



Die Werbewirtschaft

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

ZAW-Stellungnahme; Referentenentwurf Urhebervertragsrecht

Stand: 29. Dezember 2015

Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung;
Stellungnahme des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) e.V.

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkung.....	3
II. Zur Werbebranche	4
1. Beteiligte	4
2. Werke.....	5
3. Besonderheit gegenüber anderen Branchen: Keine beteiligungsfähigen Werke.....	5
III. Anmerkungen zu den geplanten Regelungen im Einzelnen.....	7
1. § 32d) Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch.....	7
a) Überbordende bürokratische Anforderungen entsprechende Vorteile auf Nutzerseite	7
b) Vorgaben für die Werbewirtschaft nicht umsetzbar	9
c) Weitere Problematik für Werbewirtschaft; Gefahr der Abwanderung von Werbedienstleistern ins Ausland	10
d) Folgerung.....	10
2. § 40a), Rückrufrecht wegen anderweitiger Nutzung.....	10
a) Grundlegende Einwände.....	10
b) Besondere Problematik für die Werbewirtschaft.....	12
c) Ausnahme des § 40a) Abs.4 nicht ausreichend	13
(1) Rechtsunsicherheit bezüglich der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werbeinhalten.....	13
(2) Rechtsunsicherheit bezüglich der Schutzfähigkeit als Kennzeichen/Design	14
d) Regelungen des UWG setzen hier ebenfalls keine ausreichenden Grenzen.....	15
e) Folgerung.....	16
3. Verschärfung des § 32 UrhG	16
a) Zur bestehenden Regelung des § 32 UrhG.....	16
b) Geplante Erweiterung durch § 32 Abs.2.....	17
c) Folgerung.....	17
4. Gemeinsame Vergütungsregeln.....	17
a) Sog. „halbzwingende Regulierung“	17
b) Insbesondere: Verbandsklagerecht, § 36b).....	18
5. Bestehende Verträge, § 132 Abs.3a) Satz 2 i.V.m. § 32d) und §41.....	19

I. Vorbemerkung

Der vorliegende Entwurf dient erklärtermaßen dazu, dem seit 2002 im Gesetz verankerten Anspruch des Urhebers und ausübenden Künstlers auf eine angemessene Vergütung zu einer besseren Durchsetzung zu verhelfen und durch weitere gesetzliche Maßnahmen der aus Sicht des BMJV „gestörten Vertragsparität“ zwischen Kreativen und Verwertern entgegenzuwirken. Einen Nachweis oder auch nur Indizien dafür, dass eine solchermaßen gestörte Vertragsparität faktisch besteht und dass die Ursachen hierfür in den gesetzlichen Vorgaben, denen Kreative und Verwerter unterliegen, bzw. deren fehlender Durchsetzbarkeit zu suchen sein könnten, lässt der Entwurf bzw. dessen Begründung jedoch vermissen.

Der Referentenentwurf trifft zwar zunächst völlig richtig die folgende Feststellung (s. Seite 10 Ref-E):

„Nicht zu den Aufgaben des Urhebervertragsrechts gehört es, Kreativen die Verwertung von Werken als solche zu garantieren. Der Erfolg einer Werkverwertung ist oft nicht kalkulierbar und in gewissem Ausmaß vom Zufall abhängig: Es gibt qualitativ hochstehende Werke, die keinen relevanten wirtschaftlichen Ertrag erzielen, ebenso wie wenig gehaltvolle Werke, die großen Profit ermöglichen. Die Reform will auch kein Grundeinkommen für Kreative garantieren: Die marktunabhängige Förderung von Kunst und Kultur ist Sache der öffentlichen Kulturförderung bzw. des privaten Mäzenatentums.“

Trotzdem werden die hier vorgeschlagenen Maßnahmen im weiteren Verlauf des Entwurfs (s. Seite 14 Ref-E) mit der wirtschaftlichen Situation der Kreativen, insbesondere statistischen Werten zu deren Durchschnittseinkommen, begründet. Hierbei scheint der Entwurf von der Prämisse auszugehen, dass den aus Sicht des BMJV unterdurchschnittlichen Einkommen auf der Kreativseite - quasi automatisch - überdurchschnittliche Einkommen auf der Verwerterseite gegenüberstehen müssen. Dies ist jedoch nicht der Fall. In der Kreativbranche werden in den meisten Fällen bereits angemessene Vergütungen bezahlt. Den aus Sicht des BMJV geringen Einkommen von Kreativen liegt eine Vielzahl von Ursachen zugrunde, deren Kehrseite auf Verwerterseite keineswegs erhöhte Einkommen sondern in vielen Bereichen ebenfalls rückläufige Gewinne sind. Die Annahme des hier vorliegenden Entwurfs, man könne durch das Drehen an einigen wichtigen Stellschrauben des Urhebervertragsrechts hier einfach eine „Umverteilung“ vornehmen, ist daher bei weitem zu kurz gesprungen.

Unabhängig davon sind die hier vorgeschlagenen gesetzlichen Maßnahmen nach Ansicht des ZAW kaum geeignet, der erklärten Zielsetzung Rechnung zu tragen, d.h. die Position der Urheber stärken. Vorrangig werden durch die geplanten Regelungen die Verwerter unverhältnismäßig belastet. Diesen Belastungen, denen auf Urheberseite keine nennenswerten finanziellen oder sonstigen Vorteile gegenüberstehen, werden dem gesamten Markt nachhaltig schaden – ein Ergebnis, das weder im Interesse der Verwerter noch der Urheber oder auch der Nutzer/Verbraucher sein kann.

II. Zur Werbebranche

Die einzelnen Regelungsvorschläge des hier vorliegenden Entwurfs unterliegen nicht nur grundsätzlichen Bedenken; sie werden auch der bestehenden Vielfalt an Branchen und Werkarten in der Kreativwirtschaft nicht gerecht. Das gilt ganz besonders für die Werbebranche. Diese wird zwar auf Seite 14 der Begründung des Referentenentwurfs kurz als eine der betroffenen Branchen erwähnt; eine Erläuterung, wie ihren Besonderheiten durch den hier vorliegenden Entwurf Rechnung getragen wurde, erfolgt jedoch nicht. Genau dies lässt der Entwurf auch deutlich erkennen: Die Belange der Werbebranche als Verwerter nichtbeteiligungsfähiger Werke werden in den hier vorliegenden Regelungsvorschlägen nicht berücksichtigt; viele der Vorschriften sind für Adressaten aus der Werbewirtschaft praktisch nicht umsetzbar. Es folgen deswegen einige kurze Erläuterungen zu den Merkmalen, die die Werbewirtschaft von anderen Zweigen der Kreativbranche unterscheiden und die den vorliegenden Entwurf für die Werbewirtschaft besonders unangemessen machen.

1. Beteiligte

Die in der Werbewirtschaft Beteiligten lassen sich nicht einheitlich in eine Kreativen- und eine Verwerterseite einteilen. Urheber, wie z.B. Grafiker, Texter, Kommunikationsdesigner oder andere Werbefachleute arbeiten selbständig oder als angestellte Mitarbeiter für Agenturen. Sie können aber auch direkt für Werbung treibende Unternehmen tätig werden und dabei - als Agentur oder selbständig Tätige - ihrerseits andere Kreative zur Erstellung von Teilleistungen beauftragen.

