

Janina Brandes

Befugnis der Filmverbände zur Durchsetzung des § 36 UrhG

Seminar Filmrecht SS 2011
Prof. Dr. Thomas Hoeren

19. August 2011

(Alle Rechte vorbehalten)

Literaturverzeichnis.....	IV
A) Eine kurze Einführung - Die Situation der Kreativen	1
I) Die Welt des Urhebers in der Praxis nach 2002.....	2
II) Vergütungsregeln i.S.d. § 36 UrhG	3
III) Anforderungen des § 36 UrhG an die Verbände	4
1) Vereinigung i.S.d. § 36 UrhG.....	5
a) Repräsentativ	5
b) Unabhängig.....	6
c) Ermächtigt.....	7
2) Ergebnis	7
B) Die Durchsetzung des § 36 UrhG	8
I) Die Indizfunktion	8
II) Bildung von Vergütungsregeln durch Schlichtungsverfahren.....	8
1) Verweigerung des Schiedsverfahrens.....	10
2) Zivilverfahren zur Durchsetzung.....	12
3) Ergebnis	12
III) Durchsetzung bestehender Vergütungsregeln	13
1) Die AGB-Kontrolle	14
a) Der Urheber als Unternehmer.....	15
b) Leistungskontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB	16
c) Vergütungsregel und AGB	17
d) Ergebnis	19
2) §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 3 UWG	19
a) Aktivlegitimation § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG	19
aa) Rechtsfähigkeit und Förderung von Interessen.....	19
bb) Erhebliche Zahl.....	20
cc) Wettbewerbsverhältnis.....	20
dd) Finanzielle Ausstattung	22
ee) Berührung der Interessen der Mitglieder	23
ff) Ergebnis	23
b) Passivlegitimation.....	23
c) §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG	23
d) Geschäftliche Handlung § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG	23

e) Vorliegen einer gesetzlichen Vorschrift	24
f) Bestimmung der Norm	24
aa) Mindestpreisvorschriften wie z.B. § 4 HOAI	25
bb) Parallele zu Tarifverträgen	26
(1) Vorrang von Tarifverträgen.....	26
(2) Reichweite	27
(3) Aushandelnde Parteien	29
(4) Indizwirkung	30
(5) Inhalt und Form	31
(6) Sinn.....	33
(7) Wirkung.....	33
cc) Ergebnis	36
g) Verstoß gegen die Norm.....	36
h) Spürbarkeit i.S.d. § 3 Abs. 1 UWG	36
i) Subjektiver Tatbestand	36
3) Ergebnis	36
C) Fazit.....	38

Literaturverzeichnis

Bücher und Kommentare

Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht Handbuch, 2008 Baden-Baden.

Boesche, Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2009 Heidelberg.

Dreier/Schulze/Schulze, Urheberrecht Kommentar, 3. Auflage 2008 München.

Dütz/ Thüsing, Arbeitsrecht, 15. Auflage 2010, München.

Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 8. Auflage 2009, München.

Fromm/Nordemann, Urheberrecht Kommentar, 10. Auflage 2008 Stuttgart.

Götting/Nordemann, UWG Handkommentar, 2010 Baden-Baden.

Harte - Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage 2009 München.

Hertin, Urheberrecht, 2. Auflage 2008 München.

Homann, Praxishandbuch Filmrecht, 3. Auflage 2009 Heidelberg.

Hromadka/ Maschmann, Arbeitsrecht Band 2 Kollektivarbeitsrecht und Arbeitsstreitigkeiten, 5. Auflage 2010 Heidelberg.

Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 28. Auflage 2010 München.

Lettl, Wettbewerbsrecht, 2009 München.

Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage 2010 München.

Piper/ Ohly/ Sosnitza, Unlauterer Wettbewerb-Gesetz, 5. Auflage 2010 München.

Rehbinder, Urheberrecht, 16. Auflage 2009 München.

Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Auflage 2010 Tübingen.

Schiwy/Schütz/Dörr, Medienrecht – Lexikon für Praxis und Wissenschaft, 5. Auflage 2010 Köln.

Schmid/ Wirth/Seifert, Nomoskommentar Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 2. Auflage 2009 Baden-Baden.

Schricker/Loewenheim, Urheberrecht Kommentar, 4. Auflage 2010 München.

Söllner/Waltermann, Arbeitsrecht, 15. Auflage 2009 München.

Ullmann, Juris Praxiskommentar UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2006 Saarbrücken.

Wandtke, Urheberrecht, 2009 Berlin.

Wandtke/Grunert, Urheberrecht Kommentar, 3. Auflage 2009 München.

Zeitschriften

Armgard, Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht: unwirksame AGB-Klauseln im Licht der neueren Rechtsprechung zum UWG und zur UGP-Richtlinie, WGP 2009, 122-127.

Bayreuther, Zum Verhältnis zwischen Arbeits-, Urheber- und Arbeitnehmererfindungsrecht - Unter besonderer Berücksichtigung der Sondervergütungsansprüche des angestellten Softwareerstellers, GRUR 2003, 570, 581.

v. Becker, Die angemessene Übersetzervergütung – Eine Quadratur des Kreises?, ZUM 2007, 249, 257.

Berger, Christian, Sieben Jahre §§ 32 f. UrhG – Eine Zwischenbilanz aus Sicht der Wissenschaft, ZUM 2010, 90, 95.

Berger, Daniel, Der Anspruch auf angemessene Vergütung gemäß § 32 UrhG: Konsequenzen für die Vertragsgestaltung, ZUM 2003, 521, 531.

Castendyk, Lizenzverträge und AGB-Recht, ZUM 2007, 169, 178.

Erdmann, Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR 2002, 923, 931.

Flechsig/ Hendricks, Konsensorientierte Streitschlichtung im Urhebervertragsrecht, ZUM 2002, 423,433.

Glöckner, Wettbewerbsbezogenes Verständnis der Unlauterkeit und Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch, GRUR 2008, 960, 967.

Kasten, Strategien der Verweigerung und Risikohäufung, ZUM 2010, 130, 138.

Kocher, Unterehmerische Selbstverpflichtung im Wettbewerb – Die Transformation von „soft law“ in „hard law“ durch das Wettbewerbsrecht, GRUR 2005, 647, 652.

Köhler, Der neue Rechtsbruchatbestand im UWG, GRUR 2004, 381, 389.

Nordemann/ Pfennig, Plädoyer für eine neue Vertrags- und Vergütungsstruktur im Film- und Fernsehbereich, ZUM 2005, 689, 695.

Ory, Neue Rechte für Urheber und Künstler, JURPC Web-Dok 107/ 2002 Stand 22.02.2011.

Ory, Das neue Urhebervertragsrecht, AfP 2002, 93, 104.

Ory, Durchsetzung einer „gemeinsamen“ Vergütungsregel nach § 36 UrhG gegen den Willen der anderen Partei, ZUM 2006, 914, 919.

Reber, „Gemeinsame Vergütungsregelungen“ in den Guild Agreements der Film- und Fernsehbranche in den USA – ein Vorbild für Deutschland (§§ 32, 32a, 36 UrhG)?, GRUR INT 2006, 9, 16.

Reber, Pläne der Bundesregierung zu einer gesetzlichen Regelung des Urhebervertragsrecht, ZUM 2001, 282, 289.

Reber, Der „Ertrag“ als Grundlage der angemessenen Vergütung/Beteiligung des Urhebers (§§ 32, 32a, 32c) in der Film- und Fernsehbranche Keine „monkey points“ nach Art US amerikanischer Filmvertragsklauseln -, GRUR Int 2011, 569, 579.

Schimmel, Das Urhebervertragsrecht – Fehlschlag oder gelungene Reform?, ZUM 2010, 95, 107.

Schippa, Auf dem Prüfstand: Die Honorar- und Nutzungsrechtsregelungen zwischen Zeitungs- und Zeitschriftenverlagen und ihren freien Mitarbeitern, ZUM 2010, 782, 786.

Schmidt, Der Vergütungsanspruch des Urhebers nach der Reform des Urhebervertragsrechts, ZUM 2002, 781,791.

Schmitt, § 36 UrhG – Gemeinsame Vergütungsregeln europäisch gesehen, GRUR 2003, 294, 296.

Schricker, Zum neuen deutschen Urhebervertragrecht, GRUR INT 2002, 797, 809.

Schulze, Vergütungssystem und Schrankenregelungen, GRUR 2005, 828, 832.

Schwarz, Die Vereinbarung angemessener Vergütungen und der Anspruch auf Bestsellervergütungen aus Sicht der Film und Fernsehbranche, ZUM 2010, 107, 116.

Sprang, Die Vereinbarung angemessener Vergütung in der Verlagsbranche, ZUM 2010, 116, 124.

Thüsing, Tarifvertragliche Chimären – Verfassungsrechtliche und arbeitsrechtliche Überlegungen zu den gemeinsamen Vergütungsregeln nach § 36 UrhG n.F., GRUR 2002, 203, 212.

v. Westfalen, Die angemessene Vergütung nach § 32 II S. 2 UrhG und die richterliche Inhaltskontrolle, AfP2008, 21, 26.

Will, Die neue Leitbilddiskussion im Urhebervertragsrecht, ZUM 2011, 206, 211.

Wallraf, Zur crossmedialen Herausforderung der Presseverlage, ZUM 2010, 492, 496.

Wandtke, Der Anspruch auf angemessene Vergütung für Filmurheber nach § 32 UrhG – Beitrag zum Symposium „Bildgestaltung und Urhebervertragsrecht“ des Bundesverbandes Kamera (bvk) am 23. Januar 2010 in Berlin, GRUR INT 2010, 704, 708.

Abkürzungen:

Kirchner/ v. Panner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, 2008 Berlin.

A) Eine kurze Einführung - Die Situation der Kreativen

Ob Kino- oder Fernsehfilm, diese Art der Unterhaltung ist für viele Menschen nicht mehr aus ihrem Leben wegzudenken. Filmwerke, das sind Spielfilme, Dokumentationen, Reportagen, Kulturfilme, Industrie- und Werbefilme. Doch was läuft hinter den Kulissen eines solchen Großprojekts und was für Probleme haben die Kreativen?

Die Filmherstellung ist vor allem ein Teamprodukt¹, bei dem viele Menschen beteiligt sind. Die Herstellung ist aufgrund der komplexen Auswertung teuer und risikoreich.² Daher treten Urheber ihre Nutzungsrechte meist gegen Entgelt an die Produzenten ab. Die Vergütung dafür wird in solchen Fällen privatautonom zwischen den Urhebern und Verwertern ausgehandelt.

In der Realität sind diese Verhandlungen aber durch Abhängigkeit der schwächeren Urheber von den wirtschaftlich stärkeren Verwertern gekennzeichnet.³ Sogenannte Buy-Out-Verträge⁴ sind die Regel.⁵ Es werden möglichst alle filmischen und außerfilmischen Nutzungsrechte⁶ der Urheber auf die Verwerter übertragen - oft gegen Pauschalzahlungen⁷. Zwar kann der Urheber seine Nutzungsrechte bei Nichtausübung zurückverlangen⁸, damit ist seinem Schutz aber bisher nicht genug gedient. Seit 2002 bietet das Gesetz nun eine ausdrückliche Form der Unterstützung.⁹ Mit der Schaffung der §§ 32, 32a, 36 UrhG und dem Leitbild des § 11 S. 2 UrhG wollte der Gesetzgeber die Stellung des Urhebers stärken.¹⁰ Dies ist nur teilweise gelungen. Der Kreative benötigt noch immer Schutz, da er oftmals bei der Durchsetzung individueller Ansprüche mit Auftragsentzug bedroht wird und daher kein wirksames Mittel in der Durchsetzung hat.¹¹ Der Vergütungsanspruch stellt aber nach der Übertragung der Nutzungsrechte die Grundlage der wirtschaftlichen Existenz des Urhebers dar - zumindest wenn er von seiner

¹ Vgl. Berger, § 21 Rn. 1.

² Vgl. Schiwy, S. 151f; Berger, § 21 Rn. 20.

³ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 23.

⁴ Vgl. Hertin, Rn. 444.

⁵ Vgl. Homann, S. 125; Kasten, ZUM 2010, 130; Schwarz, ZUM 2010, 107 (109).

⁶ Z.B. Kino, Fernsehen, Video und alle denkbaren Untergruppen wie Free-TV, Pay-TV, Pay-per-Channel, Merchandising, Druckwerke etc.

⁷ Vgl. BGH, GRUR 2009, 1148 – Talking to Addison; Nordemann, § 32 Rn. 115, 118; Homann, S. 125; Aufzählung der Rechte in Berger, § 21 Rn. 30.

⁸ Vgl. Schiwy, S. 651.

⁹ Vgl. Nordemann, Vor §§ 31 ff. Rn. 160.

¹⁰ Vgl. Wandtke, GRUR INT 2010, 704.

¹¹ Vgl. Rehbinder, Rn. 621; Berger, § 2 Rn. 139.

Produktion leben will.¹² Akzeptiert der Urheber vorgegebene Vertragsbedingungen nicht, so kommt der Vertrag nicht zustande. Der Verwerter kann oft auf andere Kreative ausweichen.¹³ Daher muss es möglich sein, dass Verbände für den Urheber wirksam angemessene Vergütungsregeln durchsetzen können. Nur so kann ein wirklicher Schutz durch §§ 32 ff. UrhG erlangt werden. Ziel dieser Arbeit soll es daher sein, solche Möglichkeiten zur Durchsetzung des § 36 UrhG zu untersuchen. Zunächst werden die Voraussetzungen und Gegebenheiten erörtert. Dann folgen die Durchsetzung zur Aufstellung von Vergütungsregeln und schließlich der Schwerpunkt der Durchsetzung bereits bestehender Vergütungsregeln über die AGB-Kontrolle und das UWG.

I) Die Welt des Urhebers in der Praxis nach 2002

Seit der Novelle des Urheberrechts 2002 ist die Angemessenheit der Vergütung des Urhebers durch §§ 11 S. 2, 32 UrhG als Leitbild und Grundgedanke niedergeschrieben. Der Urheber soll angemessen an den wirtschaftlichen Erträgen seines Werkes beteiligt werden.¹⁴ Dieser Grundsatz der angemessenen Vergütung gilt nicht nur für gesetzliche, sondern auch für vertragliche Ansprüche und ist im Filmbereich uneingeschränkt anzuwenden.¹⁵ Der Urheber überträgt den Produzenten (Filmherstellern) seine Nutzungsrechte am Film gegen Entgelt.¹⁶ Ist die vereinbarte Vergütung unangemessen, kann der Urheber Vertragsanpassung nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG verlangen.¹⁷ Konkretisiert wird § 32 UrhG durch die ausgehandelten Vergütungsregeln für die Einräumung von Nutzungsrechten nach § 36 UrhG. Gemeinsam ermittelte Vergütungsregeln fallen unter die Vermutung der Angemessenheit. Diese Rechtswirkung hängt nicht von den Parteien ab, sondern beruht auf Gesetz.¹⁸ In dieser Weise werden individualrechtliche und kollektivrechtliche Maßstäbe miteinander verzahnt¹⁹, um die Stellung des Urhebers gegenüber den Verwertern zu stärken. Der Gesetzgeber will das Zustandekommen solcher Vergütungsregeln fördern. Das ergibt sich auch aus dem normativen Indikativ in § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG „stel-

¹² Vgl. Schmid, § 32 Rn. 2.

¹³ Reber, GRUR Int 2011, 569, (571).

¹⁴ Vgl. Nordemann, Vor §§ 31 ff. Rn. 159, BGH GRUR 2002, 248, 251 Spiegel CD-ROM.

