Dr. Martin Vogel
Mitglied der Beschwerdekammern
und der Großen Beschwerdekammer
des Europäischen Patentamts

Am Loferfeld 4
81249 München

Tel.: 0049 89/741 20 910
Mail: mjvogel@t-online.de

den 04.14.2014

I.

Nach deutschem Urheberrecht hat der Verleger kein eigenes Leistungsschutzrecht und auch keinen gesetzlichen Anspruch auf Beteiligung an der Vergütung für die Privatkopie. Die Verwertungsgesellschaft Wort, die bei der Wahrnehmung gesetzlicher Vergütungsansprüche aus verlegten Werken ein tatsächliches Monopol hat, verteilt dennoch das Vergütungsaufkommen aus dem Ausgleich für die Privatkopieausnahme bei wissenschaftlichen Werken zu 50% und bei fiktionaler Literatur zu 30% an die Verleger. Sie beruft sich dabei vor allem auf ihre Satzung und ihren Verteilungsplan. Die Verteilungspraxis der VG Wort widerspricht nicht nur dem Unionsrecht, sondern auch dem nationalen deutschen Recht.

II.

1. Nach den Urteilen des EuGH vom 9.2.2012 C-277/10, „Luksan“ (Rn. 96 ff., 100, 108), und vom 11.7.2013 C-521/11, „Amazon/Austro-Mechana“ (Rn. 46 ff., 48), sind Ansprüche aus dem gerechten Ausgleich für eine im nationalen Recht eingeführte Privatkopieausnahme unverzichtbar. Der gerechte Ausgleich muss unbedingt den in Art. 2 der Richtlinie 2001/29 genannten Rechtsinhabern zufließen. Der Anspruch darauf kann deshalb nicht zu fremdnützigen Zwecken abgetreten werden. Die Rechtsprechung, dass der gerechte Ausgleich gerade eine Gegenleistung für den Schaden ist, der den Urhebern selbst durch Kopien entsteht, die sie nicht genehmigt haben, hat der EuGH im Urteil vom 10.4.2014 C-435/12 „ACI Adam u. a./Stichting de Thuiskopie“ (Rn. 50 ff.), bestätigt (vgl. auch österr. OGH, Urteil v. 27.8.2013 – 4 Ob 142/13f - MR [Medien und Recht] 2013, 321/325 unter 2.4.b – Amazon/Vergütung für Trägermaterial III; Handelsgericht Wien, Urteil v. 25.3.2013 - 57 Cg 72/12g - MR 2013, 85/88 f. – Luksan/van der Let).

2. Schon vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2001/29 hat der deutsche Gesetzgeber durch das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22.3.2002 (BGBl. I S. 1155) mit § 63a UrhG a. F. eine dem geltenden

Unionsrecht entsprechende Vorschrift in das Urheberrechtsgesetz eingefügt. In § 63a UrhG a. F. war geregelt, dass gesetzliche Vergütungsansprüche unverzichtbar sind und im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten werden können. Diese Vorschrift sollte eine Beteiligung von Verwertern (wie den Verlegern) am Aufkommen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen ausschließen. Im Gesetzgebungsverfahren wurde diese Vorschrift nicht angegriffen, offenbar weil sich die Lobby der Verwerter darauf konzentriert hatte, das Gesetz vollständig zu verhindern. Aufgrund des überstarken Einflusses der Verwerter in den Verwertungsgesellschaften wurde der Wille des Gesetzgebers in der Praxis jedoch nur höchst unvollkommen umgesetzt.

3. Die Vorschrift des § 63a UrhG a. F. geht auf den Vorschlag einer Arbeitsgruppe von Professoren um den damaligen Direktor des mit dem Geistigen Eigentum befassten Max-Planck-Instituts in München zurück, der auch ich angehörte. Diese Arbeitsgruppe hatte sich auf Anregung der damaligen Bundesministerin der Justiz zum Ziel gesetzt, in wissenschaftlicher und politischer Unabhängigkeit den Entwurf eines Gesetzes zu erarbeiten, das die Stellung der Urheber und ausübenden Künstler in ihren Vertragsbeziehungen zu Verwertern stärken sollte. Der sogenannte Professoren-Entwurf (veröffentlicht GRUR 2000, 765) enthielt (in § 29 Abs. 3) bereits eine § 63a UrhG a. F. entsprechende Regelung.