Schon vor diesem Hintergrund wird der vorliegende Gesetzesentwurf, der im Wesentlichen auf der Annahme einer wirtschaftlichen und organisatorischen Überlegenheit des Verwerter oder Werknutzers gegenüber dem Urheber oder ausübenden Künstler fußt, dem Umstand nicht gerecht, dass in der Werbebranche der Verwerter auch eine kleine Werbeagentur oder ein selbständiger Werbeschaffender sein kann. Für Werbung Treibende als Werknutzer gilt dies erst recht. Hier kann ein großer Automobilhersteller eine komplette Werbekampagne in Auftrag geben, aber auch ein selbständiger Yoga-Lehrer ein paar Flyer erstellen oder seine Homepage überarbeiten lassen. Gerade in letzterem Fall ist nicht nur keine wirtschaftliche Überlegenheit des Verwerter anzunehmen. Vielmehr ist dieser auch mit der Beauftragung urheberrechtlich relevanter Leistungen nur selten befasst. Die rechtlichen Folgen, die ihm nach den hier vorliegenden Entwürfen drohen würden, sind für ihn damit kaum zu überblicken.

Als weitere Beteiligte kann auch die öffentliche Hand, soweit sie Werbeleistungen in Auftrag gibt, auf Verwerterseite von den vorliegenden Regelungsvorschlägen betroffen sein.

Schließlich gilt bereits heute, dass die §§ 32, 32a) UrhG auch auf Urheber in Arbeitsverhältnissen Anwendung finden. Die hier vorgeschlagenen weitergehenden Regelungen sehen keine expliziten Ausnahmen für angestellte Urheber vor. Insoweit können sich diese auch auf Arbeitsverhältnisse auswirken.

2. Werke

In der Werbewirtschaft entsteht eine große Vielfalt an Werken und Werkarten, die oftmals auf einer Vielzahl künstlerischer Einzelleistungen aufbauen. Eine Werbekampagne kann z.B. TV-, Online- und Radio-Spots, Print- und Online-Anzeigen, Werbeplakate, eine Umgestaltung des Online-Auftritts und/oder der Verkaufsräume des werbenden Unternehmens sowie weitere Werbemaßnahmen umfassen. Damit ist eine Vielzahl urheberrechtlich relevanter Einzelleistungen betroffen. Allein die Erstellung eines kurzen Werbefilms erfordert die Beteiligung einer Vielzahl von Urhebern und ausübenden Künstlern: Schauspieler, Regisseur, Drehbuchautoren, Kameraleute, ggf. Grafiker, Musiker und Komponisten. Werbetexte und Slogans in Spots, Anzeigen und Plakaten sind dem urheberrechtlichen Schutz ebenso zugänglich wie beschreibende Gebrauchstexte, z.B. auf Webseiten oder in Katalogen. Bei der Schaltung von Online-Werbung können weitere Urheberrechte, z.B. von Software-Entwicklern, bestehen.

Viele der hier betroffenen Urheberrechte betreffen die sogenannte „kleine Münze“, d.h. sie befinden sich im Bereich der gerade noch urheberrechtlich geschützten Werke. Die Abgrenzung zu Darstellungen und Inhalten, deren Schöpfungshöhe für einen urheberrechtlichen Schutz nicht ausreicht, ist damit vielfach schwierig. Ob urheberrechtlicher Schutz entsteht, ist damit für beide Seiten – Verwerter wie Kreative – bei Beauftragung einer Leistung in vielen Fällen nicht zu überblicken.

3. Besonderheit gegenüber anderen Branchen: Keine beteiligungsfähigen Werke

Neben der Vielfalt an möglichen Beteiligten auf Urheber- und insbesondere auf Verwerterseite sowie der oftmals bestehenden Unklarheit über das Vorliegen urheberrechtlichen Schutzes und damit das Greifen urhebervertragsrechtlicher Regeln unterliegt die Verwertung urheberrechtlicher Werke in der Werbebranche einer weiteren wichtigen Besonderheit: Es werden keine beteiligungsfähigen Werke geschaffen. Werbung dient der Kommunikation, nicht dem Verkauf der hierfür geschaffenen Werke. Der Anzahl der Werknutzungen durch den Verwerter stehen damit keine entsprechenden Einkünfte gegenüber, an denen der Urheber beteiligt werden könnte.

Werbung, auch wenn es sich dabei z.B. um einen aufwändig produzierten TV-Spot oder Produktkatalog handelt, wird für den Nutzer kostenlos verbreitet. Die werbenden Unternehmen investieren hierbei nicht nur in die Erstellung, sondern auch in die Schaltung der Werbemaßnahmen. Aus den einzelnen Nutzungshandlungen lassen sich aber keine Zahlen zur angemessenen Vergütung der an den Werbemaßnahmen beteiligten Urheber ableiten.

Zunächst ist die Frage, wie weit ein Werk verbreitet wird, unabhängig von der individuellen Nachfrage auf Nutzerseite; sie ist vielmehr eine rein unternehmerische Entscheidung des werbenden Unternehmens. Dieses kann ganz gezielt potentielle Zielgruppen ansprechen oder aber eine Werbemaßnahme oder -kampagne breiter streuen. Es kann, z.B. mit einer Plakatkampagne, regional auf seinen bestehenden Einzugsbereich beschränkt vorrangig Bestandskunden auf neue Angebote aufmerksam machen oder aber versuchen, durch weitergehende Schaltungen seine Bekanntheit auszudehnen.

Auch die Investitionen, die der Werbende bei der Schaltung einer Werbemaßnahme oder einer Werbekampagne tätigen muss, geben keinen Hinweis auf damit eventuell erzielte Einkünfte. Die Zahl an aufgehängten Plakaten einer Kampagne gibt nur sehr bedingt Aufschluss darüber, wie oft es betrachtet wurde, und erst recht nicht darüber, wie es bei den Betrachtern angekommen ist. Bei der Schaltung von Online-Werbung erfolgt die Bezahlung durch den Werbung Treibenden an seinen Dienstleister vielfach nach der Zahl der Ausspielungen einer Werbemaßnahme (ad impressions). Auch dies ermöglicht noch keine Rückschlüsse auf den finanziellen Erfolg einer Werbemaßnahme.

Manche Werbekanäle ermöglichen über das Bezahlssystem zumindest ansatzweise einen Einblick, inwieweit die Werbemaßnahme vom Internetnutzer beachtet wurde. So z.B. wenn nicht jede Auslieferung einer Werbemaßnahme zu bezahlen ist, sondern nur die, die vom Nutzer auch angeklickt wurde oder wenn, wie z.B. bei youtube, eine Bezahlung erst fällig wird, wenn ein Werbespot für einen Mindestzeitraum betrachtet bzw. nicht sofort weggeklickt oder übersprungen wurde.

Weder die Zahl der Werbeschaltungen noch, wo möglich, die der ermittelten Betrachter gibt aber Aufschluss darüber, ob und in welchem Ausmaß mit einer Werbemaßnahme auch Kunden gewonnen und Erlöse erzielt wurden.

Dabei ist zunächst zu beachten, dass eine Werbemaßnahme und damit ein einzelnes urheberrechtlich relevantes Werk oder ein Teil hiervon, das einem Urheber zugeordnet werden kann, im Normalfall nur ein Element einer Werbekampagne ist. Der Erfolg einer gesamten Kampagne lässt sich aber nicht auf ihre einzelnen Bestandteile, z.B. ein einzelnes Plakat oder einen TV-Spot, herunterbrechen. Vielmehr wirken die einzelnen Elemente einer Kampagne zusammen und machen gerade dadurch ihren Erfolg aus.