¹⁵ Vgl. Homann, S. 124.

¹⁶ Vgl. Nordemann, Vor 31ff. Rn. 162.

¹⁷ Vgl. Homann, S. 119.

¹⁸ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 44.

¹⁹ Vgl. Schricker, § 32 Rn.1.

len....auf“. Die Formulierung stellt ein Sollensgebot auf.²⁰ Diese Intention wird durch die Indizfunktion des Schiedsvorschlags selbst bei Scheitern eines Schiedsverfahrens unterstützt. Der Anreiz für Verwerterverbände soll gerade darin bestehen, dass nur bei dem Rückgriff auf gemeinsame Vergütungsregeln keine Nachforderungen der Urheber wegen der Angemessenheitsvermutung mehr möglich sind, denn Regelungen des § 32 UrhG sind nach Absatz 3 zwingend.²¹ Der Gesetzgeber vertraute also darauf, dass diese Möglichkeit genutzt werden würde und die beteiligten Verkehrskreise in den Branchen am besten zur Bestimmung geeignet wären.²² In der heutigen Praxis sind die Verhandlungen zwischen den Verbänden noch nicht weit gekommen.²³ Wichtige Verwerter-Verbände – besonders in der Filmbranche – wollen sich nicht auf Verhandlungen gemeinsamer Vergütungsregeln einlassen. Auch die tatsächliche Ermittlung solcher Regeln hat sich bisher als schwierig erwiesen²⁴, da Verhandlungen sehr komplex sind. Auch die Belletristik-Vergütungsregeln (in Kraft seit 01.07.2005) kamen nur durch Mediation des Bundesjustizministeriums und nicht aufgrund eines Schlichtungsverfahrens zustande.²⁵ Gemeinsame Vergütungsregelungen existieren sonst noch für freie hauptberufliche Journalisten an Tageszeitungen, die am 01.02.2010 in Kraft traten.²⁶

II) Vergütungsregeln i.S.d. § 36 UrhG

In der Filmbranche hatten die beiden zentralen Verbände der Urheber des Film- und Fernsehschaffens (der Bundesverband der Fernseh- und Filmregisseure e.V. (BVR) und der Verband Deutscher Drehbuchautoren e.V. (VDD)) Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln mit dem Bundesverband Deutscher Fernsehproduzenten e.V. begonnen.²⁷ Da möglichst eine Gesamtlösung für alle Film- und Fernsehschaffenden gefunden werden sollte, wurde auch ver.di 2003 dazu geholt. Nach vier Jahren Verhandlung teilte der Produzentenverband dann jedoch mit, dass er sich nicht in der Lage sähe, verbindliche Vergütungsregelungen aufzustellen.²⁸

²⁰ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 46.

²¹ Vgl. Schmid, § 36 Rn.2.

²² Kasten, ZUM 2010, 130.

²³ Kasten, ZUM 2010, 130.

²⁴ Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 61; Schimmel, ZUM 2010, 95, (102).

²⁵ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 93; Kasten, ZUM 2010, 130.

²⁶ Vgl. Schippan, ZUM 2010, 782.

²⁷ Kasten, ZUM 2010, 130.

²⁸ Kasten, ZUM 2010, 130.

Sie bestanden auf der Beibehaltung des Buy-out-Systems.²⁹ Seitdem hat es keine erneuten Verhandlungen gegeben. Über die Frage, ob Verhandlungen nun gescheitert sind, ist man noch uneinig.³⁰ Ähnlich erging es auch dem Verband der Drehbuchautoren.

Auf der kollektivrechtlichen Seite ermöglicht § 36 UrhG also die Schaffung von Vergütungsregeln.³¹ Diese sollen den Urhebern und ihren Verbänden ein Mittel liefern, ihre strukturelle Benachteiligung abzubauen.³² Die Verbände sollen dazu Angemessenheitsmaßstäbe durch § 36 UrhG festlegen³³, da keine Abhängigkeit besteht, wenn zwei Verbände als Vertreter der Parteien auf dem gleichen Level miteinander verhandeln und die Vergütung festlegen. Voraussetzung für die unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit (§ 32 Abs. 2 S. 1 UrhG)³⁴ ist allerdings, dass die Vergütungsregel wirksam zustande gekommen und rechtlich nicht angreifbar ist.³⁵ Das gilt auch dann, wenn sich die Vergütung in der Spanne der vereinbarten Vergütungsregel bewegt.³⁶

III) Anforderungen des § 36 UrhG an die Verbände

Um die Wirkung des § 32 i. V. m. § 36 UrhG zu erzielen, müssen Vergütungsregeln erst einmal ausgehandelt werden. Zurzeit ist das in der Filmbranche noch nicht passiert. Da die Möglichkeit der Gerichte zur Bestimmung der Angemessenheit einer Vergütung aber gering ist, muss es Aufgabe der Verbände sein, diese zu bestimmen.³⁷ Damit gemeinsame Vergütungsregeln überhaupt ausgehandelt werden können, müssen die Vereinigungen gewisse Anforderungen erfüllen. Die Rechtsprechung dazu orientiert sich an § 2 TVG.³⁸

Die beteiligten Parteien, also die Vereinigungen der Urheber und Werknutzer³⁹, müssen repräsentativ, unabhängig und zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ermächtigt sein, § 36 Abs. 2 UrhG.⁴⁰ Dies muss zum Zeitpunkt der Aufstellung der Fall sein.⁴¹ In erster Linie kommen dafür wohl die Berufsverbände

²⁹ Vgl. Reber, GRUR INT 2006, 10.

³⁰ Vgl. Schimmel, ZUM 2010, 95, (103).

³¹ Vgl. Schricker, § 32 Rn.1.

³² Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 1, BT-Druck 14/6433 S. 16.

³³ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 1.

³⁴ Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 13, Rn. 29.

³⁵ Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 29.

³⁶ BT Druck 14/6433, S.15.

³⁷ Vgl. Schricker, § 32 Rn. 29.

³⁸ Schmid, § 36 Rn. 4.

³⁹ Rehbinder, Rn. 621.

⁴⁰ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 5.

⁴¹ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 52.

der Urheber in Betracht.⁴² Diese Voraussetzungen sind knapp zu klären, damit die Durchsetzung möglich ist⁴³ und kleinere Probleme der Berechtigung von Verbänden frühzeitig erkannt werden.

1) Vereinigung i.S.d. § 36 UrhG

Das Gesetz gibt im Hinblick auf den Begriff der Vereinigung keine weitere Hilfe. Es lässt unterschiedliche Rechts- und Organisationsformen zu, so auch Vereine und Berufsverbände.⁴⁴ Es muss sich in jedem Falle um eine mitgliedschaftliche Organisationsform handeln, Verwertungsgesellschaften scheiden somit aus.⁴⁵ Implizit gibt es aber eine Orientierung an dem verfassungsrechtlichen Begriff der „Koalition“ des Art. 9 Abs. 3 GG.⁴⁶ Das ist eine Parallele zum kollektiven Arbeitsrecht, besonders für die Tariffähigkeit von Koalitionen nach § 2 TVG.⁴⁷ Vereinigungen müssen aber nicht in einer besonderen Rechtsform organisiert sein⁴⁸. In der Filmbranche erfüllten Verbände in der Regel diese Voraussetzung.

a) Repräsentativ

Eine Vereinigung ist repräsentativ, wenn ihr eine nicht unerhebliche Anzahl von Mitgliedern angehört oder diese Mitglieder einen wesentlichen Teil der Berufsgruppe ausmachen. Hierbei genügt nicht die bloße Anzahl. Viel wichtiger ist der Einzelfall.⁴⁹ Dieses Merkmal soll verhindern, dass unbedeutende Gruppen manipulative Vergütungsregeln abschließen und so zu einer unangemessenen Vergütung gelangen.⁵⁰ Außerdem gewährleistet dieses Merkmal die Durchsetzungsfähigkeit des Verbands. Parallelen zur Rechtsprechung des jetzigen § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG existieren.⁵¹ Demnach muss die Gruppe nach Gesamtschau die jeweilige Branche nach Größe, Anzahl, Marktbedeutung oder wirtschaftlichem Gewicht widerspiegeln. Problematisch ist das bei regionalen Verbänden⁵² und bei einer Alleinstellung.⁵³ Das Problem liegt in der Ge-

⁴² Hertin, Rn. 469.

⁴³ Berger, § 2 Rn. 117.

⁴⁴ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 48.

⁴⁵ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 48; Berger, Rn 171.

⁴⁶ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 5, BT Druck 14/6433 S. 17, aA Thüsing, GRUR 2002, 203f.

⁴⁷ Vgl. Ory, AfP 1993, 101.

⁴⁸ Vgl. Dreier, § 36 Rn. 7.

⁴⁹ Thüsing, GRUR 2002 203, (209); Flechsig, ZUM 2002, 423,(425).

⁵⁰ Vgl. Schricker, § 36 Rn.52; Homann, S. 120.

⁵¹ Vgl. Nordemann, § 36 Rn.7; Erdmann, GRUR 2002, 923,(929).

⁵² Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 7, aA Thüsing, GRUR 2002, 203; Dreier, § 36 Rn. 18; aA Schricker, § 36 Rn. 53.

⁵³ Vgl. Dreier, § 36 Rn. 18.

fahr der Selbststeuerung. Die Urheber könnten die Politik des Verbandes dann durch einen bloßen Nichteintritt nicht mehr ablehnen.⁵⁴ Die Filmverbände müssen daher auf die Anzahl ihrer Mitglieder als Grundlage wirksamer Vertretung achten. Wenn aber nur wenige Urheber in Verbänden organisiert sind, droht natürlicherweise eine Monopolisierung der Interessenvertretung auf wenige Spitzenverbände. Es muss also eine Lösung zwischen beiden Extremen gefunden werden. Denkbar ist die Zusammenarbeit mehrerer Verbände – besonders bei der Ausarbeitung gemeinsamer Vergütungsregeln. Es bestehen jedenfalls dann keine Zweifel, wenn der Verband über eine hohe Mitgliedszahl verfügt. Die Darlegungslast wird vom Verband getragen. Die Repräsentativität sollte nur konkret und branchenbezogen bestimmt werden⁵⁵, da von ihr auch prozessuale Aspekte abhängen. Für große Verbände sollte auch in diesem Merkmal kein Problem liegen. Anders sieht dies bei den kleineren Verbänden aus, die durch die starke Gruppenteilung bei Filmurhebern nur wenige Mitglieder haben.

b) Unabhängig

Der Verband muss auch unabhängig, also gegnerfrei im tarifvertraglichen Sinne sein.⁵⁶ Er darf also weder Mitglieder besitzen, die auch der anderen Seite zugehörig sind, noch darf er finanziell abhängig sein.⁵⁷ Es wird auch vertreten, dass absolute Gegnerfreiheit nicht gewährleistet werden kann. Das heißt, Werknutzer könnten sowohl Mitglied bei Urheberverbänden sein als auch umgekehrt, da keine rechtlichen Sperren bestünden.⁵⁸ Außerdem muss die Situation der Filmbranche bedacht werden. Die Forderung, dass Urheber nicht zugleich Verwerter sein dürfen, sei hier aufgrund der häufigen Überschneidungen besonders unrealistisch.⁵⁹ Problematisch sind auch Verbände wie etwa die Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e.V., die an sich Vereinigungen von Werknutzern sind, nach ihrem Verbandsinteresse aber eher auf Seiten der Urheber stehen.⁶⁰ Solche Mischverbände sollen keine gemeinsamen Vergütungsregeln i.S.d. § 36 UrhG vereinbaren können. Deren Regeln kann aber Indizfunktion zukommen.⁶¹ Schwierigkeiten gibt es also besonders

⁵⁴Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 7.

⁵⁵ Berger, § 2 Rn. 146.

⁵⁶ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 8; Dreier, § 36 Rn. 18; Wandtke, § 36 Rn. 10; Schricker, § 36 Rn. 56.

⁵⁷ Homann, S. 120.

⁵⁸ Thüsing, GRUR 2002, 203, (204); Nordemann, § 36 Rn. 9.

⁵⁹ Flechsig, ZUM 2002 423, (425); Thüsing, GRUR 2002, 203, (204).

⁶⁰ Ähnlich auch AG DOK.

⁶¹ Vgl. Wandtke, § 36 Rn. 15; Schricker, § 36 Rn. 57; Dreier, § 36 Rn. 22.

in der Filmbranche, wo oft naturgemäß klare Trennung zwischen Produzent und Urheber bestehen. Dies wurde aber bei bisher aktiven Vereinigungen noch nicht in Frage gestellt.⁶²

c) Ermächtigt

Hierfür reicht ein entsprechender Beschluss bzw. eine Satzung.⁶³ Einer ausdrücklichen Ermächtigung durch Satzung ist wohl der Vorzug zu geben.⁶⁴ Sie legitimiert die Maßgeblichkeit der Vergütungsregel.⁶⁵ Probleme ergeben sich hier besonders bei Produzentenverbänden.⁶⁶ Es befindet sich keine ausdrückliche Ermächtigung zur Verhandlung von Vergütungsregeln in der Satzung des Produzentenverbandes. Dies gilt auch für den Verband von Filmherstellern und dem Verband deutscher Filmproduzenten.⁶⁷ Damit würde es nach strenger Ansicht an einer Passivlegitimation der Produzenten zur Verhandlung von Vergütungsregeln fehlen, sodass keine wirksamen Verhandlungen möglich wären.⁶⁸ Anders ist dies nur, wenn man in der Ermächtigung zu Tarifverhandlungen auch eine solche Verhandlung über Vergütungsregeln sieht.⁶⁹ Eine ähnliche Situation gibt es auch den Börsenverein des Deutschen Buchhandels betreffend, der nicht ermächtigt sein will, und dem dies vom Gericht beschieden wurde.⁷⁰

2) Ergebnis

Bei fehlenden Voraussetzungen ergibt sich eine mangelnde Rechtswirkung der ausgehandelten Regeln.⁷¹ Daher sollten die Verbände darauf achten, die Voraussetzungen zu erfüllen. Problematisch ist dies gerade für einen Regieverband.⁷²

⁶² Vgl. Schricker, § 36 Rn. 56.

⁶³ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 10; Dreier, § 36 Rn. 23.

⁶⁴ Vgl. LG Frankfurt a.M. ZUM 2006, 948, 949; Schricker, Rn. 58 f.; Wandtke, §36 Rn. 10.

⁶⁵ Schricker, § 36 Rn.58.

⁶⁶ Schiwy, S. 669, 670.

⁶⁷ Kasten, ZUM 2010, 130, (134); Schulze, GRUR 2005, 828, (830).

⁶⁸ Schwarz, ZUM 2010, 107.

⁶⁹ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 10.

⁷⁰ Schimmel, ZUM 2010, 95, (102); LG Frankfurt a.M. ZUM 2006, 948.

⁷¹ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 62.

⁷² OLG München, AZ. 34 SchH 14/09; AZ 34 SchH 12/10.

