 4b UrhG (neu) könnte wie folgt lauten:

Jede Partei kann binnen drei Monaten nach Kenntnis vom Schlichtungsverfahren verlangen, dass die Schlichtungsstelle vergleichbare Werknutzer zur Beteiligung auffordert, wenn der Vorschlag nach Absatz 4 Satz 1 Nutzungen betrifft, die üblicherweise auch von diesen Nutzern vorgenommen werden. Beteiligt sich der vergleichbare Nutzer, so benennt er weitere Beisitzer.

d) Förderung gemeinsamer Vergütungsregeln vor allem mit den wirtschaftlich beherrschenden Verwertern

Der BGH hat auf Grundlage des jetzigen Wortlauts festgestellt, dass § 36 UrhG mit dem darin enthaltenen Verfahren zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ausschließlich gegenüber den Vertragspartnern der Urheber:innen und ausübenden Künstler:innen zur Anwendung kommen soll. Seit diesem Urteil entzieht sich eine Vielzahl wirtschaftlich beherrschender Verwerter mit dem Verweis auf diese Rechtsprechung der Verhandlung von GVR. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken wäre folgende Ergänzung des § 36 UrhG erforderlich:

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

(1) Zur Bestimmung der Angemessenheit von Vergütungen nach § 32 stellen Vereinigungen von Urhebern mit Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Werknutzern gemeinsame Vergütungsregeln auf. Werknutzer im Sinne von Satz 1 sind alle Verwerter von urheberrechtlichen Nutzungsrechten. Die gemeinsamen Vergütungsregeln sollen die Umstände des jeweiligen Regelungsbereichs berücksichtigen, insbesondere die Struktur und Größe der Verwerter. In Tarifverträgen enthaltene Regelungen gehen gemeinsamen Vergütungsregeln vor.

e) Durchsetzung des individuellen Anspruchs auf angemessene Vergütung

Wie oben bereits skizziert, ist es erforderlich, kollektive Durchsetzungsmöglichkeiten auch für die Bereiche vorzusehen, in denen es keine gemeinsamen Vergütungsregeln oder Tarifverträge (mehr) gibt. Es braucht neben dem bestehenden Unterlassungsanspruch nach § 36b UrhG ein anonymisiertes Verfahren für einzelne Fälle und systematische Verstöße gegen den urhebervertragsrechtlichen Pflichtenkatalog. Nur so kann ein wirtschaftlicher Anreiz geschaffen werden, angemessen zu vergüten – idealerweise durch den Abschluss von Tarifverträgen und gemeinsamen Vergütungsregeln.

f) Schutz der Einzelnen über kollektivrechtliche Instrumente als notwendiger Mechanismus

Die Notwendigkeit von kollektiven Instrumenten zur Durchsetzung der materiellen Ansprüche aus dem Urhebervertragsrecht wurde oben bereits ausführlich erläutert. An dieser Stelle soll deshalb auf die Ausgestaltung eines solchen Instruments eingegangen werden. Eine außerordentlich große Rolle bei der Rechtsdurchsetzung spielt die Anonymität der Urheber:innen. Dabei kann es nicht ausreichen, die Identität der Einzelnen „ein bisschen“ oder für einen „bestimmten Verfahrensabschnitt“ zu schützen. Sollte der Schutz der Person z. B. nur für das alternative Streitbeilegungsverfahren, nicht aber auch für ein folgendes ordentliches Verfahren gewährleistet sein, werden die Anspruchsschuldner die Auseinandersetzungen stets ins ordentliche Verfahren leiten. Dort können sie die Person im Einzelfall identifizieren, abstrafen, die Angst vor Auf-

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

tragsverlust und damit das System der rechtsmissbräuchlichen Bezahlung aufrecht-
erhalten. Mit einem Identitätsschutz in Teilen wäre den Urheber:innen deshalb nicht
geholfen.

Der wirksamste und in der DSM-RL angelegte Weg zum Schutz der Identität ist eine
Befähigung der dazu autorisierten Verbände und Gewerkschaften im Wege der Ver-
bandsklage.

Der Verbandsklage sollte ein alternatives Streitbeilegungsverfahren vorgeschaltet wer-
den. Das alternative Streitbeilegungsverfahren eignet sich insbesondere zur Überprü-
fung von Einzelfällen, bei denen keine branchenweit anerkannte Definition der ange-
messenen Vergütung zur Verfügung steht. Aber auch über den Einzelfall hinaus lassen
sich die Vertragsstrukturen als solche überprüfen.

Gegen Verwerter, deren Vergütungspraxis den begründeten Verdacht nahelegt, dass
Verstöße gegen die Pflichten nach §§ 32 bis 32e UrhG nicht nur in wenigen einzelnen
Fällen in Betracht kommen, sondern in der allgemeinen Vertragsstruktur angelegt sind,
sollte ein wirksames Verbandsklagerecht eingeführt werden.