Aber auch dieser Erfolg lässt sich nicht in Zahlen, d.h. in Umsätzen oder Einkünften, darstellen. Wenn ein Unternehmen mitteilt, eine Kampagne sei erfolgreich gelaufen, so bedeutet dies zunächst einmal, dass sie beim Publikum gut angekommen ist, Aufmerksamkeit erregt sowie möglicherweise das Image des Unternehmens oder seiner Produkte verbessert hat. Ein solcher Erfolg mündet aber nicht unmittelbar in Verkaufszahlen, die sich als Entsprechung zur erfolgreichen Kampagne darstellen lassen. Dies gilt erst recht, wenn ein Unternehmen Imagewerbung betreibt, also keine konkrete Produkte oder Dienstleistungen zum Gegenstand seiner Werbung macht. Aber auch bei Werbung für ein konkretes Produkt ist der Erfolg einer Werbemaßnahme oder einer Kampagne nur ein Teilaspekt der erzielten Umsätze eines Unternehmens. Daneben sind hier viele weitere Faktoren ausschlaggebend, beispielsweise die allgemeine wirtschaftliche Situation, das aktuelle Image des Unternehmens sowie die Preisgestaltung des werbenden Unternehmens und seiner Wettbewerber.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass es allenfalls eine Korrelation zwischen dem Erfolg einer Werbekampagne und den Verkaufszahlen eines beworbenen Produktes oder einer Dienstleistung geben kann. Eine direkte Kausalität zwischen einer Kampagne - und erst recht einem einzelnen Werk innerhalb einer Kampagne - und den Verkaufszahlen vergleichbar den Erlösen die mit der direkten Verwertung eines Werks, z.B. dem Verkauf von Büchern oder Eintrittskarten für das Theater, erzielt werden, gibt es in der Werbewirtschaft nicht. Entsprechend können keine Erlöse, an denen der Urheber beteiligt werden könnte, ermittelt werden.

III. Anmerkungen zu den geplanten Regelungen im Einzelnen

1. § 32d)¹ Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch

Nach § 32d des Referentenentwurfs soll jedem Urheber und jedem ausübenden Künstler ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung über den Umfang der Werknutzung und die hieraus gezogenen Erträge und Vorteile zustehen. Dieser Anspruch kann von den Berechtigten jährlich eingefordert werden. Eines Anlasses, z.B. der begründeten Vermutung, dass der Verwerter das Werk in weitergehender Form nutzt als vertraglich vereinbart oder dass er damit unvorhersehbar hohe Gewinne erzielt, bedarf es nicht. Der Anspruch besteht gegenüber jedem Werknutzer, d.h. nach unserem Verständnis des Entwurfs nicht nur gegenüber dem Vertragspartner, sondern auch gegenüber sämtlichen Nutzern eines Werks innerhalb der Lizenzkette. Auch auf Seiten der Berechtigten gibt es hier keine Beschränkung; selbst der Urheber eines minimalen Anteils eines Gesamtwerks soll anspruchsberechtigt sein. Durch die geplante Erweiterung des § 79 Abs.2 S.2 UrhG sollen auch ausübende Künstler den Anspruch nach § 32d) geltend machen können. Damit kann sich selbst ein einfacher Unterlizenznehmer einer unübersehbaren Zahl von Anspruchsinhabern gegenübersehen - und dies gilt für die gesamte Schutzdauer des Urheberrechts, d.h. 70 Jahre nach dem Tod des jeweiligen (Teil-) Urhebers.

a) Überbordende bürokratische Anforderungen ohne entsprechende Vorteile auf Nutzerseite

Die hier vorgeschlagene Vorschrift ist geradezu ein Paradebeispiel für eine Regelung, die die Verwerter tiefgreifend zusätzlich belastet, während auf Urheberseite keine auch nur ansatzweise entsprechenden Vorteile gegenüberstehen. Umso erstaunlicher ist es daher, dass der Referenten-Entwurf auf Seite 19 konstatiert:

„Mit nennenswerten zusätzlichen Bürokratiekosten ist daher nicht zu rechnen.“

Diese Annahme geht an der Realität vorbei. Wie dargelegt², erfordert allein die Erstellung eines kurzen Werbefilms die Beteiligung einer Vielzahl von Urhebern und ausübenden Künstlern; bei Schaltung von Filmen oder Bildsequenzen als Online-Werbung können zudem noch Urheberrechte von Software-Entwicklern bestehen. All diesen müsste der Auftraggeber – zeitlich quasi unbegrenzt und ohne jegliche Beschränkung für die Erbringer minimaler Teilwerkleistungen – mindestens jährlich Auskunft über die Werknutzung des Films im Detail und die hieraus gezogenen Erträge und Vorteile geben.

Schließlich ist nach dem aktuellen Gesetzesentwurf nicht erkennbar, ob der geplante Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch darüber hinaus auch Kreativen im Angestelltenverhältnis zustehen soll.

¹ §§ ohne weitere Bezeichnung sind Vorschriften des Referentenentwurfs Urhebervertragsrecht

² Vgl. unter II.2.

Wenngleich dies mit der in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Abgeltungstheorie³ kaum vereinbar wäre, fehlt es vorliegend doch zumindest an einer entsprechenden Klarstellung in der Begründung des vorliegenden Entwurfs.

Auf Verwerterseite müssten sämtliche Lizenznehmer und jeweilige Unterlizenznehmer entsprechende Auskünfte erteilen, denn der Gesetzesentwurf sieht auch hier keine Beschränkungen vor. Er spricht im Gegenteil von „jedem Werknutzer“. Der Auskunftsanspruch kann damit auch sämtliche Medien treffen, in denen Werbung geschaltet wird, z.B. TV-Sender, Print- oder Online-Medien und damit beispielsweise auch die Betreiber kleinerer Internet-Blogs. Gleichmaßen wird hier auch die öffentliche Hand als Auftraggeberin von Werbemaßnahmen betroffen sein. Die Vorgabe wird dazu führen, dass Werknutzer umfangreiche und kostenintensive Verwaltungsstrukturen aufbauen müssen. Es kann aber auch zur Folge haben, dass bei der Erstellung eines Werks künftig darauf geachtet wird, die Zahl der beteiligten Künstler/Urheber so weit möglich einzuschränken.

Der Vorschlag ist auch nicht geeignet, Berechtigten zusätzliche finanzielle Einkünfte zu verschaffen. Denn in vielen Fällen wird die Auskunft ergeben, dass der Erfolg des in Frage stehenden Werks zusätzliche Ansprüche gerade nicht rechtfertigt. In der Werbebranche werden bereits angemessene Vergütungen bezahlt.⁴ Zudem verfügen Urheber bereits nach aktueller Rechtslage über umfassende Auskunftsansprüche, die allerdings nicht im luftleeren Raum, sondern anlassbezogen zur Durchsetzung der Rechte aus §§ 32ff UrhG gewährt werden. Bereits vor der letzten Reform des Urhebervertragsrechts war in der Rechtsprechung zu § 36 UrhG a.F. anerkannt, dass *für die Gewährung des Auskunftsanspruchs nicht bereits feststehen muss, dass dem Urheber ein Anspruch auf Einwilligung in eine Vertragsanpassung zusteht. Vielmehr könne der Urheber grundsätzlich immer dann, wenn auf Grund nachprüfbarer Tatsachen klare Anhaltspunkte für einen solchen Anspruch bestehen, Auskunft und gegebenenfalls Rechnungslegung verlangen, um im Einzelnen die weiteren Voraussetzungen dieses Anspruchs ermitteln und die zu zahlende Vergütung berechnen zu können.*⁵ Vor diesem Hintergrund hat die Gesetzesbegründung zur Urhebervertragsrechtsreform im Jahr 2002 einen Auskunftsanspruch ausdrücklich für entbehrlich erklärt.⁶