B) Die Durchsetzung des § 36 UrhG

Sinn des § 36 UrhG ist es, das vorhandene Fachwissen aller Parteien zu objektivieren.⁷³ Der Gesetzgeber sah wohl Parallelen zum kollektiven Arbeitsrecht.⁷⁴ Vergütungsregelungen als Gegenstand der Aufstellungsverhandlungen gelten teils als nicht vollstreckbar, da ihnen der verpflichtende Charakter fehle.⁷⁵ Ihnen kommt nur eine mittelbare Rechtswirkung für die Parteien über § 32 UrhG und als Maßstab der Angemessenheit (etwa bei Nutzung in vergleichbaren Unternehmen) zu.⁷⁶ Der Anspruch auf angemessene Vergütung stünde aber nur auf dem Papier, wenn er sich nicht durchsetzen lassen würde. Entzieht sich der Produzent zudem der Aufstellung von Vergütungsregeln, trägt der Urheber das Kostenrisiko, die angemessene Vergütung zu beweisen. Der Produzent kann den Film trotzdem nutzen und die Situation gegebenenfalls aussitzen.⁷⁷ Es müssen daher folgende Szenarien durchdacht werden:

I) Die Indizfunktion

Neben der Vermutungswirkung fallen den Vergütungsregeln wie bereits erwähnt auch Indizfunktionen zu.⁷⁸ Vergütungsregeln einer anderen Branche als Vergleich heranzuziehen (wie bei Regeln der belletristischen Autoren für Übersetzer) kann wegen den Unterschieden der entsprechenden Branchen zu Problemen führen. Eine Übertragung erscheint daher schwierig.⁷⁹ Dies ist insbesondere bei der Unterschiedlichkeit belletristischer Autoren im Vergleich zu Filmwerkurhebern der Fall.

II) Bildung von Vergütungsregeln durch Schlichtungsverfahren

Da es in vielen Branchen – wie der Filmbranche - bisher noch keine Vergütungsregeln gibt, könnte es Ziel der Verbände sein, die Aufstellung zu erzwingen. Da die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln als unwiderlegliche Vermutung nach § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG aber nicht erzwungen werden kann, müssen andere Möglichkeiten gesucht werden.⁸⁰ Es gibt nämlich keine direkte

⁷³ BT-Druck, 14/6433, S.17.

⁷⁴ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 2.

⁷⁵ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 17; Dreier, § 36 Rn.36; Flehsig, ZUM 2002, 423, (428).

⁷⁶ Vgl. Schricker, § 36 Rn.18; Dreier § 36 Rn. 8; v. Becker, ZUM 2007, 249; Loewenheim, § 29 Rn.9.

⁷⁷ Schulze, GRUR 2005, 828, (831).

⁷⁸ Vgl. Wandtke, § 36 Rn. 17.

⁷⁹ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 18.

⁸⁰ v. Becker, ZUM 2007, 249, (255); Thüsing, GRUR 2002, 203, (204).

Pflicht aus Gesetz zur Aufstellung von Vergütungsregeln. Daher könnten Verbände die Gegenseite über ein Schlichtungsverfahren zu der Aufstellung zwingen. Dieses Verfahren stellt eine wichtige Besonderheit des § 36 UrhG dar.

Für den Fall, dass sich die Parteien nicht selbstständig nach § 36 Abs. 3 UrhG oder kraft eines Schlichtungsverfahrens nach Parteivereinbarung einigen, kann auf schriftliches (§ 126 BGB Schriftform) Verlangen einer Partei ein Schlichtungsverfahren nach § 36 Abs. 3 S. 2 UrhG eingeleitet werden.⁸¹ Ziel ist es eine Vergütungsregel zu bestimmen.⁸² Auf diesem Wege soll ein Schlichtungsspruch erreicht werden, dessen Gültigkeit aber von dem Willen der Parteien nach § 36 Abs. 4 S. 2 UrhG abhängt. Zur Einleitung des Verfahrens ist ein substantierter Vorschlag (§ 36a Abs. 4 UrhG) nötig. Das Schiedsverfahren kommt dann in Frage, wenn eine Verhandlungsverweigerung einer der Parteien vorliegt (Frist 3 Monate). Es muss aber mehr als eine schriftliche Reaktion auf das Gesuch nach Verhandlungen folgen, also eine Form von Gedankenaustausch.⁸³ Weitere Möglichkeiten der Eröffnung ergeben sich aus § 36a UrhG. Die Parteien sollten ursprünglich angeregt werden, sich am Verfahren zu beteiligen, um Einfluss auf den Inhalt des Schiedsvorschlags nehmen zu können. Diese Erwartungen haben sich in der Realität bisher noch nicht erfüllt. Vielmehr ist der Eindruck entstanden, dass ein solches Zwangsverfahren die Verweigerung der Aufnahme der Verhandlungen sogar noch fördert.⁸⁴

Da dem Vorschlag der Schlichtungsstelle aber nach § 36 Abs. 4 S. 2 UrhG widersprochen werden kann, wird bemängelt, dass ein solches Verfahren nur Zeit und Geld kostet, materiell könne die verweigernde Partei aber nicht in Anspruch genommen werden. Es könne so auch keine Aufstellung von Vergütungsregeln erzwungen werden.⁸⁵ Ein abgelehnter Schlichtungsspruch kann aber zum mindesten eine indizielle Bedeutung für die Höhe der angemessenen Vergütung entfalten.⁸⁶ Dafür muss es aber zu ernsthaften und fairen Verhandlungsbemühungen gekommen sein.⁸⁷ Ein zwingender Eingungsvorschlag wäre jedoch ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG.⁸⁸ Auch nichtverbindliche Vorschläge entfalten eine gewisse indirekte

⁸¹ Vgl. Nordemann § 36 Rn. 41; Schricker, § 36 Rn. 76.

⁸² Ory, ZUM 2006, 914.

⁸³ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 42.

⁸⁴ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 75.

⁸⁵ Ory, ZUM 2006, 914, (915).

⁸⁶ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 46; Schricker, § 36 Rn. 35; Loewenheim, § 29 Rn. 99; Erdmann, GRUR 2002, 923, (926).

⁸⁷ Homann, S. 121.

⁸⁸ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 47; Schack, Rn. 1094.

Wirkung.⁸⁹ Es muss aber geprüft werden, ob diese Wirkung im Einzelfall angemessen ist.⁹⁰ Daher bleibt das Schlichtungsverfahren gerade nicht wirkungslos und kann bei der Durchsetzung der Aufstellung von Vergütungsregeln helfen. Von nicht berechtigten Parteien ausgehandelte Vergütungsregeln im Schlichtungsverfahren haben aber keine Indizwirkung.⁹¹

1) Verweigerung des Schiedsverfahrens

Problematisch wird es, wenn sich eine Partei weigert dem Schiedsverfahren beizutreten. Ein solcher Fall findet sich aktuell in der Weigerung der öffentlich-rechtlichen Sender wie ZDF und NDR.⁹² Die beiden Sender sollten mit Verbänden der Filmurheber Vergütungsregeln aushandeln. Das ZDF ist der Auffassung, dass eine Aufstellung solcher Regeln nur auf Primärebene, also im Verhältnis Urheber zu direktem Vertragspartner möglich sei. Problematisch ist, dass viele Produktionen im Fernsehen Auftragsproduktionen sind. Die Produzenten sind oft nur formal Vertragspartner.⁹³ Auftragsproduzenten sind meist „Auftragsverhandler“, da sie selbst in den engen Rahmenbedingungen ihrer Auftraggeber handeln müssen. Die Sendeanstalten – oft private – knüpfen in ihren Formularverträgen den Produzenten nach Buy-Out-Auskauf alle Rechte im Vorfeld ab.⁹⁴ Um dieser Vertragspflicht nachzukommen, schließen diese dann auch mit den Urhebern solche Verträge ab. Daher ist es ihr Ziel, möglichst umfassende Rechte gegen einen möglichst kostenneutralen Gegenpart zu erwerben.⁹⁵ Berücksichtigt man diese Situation, erfolgt die wirkliche Nutzung des Werkes erst durch den Sender und nicht schon durch den Produzenten. Aus dieser Nutzung folgt aber der Anspruch auf angemessene Vergütung.⁹⁶ Es stellt sich daher die Frage, ob in der Filmbranche mit den wirklichen Werknutzern verhandelt wurde, da die Eigenschaft des Nutzers eher auf den Sender selbst zutrifft.⁹⁷ Das ZDF bestreitet die eigene Passivlegitimation zur Verhandlung, obwohl es bei vielen Verträgen sogar als zusätzlicher Vertragspartner anzusehen ist und selbst oft auch Zahlungsverpflichtungen übernimmt. Gleichzeitig scheiterte die Aushandlung gemeinsamer

⁸⁹ BT-Drucksache 14/8058 S.20.

⁹⁰ Vgl. Schricker, § 36 Rn.35.

⁹¹ BGH, Urteil v. 22.6.2011 I ZB 64/10.

⁹² Kasten, ZUM 2010, 130, (135); OLG München, AZ. 34 SchH 14/09; AZ 34 SchH 12/10.

⁹³ Kasten, ZUM 2010, 130, (135); Berger, § 21 Rn. 131.

⁹⁴ Berger, § 21 Rn. 140.

⁹⁵ Nordemann, Pfennig, ZUM 2005, 689, (691).

⁹⁶ Kasten, ZUM 2010, 130, (135).

⁹⁷ Nordemann, Pfennig, ZUM 2005, 689, (691).

Vergütungsregeln aber auch am Produzentenverband. Der argumentierte, dass er dafür zu abhängig von den Sendern sei: Alle Rechte würden an diese abgetreten.⁹⁸ Die Sender verweigern Aushandlungen aber unter dem Hinweis auf das Fehlen der direkten Vertragspartnerschaft. Nur der Werknutzer, also der Verwerter, sei direkter Vertragspartner und eben nicht der Sender. Da er aber über die Vergütung für die Nutzung des Werkes und Inhalt sowie materiellen Umfang aller zentralen Vertragsabreden bestimmt, scheint es nur logisch, ihn als rechtmäßigen Verhandlungspartner anzusehen. Er bestimmt über die letztendliche Werknutzung, denn der Auftragsproduzent kann eine angemessene Vergütung nicht zugesagen, weil er den Verwertungsprozess nicht steuern kann.⁹⁹ Der Wortlaut der Begründung des Regierungsentwurfs des § 36 UrhG „legt die Bestimmung der Angemessenheit von Vergütungen (...) in die Hände der Verbände der betroffenen Kreativen und ihrer primären Vertragspartner bei der Verwertung ihrer Werke und Leistungen“¹⁰⁰ spricht auf den ersten Blick vom primären Vertragspartner. „Bei der Verwertung ihrer Werke“ deutet aber auf die Eigenschaft als Werknutzer hin und bietet daher keinen Halt für die Argumentation der Sender, die oft auch noch zusätzliche Vertragspartner sind. Dazu kommt noch, dass die Betrachtungsweise der öffentlich-rechtlichen Sender im gesamten Bereich der Auftragsproduktion – die in der Filmbranche vorherrschend ist – dazu führen würde, dass keine gemeinsamen Vergütungsregeln entstehen könnten.¹⁰¹ Viel wahrscheinlicher ist es daher, dass aufgrund des zentralen Anliegens der Novelle der Gesetzgeber eher die tatsächliche und primäre Werknutzerschaft im Sinn hatte.¹⁰² Damit wäre es der Sinn und Zweck der Vorschrift, auf den Werknutzer abzuziehen. Nur so können sinnvolle Vergütungsregeln aufgestellt werden. Die Weigerung zum Schlichtungsverfahren wie beim ZDF¹⁰³ kann nicht das Ende sein. Jede andere Lösung würde den Grundgedanken der §§ 36 Abs. 3, 4 und 36 a UrhG zuwiderlaufen, die darauf abzielen, dass zumindest eine Indizwirkung des Schlichtungsspruchs zustande kommt.¹⁰⁴ Demnach ist die Sendeanstalt in solchen Fällen durchaus zur Aushandlung legitimiert. Der BGH sah dagegen das Bestehen bzw. Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses

⁹⁸ Kasten, ZUM 2010, 130f.

⁹⁹ Vgl. Nordemann, Pfennig, ZUM 2005, 689, (692/693); Kasten, ZUM 2010, 130, (135).

¹⁰⁰ BT-Druck 14/6433, S.12.

¹⁰¹ Kasten, ZUM 2010, 130, (134).

¹⁰² Kasten, ZUM 2010, 130, (136).

¹⁰³ Kasten, ZUM 2010, 130, (134).

¹⁰⁴ Vgl. Schricker, § 36a, Rn.7.

als Voraussetzung an. Darüber entschied das Gericht allerdings nicht.¹⁰⁵

2) Zivilverfahren zur Durchsetzung

Im Gesetz findet sich aber kein Anhaltspunkt, ob ein eigenständiger Anspruch auf ein Zivilverfahren zur Durchsetzung eines Schlichtungsverfahrens bestehen kann.¹⁰⁶ Es ist auch unklar, ob entweder das OLG, das die Schiedsstelle bestimmt, oder die Schiedsstelle selbst über das Vorliegen der Voraussetzungen eines Schlichtungsverfahrens entscheidet. Es gäbe zudem auch noch die Möglichkeit eines gesonderte Feststellungsverfahrens vor den ordentlichen Gerichten oder auf das Gericht zu warten, das über die Vergütungsforderung entscheidet.¹⁰⁷ Im einzigen einschlägigen Fall hat das KG Berlin nur über die Bestellung der Schlichtungsstelle entschieden. Die Klage über die Zulässigkeit wurde an das LG verwiesen.¹⁰⁸ Letzteres hat alle strittigen Fragen offengelassen und die Klage wegen fehlender Ermächtigung abgelehnt. Eine solche Verweisung kann unter Umständen dazu führen, dass es einen rechtskräftig bestimmten Vorsitzenden der Schlichtungsstelle gibt, aber nicht klar ist, ob die Durchführung des Verfahrens überhaupt zulässig ist.¹⁰⁹ Ein eigenständiges Zivilverfahren scheint daher eine sinnvolle Alternative zu sein, da eine Entscheidung der Schlichtungsstelle wenig Rechtssicherheit bieten würde.¹¹⁰ Der BGH entschied nun dementsprechend: Das Verfahren zur Bestellung eines Vorsitzenden und der Zahl der Beisitzer vom zuständigen OLG kann ausgesetzt werden, wenn über das Vorliegen der Voraussetzungen des Schlichtungsverfahrens Streit besteht und ein Rechtsstreit darüber z.B. beim LG anhängig ist.¹¹¹ Das wäre aus Gründen der Rechtssicherheit und der Prozessökonomie notwendig.

3) Ergebnis

Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass die bloße Erklärung nicht mehr länger zur Verhandlung von Vergütungsregeln ermächtigt zu sein, nicht zu einem Entzug der Ermächtigung führt. Die zu Beginn des Verfahrens bestehende Ermächtigung bleibt erhalten – rein taktisches Kalkül muss unbeachtet bleiben.¹¹² Außerdem verstößt das

¹⁰⁵ BGH, Urteil v. 22.6.2011 AZ. I ZB 64/10.

¹⁰⁶ Ory, ZUM 2006, 914, (918).

¹⁰⁷ v. Berger, ZUM 2007, 249, (255).

¹⁰⁸ Vgl. LG Frankfurt a.M. ZUM 2006, 948; KG, ZUM 2005, 229.

¹⁰⁹ Schwarz, ZUM 2010, 107, (109).

¹¹⁰ Vgl. Ory, ZUM 2006, 914, (918); OLG München, NJOZ 2010, 2405.

¹¹¹ BGH, Urteil v. 22.6.2011 AZ. I ZB 64/10.

¹¹² Vgl. Schricker, § 36 Rn. 59.

Beharren des ZDF, sich nur auf ein „freiwilliges“ Verfahren zur Verhandlung von Vergütungsregeln – nicht auf das gesetzlich vorgesehene – einzulassen, gegen den Grundsatz des „venire contra factum proprium“. Es kann nur einen Typ von Verhandlungen geben – keinen informellen oder freiwilligen.¹¹³ Ein solches Verhalten sollte nicht toleriert werden. Ein Verfahren nach § 36, 36 a UrhG kann daher nicht verweigert werden. Damit besteht zur Durchsetzung der Aufstellung von Vergütungsregeln zumindest die Indizwirkung des abgelehnten Schlichtungsvorschlags.