Die Rechtsverstöße könnten mittels öffentlicher Urkunde bewiesen werden. Insbeson-
dere können nachteilige Vertragsklauseln und Berechnungsgrundlagen und deren Ver-
wendung in einer Vielzahl von Fällen als systematisches Vorgehen belegt werden.

Kernpunkte eines praxistauglichen Verfahrens sind, neben einer weitestgehenden
Anonymität, die Gewährleistung einer fachlichen Unabhängigkeit des Spruchkörpers
und ein möglichst geringes finanzielles Risiko. Gerade wegen der Absenkung der
Schwelle für Vertragsanpassungen ist es erforderlich, dass auch mittlere bis kleine Be-
träge mit einem vertretbaren Aufwand und Risiko geltend gemacht werden können.

Die zwingende Umsetzung eines alternativen Streitbeilegungsverfahrens und die drin-
gend gebotene Einführung des Mechanismus einer wirksamen Verbandsklage könnten
konkret wie folgt vorgenommen werden:

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

aa) Alternatives Streitbeilegungsverfahren, § 36d UrhG (neu)

§ 36d UrhG (neu) Alternatives Streitbeilegungsverfahren¹⁷

- (1) Beim Deutschen Patent- und Markenamt wird eine Schlichtungsstelle zur außgerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten nach den Absätzen 2 und 3 eingerichtet. Sie wird mit neutralen schlichtenden Personen besetzt und hat eine Geschäftsstelle. Das Verfahren der Schlichtungsstelle muss insbesondere gewährleisten, dass
 1. die Schlichtungsstelle unabhängig ist und unparteiisch handelt,
 2. die Verfahrensregeln für Interessierte zugänglich sind,
 3. die Beteiligten des Schlichtungsverfahrens rechtliches Gehör erhalten, insbesondere Tatsachen und Bewertungen vorbringen können,
 4. die schlichtenden Personen und die weiteren in der Schlichtungsstelle Beschäftigten die Vertraulichkeit der Informationen gewährleisten, von denen sie im Schlichtungsverfahren Kenntnis erhalten und
 5. eine barrierefreie Kommunikation mit der Schlichtungsstelle möglich ist.*
- (2) Wer der Ansicht ist, in einem Recht nach diesem Gesetz verletzt worden zu sein, kann bei der Schlichtungsstelle nach Absatz 1 einen Antrag auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens stellen. Kommt wegen der behaupteten Rechtsverletzung auch die Einlegung eines fristgebundenen Rechtsbehelfs in Betracht, beginnt die Rechtsbehelfsfrist erst mit Beendigung des Schlichtungsverfahrens nach Absatz 7. In den Fällen des Satzes 2 ist der Schlichtungsantrag innerhalb der Rechtsbehelfsfrist zu stellen. Ist wegen der behaupteten Rechtsverletzung bereits ein Rechtsbehelf anhängig, wird dieses Verfahren bis zur Beendigung des Schlichtungsverfahrens nach Absatz 7 unterbrochen.*
- (3) Eine Vereinigung von Urhebern im Sinne von § 36 Abs. 2 kann bei der Schlichtungsstelle nach Absatz 1 einen Antrag auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens stellen, wenn sie einen Verstoß gegen Pflichten nach § 32 bis § 32e behauptet.*

¹⁷ Der Regelungsvorschlag orientiert sich an §16 BGG Schlichtungsstelle und –verfahren; Verordnungsermächtigung.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

- (4) Der Antrag nach den Absätzen 2 und 3 kann in Textform oder zur Niederschrift bei der Schlichtungsstelle gestellt werden. Diese übermittelt zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens eine Abschrift des Schlichtungsantrags an den behaupteten Rechtsverletzer.*
- (5) Die schlichtenden Personen wirken in jeder Phase des Verfahrens auf eine gütliche Einigung der Beteiligten hin. Sie können einen Schlichtungsvorschlag unterbreiten. Der Schlichtungsvorschlag soll am geltenden Recht ausgerichtet sein. Die schlichtenden Personen können den Einsatz von Mediation anbieten.*
- (6) Das Schlichtungsverfahren ist für die Beteiligten unentgeltlich.*
- (7) Das Schlichtungsverfahren endet mit der Einigung der Beteiligten, der Rücknahme des Schlichtungsantrags oder der Feststellung, dass keine Einigung möglich ist. Wenn keine Einigung möglich ist, endet das Schlichtungsverfahren mit der Zustellung der Bestätigung der Schlichtungsstelle an die Antragstellerin oder den Antragsteller, dass keine gütliche Einigung erzielt werden konnte.*
- (8) Das Deutsche Patent- und Markenamt wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, das Nähere über die Geschäftsstelle, die Besetzung und das Verfahren der Schlichtungsstelle nach den Absätzen 1, 4, 5 und 7 zu regeln sowie weitere Vorschriften über die Kosten des Verfahrens und die Entschädigung zu erlassen. Die Rechtsverordnung regelt auch das Nähere zu Tätigkeitsberichten der Schlichtungsstelle. Bei der Besetzung der Schlichtungsstelle ist darauf zu achten, dass die einzelnen Spruchkörper sowohl mit Personen mit juristischer Fachkompetenz als auch paritätisch mit entsprechenden Verwertern und Urhebern aus den jeweiligen Branchen besetzt sind.*

bb) Verbandsklage, § 36e UrhG (neu)