Der aktuell vorliegende Entwurf erachtet es dennoch nicht für ausreichend, dass der Urheber seinen Auskunftsanspruch bei Bedarf geltend macht, sondern möchte ihm völlig unabhängig von seinen Interessen und Bedürfnissen einen Einblick in diese Informationen gewähren. Auf Verwerterseite müssten diese Informationen dann entsprechend nicht nur bei konkretem Bedarf zusammengestellt, sondern für sämtliche Teilurheber, unabhängig von der Bedeutung ihres Werkanteils, mindestens - Jahr für Jahr - bereitgehalten werden. Die Annahme des Gesetzesentwurfs, diese Daten seien „in der Regel ohnehin vorhanden“, ist damit unrichtig. Insoweit wird hier ein bürokratisches Monster

³ Wandtke/Bullinger, UrhG-Kommentar, 2014, § 43, Rn.143.

⁴ Vgl. dazu auch unten, Ziffer 4a).

⁵ Vgl. BGH vom 13.12.2001, I ZR 44/99, NJW 2002, S.2476

⁶ BT-Drucks. 14/8058, S.18: „Ein ausdrücklich normierter Auskunftsanspruch ist entbehrlich, weil dieser sich kraft Richterrechts, soweit erforderlich, als Nebenpflicht aus dem Nutzungsvertrag ergibt [...]“

aufgebaut, durch das auf Verwerterseite zusätzlicher Aufwand und zusätzliche Kosten entstehen und damit der zu verteilende Gewinn entgegen den Interessen von Urheber und Verwertern völlig unnötig geschmälert wird.

Dies trifft auch die Urheber von kleineren Teilleistungen, die aktuell in besonderem Maß von der Möglichkeit der Vereinbarung von Pauschalvergütungen profitieren; dies schon deswegen, weil ihnen der geplante Auskunftsanspruch im Zweifel kaum nennenswerte Mehrerträge gewährleisten könnte.

b) Vorgaben für die Werbewirtschaft nicht umsetzbar

Diese grundlegenden Bedenken gelten erst recht für die Werbewirtschaft mit ihrer Vielzahl an unterschiedlichen Beteiligten auf Seiten der Urheber und ausübenden Künstler, die z.T. nur minimale Teilleistungen erbringen und bei denen es teilweise noch einer umfassenden Klärung bedürfte, ob hier überhaupt urheberrechtlich relevante Werkeleistungen erbracht wurden.

Für die Werbewirtschaft stellt sich aber darüber hinaus noch ein weiteres, mindestens ebenso tiefgreifendes Problem. Der hier avisierte Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch ist nämlich bei nichtbeteiligungsfähigen Werken, wie sie in der Werbewirtschaft in Rede stehen, praktisch nicht umsetzbar. Die Werbewirtschaft kann über die Erträge und Vorteile der von ihr genutzten kreativen Werke keine Auskunft geben oder Rechenschaft ablegen.

Der Entwurf des § 32d) sieht vor, dass *jeder Werknutzer Auskunft über den Umfang der Werknutzung und der hieraus gezogenen Erträge und Vorteile erteilen und hierüber Rechenschaft ablegt*. Bei der werblichen Verwertung von Werken steht der Umfang der Werknutzung jedoch in keinem unmittelbaren Zusammenhang zu den vom Werknutzer gezogenen Erträgen und Vorteilen. Erträge und Vorteile als kausale Folge der Verwertung der Werkeleistungen sind ebenfalls nicht ermittelbar.⁷ Die Zahl der Nutzungshandlungen, d.h. der einzelnen Schaltungen von Werbemaßnahmen, ist allein Ergebnis einer unternehmerischen Entscheidung, die davon abhängt, welche potentiellen Zielgruppen der Werbende erreichen und wieviel Geld er investieren möchte.

Erträge und Vorteile, die aus den Nutzungshandlungen gezogen wurden, sind nicht ermittelbar. Der Erfolg einer Werbemaßnahme oder – dies ist der Normalfall – einer ganzen Werbekampagne bemisst sich vorrangig darin, wieviel Aufmerksamkeit, Interesse, positive Kritik eine Werbung erfährt. Dafür ist aber nicht allein die urheberrechtlich relevante Gestaltung einzelner Werbemaßnahmen ausschlaggebend, sondern vielmehr auch das Gesamtkonzept einer Kampagne (Welche Medien werden genutzt? Welche Zielgruppen angesprochen? etc.).

Erst recht kann die inhaltliche Gestaltung einer Werbemaßnahme nicht direkt mit konkreten Verkaufszahlen in Zusammenhang gebracht werden. Für diese ist vielmehr eine Vielzahl von Faktoren (Preisgestaltung, Konsumklima, Verhalten der Wettbewerber etc.) ausschlaggebend. Noch weniger

⁷ Vgl. dazu vorne unter II.3.

kann der Erfolg eines Unternehmens oder eines beworbenen Produkts auf einzelne urheberrechtliche Teilleistungen bei der Gestaltung einer Werbekampagne zurückgeführt werden.

Damit kann der Verwerter dem nach § 32d) vorgesehenen Auskunftsanspruch nicht nachkommen. Er könnte allenfalls über die Zahl der Werbeschaltungen informieren. Diese Zahl hat aber für den Urheber keinen Wert, da ihr keine entsprechenden Erträge oder Vorteile gegenüberstehen, die zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung herangezogen werden könnten.

c) Weitere Problematik für Werbewirtschaft; Gefahr der Abwanderung von Werbedienstleistungen ins Ausland

Der geplante Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch nach § 32d) verteuert die Erstellung und Verwertung urheberrechtlicher Leistungen unnötig und ohne das dem ein auch nur annähernd entsprechender Vorteil auf Urheberseite gegenüberstünde. Wir sehen hier ganz massiv die Gefahr, dass als Folge die Kunden dieser Leistungen ins günstigere und verwaltungstechnisch weniger komplizierte Ausland abwandern. Hier besteht für die Werbewirtschaft ein wichtiger Nachteil im Vergleich zu anderen Kreativbranchen, denn ein Großteil der hier erbrachten Leistungen setzt nicht voraus, dass der jeweilige Urheber der deutschen Sprache mächtig ist. Print- oder Online-Anzeigen können mit Blindtext konzipiert und erst nachträglich durch die deutsche Version ersetzt werden. Selbst schauspielerische Leistungen in Werbespots lassen sich nachträglich synchronisieren. Der Entwurf stellt damit auch eine Bedrohung für Deutschland als Kreativ- und Werbestandort dar.

d) Folgerung

Der Entwurf des § 32d) birgt immense Nachteile für die verwertenden Unternehmen, ohne dass diesen auch nur ansatzweise entsprechende Vorteile auf der kreativen Seite gegenüberstehen. Für die Werbewirtschaft ist der Vorschlag schlicht nicht umsetzbar. Urheber und ausübende Künstler sind durch die nach bestehendem Recht verfügbaren Auskunftsansprüche ausreichend geschützt. Der Vorschlag des § 32d) ist daher zu streichen.