III) Durchsetzung bestehender Vergütungsregeln

Wie oben dargestellt besteht keine Rechtspflicht zur Aufstellung, da es sich lediglich um eine sanktionslose Soll-Vorschrift handelt. Das folgt auch daraus, dass der Vorschlag der Schlichtungsstelle nach § 36 Abs. 4 S. 2 UrhG abgelehnt werden kann.¹¹⁴ Es scheint, als hätte der Gesetzgeber auf die freiwillige Basis vertraut.¹¹⁵ Im Zusammenspiel mit § 32 UrhG wird doch ein gewisser Druck aufgebaut. Das zeigt die Indizwirkung des abgelehnten Schlichtungsspruchs.¹¹⁶

Sollten aber Vergütungsregeln bereits bestehen, müssen diese auch durchsetzbar sein. In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass keine Rechtspflicht bestehe die gemeinsamen Vergütungsregeln anzuwenden. Sie seien bloß eine Empfehlung an die Parteien. Aufgrund der fehlenden normativen Wirkung der Vergütungsregeln, kann der Verwerter trotz Greifen einer Vergütungsregel eine niedrigere Vergütung vorsehen, die dann angemessen ist. Das müsse wegen der Gesamtbetrachtung möglich bleiben.¹¹⁷

Wäre dieser Ansicht zu folgen, schiene die gesamte Regelung der § 32 i. V. m. § 36 UrhG verfehlt und sinnlos, da ausgehandelte Vergütungsregelungen ins Leere liefen.¹¹⁸ Fotografen¹¹⁹, Drehbuchautoren¹²⁰ und Grafiker¹²¹ haben bisher über § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG auf Einwilligung des Vertragspartners in eine Änderung des bestehenden Vertrags mit angemessener Vergütung geklagt.¹²² Diese Art von Einzelverfahren wurde meist aufgrund der kurzen Ver-

¹¹³ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 60.

¹¹⁴ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 24.

¹¹⁵ Flechsig, ZUM 2002, 423, (425).

¹¹⁶ Vgl. Wandtke, Rn. 2; Thüsing, GRUR 2002, 203, (212); v. Becker, ZUM 2007, 249, (255).

¹¹⁷ Vgl. Berger, ZUM 2003, 521, (530); Ory, AfP 2002, 93, (96).

¹¹⁸ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 16.

¹¹⁹ LG Stuttgart, ZUM 2009, 407; ZUM 2009, 77.

¹²⁰ KG, ZUM 2010, 346; LG Berlin, ZUM 2009, 781.

¹²¹ LG Stuttgart, ZUM 2008, 163.

¹²² Schippman, ZUM 2010, 782.

jahrungszeit des Anspruchs gewählt.¹²³ Sie birgt aber stigmatisierende Risiken. Problematisch ist, dass die Aktivlegitimation bei einer Klage nach § 32 UrhG als höchstpersönlicher Anspruch¹²⁴ auch nur beim Urheber selbst liegt – nicht beim Verband.¹²⁵ Einen völlig neuen Weg gehen daher die Verbände der Journalisten. Sie unterziehen die Honorar- und Nutzungsrechtsregelungen der Verlage einer AGB-Kontrolle und kommen so zu einem Verstoß nach §§ 307 Abs. 2 S. 1 BGB, § 11 S. 2 UrhG¹²⁶. Meist im einstweiligen Verfügungsverfahren begehren sie die Unterlassung der angegriffenen Regelungen – eine Rechtsfolge, die über § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG nicht zu erreichen wäre.¹²⁷ Diese seit 2007 angewandte Methode wurde auch nach Inkrafttreten der gemeinsamen Vergütungsregeln verfolgt.

Eine ähnliche Strategie stünde sicher auch den Filmverbänden zur Verfügung, um §§ 32 i. V. m. 36 UrhG durchsetzen zu können. Es soll sichergestellt werden, dass die vereinbarte Vergütung angemessen ist¹²⁸, sich also an die Vergütungsregel gehalten wird. Das würde der stigmatisierenden Wirkung eines „schwierigen“ Urhebers vorbeugen. Denn oft spricht es sich schnell herum, wenn ein Urheber querschießt. Das führt dann meist branchenweit zum Auftragsentzug.¹²⁹ Zur Durchsetzung durch Verbände bieten sich zwei Wege an: die AGB-Kontrolle über §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG bzw. das UKlaG oder die direkte Durchsetzung über das UWG mit der Vergütungsregel als gesetzlicher Regelung.

1) Die AGB-Kontrolle

Es ist also zu klären, ob die Honorarregelungen der Produzenten einer AGB-Kontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB zu unterziehen sind. Häufig werden sogenannte Formularverträge, Honorarbedingungen oder allgemeine Geschäftsbedingungen zur Verwirklichung vertraglicher Ansprüche verwendet.¹³⁰ In ihnen wird den Nutzern oft eine vorteilhaftere Position eingeräumt als der Gesetzgeber es ge-

¹²³ Schimmel, ZUM 2010, 95, (102).

¹²⁴ Berger, § 2 Rn. 25.

¹²⁵ Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 141.

¹²⁶ So LG Berlin, Urteil v. 9.12.2008, 16 O8/08; LG Mannheim, Urteil v. 9.11.2010, 2 O 145/10.

¹²⁷ LG Rostock, Urteil v. 31.07.2009, 3 O 166/0; LG Dortmund, Urteil v. 2.9.2010, 13 O 85/10; Schippan, ZUM 2010, 782.

¹²⁸ Schippan, ZUM 2010, 782, (785).

¹²⁹ Reber, GRUR INT 2011, 569, (571).

¹³⁰ Vgl. Rehbinder, Rn. 618; Wandtke, Kap. 3 Rn. 166.

dacht hat.¹³¹ Sie sollen primär die Einräumung von Rechten vereinfachen¹³², also den Aufwand und Transaktionskosten verringern. Damit AGBs wirksam werden, ist ihre Einbeziehung in den Vertrag nach §§ 305 ff. BGB notwendig. Diese Vorschriften sind auch auf urheberrechtliche Nutzungsverträge anwendbar. Individualvereinbarungen, auch mündliche, gehen AGBs immer vor.¹³³ Eine abstrakte Inhaltskontrolle kann über §§ 3, 4 Nr. 11 UWG¹³⁴ und nach UKlaG erfolgen. Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Benutzung gesetzeswidriger AGB sind das UKlaG und das UWG also einschlägig. Ersteres ist in diesem Bezug nicht vorrangig oder abschließend.¹³⁵ Demnach ergibt sich auch die Aktivlegitimation entweder nach dem UKlaG oder nach § 8 Abs. 3 UWG.

Bei vorliegender Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG kann der Filmverband also auch Ansprüche des UWG geltend machen. Klauseln, die gegen AGB-Recht verstößen, sind dann unwirksam. Das ist der Fall, wenn es sich um eine unangemessene Benachteiligung handelt (§ 307 Abs. 1 S.1 BGB) oder wesentlich vom Grundgedanken des Gesetzes abgewichen wird (§ 307 Abs. 1 S.2 BGB).¹³⁶ Die Verbände versuchten durch diverse Klagen, die Rechte der Urheber durchzusetzen.¹³⁷

a) Der Urheber als Unternehmer

Ein freier Urheber ist in persönlicher Hinsicht ein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB.¹³⁸ Das hat zur Folge, dass eine AGB-Kontrolle gemäß § 310 Abs. 1 BGB nur eingeschränkt möglich ist. Eine schärfere Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ist aber zulässig.¹³⁹ Eine andere Ansicht plädiert dafür, dass die Einschränkungen nach § 310 Abs. 1 BGB unbeachtet bleiben sollten. Zur Begründung wird auf die verbraucherähnliche Unterlegenheit der Urheber in Bezug auf die Werknutzer verwiesen.¹⁴⁰ Diese Ansicht kann nicht überzeugen, da auch eine schärfere Inhaltskontrolle nach § 307

¹³¹ Schimmel, ZUM 2010, 95, (97).

¹³² Vgl. Nordemann, Vor § 31ff. Rn. 192; Castendyk, ZUM 2007, 169.

¹³³ Vgl. Nordemann, Vor § 31 ff. Rn. 192, 200.

¹³⁴ Näheres in Armgard, WGP 2009, 122-127.

¹³⁵ Vgl. OLG Jena, GRUR RR 2006, 283, Köhler § 4 UWG Rn. 11.17, Köhler, GRUR 2004, 381, (386).

¹³⁶ Hertin, Rn. 479.

¹³⁷ LG Mannheim, Urteil v. 9.11.2010 2 O 145/10; LG München I, Urteil v. 7.6.2010 7 O 10769/10; LG Rostock, Urteil v. 31.7.2009, 3 O 166/0; LG Dortmund, Urteil v. 2.9.2010, 13 O 85/10; LG Berlin, Urteil v. 9.12.2008, 16 O 8/08.

¹³⁸ LG Rostock, Urteil v. 31.7.2009, 3 O 166/0; Schack, Rn. 1088.

¹³⁹ Vgl. Nordemann, Vor § 31 ff. Rn. 195; Dreier, § 31 Rn. 14; Hertin, Rn. 479; Castendyk, ZUM 2007, 169, (171).

¹⁴⁰ Vgl. Rehbinder, Rn. 618.

BGB Abhängigkeiten kompensieren kann.¹⁴¹ Im Bezug auf die Vergütung haben §§ 11 S. 2, 32 ff. UrhG seit der Urheberrechtsreform von 2002 Leitbildfunktion.¹⁴² Sie legen den Grundsatz der angemessenen Vergütung fest, also eine Beteiligung des Urhebers am Gewinn.¹⁴³ Danach müssten sich die AGB an diesen Grundsätzen messen lassen. Nach älterer BGH-Rechtsprechung¹⁴⁴ kann als gesetzliches Leitbild nur dispositives Gesetzesrecht herangezogen werden, aber in keinem Fall bloße Auslegungsregeln.¹⁴⁵ Die Praxis lehnt eine Unterscheidung zwischen Auslegungsregel und dispositiven Recht ab. Sie hält das für künstlich.¹⁴⁶ Begründet wird diese Ansicht damit, dass statt der Auslegungsregel mit gleichem gesetzgeberischem Ziel auch dispositives Recht verwendet werden kann.¹⁴⁷

b) Leistungskontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB

Eine AGB-Kontrolle mit Blick auf unangemessene Benachteiligung des Urhebers bezüglich der Höhe der Vergütung ist problematisch. Es könnte sich um eine Kontrolle des eigentlichen Leistungsgegenstandes (*essentialia negotii*), nämlich der Höhe des Preises handeln.¹⁴⁸ Diese scheidet nach § 307 Abs. 3 BGB aber grundsätzlich aus.¹⁴⁹ So hat auch bereits der BGH argumentiert.¹⁵⁰ Die Problematik der Vergütung kann dann regelmäßig nicht über das AGB-Recht korrigiert werden. Denn eine formularmäßige Vereinbarung einer Einmalzahlung als Preisvereinbarung über den Leistungsgegenstand ist nicht kontrollfähig.¹⁵¹ Dagegen steht der Einwand, dass das Urheberrecht sich sehr gewandelt hat. Heute steht im Gegensatz zu 1982 der Grundsatz des § 11 S. 2 UrhG ausdrücklich fest. Die alte Rechtsprechung könnte daher nicht mehr tragbar sein, da die Einführung der Leitbilder wohl auf eine erweiterte

¹⁴¹ Vgl. Homann, S. 96; Schack, Rn. 1088.

¹⁴² Vgl. Nordemann, Vor §§ 31 ff Rn. 203.

¹⁴³ BT Druck 14/6433 S. 9, LG Berlin, ZUM RD 2008 18, 19 Springer; BGH, GRUR 1984, 45 Honorarbedingungen: Sendeverträge.

¹⁴⁴ Vgl. BGH, GRUR 1984, 45ff. Honorarbedingungen: Sendeverträge.

¹⁴⁵ Vgl. KG, GRUR 1984, 509, (513).

¹⁴⁶ Vgl. Schricker, Vor §§ 28 ff. Rn. 14; Nordemann, Vor § 31 ff Rn. 203.

¹⁴⁷ Vgl. Nordemann ,Vor § 31 ff. Rn 203.

¹⁴⁸ Vgl. Schippan, ZUM 2010, 782, (785); Schricker, GRUR INT 2002, 797, (799).

¹⁴⁹ Vgl. Schack, Rn 1087; Nordemann, Vor §§ 31 ff. Rn. 204; Ory, AfP 2002, 93, (95/96); Will, ZUM 2011, 206, (208).

¹⁵⁰ Vgl. BGH, GRUR 1984, 45 Honorarbedingungen: Sendeverträge.

¹⁵¹ A.A LG Berlin, ZUM RD 2008 18, 19; gleicher Ansicht BGH, GRUR 1984, 45 Honorarbedingungen: Sendeverträge.

AGB-Kontrolle hinauslaufen sollte.¹⁵² Trotz all dem haben sich aber die Grundbedingungen nicht verändert. Noch immer gibt es keine gesetzliche Vorgabe, um die Höhe der Vergütung zu vergleichen¹⁵³ – zumindest nicht solange keine gemeinsamen Vergütungsregeln bestehen. Auch das geringe Schutzbedürfnis des Urhebers bei Vergütungsfragen in AGBs wirft Bedenken auf. Die Höhe der Vergütung stellt schließlich eine Hauptleistung dar und lässt eine erhöhte Wachsamkeit auf Seiten des Urhebers erwarten.¹⁵⁴ Außerdem muss auch die Freiheit von Angebot und Nachfrage im Auge behalten werden. All das spricht daher gegen die Inhaltskontrolle nach ABG-Recht bezüglich der Höhe der Vergütung. Anders wäre es, wenn es sich bloß um eine mittelbare Auswirkung handeln würde. Allerdings ist das bei Vergütungsregeln nicht der Fall, da das Synallagma bereits im Gesetzeswortlaut steht.¹⁵⁵

c) Vergütungsregel und AGB

Es muss desweiteren zwischen gemeinsamer Vergütungsregel und AGB unterschieden werden.¹⁵⁶ Denn gemeinsame Vergütungsregeln an sich sind nicht über die AGB-Kontrolle überprüfbar. Auch eine Parallel zu Tarifverträgen untermauert diese These. Bei Verträgen mit arbeitnehmerähnlichen Personen i. S. v. § 12a TVG und Arbeitsverträgen ist die Überprüfbarkeit nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB eingeschränkt.¹⁵⁷ § 310 Abs. 4 BGB wird wohl für Vergütungsregeln analog angewendet werden müssen, da ihr Zustandekommen den Tarifverträgen gleicht.¹⁵⁸ Es gibt auch Stimmen in der Literatur, die § 307 Abs. 4 BGB restriktiv auslegen und da es sich um eine Ausnahme handelt keine Analogie zulassen wollen.¹⁵⁹ Dagegen spricht die Intention des Gesetzgebers die unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit für Vergütungsregeln aufzustellen. Das schließt eine Überprüfung nach §§ 305 ff. aus.¹⁶⁰ Daher muss sichergestellt werden, dass es sich um AGB und nicht um Vergütungsregeln handelt. Werden gemeinsame Vergü-

¹⁵² Vgl. Hertin, Rn. 482; LG HH, Urteil vom 4.5.2010, 312-O 703/09; BT-Druck 14/8058, 41.

¹⁵³ Will, ZUM 2011, 206, (208).

¹⁵⁴ Vgl. LG München I, Urteil v. 18.8.2010, 7 O 10769/10.