III.

1. Nach dem Wortlaut des § 63a UrhG a. F. und seiner Amtlichen Begründung stand außer Zweifel, dass die gesetzlichen Vergütungsansprüche und das Aufkommen daraus den originär berechtigten Urhebern und ausübenden Künstlern verbleiben sollen. Die Verwerter ihrer Werke und Darbietungen benötigen die Abtretung der Vergütungsansprüche für ihre Verwertungstätigkeit nicht.

Verleger können im Übrigen schon nach den typischen Vertragsverhältnissen in den allermeisten Fällen von den Urhebern keine gesetzlichen Vergütungsansprüche erwerben:

- Überwiegend haben die Urheber ihre Vergütungsansprüche in ihren Wahrnehmungsverträgen mit der Verwertungsgesellschaft bereits im Voraus abgetreten, so dass spätere Abtretungen an Verleger, selbst wenn sie zulässig wären, ins Leere gehen müssten.

- Schriftliche Verlagsverträge enthalten meist keine Abtretungsklausel oder nur eine Abtretungsklausel, die nach dem Gesetz über die Allgemeinen Vertragsbedingungen als einseitige Benachteiligung des Urhebers ohnehin unwirksam ist.
- Verlagsverträge (z. B. über Zeitschriftenbeiträge) werden vielfach nur mündlich geschlossen. Solche Verlagsverträge enthalten mit Sicherheit keine Abtretung gesetzlicher Vergütungsansprüche.

2. Dem Vorstand und den Gremien der VG Wort war und ist diese Sach- und Rechtslage bekannt. Dennoch hat sich die VG Wort nach Inkrafttreten des § 63a UrhG a. F. mit Duldung der Aufsichtsbehörde erfolgreich geweigert, das Gesetz in der Praxis umzusetzen. Sie hat darauf vertraut, auf politischem Wege eine Änderung der Vorschrift erreichen zu können, die es ihr erlauben würde, das Aufkommen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen weiterhin zu einem Großteil an Verleger ausschütten zu können.

Tatsächlich wurde auch ein Gesetzesvorschlag zur Änderung des § 63a UrhG a. F. auf den Weg gebracht. Dieser beruhte in Wortlaut und Begründung auf einem Gutachten eines Rechtsberaters der Verleger. Der Entwurf wurde bereits 2003 in kleinem Kreis, also ohne eine breitere Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit, von Vertretern des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels, der einschlägigen Verwertungsgesellschaften (VG Wort, VG Bild-Kunst und GEMA) sowie einigen Gewerkschaftsvertretern mit dem Bundesministerium der Justiz abgesprochen. Der entsprechende Gesetzentwurf der Bundesregierung wurde vom Deutschen Bundestag beschlossen. Die heutige Fassung des § 63a UrhG trat am 1.1.2008 in Kraft.

3. Das Ziel der Verlegerlobby wurde mit der Neufassung des § 63a UrhG jedoch nicht erreicht, weil die von ihr verfolgte Absicht nicht ohne weiteres erkennbar sein sollte und deshalb nicht im Wortlaut der Vorschrift, sondern nur in der Begründung des Regierungsentwurfs einen Niederschlag gefunden hat. Auch in seiner Neufassung verbietet § 63a UrhG eine Beteiligung der Verleger am Aufkommen der VG Wort aus dem gerechten Ausgleich für die Privatkopie. Bereits die Auslegung der Vorschrift selbst nach ihrem Wortlaut, Sinn und Zweck ergibt, dass gesetzliche Vergütungsansprüche an Verleger – nicht anders als an Verwertungsgesellschaften – nur abgetreten werden können, wenn diese als Treuhänder allein im Interesse der Urheber tätig werden sollen. Im Hinblick auf Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29 und die dazu ergangene, oben angeführte Rechtsprechung des EuGH

ist diese Auslegung auch als allein richtlinienkonform geboten (vgl. näher v. Ungern-Sternberg GRUR 2013, 248/256; ders. GRUR 2014, 209/222 f.).