2. § 40a), Rückrufrecht wegen anderweitiger Nutzung

a) Grundlegende Einwände

Für gleichermaßen problematisch erachten wir den Entwurf für § 40a). Nach § 40a) Abs.1 soll der Urheber das Recht haben, ein vertraglich vereinbartes Nutzungsrecht nach 5 Jahren zurückzurufen, soweit er einen anderen Verwerter hierfür gefunden, also ein alternatives Vertragsangebot vorliegen hat. Nach § 40a) Abs.4 können Ausnahmen vereinbart werden, wenn ein Werk z.B. als Marke eingetragen werden soll. Dies muss aber vorab und in Textform geschehen. § 40b) sieht für den Erstverwerter ein Vorkaufsrecht zu den Bedingungen des neuen Vertragsangebots vor.

Die Intention des Vorschlags, die teilweise übliche Vereinbarung eines unbefristeten Nutzungsrechts auch bei nur kurzzeitig vom Verwerter genutzten Werken, einzuschränken, ist nachvollziehbar. Allerdings wird dieser Zielsetzung durch die bereits bestehenden Regeln zur Nichtausübung des Nutzungsrechts (§41 UrhG) bereits ausreichend Rechnung getragen.

Für langfristige Nutzungsmodelle stellt der Vorschlag hingegen zahlreiche etablierte Geschäftsmodelle der Kreativbranche vollständig in Frage. Er verkennt insbesondere, dass gerade langlebige urheberrechtlich geschützte Werke, vor allem wenn deren Ersteller (noch) unbekannt ist, in den ersten Jahren eine „Probier- oder Aufbauphase“ durchlaufen, in der sich erst erweisen muss, ob das Werk überhaupt erfolgreich sein wird, und in der der Verwerter vielfach zunächst in das Werk und seinen Urheber investieren muss, ohne selbst nennenswerte Erträge damit zu erwirtschaften.

Problematisch ist zudem, dass das Rückrufrecht nicht nur das Verhältnis zwischen Urheber und Erstverwerter betrifft. Auch die weiteren Beteiligten in der Rechtekette sind von einem möglichen Rückruf erfasst. Wenn die Zweitverwertung, wie vielfach üblich, erst Monate oder Jahre nach Abschluss des Erstverwertungsvertrags bzw. des Fristbeginns nach § 40a) Abs.2 des Entwurfs startet, bleibt entsprechend noch weniger Zeit bzw. wird es, je näher das Ende der Fünfjahresfrist rückt, überhaupt nicht mehr zum Abschluss von mehr als nur kurzfristig angelegten Unterlizenzverträgen kommen. Für Unterlizenznehmer besteht zudem noch nicht einmal die Möglichkeit, auf die Verhandlungen über eine Vertragsverlängerung bzw. die Ausübung des Rechts nach § 40b) Einfluss zu nehmen. Vielmehr werden auch hier langfristig angelegte Geschäftsmodelle beeinträchtigt und Weiterverwertungen, an denen auch der Urheber ein ideelles und finanzielles Interesse hätte, ganz einfach verhindert.

Somit können sich weder Urheber noch Verwerter für einen über die Fünfjahresfrist hinausgehenden Zeitrahmen binden, selbst wenn beide Seiten dies wollen und hieran berechnete wirtschaftliche oder auch ideelle Interessen haben. Die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des Vorkaufsrechts nach § 40b) des Entwurfs gewährt dem Verwerter einen völlig unzureichenden Schutz. Er hat in den ersten fünf Jahren nach Übertragung der Nutzungsrechte in das Werk und seine Etablierung auf dem Markt investiert und wird aufgrund dieser finanziellen Vorbelastung nur im Einzelfall mit den Vertragsbedingungen mithalten können, die Unternehmen zahlen können, die keine vergleichbaren Investitionen tragen müssen.

Insgesamt verkennt die Regelung des § 40a, dass es dem Urheber nach geltendem Recht selbstverständlich schon heute möglich ist, eine – zeitlich sinnvolle – Beschränkung der Lizenzierungsfrist zu vereinbaren. Im Ergebnis wird damit das vielfach bestehende Interesse beider Seiten an einer langfristigen Bindung zur Gewährleistung einer konsequenten, nachhaltigen Verwertung außer Acht gelassen. Der Börsenverein des deutschen Buchhandels spricht deswegen in seiner Kurzstellungnahme zum Vorentwurf des hier vorliegenden Referentenentwurfs vom 16.10.2015⁸ nicht umsonst von einer „verfassungsrechtlich bedenklichen Entmündigung bzw. Enteignung des Urhebers“.

http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Kurzstellungnahme_Urhebervertragsrecht.pdf⁸

b) Besondere Problematik für die Werbewirtschaft

Zwar sind in der Werbung nicht alle Werke auf eine Nutzungsdauer von fünf und mehr Jahren angelegt. Dennoch wäre hier eine Vielzahl von Leistungen betroffen, insbesondere Aufträge an Urheber, die langfristig mit dem Auftritt eines Unternehmens verknüpft sind, so z.B.

- die **Gestaltung einer Unternehmenswebseite bzw. einzelner Elemente hiervon**; dabei sind sowohl **gestalterische Elemente** als auch z.T. die **technische Umsetzung** urheberrechtlich schutzfähig⁹,
- sonstige Werke, die zur sog. „**Corporate Identity**“ eines Unternehmens beitragen, z.B. die **Gestaltung von Unternehmensveröffentlichungen in bestimmten wiederkehrenden Farben und/oder Mustern**,
- **Logos**,
- **Werbefiguren**,
- **Melodien oder Tonfolgen**, die auch inhaltlich wechselnde Werbespots in TV, Radio oder Internet langfristig begleiten oder einleiten¹⁰,
- **Werbeslogans, Werbe- und Informationstexte**,
- **wiederkehrende Gestaltungselemente, z.B. in Werbeanzeigen**.

Der Auftrag zur Erstellung dieser Werke, beispielsweise die Neukonzeption einer Webseite oder gar des gesamten Unternehmensauftritts, bedeutet für Unternehmen vielfach eine langfristige Investition, die sich erst lange nach Ablauf der vorgesehenen Fünfjahresfrist amortisiert und die keinesfalls bereits nach fünf Jahren bei einem Rückruf durch den Urheber erneut getätigt werden kann. Eine aufgrund des Rückrufs notwendige erneute Änderung kann zudem den Wiedererkennungswert des Unternehmens empfindlich beeinträchtigen und seinem Image schaden, mithin weitere finanzielle Verluste nach sich ziehen.

Ähnliches gilt für Werbemaßnahmen. Diese werden zwar oftmals im Rhythmus weniger Wochen oder Monate ausgetauscht oder angepasst. Vielfach hat sich jedoch für ein Unternehmen oder ein Produkt ein gewisses Muster etabliert, das in aufeinanderfolgenden Werbemaßnahmen weiterentwickelt, aber dem Grunde nach beibehalten wird.

Auch hier ist es erforderlich, dass Urhebern und Verwertern die Möglichkeit zur Verfügung steht, die Nutzung dieser Werke langfristig vertraglich abzusichern. Diese Möglichkeit wird beiden Parteien mit der Vorschrift des geplanten § 40a) genommen.