¹⁵⁵ LG München I, Urteil v. 18.8.2010, 7O10769/10.

¹⁵⁶ OLG München, Urteil v. 21.4.2011, 644127/10.

¹⁵⁷ Vgl. Castendyk, ZUM 2007, 169.

¹⁵⁸ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 25; Dreier, § 36 Rn. 36; Ory, AfP 2002, 93, (103).

¹⁵⁹ Flechsig, ZUM 2002, 423, (429).

¹⁶⁰ Flechsig, ZUM 2002, 423, (429).

tungsregeln aber fragmentarisch in AGB verwendet, ist die Kontrolle dieser nicht ausgeschlossen.¹⁶¹

Des Weiteren wirft ein Blick auf die Systematik Zweifel über die Vereinbarkeit der AGB-Kontrolle mit der Dogmatik des § 32 UrhG auf.¹⁶² Zu den Bedenken aus § 307 Abs. 3 BGB kommt noch der Fakt, dass die Rechtsfolge der AGB-Kontrolle „Unwirksamkeit“ wäre. Über § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG wird allerdings nur ein Anspruch auf Vertragsanpassung gewährt. Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen lassen sich nicht miteinander vereinbaren, ohne dass § 32 UrhG bedeutungslos werden würde. In der Literatur findet sich zudem die Meinung, dass es sich bei § 32 UrhG um eine spezialgesetzliche Regelung¹⁶³ handelt, und eine Inhaltskontrolle über § 307 BGB daher nicht in Frage kommen kann.¹⁶⁴ § 32 UrhG regelt die Bedürfnisse der Urheber konkreter in einer Art individualrechtlicher Inhaltskontrolle – nicht abstrakt wie die AGB-Überprüfung.¹⁶⁵ Damit hätten beide Kontrollmöglichkeiten komplett andere Ansätze. Andere Stimmen befürworten die Beachtung der §§ 32 f. UrhG in der AGB-Kontrolle. Es handele sich mehr um ein „Ergänzungsverhältnis“, das auf unterschiedliche Rechtsfolgen gerichtet sei.¹⁶⁶ Verwiesen wird auch auf den Wortlaut der Norm und die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags.¹⁶⁷ Letztere sagt klar, dass die §§ 32 ff. UrhG dort greifen sollen, wo die AGB-Kontrolle versagt.¹⁶⁸ In der Übersetzer-Entscheidung¹⁶⁹ hat der BGH jedenfalls festgestellt, dass es sich bei den §§ 11 S. 2, 32 ff. UrhG¹⁷⁰ um Preisvereinbarungen handelt, die der AGB-Kontrolle entzogen sind (s.o.)¹⁷¹. Dagegen hilft auch der Einwand nicht, dass der Anspruch auf Einwilligung in die Vertragsänderung mühsam, teuer und langwierig wäre, denn scheinbar wurde dieser Weg so vom Gesetzgeber gewollt.

¹⁶¹ Flechsig, ZUM 2002, 423, (429).

¹⁶² Will, ZUM 2011, 206, (207).

¹⁶³ LG München I, Urteil v. 18.8.2010, 7O10769/10; Will, ZUM 2011, 206, (210).

¹⁶⁴ LG München I, ZUM 2010, 825, 827 ff; v. Westfalen, AfP 2008, 21, (23).

¹⁶⁵ Vgl. v. Westfalen, AfP 2008, 21, (23); Will, ZUM 2011, 206, (210); a.A. Schulze in Dreier, § 31 Rn 14 keine Einzelfallbetrachtung..

¹⁶⁶ Redaktion GRUR PRAX 2010, 514 Anm. Lindhorst; LG HH, ZUM 2010, 72,73.

¹⁶⁷ BT Druck, 14/8058 S. 17/18.

¹⁶⁸ OLG München I, Urteil v. 21.4.2011 – 6 U 4127/10; BeckRS 2011, 08329.

¹⁶⁹ BGH, GRUR 2009, 1148 – Talking to Addison.

¹⁷⁰ Vgl. Redaktion GRUR PRAX 2010, 106 Anm. Castendyk.

¹⁷¹ Vgl. Schack, Rn. 959.

d) Ergebnis

Daher scheidet eine AGB-Kontrolle zur Durchsetzung der Vergütungsregeln letztlich aus.¹⁷² Es ist zumindest auf Grund der Bandbreite an Argumenten sicherer, einen anderen Weg zu wählen. In Fragen Höhe der Vergütung eignet sich damit nur der § 32 UrhG. Eine AGB-Kontrolle der Bedingungen der Produzenten ist nur über das Leitbild des § 11 S. 2 UrhG möglich, um eine angemessene Beteiligung des Urhebers überhaupt zu gewährleisten.¹⁷³ Die Berücksichtigung des § 32 UrhG über § 307 BGB – also die Kontrolle der Höhe der Vergütung - fällt unter das Kontrollverbot des § 307 Abs. 3 BGB. Das ist allerdings nicht der Fall, wenn es nur um Drittverwertungsrechte geht. Diese sind nicht essentialia negotii.¹⁷⁴ Damit lassen sich keine Ansprüche des UKlaG oder UWG über eine Inhaltskontrolle durchsetzen. Ob die Aktivlegitimation besteht, ist daher nicht relevant.

2) §§ 3, 4 Nr. 11, 8 Abs. 3 UWG

Ein anderer Weg für die Verbände zur Durchsetzung gemeinsamer Vergütungsregeln könnte direkt das Wettbewerbsrecht sein. Es kann in dem Verstoß gegen Vergütungsregeln nach §§ 32 i. V. m. § 36 UrhG ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG liegen. Die Verbände würden dann einen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 1 2. Alt. UWG geltend machen. Die Wiederholungsgefahr wird aufgrund der widerleglichen Vermutung gegeben sein.

a) Aktivlegitimation § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG

Die Filmverbände müssen aktiv legitimiert sein um klagen zu können. Um § 32 UrhG über § 4 Nr. 11 UWG durchsetzen zu können, müssen die Filmverbände nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG oder nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG aktiv legitimiert sein. Ist der Verband letzteres, ist er jedenfalls aktiv legitimiert. Für § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG müssen aber folgende Voraussetzungen gegeben sein.

aa) Rechtsfähigkeit und Förderung von Interessen

Um aktiv legitimiert zu sein, muss der Verband rechtsfähig sein und zur Förderung gewerblicher und selbstständiger beruflicher Interessen handeln. Rechtsfähig sind alle juristischen Personen des Privat-

¹⁷² LG München I, ZUM 2010, 825.

¹⁷³ LG HH, Urteil v. 1.6.2010 312 O 224/10; Loewenheim, § 29 Rn. 156-157; Schricker, GRUR INT 2002, 797, (799).

¹⁷⁴ OLG München I, Urteil v. 21.4.2011 – 6 U 4127/10; BeckRS 2011, 08329.

rechts, so auch der eingetragene Verein.¹⁷⁵ Verbände, die unter diese Voraussetzung fallen, sind häufig Vereine zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs sowie Berufsverbände.¹⁷⁶ Sie müssen in ihrer Satzung die Zielsetzung verankert haben, die Interessen der Mitglieder zu fördern.¹⁷⁷ Die Ermächtigung zu diesem Zweck muss aber nicht unbedingt ausdrücklich in der Satzung genannt sein.¹⁷⁸ Sie darf nur nicht Vorwand dazu sein, sich selbst, Mitarbeitern oder Anwälten Einnahmen zu verschaffen¹⁷⁹. Ein Indiz dafür wären z.B. überhöhte Abmahngebühren. Der Verband darf also nur Ansprüche innerhalb seines satzungsmäßigen Interessenbereichs verfolgen. Dies wird solange vermutet, wie der Prozessgegner es nicht widerlegt.¹⁸⁰ Diese Voraussetzung lässt sich also im Zweifel durch eine Satzungsänderung für jeden Filmverband erfüllen.

bb) Erhebliche Zahl

Außerdem muss eine erhebliche Zahl von Unternehmen dem Verband angehören, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt anbieten müssen, wie das Unternehmen, dem die Verletzungshandlung vorgeworfen wird. Erheblich meint eine „für das Wettbewerbsgeschehen auf dem Markt repräsentative Anzahl von Mitbewerbern aus der betroffenen Branche“¹⁸¹. Es soll die repräsentative Rolle und wirtschaftliche Bedeutung des Verbands beurteilt werden.¹⁸² Welche Anzahl erheblich ist, lässt sich nicht generell bestimmen.¹⁸³ Vielmehr muss nachgewiesen werden, dass es um die ernsthafte kollektive Wahrnehmung der Mitgliederinteressen geht.¹⁸⁴ Dies sollte für die großen Filmverbände der Regisseure und Kameramänner kein Hindernis sein (s.o. unter Repräsentativität). Lediglich bei kleineren Verbänden wäre dieser Punkt erwähnenswert – ließe sich aber durch eine Zusammenarbeit mit anderen Verbänden umgehen.

cc) Wettbewerbsverhältnis

Es muss sich zudem um Unternehmer handeln, die auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt als Wettbewerber agieren,

¹⁷⁵ Vgl. Köhler, § 8 Rn. 3.31.

¹⁷⁶ Vgl. Boesche, Rn. 59.

¹⁷⁷ Vgl. Köhler, § 8 Rn. 3.34.

¹⁷⁸ Vgl. BGH, GRUR 2005, 689, 690 Sammelmitgliedschaft III.

¹⁷⁹ Vgl. Köhler, § 8 Rn. 3.34.

¹⁸⁰ Vgl. Boesche, Rn. 59.

¹⁸¹ Gesetzesbegründung, WRP 1994, 369, 378.

¹⁸² Vgl. Boesche, Rn. 61.

¹⁸³ Vgl. BGH, GRUR 1998, 489, 491 Unbestimmter Unterlassungsantrag III.

¹⁸⁴ Vgl. Köhler, § 8 Rn. 3.42a.

also um Kunden konkurrieren.¹⁸⁵ Abzustellen ist auf die Mitglieder des Verbands. Wichtig ist also ein Wettbewerbsverhältnis, das durch Zugehörigkeit zur selben Branche oder durch eine Wechselbeziehung von Vor- und Nachteilen begründet wird.¹⁸⁶ Der Absatz des einen muss den des anderen behindern oder zerstören. Die Urheber bieten dem Verwerter Nutzungsrechte samt dem Recht auf Weiterübertragung an ihren Filmwerken gegen Entgelt an. Dies tun sie innerhalb der Filmbranche. Wenn sich die Werknutzer alle weiterübertragbaren Nutzungsrechte von den Urhebern einräumen lassen, treten sie auf dem Filmmarkt an die Stelle dieser, da sie nun in der Lage sind, in der Filmbranche die gleiche Ware, nämlich die Nutzungsrechte, anzubieten. Es handelt sich zwar um Urheber und Produzenten, die unterschiedliche Aufgaben erfüllen, aber um in einem Wettbewerbsverhältnis zu sein, müssen Verletzter und Unternehmer nicht auf der gleichen Wirtschaftsstufe stehen.¹⁸⁷ Somit bieten die Produzenten die Nutzungsrechte, also die gleiche Dienstleistungen (Rechte), die sie von den Urhebern erhalten haben, auf dem gleichen räumlichen und sachlichen Markt wie die Urheber ähnlich einer Agentur¹⁸⁸ an. Dabei ist es nicht beachtlich, dass der Vertrieb der Waren nicht ausschließlicher Gegenstand der Geschäftstätigkeit der Produzenten ist. Er darf nur nicht völlig untergeordnet sein.¹⁸⁹ Die Übertragung der Nutzungsrechte an Dritte gehört zum Geschäft der Werknutzer/Produzenten, durch das sie Geld erwirtschaften. Die Zugehörigkeit zu einer Branche ist ein ausreichendes Kriterium für die Marktabgrenzung.¹⁹⁰ Würde der Urheber des Filmwerks derartige Nutzungsrechte nicht an den Nutzer abgeben, könnte er sein Werk anderweitig anbieten.¹⁹¹ Somit bestünde zumindest ein Wettbewerbsverhältnis auf dem Absatzmarkt.¹⁹² Es kann aber eingewandt werden, dass es hier um die Vergütung der Urheber gehe, also um die ursprüngliche Erbringung der Leistung und nicht den Absatz der Leistung.¹⁹³ Allerdings bleibt bei einer solchen Argumentation verkannt, dass die Vergütung als Gegenzug der Nutzungsrechtsübertragung verstanden wer-

¹⁸⁵ Vgl. BGH, GRUR 2000, 1084, 1085 Unternehmenskennzeichnung; BGH, GRUR 1998, 489, 491 Unbestimmter Unterlassungsantrag III.

¹⁸⁶ Vgl. Köhler, § 8 Rn. 3.35.

¹⁸⁷ Vgl. Köhler, § 8 Rn. 3.38a.

¹⁸⁸ So in LG HH, Urteil v. 4.5. 2010, 312 O 703/09.

¹⁸⁹ Vgl. Köhler, § 8 Rn. 3.37.

¹⁹⁰ Vgl. Köhler, § 8 Rn. 3.38a, BGH ,GRUR 2006, 778 Tz 19 – Sammelmitgliedschaft IV.

¹⁹¹ Vgl. Homann, S. 126.

¹⁹² So auch LG Mannheim, Urteil v. 9.11.2010, 2 O 145/10.

¹⁹³KG Berlin, Urteil v. 26.3.2010 5 U 66/09; LG Mannheim, Urteil v. 9.11.2010, 2 O 145/10.

den muss¹⁹⁴ und dem Kreativen dazu dient, den Lebensunterhalt zu bestreiten. Die Vergütung erfolgt in erster Linie für die Übertragung der Rechte und nicht für die Leistung des Filmschaffens. Damit ist der entscheidende Anknüpfungspunkt für den urheberrechtlichen Vergütungsanspruch die Rechtseinräumung, die Art und der Umfang der Nutzung.¹⁹⁵ In anderen Worten: Der Anspruch auf angemessene Vergütung aus § 32 UrhG entsteht nicht aus der Werkherstellung, sondern aus Einräumung und Wahrnehmung von Nutzungsrechten.¹⁹⁶ Es muss also zwischen Werkvergütung und Nutzungsvergütung nach § 32 UrhG als zwei verschiedene Vergütungsebenen unterschieden werden, um den Besonderheiten des § 32 UrhG gerecht zu werden.¹⁹⁷ Das ergibt sich aus den dogmatisch unterschiedlichen Anknüpfungspunkten. Die urheberrechtlichen Vergütungsansprüche knüpfen an die Verwertungsrechte an, während für das Gehalt Arbeitsleistung und Arbeitszeit entscheidend sind.¹⁹⁸ Der geldliche, urheberrechtliche Anspruch steht unter dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG und ist eigener Art. Er existiert unabhängig vom Arbeitslohn oder Arbeitsverhältnis.¹⁹⁹ Eine Übertragung der Nutzungsrechte kann nicht nur gegenüber dem Produzenten, sondern theoretisch auch gegenüber Sendern stattfinden. Es geht bei einer solchen Rechteübertragung also um den Absatz der Leistung. Allein die hypothetische Möglichkeit, dass die Filmwerkurheber die Nutzungsrechte auf dem gleichen Markt wie die Produzenten anbieten können, reicht für das Wettbewerbsverhältnis also aus.²⁰⁰ Der Absatz der Filmurheber kann den des Produzenten durchaus behindern. Daher liegt ein Wettbewerbsverhältnis vor.

dd) Finanzielle Ausstattung

Zudem muss der Verband nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung dazu imstande sein, seinen satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung der Interessen tatsächlich nachzukommen. Der Satzungszweck muss also tatsächlich wahrnehmbar sein. Dieses Kriterium soll in erster Linie Abmahnvereinen vor-

¹⁹⁴ Berger, ZUM 2010, 90, (93); BGH, GRUR 2009, 1148 – Talking to Adison.