IV.

Die VG Wort ist nach ihrem Geschäftsbericht für das Jahr 2013 Treuhänderin von 473.733 Urhebern (ohne Berücksichtigung ausländischer Urheber). Es kann deshalb zunächst überraschen, dass sie trotzdem die klare Rechtslage bei der Verteilung des Aufkommens aus den gesetzlichen Vergütungsansprüchen der Urheber missachtet. Dies findet aber seine Erklärung in der inneren Organisation der VG Wort, in der die gut organisierten Verleger das Sagen haben, und im durchgreifenden Einfluss der Verleger auf die Politik.

1. Die Satzung der VG Wort wurde im Jahr 1958 von damals 19 Mitgliedern beschlossen. Sie stammt aus einer Zeit, in der es im deutschen Urheberrechtsgesetz noch keine gesetzlichen Vergütungsansprüche, sondern nur Verwertungsrechte gab. Die Satzung bestimmt, dass alle wesentlichen Vorschriften, einschließlich der Verteilungsquoten, nur mit Zustimmung aller dort eingerichteten sechs Berufsgruppen (3 Verleger, 3 Autoren) geändert werden können. Da die Verleger niemals für eine Abänderung der Verteilungsquoten zu ihren Lasten stimmen werden, haben diese „Ewigkeitscharakter“. Die Verleger haben sich so in der Satzung für alle Zeiten die Beteiligung auch an neuen Vergütungsaufkommen der Urheber gesichert. Die Verteilungsquoten sind im Verhältnis von Urhebern und Verlegern seit vielen Jahren - allen Änderungen der Verhältnisse zum Trotz – unverändert geblieben. Dies erklärt auch, weshalb der Vorstand und die Gremien der VG Wort beharrlich die Auffassung vertreten, deren Satzung gehe dem Gesetz vor. Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29, dass der zu gewährleistende gerechte Ausgleich für eine Privatkopieausnahme den Urhebern und ausübenden Künstlern tatsächlich zukommen muss, wird dabei ignoriert oder kurzerhand für nicht einschlägig erklärt. Dieses erstaunliche Argumentationsverhalten wird selbst von den Vertretern der Urheber in den Gremien der VG Wort hingenommen. Erklären lässt sich dies nur dadurch, dass die VG Wort ohne jeden Rechtsgrund mehreren Berufsverbänden der Autoren jährlich ca. 250.000 Euro zukommen lässt.

2. Die Verteilungspraxis der VG Wort ist im Übrigen auch aus anderen Gründen grob missbräuchlich: Als Treuhänderin ist diese Verwertungsgesellschaft verpflichtet, das Aufkommen aus der Wahrnehmung der Rechte nur an diejenigen auszuschütten, die bei ihr