⁹ vgl. z.B. OLG Rostock vom 27.06.2007, Az. 2 W 12/07: „Die technische Realisierung der Gestaltung von Webseiten ist urheberrechtlich schutzfähig, wenn der Webdesigner die Internetseite durch gezielte Verwendung von Sprache so optimiert, dass sie bei der Eingabe von Alltagsbegriffen in eine Suchmaschine unter den ersten Suchergebnissen erscheint. (amtlicher Leitsatz)“

¹⁰ Schrickler, Der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen, GRUR 1996, S.815, 820, spricht hier von sog. „Erkennungsmelodien“.

c) Ausnahme des § 40a) Abs.4 nicht ausreichend

Die in § 40a Abs.4 des Entwurfs vorgesehene Ausnahmeregelung kann der durch das Rückrufrecht entstehenden Rechtsunsicherheit nur sehr begrenzt Abhilfe schaffen. Sie ist im Wesentlichen auf den Einzelfall zugeschnitten, dass ein Unternehmen von vorneherein den Entwurf eines eintragungsfähigen Werks in Auftrag geben möchte, z.B. bei der Gestaltung eines neuen Unternehmens- oder Produktlogos. In diesem Fall ist die Eintragung als Marke im Zweifel von Anfang an vorgesehen und kann auch bei der Vertragsgestaltung mit dem Urheber im Sinne der komplexen Vorgaben des § 40a) Abs.4 mitberücksichtigt werden.

Bei den übrigen obengenannten Werken wie Slogans, Mustern oder sonstigen Gestaltungselementen besteht aber für den Auftraggeber in doppelter Hinsicht rechtliche Unklarheit: Einerseits ist ihm im Zweifel nicht bewusst, dass er überhaupt ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk in Auftrag gegeben hat bzw. dies ist zwischen Auftraggeber und Auftraggeber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht geklärt (hierzu unter (1)). Andererseits ist die Eintragungsfähigkeit als Marke oder Design vielfach unsicher (hierzu unter (2)).

(1) Rechtsunsicherheit bezüglich der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werbeinhalten

Einige Auftraggeber, gerade kleinere Unternehmen, die möglicherweise nur selten Aufträge für neue Werbekonzepte oder sonstige öffentlichkeitswirksame Maßnahmen erteilen, werden vielfach bei Auftragserteilung noch nicht einmal im Blick haben, dass hier urheberrechtlich relevante Leistungen erbracht werden könnten und dass sich damit ein gesetzliches Rückrufrecht des Urhebers nach 5 Jahren ergeben kann. Sie werden entsprechen nicht daran denken, schon frühzeitig den Vorgaben des § 40a Abs.4 zu entsprechen und insbesondere eine Eintragung als Registerrecht oder die Nutzung als sonstiges Kennzeichen mit dem Urheber in Textform zu vereinbaren.

Gerade im Bereich der sog. „kleinen Münze“ ist die Grenze zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit hochumstritten und für den Laien kaum überschaubar. Auch im Bereich der angewandten Kunst zeigt z.B. der langwierige Rechtsstreit um den sog. „Geburtstagszug“¹¹, dass der Verwerter, der vielleicht sogar an eine Eintragung als Design denkt, nicht zwingend von Anfang an die urheberrechtliche Schutzfähigkeit des betroffenen Werks erkennen muss. Dies gilt – entgegen den Ausführungen in der Begründung des Referentenentwurfs – umso mehr für Sublizenznehmer, die über die Inhalte des Ausgangsvertrags und die Möglichkeit des Bestehens eines Urheberrechts gegebenenfalls noch schlechter informiert sind, die ausweislich der Gesetzesbegründung aber entgegen der Rechtsprechung des BGH zum Rückrufrecht nach § 41 UrhG von einem Rückruf ebenfalls betroffen sein sollen.

Die Vielfalt an Rechtsprechung, die beispielsweise zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Slogans und Werbetexten vorliegt, zeigt, dass es vorab in den meisten Fällen für ein Unternehmen

¹¹ BGH, 13.11.2013, I ZR 143/12.

kaum abschätzbar sein wird, ob urheberrechtlicher Schutz und die hieraus folgenden Konsequenzen gemäß § 40a UrhG greifen. Die urheberrechtliche Beurteilung ist hier kaum einheitlich zu nennen. So wurde bei beschreibenden Werbetexten ein urheberrechtlicher Schutz für die Beschreibung von Anwaltsroben¹² und von Lederschuhen¹³ bejaht. Der urheberrechtliche Schutz kann sich demnach bereits aus Länge, Reihenfolge der Informationen oder einer besonderen Formulierung ergeben.¹⁴ Für Slogans weist bereits Schricker¹⁵ auf die uneinheitliche Rechtsprechung hin und nennt als Beispiele u.a. den gerichtlich versagten Urheberrechtsschutz für den Slogan „**Ja...Jacobi**“ gegenüber dem anerkannt schutzfähigen Slogan „**Ein Himmelbett im Handgepäck**“.

(2) Rechtsunsicherheit bezüglich der Schutzfähigkeit als Kennzeichen/Design

Aber selbst wenn die Möglichkeit des Bestehens eines urheberrechtlichen Schutzes rechtzeitig erkannt werden sollte, bleibt ein weiterer Faktor, der das Greifen der Ausnahmeregelung nach § 40a Abs.4 UrhG ausschließt oder mit erheblicher Rechtsunsicherheit versieht:

Zahlreiche Werke sind überhaupt nicht als Schutzrecht wie Marke oder Design registrierbar und können auch nicht als sonstiges Kennzeichen geschützt sein. Dies gilt z.B. für den Auftrag zu einem Gesamtkonzept für einen Unternehmensauftritt; hier wären im Zweifel nur einzelne Elemente schutzfähig, zu denen dann jeweils Einzelvereinbarungen, ggf. mit verschiedenen Urhebern, nach § 40 Abs.4 getroffen werden müssten.

Soweit ein Schutz denkbar ist, ist die mit dem Gesetzesentwurf vorgesehene Notwendigkeit, die Möglichkeit einer Eintragung des bestellten Werks als Registerrecht von Anfang an zu bedenken und in den Vertrag mit einzubeziehen, gerade für kleinere und mittlere Unternehmen oder selbständig tätige Auftraggeber kaum erkennbar. Dies gilt umso mehr, als die Schutzfähigkeit gerade im Bereich der Werbewirtschaft vielfach rechtlich sehr unsicher ist; einige Beispiele:

- Für die Schutzfähigkeit von **Tonfolgen**, wie z.B. Erkennungsmelodien, zeigt eine kurze Recherche in der Datenbank des Deutschen Patent- und Markenamts, dass dort für deutsche und internationale Marken insgesamt nur 354 Anmeldungen zu **Hörmarken** vorliegen, nur etwa die Hälfte führte tatsächlich zur Eintragung einer Marke.¹⁶
- Zur Schutzfähigkeit von **Werbeslogans als Marke** liegt eine Vielzahl unterschiedlicher, kaum überschaubarer Entscheidungen vor¹⁷, so ist z.B.

¹² OLG Düsseldorf, 6.5.2014, Az. I 20 U 174/12.

¹³ LG Köln, 06.04.2011, 28 O 900/10

¹⁴ Leitsatz des OLG Düsseldorf, 6.5.2014, Az. I 20 U 174/12.

¹⁵ GRUR 1996, S.815, 820.

¹⁶ <https://register.dpma.de/DPMAregister/marke/einsteiger> bei Verwendung des Suchbegriffs Hörmarke unter Markenform als einzigem Suchkriterium.

¹⁷ Eine gute Übersicht bieten die in der Entscheidung des EuG vom 11.12.2001, T-138/00, jeweils für und gegen eine Eintragungsfähigkeit des Slogans „Das Prinzip der Bequemlichkeit“ herangezogenen Beispiele in Ziffern 35-37.