§ 36e UrhG (neu) Verbandsklagerecht¹⁸

- (1) Eine nach Absatz 4 anerkannte Vereinigung von Urhebern kann, ohne in ihren Rechten verletzt zu sein, Klage gegen einen Werknutzer erheben auf Feststellung,*

¹⁸ Der Regelungsvorschlag orientiert sich an §15 BGG Verbandsklagerecht.

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

Unterlassung oder Beseitigung eines Verstoßes gegen seine Pflichten nach § 32 bis § 32e.

- (2) Soweit ein Urheber selbst seine Rechte durch eine Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können, kann die Klage nach Absatz 1 nur erhoben werden, wenn die Vereinigung geltend macht, dass es sich um einen Fall von allgemeiner Bedeutung handelt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Mehrzahl gleich gelagerter Fälle vorliegt. Vor der Erhebung einer Klage nach Absatz 1 hat die nach Absatz 4 anerkannte Vereinigung ein Schlichtungsverfahren nach § 36d durchzuführen. Die Klage ist nur zulässig, wenn keine gütliche Einigung im Schlichtungsverfahren erzielt werden konnte und dies nach § 36d Absatz 7 bescheinigt worden ist.*
- (3) Soweit ein Verfahren nach Absatz 1 oder Absatz 2 zur Offenlegung von Mitgliedschaften der Vereinigung führen würde, kann insbesondere über die Höhe individueller Ansprüche der Mitglieder einer Vereinigung oder das Vorliegen einer Mehrzahl gleich gelagerter Fälle Beweis auch durch die Vorlegung öffentlicher Urkunden angetreten werden.*
- (4) Auf Antrag hat das Deutsche Patent- und Markenamt einem Verband die Anerkennung zu erteilen, wenn die Vereinigung von Urhebern*
 - 1. nach ihrer Satzung nicht nur vorübergehend die Belange von Urhebern fördert,*
 - 2. nach der Zusammensetzung ihrer Mitglieder oder der Mitglieder ihrer Landesorganisationen dazu berufen ist, Interessen von Urhebern auf Bundesebene zu vertreten,*
 - 3. zum Zeitpunkt der Anerkennung mindestens drei Jahre besteht und in diesem Zeitraum im Sinne der Ziffer 1 tätig gewesen ist,*
 - 4. die Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bietet; dabei sind Art und Umfang seiner bisherigen Tätigkeit, der Mitgliederkreis sowie die Leistungsfähigkeit des Verbands zu berücksichtigen.*

Stellungnahme des DJV zum Diskussionsentwurf des BMJV für ein 2. Gesetz zur Umsetzung der DSM-RL

cc) Ergänzende Vorschrift zur Verjährungshemmung, § 36f UrhG (neu)

Wenn der Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung vergleichbar ist mit einer Vielzahl von Fällen, z.B. weil gleiche Klauseln verwandt wurden, sollte die Verjährung für die vergleichbaren Fälle gehemmt werden. Unternehmen, die durch die Verwendung rechtswidriger Verträge den gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung zu umgehen versuchen, sollten sich nicht auf Vertrauensschutz berufen können.

Dass aktuell trotz laufender Verfahren, die Verjährungsfristen für identische Sachverhalte laufen, könnte durch einen neu zu schaffenden § 36f UrhG abgeändert werden:

- (1) Macht eine Vereinigung von Urhebern im Rahmen einer Klage nach § 36e geltend, dass die dem Rechtsverstoß zu Grunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer Mehrzahl gleich gelagerter Fälle gestellt wurden, so wirkt die von der Vereinigung geführte Klage bezogen auf die Vertragsverhältnisse, denen diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Grunde liegen, für die Mitglieder der Vereinigung entsprechend § 204 Absatz 1 Ziffer 1 BGB. Der Satz 1 gilt entsprechend, wenn die vereinbarten Vergütungen in einer Mehrzahl gleich gelagerter Fälle vergleichbar nicht § 32 Absatz 2 Satz 2 entsprechen.*
- (2) Die Hemmung nach Absatz 1 endet zwölf Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Klage nach Absatz 1.*



Hanna Möllers
Justiziarin