tatsächlich und im Zweifelsfall nachweisbar Rechte eingebracht haben. Dieser selbstverständliche Treuhandgrundsatz ist in der deutschen Rechtsprechung bereits wiederholt ausgesprochen worden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.12.1996 – 1 BvR 1858/96 - ZUM [Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht] 1997, 555 f. – Bandübernahmeverträge; BGH, Urteil v. 5.12.2012 – I ZR 23/11 - GRUR [Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht] 2013, 375 Rn. 22, 26 – Missbrauch des Verteilungsplans; weitere Nachweise bei Flechsig ZUM 2013, 745/747; v. Ungern-Sternberg GRUR 2014, 209/222 f.). Bereits aus den Verteilungsplänen der VG Wort ergibt sich jedoch, dass große Teile des Vergütungsaufkommens (bei wissenschaftlichen Werken 50 %) an Verleger ausgeschüttet werden, ohne dass diese einen Rechtenachweis erbringen müssen. Mehr noch: Verleger müssen nicht einmal behaupten, dass ihnen gesetzliche Vergütungsansprüche abgetreten worden sind. An Verleger wird nicht aufgrund der Meldung einzelner Werke unter Behauptung der Rechtsinhaberschaft ausgeschüttet, wie dies bei Urhebern selbstverständlich der Fall ist, sondern nach ganz anderen, offensichtlich sachfremden Kriterien (wie der Aufnahme eines Buchtitels in das Verzeichnis der im Buchhandel lieferbaren Bücher). Diesen Sachverhalt bestreitet die VG Wort nicht. Sie könnte dies auch nicht, weil er sich bereits aus ihren Verteilungsplänen ergibt. Nach ihrer rechtswidrigen Verteilungspraxis schüttet die VG Wort jährlich etwa 30 Mio. Euro an Verleger aus (GEMA und VG Bild-Kunst weitere ca. 30 Mio. Euro). Den benachteiligten Urhebern ist diese missbräuchliche Praxis nicht bekannt, schon weil sie von ihren Berufsverbänden darüber nicht aufgeklärt werden. Die VG Wort konnte zudem bisher darauf vertrauen, dass der Aufwand eines Gerichtsverfahrens für den einzelnen Urheber völlig außer Verhältnis zu den Beträgen steht, die für ihn im Klageweg erreichbar sind.

3. Die Staatsaufsicht unternimmt gegen diese Missstände nichts. Die Politik schweigt mit Rücksicht auf die Verlegerinteressen oder macht sich sogar zum Sprachrohr der Verlegerseite. So findet sich in der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage aus dem Deutschen Bundestag zur „Ausschüttungspraxis der Verwertungsgesellschaften VG WORT, GEMA UND VG BILD-KUNST“ folgende erstaunliche Erklärung zur Rechtsprechung des EuGH (BT-Drucks. 18/1555, Antwort auf Frage 5):

> „Die in Bezug genommene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 9. Februar 2012 (C-277/10 – „Luksan“) bezieht sich auf ausländische Regelungen, die im deutschen Recht keine Entsprechung finden. In der Entscheidung vom

> 11. Juli 2013 (C-521/11 – „Amazon ./. Austro Mechana“) hat der Europäische Gerichtshof überdies klargestellt, dass es unter bestimmten Voraussetzungen dem Anspruch auf einen gerechten Ausgleich oder der zur Finanzierung dieses Ausgleichs bestimmten Abgabe für Privatkopien nicht entgegensteht, dass die Hälfte des Erlöses dieses Ausgleichs oder dieser Abgabe nicht unmittelbar an die Bezugsberechtigten ausgezahlt wird.“

Eine Änderung der rechtswidrigen Verteilungspraxis der VG Wort kann danach nur noch durch höchstrichterliche Gerichtsentscheidungen erreicht werden.

4. Gegen die Beteiligung der Verleger an dem Aufkommen aus dem gerechten Ausgleich für die Privatkopieausnahme habe ich deshalb als Autor wissenschaftlicher Literatur Klage gegen die VG Wort erhoben. In erster und zweiter Instanz war diese in den hier maßgeblichen Punkten erfolgreich (OLG München, Urteil v. 17.10.2013 – 6 U 2492/12 - GRUR 2014, 272 – Verlegeranteil). Das Verfahren ist jetzt beim Bundesgerichtshof anhängig (Az. I ZR 198/13). Termin zur mündlichen Verhandlung ist bestimmt worden auf den 18.12.2014. Bei meiner Klage geht es vor allem um die Feststellung, dass die Verteilungspraxis der VG Wort rechtswidrig ist. Meine Forderung (von kaum 2.500 Euro) würde den mit dem Verfahren verbundenen Aufwand nicht rechtfertigen. Mein gerichtliches Vorgehen verstehe ich vielmehr als notwendige Konsequenz meines mehr als drei Jahrzehnte währenden staatsbürgerlichen Engagements für eine Stärkung der Rechte der Urheber.

V.