¹⁹⁵ Wandtke, GRUR INT 2010, 706.

¹⁹⁶ Kasten, ZUM 2010, 130, (135).

¹⁹⁷ Vgl. Wandtke, GRUR INT 2010, 704, (706); Wandtke, Kap. 3, Rn. 201; Reber, GRUR INT 2011, 569.

¹⁹⁸ Vgl. Wandtke, GRUR INT 2010, 704, (706).

¹⁹⁹ Vgl. Wandtke, Kap. 3, Rn. 201.

²⁰⁰ So LG Berlin, Urteil v. 9.12. 2008, 16 O 8/08; LG HH, Urteil v. 4. 5. 2010, 312 O 703/09; LG HH, Urteil v. 1.6.2010, 312 O 224/10; LG Mannheim, Urteil v. 9.11. 2010, 2 O 145/10.

beugen.²⁰¹ Die Filmverbände verfügen über zur sachlichen Ausstattung nötige Sachmittel wie etwa Büroräume und sind auch finanziell in der Lage ihre Existenz abzudecken.

ee) Berührungen der Interessen der Mitglieder

Kumulativ muss auch den Interessen der Mitglieder gedient sein.²⁰² Das ist insbesondere der Fall, wenn die Mitglieder auf Grund der Zuwiderhandlung selbst einen eigenen Anspruch aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG haben.²⁰³ Da die Urheber in einem Wettbewerbsverhältnis zu den Produzenten stehen (s.o.), besteht für jeden einzelnen eine Aktivlegitimation und ein Interesse nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

ff) Ergebnis

Damit ist die Aktivlegitimation der Filmverbände gegeben.

b) Passivlegitimation

Als Verletzer sind die Produzenten auch passivlegitimiert.

c) §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG

Die Voraussetzungen der §§ 3, 4 Nr. 11 UWG müssen erfüllt sein.

d) Geschäftliche Handlung § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

Es muss eine geschäftliche Handlung iSd § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorliegen. Das ist jede Handlung einer Person zugunsten des eigenen oder fremden Unternehmens bei oder nach einem Geschäftsabschluss, die mit Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren/Dienstleistungen oder mit Abschluss oder Durchführung eines Vertrags über Waren/Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Als Dienstleistungen gelten auch Rechte und Verpflichtungen. Das ist der Fall, wenn ein objektiver Zusammenhang mit Absatzförderung vorliegt (unternehmerisches Handeln), der weit auszulegen ist.²⁰⁴ Die Absatzförderung muss also das objektive Ziel der Handlung sein. Durch die Unterschreitung der Vergütungsregel hat der Produzent eine bessere betriebswirtschaftliche Ausgangslage. Er kann die Gestaltung der Nutzungsrechtsangebote günstiger gestalten als die Urheber – dabei kommt es nicht auf den Erfolg im

²⁰¹ Vgl. Boesche, Rn. 62.

²⁰² Vgl. Boesche, Rn. 63.

²⁰³ Vgl. Köhler, § 8 Rn. 3.51.

²⁰⁴ Vgl. Schiwy, S. 754.

Wettbewerb an.²⁰⁵ Damit will er objektiv seinen Absatz fördern. Es liegt also eine geschäftliche Handlung vor.

Es muss sich auch um unlauteres Verhalten handeln. Dies könnte sich aus § 4 Nr. 11 UWG ergeben.

e) Vorliegen einer gesetzlichen Vorschrift

Eine gesetzliche Vorschrift i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG ist jede Rechtsnorm mit Gültigkeit im Inland nach Art. 2 EGBGB, also auch einfache Gesetze. Damit ist dieses Merkmal weit auszulegen.²⁰⁶ Gemeinsame Vergütungsregeln besitzen selbst keine normative Wirkung.²⁰⁷ Über § 32 UrhG entfalten sie jedenfalls einen normausfüllenden Charakter.²⁰⁸ Gemeinsame Vergütungsregeln schließen den Anspruch auf Vertragsänderung nicht aus, sie gelten nur als Maßstab für die Angemessenheit.²⁰⁹

f) Bestimmung der Norm

Die Schutzfunktion der Norm muss zumindest sekundär zu Gunsten anderer Marktteilnehmer sein. Der Zweck muss also dem wettbewerbsrechtlichen Interesse der Marktteilnehmer dienen, das Marktverhalten zu regeln und das nicht nur potenziell oder individuell.²¹⁰ Das ist zum Beispiel der Fall, wenn die Vorschrift Handlungs- oder Unterlassungspflichten aufstellt (z.B. Informations- oder Kennzeichnungspflichten).²¹¹ Keine Marktverhalten regelnden Normen sind solche über den Produktionsprozess oder Arbeitsbedingungen.²¹² Die Schutzfunktion des UWG ist nämlich nicht die generelle Bestrafung von Gesetzesverstößen, sondern nur die Sanktion eines Verstoßes gegen eine solche Norm, die das Verhalten am Markt im Interesse der Marktteilnehmer regelt.²¹³ Sie soll also die Freiheit der wettbewerblichen Entfaltung der Mitbewerber schützen. Das Interesse der Mitbewerber an der Einhaltung der Vorschrift ist allein nicht ausreichend, da das Entstehen gleicher Voraussetzungen nicht der Zweck, sondern Folge einer gesetzlichen

²⁰⁵ Ähnlich für Tarifverträge: BGH, NJW 1993, 1010; so auch Glöckner, GRUR 2008, 960, (966).

²⁰⁶ Götting, § 4 Nr. 11, 11.34.

²⁰⁷ Vgl. Schricker, § 36 Rn.29; Ory, AfP 2002, 93.

²⁰⁸ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 29.

²⁰⁹ Vgl. Schricker, § 32 Rn. 24.

²¹⁰ Götting, § 4 Nr. 11, 11.39; Köhler, § 4 Rn.11.35b.

²¹¹ Vgl. Piper, § 4 Rn. 11/14, 11/15.

²¹² Emmrich, § 20 Rn. 19.

²¹³ Vgl. Boesche, Rn. 430.

Regelung ist.²¹⁴ Auch die sogenannte Vorsprungserlangung gegenüber einem gesetzestreuen Konkurrenten kann in diesem Fall weder § 4 Nr. 11 UWG noch in unmittelbarer Anwendung § 3 I UWG begründen.²¹⁵ Regelungen ohne Marktbezug scheiden also von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG aus. Sie können auch nicht über die Generalklausel § 3 UWG sanktioniert werden.²¹⁶ Ob ein Marktbezug vorliegt ist durch Auslegung des Normzwecks zu klären.²¹⁷ Marktverhaltensregeln beziehen sich oft auf den Absatz oder Bezug, sie können aber auch das Verhalten beim Abschluss und der Durchführung eines Vertrags regeln (wie §§ 307 f. BGB).²¹⁸ Es gibt keine Legaldefinition. Allerdings ist das Vermeiden von Ungleichbehandlung ein Indiz für das Vorliegen.²¹⁹ Vorschriften des Urheberrechts stellen normalerweise²²⁰ keine Marktverhaltensregeln dar, da sie nicht den Zweck haben, den Wettbewerb zu regeln und damit zur Chancengleichheit beizutragen.²²¹ Ein Wettbewerbsbezug besteht nur ausnahmsweise.²²² § 32 i. V. m. § 36 UrhG könnte aber eine solche Ausnahme sein, wenn eine Parallele zu vergleichbaren Ausnahme-vorschriften vorliegt.

aa) Mindestpreisvorschriften wie z.B. § 4 HOAI

Mindestpreisvorschriften stellen Marktverhaltensregeln im Interesse der Mitbewerber dar.²²³ Sie sollen ruinösem Preiswettbewerb vorbeugen und gleichzeitig gleiche rechtliche Voraussetzungen für alle Wettbewerber auf dem Markt schaffen.²²⁴ Ein Verstoß gegen solche Vorschriften stellt eine unlautere Handlung dar.²²⁵ Hier könnte eine Parallele zu den gemeinsamen Vergütungsregeln i. S. d. § 36 UrhG bestehen. Allerdings hat der Gesetzgeber gerade bei den Vergütungsregeln nicht selbst Mindestpreise festgelegt, sondern ist einen anderen Weg gegangen. Sinn der Vorschrift ist das Aushandeln auf Augenhöhe. Gründe wie das Allgemeinwohl oder das Sichern kreativen Schaffens sind nach der Gesetzesbegründung nicht Grund der Regelung. Gerade hier liegt ein ent-

²¹⁴ Vgl. Köhler, § 4 Rn. 11.35c.

²¹⁵ Vgl. Piper, § 4 Rn. 11/16; Harte-Bavendamm, § 4 Nr. 11 Rn. 141.

²¹⁶ Vgl. Köhler, § 4 Rn. 11.36; Piper § 4 Rn 11/8.

²¹⁷ Vgl. BGH, GRUR 2001, 1067 Abgasemission.

²¹⁸ Vgl. Köhler, § 4 Rn. 11.23.

²¹⁹ Vgl. Ullmann, § 4 Nr. 11 Rn. 59, 61.

²²⁰ Vgl. Boesche, Rn. 430.

²²¹ Vgl. Köhler, § 4 Rn. 11.40.

²²² Vgl. BT-Druck 15/1487, S. 19.

²²³ BGH, GRUR 2006, 955 Tz 11 Gebührenvereinbarung II; Lettl, Rn. 315.

²²⁴ Vgl. BGH, GRUR 2003, 969, 970 Ausschreibung von Vermessungsleistungen.

²²⁵ Vgl. Köhler, § 4 Rn. 11.139; BGH, WRP 2006, 1221 ff.

scheidender Unterschied zu Vergütungsordnungen.²²⁶ Eine Vergleichbarkeit liegt daher eher fern.²²⁷

bb) Parallele zu Tarifverträgen

Vorschriften i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG sind gesetzliche Mindestlohnregelungen z.B. nach § 5 TVG. Allgemeinverbindlich erklärte Tarifvereinbarungen regeln zwar nicht das Verhalten auf dem Absatzmarkt, wohl aber das auf dem Beschaffungsmarkt für Arbeitsleistungen.²²⁸ Daher fallen sie unter § 4 Nr. 11 UWG.

Tarifverträge sind schriftliche Vereinbarungen zwischen den Arbeitgebern bzw. ihren Verbänden und Arbeitnehmergruppierungen (Gewerkschaften).²²⁹ Wenn gemeinsame Vergütungsregelungen mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen vergleichbar sind, können sie auch unter § 4 Nr. 11 UWG fallen. Jedenfalls können sie so zumindest über den Wortlaut als gesetzliche Vorschrift i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG durchgehen. Schon der Professorenentwurf lehnte sich nämlich noch eng an das Tarifvertrags-Modell an.²³⁰

(1) Vorrang von Tarifverträgen

Bei ihrer Entstehung wurden die §§ 32, 36 UrhG zunächst als eine Weiterentwicklung der tarifvertraglichen Lösung angesehen.²³¹ Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wechselte dies aber hin zum jetzigen System der Vergütungsregeln.²³² Anders als Tarifverträge sollen gemeinsame Vergütungsregeln keine direkten Anwendungspflichten bewirken, da sie nur für die allgemeine Rechtspraxis bestimmt sind.²³³ Es handele sich bei ihnen eher um Maßstäbe zur angemessenen Vergütung und sie seien daher immer dann heranzuziehen, wenn es um die Auslegung oder Konkretisierung der angemessenen Vergütung nach § 32 UrhG geht.²³⁴ In persönlicher und zeitlicher Hinsicht ist § 36 UrhG daher an die Ansprüche aus §§ 32, 32a UrhG gekoppelt. Tarifverträge gehen allgemeinen Vergütungsregeln nach §§ 32 Abs. 4, 36 Abs. 1 S. 3 UrhG vor – allerdings nur bei tarifgebundenen Personen.²³⁵ Besteht im Tarifvertrag eine Ver-

²²⁶ Thüsing, GRUR 2002, 203, (207).

²²⁷ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 20, 21.

²²⁸ Vgl. Köhler, § 4 Rn. 11.38; Piper, § 4 Rn. 11.17; Kocher, GRUR 2005, 647, (649); a. A. Götting, Rn. 11.88; Harte-Bavendamm, Rn. 43; Glöckner, GRUR 2008, 960, (966).

²²⁹ Homann, S. 269.

²³⁰ Thüsing, GRUR 2002, 203, (204).

²³¹ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 10f; BT-Druck 14/8058.

²³² Vgl. Schricker, § 36 Rn. 13.

²³³ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 15; a. A. Schmitt, GRUR 2003, 294: gegenseitige Bindung.

²³⁴ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 16.

²³⁵ Vgl. Loewenheim, § 29 Rn. 94; Schricker, § 36 Rn. 73.

einbarung zur Vergütung der Urheber, gibt es keinen Rückgriff auf § 32 Abs. 1 UrhG.²³⁶ Das gilt auch für solche von arbeitnehmerähnlichen Personen nach § 12a TVG.²³⁷ Funktionierende, bereits bestehende Tarifsysteme sollten nicht in neue Formen gezwungen werden.²³⁸ Daher besteht ein Vorrang für existierende und zukünftige Tarifverträge besonders im Hinblick auf § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG.²³⁹ Das Ziel des Gesetzgebers war es gerade aber nicht, Tarifverträge und Vergütungsregelungen als unvergleichbar darzustellen, also nicht wie § 77 Abs. 3 BtrVG.²⁴⁰ Fehlt es nämlich an einem Tarifvertrag, können auch Vergütungsregeln für Urheber in Arbeitsverhältnissen aufgestellt werden.²⁴¹ Besteht keine Allgemeingültigkeitserklärung des Tarifvertrags, besteht nur eine inter partes Wirkung. Das bedeutet, dass sich dann nicht gewerkschaftlich organisierte Urheber, ausübende Künstler und Mitglieder von Verbänden auf abweichende Vergütungsregeln berufen können.²⁴² Demnach scheint es einen ähnlichen Anwendungsbereich der Vergütungsregeln und Tarifverträge zu geben.

(2) Reichweite

Die Wirkung des Tarifvertrags beschränkt sich auf die Vertragsparteien und ihre Mitglieder (§ 3 Abs. 1 TVG), es sei denn es gibt eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG. Für diese gilt der Tarifvertrag dann normativ, ohne dass sich der Arbeitsvertrag der einzelnen Arbeitnehmer auf den Tarifvertrag berufen muss.²⁴³ Das meint also, dass auch für Nichtmitglieder das Bestehen eines Tarifvertrags ein Indiz für die Angemessenheit der Vergütung sein kann. Nordemann setzt für die Anwendbarkeit allerdings voraus, dass die tatsächliche Situation mit gemeinsamen Vergütungsregeln nach § 36 UrhG vergleichbar war und keine urheberrechtsfremden Erwägungen bei der speziellen tarifvertraglichen Regelung eine Rolle gespielt haben.²⁴⁴ Die Einräumung von Nutzungsrechten ist tarifvertraglich möglich, sie existieren in mehreren Branchen (z.B. Tarifverträge für Film- und Fernsehschaffende²⁴⁵). Allerdings wurden sie oft nicht für allgemeinverbindlich erklärt: Sie gelten also

²³⁶ Schricker, § 32 Rn. 23; Nordemann, § 32 Rn. 18; Ory, AfP 2002, 93, (96).

²³⁷ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 71.

²³⁸ BT Druck 14/6433, S.17.

²³⁹ Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 26, § 36 Rn. 27.