- **eintragungsfähig:**

„Die Bank, die weiter denkt“¹⁸

“Partner with the best”¹⁹

“Vorsprung durch Technik”²⁰

- **Nicht eintragungsfähig:**

„Mehr für Ihr Geld“²¹

„The world´s best way to pay“²²

“Technik ist Leben”²³

Hinzu kommt, dass das Interesse an einem kennzeichen- oder auch designrechtlichen Schutz vielfach erst im Lauf der Zeit zum Thema wird, wenn sich ein Slogan oder eine werbliche Gestaltung erfolgreich zeigt und von den Verbrauchern wiedererkannt wird. Viele, gerade kleinere, Unternehmen können es sich im Zweifel nicht leisten, von Anfang an jede möglicherweise später erfolgreiche Gestaltung als Registerrecht zu schützen und den Urheber hierfür entsprechend höher zu entlohnen. Denn gerade wegen der bestehenden Rechtsunsicherheit ist die Eintragung rechtlich schwierig und finanziell aufwändig umzusetzen.²⁴

Selbst wenn der Verwerter die Eintragung angeht, ist aber gerade bei aufwändigen und strittigen Eintragungsverfahren nicht gewährleistet, dass diese bis zum Ablauf der Fünfjahresfrist nach § 40a Abs.1 UrhG überhaupt erfolgt. Genau dies aber setzt § 40a Abs.4 Nr.1 des Entwurfs voraus.

d) Regelungen des UWG setzen hier ebenfalls keine ausreichenden Grenzen

Die Grenzen, die das UWG einer Übernahme von werblichen Gestaltungen durch Mitbewerber setzt, sind hier ebenfalls nur begrenzt nützlich. Beispiel: Die Übernahme einer erfolgreichen Unternehmenswebseitengestaltung durch ein anderes Unternehmen kann für das UWG irrelevant bleiben. Dies ist dann der Fall, wenn die „Abwerbung“ des Urhebers als solche nicht die Grenzen des wettbewerbsrechtlich Zulässigen überschreitet und beide Unternehmen im Übrigen unterschiedliche Waren und Dienstleistungen anbieten bzw. regional unabhängig voneinander

¹⁸ <https://tmdb.eu/trademark/002255701/eu/de/die-bank-die-weiterdenkt>

¹⁹ BGH, 08.12.1999, I ZR 21/97

²⁰ EuGH, 21.10.2010, C-398/08

²¹ EuG vom 30.06.2004, T-281/02

²² EuG vom 11.12.2001, T-138/00, Rz. 35

²³ HABM, 04.05.2006, R 1317 -2005/01

²⁴ So empfiehlt Löffel, GRURPrax 2011, S.115, in seinem Aufsatz „Die Eintragungsfähigkeit von Slogans – nicht immer, aber immer öfter?“ im Zweifel eine zweigleisige Anmeldestrategie beim Deutschen Patent- und Markenamt und beim HABM in Alicante zu fahren.

agieren, so dass auch sonst keine Grundlagen für eine Rufausbeutung oder eine Irreführung (§§ 4 Nr.3, 5 UWG) vorliegen. Für das Unternehmen, das sich um einen neuen Internetauftritt bemühen muss, bedeutet dies aber trotzdem, dass es einen etablierten Auftritt verliert und in eine völlig neue Gestaltung investieren muss.

e) Folgerung

Aus Sicht des ZAW besteht auch hier die deutliche Gefahr, dass die entsprechenden Leistungen zukünftig vor dem Hintergrund einer solchen Rechtslage im Ausland abgefragt werden und die deutsche Kreativ- und Werbewirtschaft damit nachhaltig Schaden nimmt. Es ist daher dringend erforderlich, das Rückrufrecht nach § 40a) aus dem Entwurf zu streichen.

3. Verschärfung des § 32 UrhG

a) Zur bestehenden Regelung des § 32 UrhG

Die Regelung des § 32 UrhG verursacht bereits nach aktuell geltendem Recht eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Problematisch ist hieran, dass Nachforderungen von Urhebern gerade für kleinere Unternehmen vielfach völlig unerwartet kommen, beispielsweise in Fällen, in denen die vereinbarte Vergütung auf einem Angebot der Kreativen beruht. Zudem ist teilweise umstritten, ob die zur Ermittlung einer angemessenen Vergütung herangezogenen Regeln überhaupt den Anforderungen an gemeinsame Vergütungsregeln entsprechen.²⁵

Hier zeigt sich, dass bereits das bestehende Recht für nichtbeteiligungsfähige Werkleistungen keine angemessenen Lösungen bietet. Der Anpassungsanspruch des § 32 zielt eigentlich vorrangig auf die zukünftige Anpassung der Urhebervergütung als angemessene Beteiligung an der Verwertung seines Werks ab. Müssen derartige Beteiligungen nachträglich erhöht werden, ist es dem Verwerter zumindest in manchen Fällen möglich, hier zu reagieren und Absatz oder Preis des Produkts anzupassen.

Bei Werbung hingegen ist die Kalkulation für eine Werbemaßnahme bei Geltendmachung der Nachforderung im Normalfall abgeschlossen. Entweder ist eine Werbemaßnahme bereits beendet, dann zieht die Nachforderung bei Erfolg eine Nachzahlungspflicht nach sich. Wenn die Werbemaßnahme noch läuft oder beispielsweise die geschaffene Unternehmenswebseite weiter online ist, stehen dem, wie oben (siehe unter 1.) gezeigt, dennoch keine beteiligungsfähigen Erträge gegenüber. In beiden Fällen droht den Unternehmen der Verlust der Kalkulierbarkeit ihrer Werbeaufträge und damit eine nicht zumutbare Belastung.

Gerade kleinere Unternehmen, die nur hin und wieder kreative Werbeleistungen einkaufen, kennen den Markt und damit die marktüblichen Vergütungen im Zweifel nicht. Wenn ein

²⁵ Das LG Stuttgart, 2.211.207, Az. 17 O 734/05, hat dies zum VTV Design beispielsweise verneint.

Vergütungsvorschlag vom Kreativen unterbreitet wurde, werden sie sich bezüglich der Angemessenheit des Honorars erst recht auf der sicheren Seite fühlen. Die Vorschrift des § 32 macht den Einkauf von Kreativleistungen für sie damit zum unüberschaubaren Risiko.

b) Geplante Erweiterung durch § 32 Abs.2 Satz 3

Dies gilt erst recht für die geplante Verschärfung der Vorschrift nach § 32 Abs.2 Satz 3. Dieser schließt zwar pauschale Vergütungsvereinbarungen nicht generell aus, stellt aber die Vermutung auf, dass eine Vergütung nur im Fall der Vereinbarung einer Mehrfachvergütung angemessen sei. Dies ist nicht sachgerecht. Pauschalvereinbarungen, in der Werbewirtschaft insbesondere in Form von Stundensätzen, haben sich in der Praxis bewährt; beide Seiten - Verwerter wie Urheber - können ein Interesse daran haben. Für den Urheber wie ausübenden Künstler gilt dies insbesondere, wenn sein Werkanteil eher gering ist. Dann bedeutet nämlich die Ausweisung einzelner Verwertungen einen besonders unangemessenen zusätzlichen Aufwand für den Verwerter, der sich auch in der Vergütung der Urheber niederschlagen muss. Der Entwurf verkennt zudem, dass sich die einheitliche Verwertung eines Werks in verschiedenen Medien, z.B. eines Werbespots in TV und Online, etabliert und sich hierzu bereits angemessene Vergütungsmodelle entwickelt haben.

c) Folgerung

Der Entwurf für § 32 Abs.2 Satz 3 sollte gestrichen oder aber auf andere Weise klargestellt werden, dass auch ein übliches Einmalhonorar angemessen sein kann. Weiter halten wir es für richtig, § 32 um Vorgaben zu ergänzen, die die Anwendbarkeit des § 32 ausschließen, wenn das vereinbarte Honorar vom Urheber angeboten wurde. Wir regen darüber hinaus eine Aufklärungspflicht des Urhebers an, soweit ein vereinbartes Honorar nach seinem Kenntnisstand von marktüblichen Preisen oder gemeinsamen Vergütungsregeln abweicht.