1. Es gibt auch keine sachliche Rechtfertigung dafür zuzulassen, dass der gerechte Ausgleich für die in Art. 2 der Richtlinie 2001/29 genannten Rechtsinhaber, insbesondere die Urheber und die ausübenden Künstler, zugunsten von Verwertern geschmälert wird oder dass der Anspruch auf den gerechten Ausgleich an Verwerter wie die Verleger sogar vollumfänglich zu deren Gunsten abgetreten werden kann. Es ist eine andere Frage, ob das Unionsrecht erlaubt, dass Verlegern durch das nationale Recht ein Leistungsschutzrecht an der Gestaltung des Druckwerkes zuerkannt wird, und ob Verlegern aufgrund eines solchen Leistungsschutzrechts ein eigener Anspruch auf einen gerechten Ausgleich für Privatkopien zustehen könnte.

Die Verlegerseite beruft sich darauf, dass erst die Drucklegung des urheberrechtlich geschützten Werkes Privatkopien ermöglicht. Dies ist zwar richtig, die technische Ermöglichung einer Werknutzung rechtfertigt aber nicht die Beteiligung an den gesetzlichen Vergütungsansprüchen, die Urhebern und ausübenden Künstlern für die Nutzung ihrer Werke und Darbietungen zustehen. Die Vergütung für die Verlegerleistung erbringen die Endverbraucher durch Erwerb des Druckwerkes oder bei wissenschaftlichen Werken vielfach auch die öffentliche Hand durch Subventionen für die Drucklegung. Ohne Aussicht auf einen entsprechenden Gewinn würden die Verleger nicht tätig werden. Würde bereits ein Kausalbeitrag zur Werkvermittlung an Endverbraucher rechtfertigen, dass der Beitragende am gerechten Ausgleich der Rechtsinhaber für Privatkopien beteiligt wird, könnte dies auch anderen an der Werkvermittlung Beteiligten wie z. B. Access-Providern nicht versagt werden. Denn auch Access-Provider erbringen Leistungen, die Privatkopien geschützter Werke erst ermöglichen, indem sie Endverbrauchern den Online-Zugang zum Werk in digitaler Form ermöglichen. Weiter: Noch niemand ist auf den Gedanken verfallen, dem Vermieter eines Saales, in dem eine musikalische Darbietung stattfindet, einen Anspruch auf Beteiligung an der angemessenen Vergütung des Urhebers für die Werknutzung zuzugestehen, nur weil die Darbietung ohne seine Dienstleistung nicht hätte stattfinden können.

2. Es darf auch nicht übersehen werden, welche herausragende Bedeutung das Aufkommen aus den gesetzlichen Vergütungsansprüchen für die wirtschaftliche Lage der Urheber und der ausübenden Künstler hat. Dem entspricht Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2001/29, wonach der Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte eines der wichtigsten Instrumente ist, „um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und der ausübenden Künstler zu wahren“.

Im wissenschaftlichen Bereich werden heute Bücher meist nur noch verlegt, wenn ihre Finanzierung bereits vor der Publikation durch Autoren- und sonstige Druckkostenzuschüsse gesichert ist. Für wissenschaftliche Zeitschriftenbeiträge wird häufig kein oder nur ein geringes Honorar gezahlt. Die wirtschaftliche Lage freier Journalisten ist in der Regel – wie allgemein bekannt ist - schlecht. Umso wichtiger sind für sie die Unverzichtbarkeit der gesetzlichen Vergütungsansprüche und die Gewähr, dass diese im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abtretbar sind, die nach Gesetz und Recht verteilt.

Die Rechtsprechung des EuGH sichert deshalb zu Recht den Rechtsinhabern im Sinne des Art. 2 der Richtlinie 2001/29, d. h. insbesondere den Urhebern und den ausübenden Künstlern, den Ertrag aus dem gerechten Ausgleich als eine Mindestvergütung für die Schaffung ihrer geschützten Werke bzw. ihre Darbietungen.