²⁴⁰ Anders Bayreuther, GRUR 2003, 570.

²⁴¹ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 71; Ory, AfP 2002, 93, (95).

²⁴² Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 27.

²⁴³ Thüsing, GRUR 2002, 203, (210).

²⁴⁴ Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 27; Dreier, § 32 Rn. 84.

²⁴⁵ Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 103.

nicht für freie Mitarbeiter oder Arbeitnehmerähnliche.²⁴⁶ Ist ein Tarifvertrag direkt einschlägig, ist der Anspruch aus § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG ausgeschlossen.²⁴⁷ Der Tarifvertrag bestimmt die Angemessenheit der Vergütung unwiderleglich.²⁴⁸

Die Reichweite der Vergütungsregelungen ist umstritten. Vertreten wird sowohl die Anwendbarkeit nur für Mitglieder der Verbände (wie bei Tarifverträgen) als auch die Ausweitung der Wirkung auf Nichtmitglieder ähnlich der Allgemeingültigkeit nach § 5 TVG. Fraglich ist also, inwieweit sich die Vermutungsregel auch auf freie Urheber erstreckt.

Bezugnahme

Es wird vertreten, dass diese Vermutung für Nichtmitglieder der Vertragsparteien zumindest widerleglich sein muss, wie dies auch beim Tarifvertrag der Fall ist.²⁴⁹ Eine Bindung bestehe selbst beim Tarifvertrag nur bei ausdrücklicher Allgemeinverbindlichkeiterklärung, da es sich sonst um einen zu großen Eingriff in die Vertragsautonomie und Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG handeln würde.²⁵⁰ Wer an der Vermutungswirkung teilhaben wolle, könne im Vertrag auf sie Bezug nehmen²⁵¹ oder der verhandelnden Partei beitreten. Es wird aber auch vertreten, dass es auf die Mitgliedschaft im Verband nicht ankomme.²⁵²

Breitenwirkung

Eine andere Ansicht sieht gerade in einer Breitenwirkung den Zweck des Verstärkungsgesetzes und will eine Gültigkeit für alle Urheber annehmen.²⁵³ Der Wortlaut „ermittelt“ bedeute nicht, dass zur Geltung der Vergütungsregel auf sie Bezug genommen werden müsse. Sofern sich Außenseiter im Regelungsbereich der Vergütungsregeln befänden, seien sie auch auf diese anwendbar. Die Wirkung der Vergütungsregel wäre sonst sehr geschwächt, wenn ihre Anwendung vom Individualvertrag oder von der Mitgliedschaft im Verband²⁵⁴ abhängig wäre. Durch Bezugnahme im Ver-

²⁴⁶ Homann, S. 269/270.

²⁴⁷ Ory, AfP 2002, 93, (96).

²⁴⁸ Schricker, § 32 Rn. 23.

²⁴⁹ Vgl. Nordemann, § 32 Rn.32; Erdmann, GRUR 2002, 923, (925).

²⁵⁰ Erdmann, GRUR 2002, 923, (925); Schmitt, GRUR 2003, 294, (295).

²⁵¹ Ory, AfP 2002, 93, (96).

²⁵² Ory, AfP 2002, 93, (96).

²⁵³ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 45.

²⁵⁴ Vgl. Schricker, GRUR INT 2002, 797, (804).

trag könnten auch Parteien von der Indizwirkung der Regel profitieren, die sonst nicht in den Anwendungsbereich fielen.²⁵⁵

Ergebnis

Letzterer Ansicht ist zu folgen. Ohne eine weite Wirkung kann dem Schutz der Kreativen nicht gedient werden. Der Gesetzgeber wollte die Stellung der Urheber stärken und der Ausnutzung vorbeugen. Günstigere Individualvereinbarungen sind durch Vergütungsregeln gerade nicht nötig. Daher erstreckt sich die Vermutungsregel auch auf Außenseiter. Die Wirkung ist damit mit § 5 TVG vergleichbar. Die Allgemeingültigkeitserklärung bewirkt eine weitere rechtliche Wirkung trotz fehlender beiderseitiger oder einseitiger Tarifbindung. Zweck ist wie bei der Breitenwirkung der Vergütungsregel die Teilhabe von Außenseitern, also einer Art wettbewerbslenkende Funktion.²⁵⁶ Auch die Vergütungsregel führt zu einer Angemessenheitsvermutung.²⁵⁷

Beide Regelungen sind also in ihrer Reichweite ähnlich und führen zu einer Angemessenheitsvermutung.

(3) Aushandelnde Parteien

Die Aushandlung von Tarifverträgen übernehmen gem. § 2 TVG die Gewerkschaften der Arbeitnehmer, die im Interesse ihrer Mitglieder handeln, und die Arbeitgeber bzw. ihre Verbände.²⁵⁸ Um tariffähig zu sein, müssen Verbände, deren Begriff an Art. 9 Abs. 3 GG angelehnt ist, in ihrer Satzung ausdrücklich ermächtigt sein.²⁵⁹ Ein Verhandlungsanspruch ist umstritten und soll nur in bestimmten Fällen vorliegen.²⁶⁰

Ob die Parteien zur Verhandlung von Vergütungsregeln an den Koalitionsbegriff des Art. 9 Abs. 3 GG angelehnt sind, ist umstritten (s.o.). Thüsing fehlen bei den Anforderungen an die Verbände wesentliche Kriterien, die an die Tariffähigkeit einer Koalition gestellt werden. Dazu zählen soziale Mächtigkeit, Durchsetzungsfähigkeit und die demokratische Organisation.²⁶¹ Oftmals sind diejenigen Parteien, die Tarifverträge der Urheber aushandeln aber auch solche, die Vergütungsregelungen durchkämpfen. So verhandelten ver.di, die Allianz Deutscher Produzenten, Film & Fernsehen e.V.

²⁵⁵ Vgl. Schricker, § 32 Rn. 24, 28.

²⁵⁶ Vgl. Dütz, § 12 Rn. 587.

²⁵⁷ Schricker, § 32 Rn. 24.

²⁵⁸ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 1.

²⁵⁹ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 60, 67.

²⁶⁰ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 55.

²⁶¹ Thüsing, GRUR 2002, 203, (204).

und der Verband Deutscher Filmproduzenten nicht nur über Vergütungsregeln (s.o.), sondern auch über Tarifverträge.²⁶² Es wird außerdem diskutiert, ob eine Ermächtigung zur Aushandlung eines Tarifvertrags auch Ermächtigung zum Aushandeln gemeinsamer Vergütungsregeln sein kann.²⁶³ Das grundlegende Argument hierfür ist, dass in beiden Fällen verbindliche Regelhonorare ausgehandelt werden sollen. Eine Erweiterung der Ermächtigung verletze nicht, sondern schütze.²⁶⁴ Dennoch wird meist auf eine ausdrückliche Ermächtigung in der Satzung des Urheberverbands abgestellt (s.o.). Demnach ist die Regelung über potenzielle Beteiligte des § 36 UrhG dem § 2 TVG nachgebildet.

Ziel beider Verfahren ist also die Aushandlung von Regelhonoraren durch Vereinigungen, die auf Augenhöhe verhandeln können – also nicht voneinander abhängig sind (s.o.). Unerheblich ist, dass die Tarifvertragsparteien zumeist für Arbeitnehmer tätig werden, Vergütungsregeln aber für freie Mitarbeiter bestimmt sind.²⁶⁵ Damit sind die Vertragsparteien vergleichbar.²⁶⁶

(4) Indizwirkung

Nicht greifende Tarifverträge können Indizwirkung für die Angemessenheit der Vergütung nach § 32 UrhG entfalten.²⁶⁷ Da im Regelfall Verhandlungen auf Augenhöhe erfolgen, können Tarifvereinbarungen als Maßstab für die Üblichkeit von Vereinbarungen über den Umfang von Vergütung und Rechteeinräumung wirken.²⁶⁸ Dies ist bei gemeinsamen Vergütungsregeln auch der Fall. Sie entfalten Indizwirkung, wenn sie nicht direkt greifen. Gemeinsame Vergütungsregeln i.S.d. § 36 UrhG anderer Berufe können – genauso wie ein nicht angenommener Spruch der Schlichtungsstelle²⁶⁹ – als Orientierung für die Angemessenheitsbestimmung nach § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG dienen.²⁷⁰ So wurden die Vergütungsregeln belletristischer Autoren für die Ermittlung angemessener Absatzbeteiligung bei Übersetzern herangezogen.²⁷¹ Beachtet werden müs-

²⁶² Schwarz, ZUM 2010, 107.

²⁶³ a. A. Ory, AfP 2002, 93, (101).

²⁶⁴ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 10.

²⁶⁵ Thüsing, GRUR 2002, 203, (205).

²⁶⁶ Ähnliches Ergebnis: AG München, ZUM 2010, 545 ff. Widerholungsvergütung gegenüber Rundfunkveranstaltern.

²⁶⁷ Vgl. Schricker, § 32 Rn. 23; AG München, ZUM 2010, 545; LG Stuttgart Urteil v. 28.10.2008 17 O 710/06.

²⁶⁸ Nordemann Vor § 31 ff Rn. 296.

²⁶⁹ Rehbinder, Rn. 622.

²⁷⁰ Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 48; OLG München, ZUM 2007 142, 148; OLG München I, ZUM 2007, 166, 174; BGH, GRUR 2009, 1148 Talking to Addisson; BGH, Urteil v. 20.1.2011 Destructive Emotions I ZR 19/09.

²⁷¹ Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 48.

sen aber Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Berufsgruppen. Auch die anderen Kriterien der gemeinsamen Vergütungsregeln neben der Höhe der Vergütung können Indizfunktion haben.²⁷²

Die Indizfunktion ist damit ein unterstützendes Merkmal für eine gewollte Vergleichbarkeit.

(5) Inhalt und Form

Der Tarifvertrag ergänzt als kollektives Arbeitsrecht den Arbeitsvertrag gemäß § 4 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 – 5 TVG.²⁷³ Er ist eine Regelung zwischen einem oder mehreren Arbeitgebern oder ihren Verbänden und Gewerkschaften über arbeitsrechtliche Rechte und Pflichten der Parteien und zur Festsetzung von Rechtsnormen über Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen.²⁷⁴ In ihm werden Rechte und Pflichten für die Tarifvertragsparteien (Inhalt, Entgelt, Abschluss, Beendigung)²⁷⁵ geregelt. Tarifverträge, die urheberrechtliche Dinge regeln, gibt es seit den 70ern.²⁷⁶ Sie müssen das Bestimmtheitsgebot beachten, gelten für Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft und durch Bezugnahme auch für Arbeitnehmerähnliche i. S. d. § 12a TVG. Gerade letztere werden von § 32 Abs. 4 UrhG erfasst.²⁷⁷ Trotzdem regelt ein Tarifvertrag nur Mindestarbeitsbedingungen, da zugunsten des Arbeitnehmers von ihnen abgewichen werden kann.²⁷⁸ Es gibt Entgelttarifverträge, die Vergütungsfragen regeln.²⁷⁹ Allerdings sind die Vergütungssätze im Gegensatz zu gemeinsamen Vergütungsregeln zeitraumbezogen und nicht werkbezogen. Sie vergüten die Arbeitsleistung.²⁸⁰

Die Schriftform ist Wirksamkeitsvoraussetzung nach § 1 Abs. 2 TVG. Außerdem muss der Tarifvertrag ordnungsgemäß verkündet werden (§§ 6, 8 TVG).²⁸¹

Vergütungsregeln sind abstrakt und müssen sich vom Einzelfall lösen. Sie gelten gerade für freie Urheber und nicht für Arbeitnehmer.²⁸² Freiberufliche Urheber sind zwar rechtlich Unternehmer, tatsächlich ist ihre Situation aber mit abhängigen Arbeitnehmern

²⁷² Vgl. Nordemann, § 32 Rn. 49.

²⁷³ Vgl. Rehbinder, Rn. 639, 653; Wandtke, Kap. 3 Rn. 215-217; Hromadka, § 13 Rn. 276.

²⁷⁴ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 1.

²⁷⁵ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 14.

²⁷⁶ Vgl. Loewenheim, § 29 Rn. 74-75.

²⁷⁷ Ory, AfP 2002, 93, (96).

²⁷⁸ Vgl. Schiwy, S. 13.

²⁷⁹ Hromadka, § 13 Rn. 32.

²⁸⁰ Vgl. Loewenheim, § 29 Rn. 74-75.

²⁸¹ Wandtke, 3. Kap, Rn. 220; Hromadka, § 13 Rn. 57, 59; Söllner, § 25.

²⁸² Ory, AfP 2002, 93, (96).

vergleichbar.²⁸³ Es besteht ein großer Spielraum für Vergütungsformen. Sie müssen aber an die Umstände der Werknutzung gebunden werden und vergüten die Nutzungsrechtsübertragung.²⁸⁴ Des Weiteren sollen die Vergütungsregeln ein Tarifsurrogat sein.²⁸⁵ Sie nehmen eine Art Ersatzfunktion ein, wenn Tarifverträge nicht greifen, und können daher die Fortsetzung des Tarifrechts mit anderen Mitteln sein.²⁸⁶ Allerdings legen sie keine Arbeitskonditionen fest, sondern nur Honorartabellen für die Rechtenutzung.²⁸⁷ Trotzdem ist der Schutzgegenstand nicht nur auf die Vergütung beschränkt.²⁸⁸ Auf Grund der Anlehnung an tarifvertragliche Vereinbarungen, regelt § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG auch das Rangverhältnis.²⁸⁹ Da es in § 36 UrhG keine konkreten Bestimmungen über eine notwendige Form gibt, wird hier entsprechend auf tarifvertragliche Vorschriften zurückgegriffen.²⁹⁰ Wie bereits oben erwähnt dienen sie primär zur Bestimmung der Angemessenheit der Vergütung nach § 32 UrhG.²⁹¹ Dazu gehören jedenfalls alle Regelungen, die auch bei der Bestimmung der Angemessenheit der Vergütung nach § 32 UrhG eine Rolle spielen.²⁹² Nur diese Inhalte haben eine Privilegierung, alle anderen Inhalte sind voll überprüfbar.

Gesetzliche Vorgaben hinsichtlich des Inhalts oder der Form in diesem Sinne gibt es nicht.²⁹³ Dennoch sollten die einzelnen Nutzungsarten der Filmbranche entsprechend festgelegt werden.²⁹⁴ Außerdem muss die Formulierung der Zweckübertragungsregel genügen.²⁹⁵ Auch die Schriftform im Hinblick auf die Bekanntmachung ist sinnvoll.²⁹⁶ Weitere inhaltliche Vorgaben sind in § 36 Abs. 1 S. 2 UrhG normiert. Als sog. Soll-Vorschrift können die Parteien jedoch ohne besondere Rechtsfolgen von ihnen abweichen.²⁹⁷ Der Weg zu einer Vergütungsregel ist in § 36 UrhG festgelegt.

²⁸³ Erdmann, GRUR 2002, 923.

²⁸⁴ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 65; Loewenheim, § 29 Rn. 74-75.

²⁸⁵ Thüsing, GRUR 2002, 203, (206).

²⁸⁶ Vgl. Reber, ZUM 2001, 281, (283).

²⁸⁷ Ory, JPC, Abs. 10.

²⁸⁸ Dreier, § 36 Rn. 9-13.

²⁸⁹ Vgl. Berger, ZUM 2010, 90, (92).

²⁹⁰ Vgl. Thüsing, GRUR 2002, 203, (211).

²⁹¹ Vgl. Rehbinder, Rn. 621.

²⁹² Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 24.

²⁹³ Vgl. Wandtke, § 36 Rn. 5; Dreier, § 36 Rn. 13.