4. Gemeinsame Vergütungsregeln

a) Sog. „halbzwingende Regulierung“

Der Entwurf sieht eine Vielzahl von Regelungen vor, durch die die Kreativbranche zum Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln angehalten und die Durchsetzung dieser Regeln gestärkt werden soll. Insbesondere können die für die Verwerter besonders schmerzhaften Vorgaben nach § 32d) und 40a) des Entwurfs nur mittels gemeinsamer Vergütungsregeln abbedungen werden. Der Gesetzesentwurf (S.16) spricht hier von sog. „halbzwingender Regulierung.“

Das Dringen auf gemeinsame Vergütungsregeln ist insbesondere für die Werbebranche unsachgemäß. Zum einen werden hier bereits angemessene Vergütungen gezahlt (1); zum anderen lassen sich gemeinsame Vergütungsregeln in einer so vielschichtigen Branche nicht umsetzen (2).

- (1) In der Werbebranche werden bereits angemessene Vergütungen bezahlt. Diese werden bei der Beschäftigung selbständiger Urheber im Normalfall als Stundensätze ausgehandelt. Teilweise, z.B. bei der Erstellung eines kompletten Webauftritts, haben sich auch Pauschalvereinbarungen bewährt. Auch die durchschnittlichen Gehälter, die Angestellte in der Kreativbranche erhalten²⁶, zeigen, dass hier durchaus angemessene Vergütungen geleistet werden.

Diese Umstände spiegeln sich auch in der öffentlichen Meinung wieder. Weder von Seiten der Kreativen noch anderen Interessenverbänden oder Gewerkschaften sind bislang Forderungen nach gemeinsamen Vergütungsregeln in der Werbebranche laut geworden.

- (2) Gemeinsame Vergütungsregeln wären aufgrund der Vielschichtigkeit der Branche, auf Verwerterseite durch Agenturen und Werbung Treibende aller Branchen, auf Urheberseite durch Kreative unterschiedlichster WerkGattungen, kaum sinnvoll abzuschließen, ohne den unterschiedlichen möglichen Konstellationen und angebotenen Leistungen Unrecht zu tun. Die Schwierigkeit, vielfältige Leistungen in ein Honorarkorsett pressen zu wollen, zeigt sich nicht zuletzt aktuell bezüglich der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI). Hier hat die EU-Kommission aktuell ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet²⁷, weil die bestehenden Vorgaben im Verdacht stehen, gegen die Dienstleistungsfreiheit zu verstoßen.

Vor diesem Hintergrund ist die Forderung nach weiteren gemeinsamen Vergütungsregeln für die Werbewirtschaft nicht nur nicht erforderlich; sie birgt auch weitere rechtliche Risiken. Es sollte daher kein weiterer Druck zum Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln aufgebaut werden.

b) Insbesondere: Verbandsklagerecht, § 36b)

Der ZAW spricht sich gegen ein Verbandsklagerecht im Urhebervertragsrecht aus. Das hier vorgeschlagene Klagerecht geht weit über die Durchsetzung der Rechte des Urhebers aus einer gemeinsamen Vergütungsregel hinaus, indem eine umfassende Vertragskontrolle ermöglicht wird. Diese soll nach dem vorliegenden Entwurf unabhängig von der individuellen Interessenlage des betroffenen Urhebers erfolgen. Der Entwurf stellt damit einen Eingriff in die individuelle Vertragsfreiheit dar, der weit über die Vorgaben der Novelle von 2002 hinausgeht und dessen Verfassungsmäßigkeit - auch im Lichte des Beschlusses des BVerfG vom 23.10.2013²⁸ - mindestens als zweifelhaft angesehen werden muss.

²⁶ Vgl. z.B. http://www.wuv.de/agenturen/gehaltstabelle_was_kreative_in_agenturen_verdienen

²⁷ Vgl. <http://bingk.de/blog/hoai-vertragsverletzungsverfahren-gegen-deutschland/> sowie http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5199_de.htm

²⁸ Az. 1 BvR 1842/11 und 1843/11, dort Rn.89ff.

5. Bestehende Verträge, § 132 Abs.3a) Satz 2 i.V.m. § 32d) und § 41

Gemäß § 132 Abs.3a) Satz 2 können der Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft (§ 32d) ebenso wie das novellierte Rückrufrecht wegen Nichtausübung (§ 41) auch bei vor Inkrafttreten der geplanten Novelle geschlossenen Verträgen Anwendung finden, wenn der anspruchsbegründende Sachverhalt nach Inkrafttreten des Gesetzes entstanden ist. Die Änderungen können somit auch für bestehende Vertragsverhältnisse relevant werden, ohne dass dies bei Vertragsabschluss bereits berücksichtigt werden konnte. Dieser Bruch mit dem Grundsatz, dass das Vertrauen der Vertragsparteien in die Gültigkeit ihrer bisherigen Abreden schützenswert ist, und mit dem Rückwirkverbot nach Art. 20 Abs.3 GG wird lapidar durch die hier überwiegenden Interessen der Kreativen²⁹ begründet. Derartige Interessen bestehen jedoch - wie dargelegt - nicht. Umgekehrt ist es für Urheber wie Verwerter gleichermaßen wichtig, die gesetzlichen Bedingungen bei Vertragsschluss zu kennen und berücksichtigen zu können.

Die Vorschrift des § 132 Abs.3a) Satz 2 ist daher aus dem Entwurf zu streichen.

Kontakt:

Dr. Jeannette Viniol, LL.M.

ZAW

Am Weidendamm 1A
10117 Berlin

Tel.: +49 30 59 00 99 -727

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist die Dachorganisation von 43 Verbänden der am Werbegeschäft beteiligten Kreise. Er vertritt die Interessen der werbenden Wirtschaft, des Handels, der Medien, der Werbeagenturen sowie der Werbeberufe und der Marktforschung. Er ist die gesamthafte Vertretung der Werbewirtschaft in Deutschland.

Der ZAW repräsentiert 25 Milliarden EUR Investitionen in werbliche Kommunikation, davon 15,3 Milliarden EUR Nettowerbeeinflussungen der Medien, und rund 900.000 Beschäftigte in den Arbeitsbereichen der Markt-Kommunikation. Zur Dachorganisation gehört auch der Deutsche Werberat, die zentrale Werbeselbstkontrolleinrichtung in Deutschland.

Dabei setzt sich der ZAW für die Freiheit der kommerziellen Kommunikation als einer unabdingbaren Voraussetzung für den im Interesse der Unternehmen und der Verbraucher liegenden unverfälschten und fairen Wettbewerb ein. Werbung und kommerzielle Kommunikation sind zugleich unverzichtbare Grundlage für die Finanzierung vielfältiger, unabhängiger Medien und somit ein wesentlicher Faktor für ein freiheitliches, demokratisches und verantwortungsbewusstes Gemeinwesen – in Deutschland wie auch in Europa.

²⁹ Begründung Referentenentwurf, S.28.