Der Gedanke, dass die gesetzlichen Vergütungsansprüche für die Kreativen wirtschaftlich wichtiger als ihre ausschließlichen Verwertungsrechte sein können, liegt auch einem Urteil des BGH aus dem Jahr 2002 zugrunde. Es ging dort um die Frage, ob auch elektronische Pressespiegel unter das gesetzliche Pressespiegelprivileg des § 49 UrhG fallen. In seiner Entscheidung führt der BGH (GRUR 2002, 963 (966) – Elektronischer Pressespiegel) Folgendes aus:

> „Vor allem ist bei der Frage einer ausnahmsweise extensiven Auslegung einer Schrankenbestimmung zu berücksichtigen, wie sich die Geltung der Schranke auf die Interessen des Urhebers auswirkt. Insofern können für eine Schranke, die eine unentgeltliche Nutzung ermöglicht, andere Kriterien maßgeblich sein als im Falle einer gesetzlichen Lizenz, bei dem das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht lediglich zu einem Vergütungsanspruch herabgestuft wird. Danach spielt es für die Auslegung der Schrankenregelung auch eine Rolle, wenn ausnahmsweise die Anwendung der Schranke den Urheber günstiger stellt als die Geltung des Ausschließlichkeitsrechts. Dies hat das Berufungsgericht nicht hinreichend in Rechnung gestellt.
>
> Die Regelung des § 49 Abs. 1 UrhG bewirkt, daß die Vergütung, die für die Verwendung geschützter Werke im Rahmen eines Pressespiegels zu zahlen ist, jedenfalls zu einem erheblichen Teil den Wortautoren selbst zufließt. Verbleibt es dagegen bei dem Ausschließlichkeitsrecht, ist damit im allgemeinen keine Verbesserung der Position des Urhebers verbunden. Denn wie auch der Streitfall zeigt, in dem der Kläger auf die vertraglichen Regelungen mit den bei ihm angestellten oder als freie Mitarbeiter beschäftigten Autoren verweist, räumt im allgemeinen der Urheber dem Zeitungsverleger umfassende Nutzungsrechte ein. Die vom Berufungsgericht gerade auch mit dem Eigentumsrecht des Urhebers verfassungsrechtlich begründete enge Auslegung der Schrankenbestimmung würde demnach im allgemeinen dazu führen, daß dem Urheber weder der Vergütungsanspruch noch das Ausschließlichkeitsrecht zustünde. Vor dieser Wirklichkeit, die keine Besonderheit des Streitfalls darstellt, dürfen bei der Anwendung des Rechts die Augen nicht verschlossen werden.
>
> Mit Recht weist die Revisionserwiderung demgegenüber auf die Interessen der Zeitungsverleger hin, die ebenfalls zu berücksichtigen seien. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, daß es den Zeitungsverlagen freisteht, im Falle einer befürchteten Beeinträchtigung der Primärverwertung ihren Einfluß geltend zu machen, daß die fraglichen Artikel mit einem Vorbehalt der Rechte versehen werden. Ist dies geschehen, kann der betreffende Artikel – wenn er

> Urheberrechtsschutz genießt – nicht mehr im Rahmen eines Pressespiegels verwendet werden.“

Sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch dieses Urteil des BGH verdeutlichen, dass die wirtschaftlichen Interessen der Kreativen vor der wirtschaftlichen Übermacht der Verwerter am besten geschützt sind, wenn ihnen unverzichtbare, nicht zur eigennützigen Verwertung abtretbare gesetzliche Vergütungsansprüche zuerkannt werden. Die Erfahrungen, die in Deutschland mit dem Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22.3.2002 gemacht worden sind, waren alles andere als ermutigend. Die damals in das Urheberrechtsgesetz eingefügten urhebervertragsrechtlichen Bestimmungen haben wegen der geringen Verhandlungsmacht der Urheberorganisationen an der wirtschaftlichen Misere vieler Kreativer substantiell nichts geändert. Die Vorschrift des § 63a UrhG wurde und wird in der Verteilungspraxis von den Verwertungsgesellschaften unter dem Druck der Verleger unterlaufen. Die Rechtsgrundsätze der gleichgerichteten Rechtsprechung des EuGH werden missachtet.