²⁹⁴ Vgl. Wandtke, § 36 Rn. 6.

²⁹⁵ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 25.

²⁹⁶ Hertin, Rn. 471.

²⁹⁷ Vgl. Nordemann, § 36 Rn. 26.

Abgestellt wird auf die notwendige Klarstellung, nicht die Warnfunktion der Form. Auch das Verkünden erscheint sinnvoll, da die Funktion der Regeln nur gewahrt werden kann, wenn Vergütungsregeln breit veröffentlicht werden. Nur so kann Rechtssicherheit entstehen.

Beide, Tarifverträge und Vergütungsregeln, stellen also Honorarregelungen auf. § 43 UrhG verhindert den Wertungswiderspruch zwischen Urheber- und Arbeitsrecht. Wie für die Vergütungsregeln gilt auch für den Tarifvertrag die Zweckübertragungslehre.²⁹⁸ Die Verbände sollen also letztlich tarifvertragsähnliche gemeinsame Vergütungsregeln abschließen.²⁹⁹ Damit sind Vergütungsregeln und Tarifverträge auch in Form und Inhalt vergleichbar.

(6) Sinn

Ziel des Tarifvertrags ist der Schutz des schwächeren Arbeitnehmers vor der wirtschaftlichen Überlegenheit des Arbeitgebers.³⁰⁰ Außerdem soll er eine angemessene Beteiligung am Sozialprodukt sichern und Arbeitsverhältnisse typisieren. Ein Tarifvertrag sichert auch den Betriebsfrieden.³⁰¹ Mit der Einführung des § 12a TVG waren zwar arbeitnehmerähnliche Personen von Tarifverträgen mit erfasst. Wer aber nicht unter beide Kategorien fiel – was bei freien Urhebern oft der Fall ist – konnte risikolos zu schlechteren als den tariflichen Konditionen eingesetzt werden. So konnte die Tarifbindung gezielt unterlaufen werden.³⁰² Mit den gemeinsamen Vergütungsregeln sollte dieser Missstand behoben werden. Es sollen dort Regelungen vereinbart werden können, wo das Arbeitsrecht nicht greifen kann. Das spricht für eine Vergleichbarkeit der Regelungen in der Zielsetzung des Gesetzgebers.

(7) Wirkung

Tarifverträge entwickeln für die Beteiligten eine normative Wirkung nach § 1 Abs. 1 TVG³⁰³. Damit haben tarifvertragliche Regelungen Rechtsnormqualität, sind also materielle Gesetze.³⁰⁴ Das ist nicht der Fall, wenn bloß Bezug auf den Tarifvertrag genommen wird. Hier ist die Wirkung nur schuldrechtlich.³⁰⁵ Bei beiderseitiger Tarifbindung nach § 4 Abs. 1 TVG gilt die Regelung also unmittel-

²⁹⁸ Wallraff, ZUM 2010, 492, (493).

²⁹⁹ Kasten, ZUM 2010, 130.

³⁰⁰ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 294.

³⁰¹ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 43-46.

³⁰² Vgl. Schimmel, ZUM 2010, 95, (98).

³⁰³ Dütz, § 12 Rn. 1.

³⁰⁴ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 276; BVerfG, NJW 1977, 2255/2256.

³⁰⁵ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 253.

bar, wie bei einem Gesetz.³⁰⁶ Von ihr darf nur zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (Günstigkeitsprinzip).³⁰⁷ Nach Ablauf des Tarifvertrags gelten diese Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt wurden (§ 4 Abs. 5 TVG). Dies gilt auch bei Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 Abs. 3 TVG. Sinn ist der Schutz vor „inhaltleeren“ Arbeitsverhältnissen und vor wirtschaftlicher Abhängigkeit.³⁰⁸ Das heißt, die Wirkung des Tarifvertrags ist unabdingbar, erfährt keine Einschränkung und richtet sich nach dem Günstigkeitsprinzip.³⁰⁹

Diese Art von Bindung existiert nicht für Vergütungsregeln. Sie setzen also keine Rechtsnormen in dem Sinne.³¹⁰ Unterhalb des Verbandsniveaus gezahlte Vergütungen sind daher nicht automatisch unangemessen.³¹¹ Das ist besonders problematisch für das Erfordernis der gesetzlichen Norm von § 4 Nr. 11 UWG. Sie entfalten nämlich nur in zweierlei Hinsicht Wirkung: Zum einen sind Vergütungsregeln nur über § 32 UrhG anwendbar, um die Angemessenheit der Vergütung zu bestimmen – und zum anderen als Indiz. Aus dem Gesetz ergibt sich keine zwingende Anwendung und keine unmittelbare Anwendungspflicht.³¹² Damit scheint der Rechtscharakter der Vergütungsregeln nicht mit dem des Tarifvertrags vergleichbar.³¹³ Außerdem schließen Tarifverträge den Anspruch nach § 32 UrhG aus – was bei Vergütungsregeln nicht der Fall ist.³¹⁴ Dies ist aber nur die Regel, wenn sie tatsächlich anwendbar sind – bei Vergütungsregeln schweigt die Gesetzesbegründung hierzu. Weiterhin gibt es keine Nachwirkung für Vergütungsregeln nach § 4 Abs. 5 TVG³¹⁵ und zumindest keine normierte Allgemeingültigkeit wie § 5 TVG (s.o.). Demnach wäre auch eine Abweichung von den Vergütungsregeln zu Lasten des Urhebers problemlos möglich.³¹⁶ Allerdings schaffen Vergütungsregeln Mindesthonorare – keine Obergrenzen – sodass insofern das Günstigkeitsprinzip auch gilt.³¹⁷

³⁰⁶ Dütz, § 12 Rn. 569.

³⁰⁷ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 8.

³⁰⁸ Vgl. Hromadka, § 13 Rn. 100 f.

³⁰⁹ Vgl. Söllner, Rn. 603-613.

³¹⁰ Vgl. Wandtke, 3. Kap., Rn. 162; Berger, § 2 Rn. 144.

³¹¹ Vgl. Ory, AfP 2002, 93, (96); Loewenheim, § 29 Rn. 74-75.

³¹² Berger, ZUM 2003, 521; Schricker, § 36 Rn. 17.

³¹³ Vgl. Loewenheim, § 29 Rn. 74-75.

³¹⁴ Vgl. Ory, AfP 2002, 93, (96).

³¹⁵ Vgl. Ory, AfP 2002, 93, (96).

³¹⁶ Vgl. Ory, AfP 2002, 93, (96, 99).

³¹⁷ Berger, § 2 Rn. 164.

Das kann vom Gesetzgeber aber nicht gewollt sein. § 36 UrhG verbindet Tarifrecht mit Elementen des Individualurheberrechts (§ 32 UrhG).³¹⁸ Der Tarifvertrag des WDR kann z.B. nach der Präambel auch als Vergütungsregel verstanden werden, die über die Tarifbindung für arbeitnehmerähnliche Personen hinaus Wirkung entfaltet.³¹⁹ Auch die Formulierung des Gesetzes legt eine Austauschbarkeit nahe.³²⁰ Der urheberrechtliche Anspruch auf angemessene Vergütung nach § 32 UrhG entspringt Art. 14 GG.³²¹ Es besteht zwar keine Rechtspflicht zum Aufstellen gemeinsamer Vergütungsregeln, das Zusammenspiel des § 36 UrhG mit § 32 UrhG zeigt aber, dass durchaus ein gewisser Druck bestehen sollte. Der Gesetzgeber wollte sich dem Schutz der Schwächeren aus rechtspolitischen Gründen annehmen.³²² Daher entsteht eine „quasi-normative“ Wirkung aus der schuldrechtlichen Forderung und der Zuordnung zu Art. 14 GG.³²³ Folgt man dieser Ansicht, wäre die Wirkung der beiden Arten von Vergütungsregeln ähnlich.

Auch der Wortlaut der Normen §§ 32, 36 UrhG deutet auf eine Austauschbarkeit mit Tarifverträgen hin – er spricht nämlich nur vom Vorrang, nicht von Unterschieden. Damit stellt er kein Hindernis für die weitere Auslegung dar. Auch der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) nach zu schließen, dienen gemeinsame Vergütungsregeln dem Schutz der schwächeren Kreativen – also der Minderung der Unterlegenheit zu den Werknutzern. Die Regelung der Vergütungsregeln orientiert sich zudem unzweifelhaft an der tarifvertraglichen Lösung. Auch teleologisch betrachtet, ist der Sinn der zwei Arten von Vergütungsregelungen ähnlich. Gemeinsame Vergütungsregelungen haben zwar keine direkte normative Wirkung wie Tarifverträge³²⁴ und gelten daher nur über § 32 UrhG³²⁵, sie sind aber nach dem Vorbild von Tarifverträgen konzipiert.³²⁶ Hinzu kommen weitere, oben entwickelte Übereinstimmungen: Beide sind der gerichtlichen Überprüfung entzogen³²⁷. Außerdem ist die Geltung der Vergütungsregeln nicht von der Mitgliedschaft im Verband abhängig. All das steht im Zusammenhang mit der Einwirkung des Art. 14 GG.

³¹⁸ Vgl. Wandtke, § 36 Rn.1.

³¹⁹ Schimmel, ZUM 2010, Fn. 96.

³²⁰ Ory, AfP 2002, 93,(99).

³²¹ Vgl. Wandtke, § 32 Rn. 1; BVerfGE 45, 142, 179.

³²² Vgl. Schricker, § 36 Rn. 17/18.

³²³ Vgl. Wandtke, § 36 Rn. 2.

³²⁴ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 29.

³²⁵ Thüsing, GRUR 2002, 203, (206).

³²⁶ Vgl. Rehbinder, Rn. 618.

³²⁷ Schmidt, ZUM 2002, 781, (790).

Daher muss man zu dem Ergebnis kommen, dass Tarifverträge und Vergütungsregeln durchaus vergleichbar sind. Für beide muss allerdings die allgemeinverbindliche materielle Wirkung i.S.d. § 5 TVG vorliegen, was auch der Fall ist (s.o.).

cc) Ergebnis

Daher fallen auch Vergütungsregeln wie allgemeinverbindliche Tarifverträge unter gesetzliche Vorschriften mit Marktbezug i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG.

g) Verstoß gegen die Norm

Damit ein Verstoß gegen die Norm vorliegt, müssen alle Voraussetzungen dieser erfüllt sein.³²⁸ Das Nichteinhalten von Vergütungsregeln erfüllt diese Voraussetzung.

h) Spürbarkeit i.S.d. § 3 Abs. 1 UWG

Die Art und Schwere des Verstoßes muss geeignet sein, Auswirkung auf den Wettbewerb zu haben.³²⁹ Je größer das geschützte Interesse ist, desto eher ist die Beeinträchtigung mehr als unerheblich. Hier geht es um den Schutz der Kreativen vor der Abhängigkeit von den Verwertern.³³⁰ Dieser Schutzgedanke ist wohl groß genug, um Bagatellverstößen vorzubeugen. Wird sich nicht an gemeinsame Vergütungsregeln gehalten, ist dieser Verstoß zur spürbaren Beeinträchtigung geeignet.

i) Subjektiver Tatbestand

Nach neuer Rechtslage wird kein bewusst begangener Gesetzesverstoß vorausgesetzt.³³¹ Das Vorliegen der objektiv rechtwidrigen Tatumstände, also das Ziel der Absatzförderung, genügt.³³² Die Rechtswidrigkeit wird indiziert.

3) Ergebnis

Damit liegt ein Verstoß gegen §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG vor. Dieser scheidet auch nicht aus Konkurrenzgründen aus, da die Rechtsfolge nicht durch § 32 UrhG erreicht werden kann. Die Filmverbände könnten also anstatt des einzelnen Urhebers die Durchsetzung von Vergütungsregeln ähnlich wie bei Tarifverträgen erzwingen. Damit

³²⁸ Götting, § 4 Nr. 11, 11.20.

³²⁹ Lettl, Rn.80.

³³⁰ Götting, § 4 Nr. 11, 11.31.

³³¹ Vgl. Köhler, § 4 Rn. 11.52; Götting, § 4 Nr. 11, 11.19.

³³² Vgl. Köhler, § 4 Rn. 11.54.

kann der Drohung des Auftragsentzugs der Wind aus den Segeln genommen werden.

Durch den Umweg über das Wettbewerbsrecht könnte damit dem Schutz der Kreativen vor der Ausbeutung durch Verwerter ein Stückchen vorangetrieben werden. Ein Vergleich von Tarifvertrag und Vergütungsregel kann damit den Verbänden – auch in der Filmbranche – ein wirksames Mittel in der Hand sein, um eine Durchsetzung von gemeinsamen Vergütungsregeln zu bewirken.

Trotzdem sprechen durchaus auch Gründe gegen eine Vergleichbarkeit. Zu nennen wäre die normative Wirkung des Tarifvertrags und die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des § 5 TVG. Hält man an diesen Unterschieden fest und folgt anderen Ansichten der Literatur, käme man zu dem Schluss, zwei völlig unterschiedliche Regelungen vor sich zu haben.³³³ In diesem Fall ist der Gesetzgeber dazu aufgerufen diesen Schutz durch Gesetz ein weiteres Mal zu verbessern. Um dem Schutz des Urhebers aber gerecht zu werden, muss eine Vergleichbarkeit von Tarifvertrag und Vergütungsregel wie hier ausgeführt angenommen werden.

Für eine einstweile Verfügung nach § 12 UWG wird die Dringlichkeit im Wettbewerbsrecht vermutet, solange sie nicht widerlegt ist. Auf eine verspätete Geltendmachung sollte daher geachtet werden, sonst scheitert die Klage bereits daran.³³⁴

³³³ Vgl. Schricker, § 36 Rn. 24, 42.

³³⁴ Vgl. LG Dortmund, Urteil v. 2.9.2010, 13 O 85/10.

C) Fazit

Durch die §§ 32, 36 UrhG wurde dem Kreativen bisher ein Mittel in die Hand gegeben, das er nicht nutzen kann, ohne von Auftraggebern stigmatisiert zu werden. Wünscht man sich einen wirksamen Schutz für die Urheber muss eine Regelung zur Durchsetzung der Vergütungsansprüche der Verbände entwickelt werden.

Da andere Wege noch nicht geklärt oder umstritten sind so wie das Schlichtungsverfahren und die AGB-Kontrolle liegt die Chance der Verbände in den §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG. Diese Arbeit bietet eine mögliche Herangehensweise an die erörterte Problematik. Gegebenenfalls muss dafür über eine analoge Anwendung nachgedacht werden. Problematisch ist hier aber die weite Öffnung des UWG, also einer Art „Hilfssheriffsfunction“ der Marktteilnehmer bei Verstößen gegen Vergütungsregeln. Kritikpunkt wird sicherlich die uferlose Ausweitung des Wettbewerbsrechts sein. Diesem Kritikpunkt muss aber der Schutzgedanke des Urhebers entschieden entgegengehalten werden.

Auch bei der Verhandlungsfähigkeit der Verbände von Vergütungsregeln gibt es durchaus wunde Punkte, die gesehen und denen vorgebeugt werden muss. So ist das Missbrauchsrisiko durch „gekauften“ Verbände nach wie vor sehr groß. Solche können in Vergütungsregeln viel zu niedrige Vergütungen für Urheber mit der Vermutung der Angemessenheit belegen.

Es bleibt im Rahmen der Neuerungen des 3. Korbs des Urheberrechts auch auf weitere ausdrückliche, wirksame Regelungen im Urhebervertragsrecht zu hoffen, die auch die prekäre Situation der Filmbranche spezifisch miteinbeziehen.