

Daniel Christoph Schiffgens

Die Sicherstellung einer angemessenen Vergütung
im neuen Urhebervertragsrecht

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Juristische Fakultät der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Erstgutachter:
Zweitgutachter:

Prof. Dr. Jan Busche
Prof. Dr. Andreas Feuerborn

Datum der mündlichen Prüfung:

28.11.2006

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Oktober 2005 als Dissertation angenommen. Bei der jetzt veröffentlichten Fassung handelt es sich um eine teilweise Überarbeitung der ursprünglich eingereichten Arbeit.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Busche danke ich für die Freiheit, die er mir bei der Auswahl und Bearbeitung des Themas gelassen hat. In ihm hatte ich einen stets ansprechbaren Diskussionspartner, der durch seine Hilfestellungen die Arbeit nicht unerheblich gefördert hat.

Prof. Dr. Feuerborn sei gleichfalls für die Erstellung des Zweitgutachtens gedankt.

Für ihre Mithilfe bei der Literaturbeschaffung und viel Verständnis danke ich herzlich Snezana Ott.

Ebenso gedankt sei für Anteilnahme und ständige Motivation meinen Großeltern Hildegard und Werner Kriesen, meiner Tante Ingrid Kriesen, meiner Schwester und meinem Schwager Lina und Marco Baumgarten, Slavica und Kurt Ott sowie meinen Freunden André Lindt und Markus Wiehe.

Ganz besonderer Dank geht aber an meine Eltern Barbara und Peter Schiffgens, die durch ihre moralische und tatkräftige Unterstützung in den letzten Jahren wohl den größten Beitrag zum Entstehen dieser Arbeit geleistet haben.

Daniel Christoph Schiffgens

Berlin, Dezember 2006

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	S. 1
B. Historie.....	S. 4
C. Problemstellungen des nationalen Rechts.....	S. 8
I. Verfassungsrechtliche Erwägungen.....	S. 8
1. Art. 2 Abs. 1 GG.....	S. 8
a) Eingriff in die Vertragsfreiheit.....	S. 8
b) Rechtfertigung.....	S. 9
1) Legitimer Zweck.....	S. 10
2) Geeignetheit.....	S. 12
(a) Angemessenheit der Vergütung.....	S. 13
(b) Präzisierung durch Dritte.....	S. 16
3) Erforderlichkeit.....	S. 17
4) Angemessenheit.....	S. 19
(a) Reichweite der Privatautonomie.....	S. 20
(b) Konkretes Maß der Betroffenheit.....	S. 23
c) Ergebnis.....	S. 26
2. Art. 9 Abs. 3 GG.....	S. 27
a) Eingriff in die Koalitionsfreiheit.....	S. 27
1) Negative individuelle Koalitionsfreiheit.....	S. 28
(a) Koalitionsstatus.....	S. 28
(b) Beitrittsdruck.....	S. 32
2) Positive individuelle Koalitionsfreiheit.....	S. 34
3) Kollektive Koalitionsfreiheit.....	S. 38

b) Rechtfertigung.....	S. 40
c) Ergebnis.....	S. 45
II. Problemfelder der Rechtsanwendung.....	S. 46
1. Repräsentativität.....	S. 46
2. Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle.....	S. 53
a) Inhaltliche Ausgestaltung.....	S. 53
b) Form und Bekanntmachung.....	S. 60
c) Zivilprozessuale Auswirkungen.....	S. 64
3. AGB-Kontrolle.....	S. 69
4. Vermutung der Angemessenheit.....	S. 78
a) Grundvoraussetzungen.....	S. 78
1) Willensübereinstimmung.....	S. 78
2) Wirksamkeit.....	S. 79
(a) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.....	S. 79
(b) Verstoß gegen die guten Sitten.....	S. 82
(c) Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.....	S. 83
3) Individualvertragliche Bezugnahme.....	S. 85
(a) Reichweite der Angemessenheitsvermutung.....	S. 88
(b) Konkurrenz.....	S. 91
(c) Ergebnis.....	S. 99
b) Kollektivvertragliche Bezugnahme.....	S. 99
5. Kollisionsregel des § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG.....	S. 102
6. „Fairnessausgleich“ des § 32 a UrhG.....	S. 111

a) Anspruchsvoraussetzungen.....	S. 115
1) Erträge und Vorteile.....	S. 115
2) Vereinbarte Gegenleistung.....	S. 118
3) Auffälliges Missverhältnis.....	S. 118
4) Berücksichtigung der gesamten Beziehungen.....	S. 122
5) Keine Sperrwirkung.....	S. 125
b) Rechtsfolge.....	S. 126
D. Europarechtliche Bewertung.....	S. 131
I. Grundfreiheiten.....	S. 131
1. Warenverkehrsfreiheit.....	S. 131
a) Anwendbarkeit.....	S. 132
1) Waren.....	S. 132
2) Grenzüberschreitender Bezug.....	S. 133
b) Tatbestand des Art. 28 EG.....	S. 134
1) Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung.....	S. 134
2) Maßnahme gleicher Wirkung.....	S. 134
(a) Begriffsinhalt.....	S. 136
(b) Einschränkung.....	S. 137
c) Tatbestand des Art. 29 EG.....	S. 143
1) Mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung.....	S. 143
2) Maßnahme gleicher Wirkung.....	S. 144
2. Dienstleistungsfreiheit.....	S. 146
a) Anwendbarkeit.....	S. 146
1) Dienstleistung.....	S. 146

2) Grenzüberschreitender Bezug.....	S. 147
b) Tatbestand.....	S. 148
3. Ergebnis.....	S. 151
II. Kartellverbot.....	S. 152
1. Anwendbarkeit.....	S. 152
a) Sachlicher Anwendungsbereich.....	S. 152
b) Persönlicher Anwendungsbereich.....	S. 157
2. Tatbestandsvoraussetzungen.....	S. 159
a) Unternehmen.....	S. 159
b) Handlungsspielraum.....	S. 162
c) Verhaltenskoordinierung.....	S. 162
d) Wettbewerbsbeschränkung.....	S. 165
e) Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.....	S. 168
f) Spürbarkeit.....	S. 169
3. Ausnahme.....	S. 172
a) Art. 86 Abs. 2 EG.....	S. 172
b) Art. 81 Abs. 3 EG.....	S. 173
III. Endergebnis.....	S. 177
E. Resümee.....	S. 178

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, S. 2467 ff.
- Bartholomeyczik, Horst Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), S. 30 ff.
- Bartsch, Marco Die kartellrechtlichen Empfehlungsverbote, 1999 (zit.: Bartsch, Empfehlungsverbote)
- Baumbach, Adolf; Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, 2004 (zit.: Baumbach/Hefermehl-Bearbeiter, Wettbewerbsrecht)
- Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang; Albers, Jan; Hartmann, Peter Kommentar zur ZPO, 63. Auflage, 2005 (zit.: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Bearbeiter, ZPO)
- Bauschke, Hans-Joachim Zur Problematik tariflicher Bezugnahmeklauseln, ZTR 1993, S. 416 ff.
- Bayreuther, Frank Zum Verhältnis zwischen Arbeits-, Urheber- und Arbeitnehmererfindungsrecht, GRUR 2003, S. 570 ff.
- Becker, Ulrich Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 1994, S. 162 ff.
- Berger, Christian Grundfragen der „weiteren Beteiligung“ des Urhebers nach § 32 a UrhG, GRUR 2003, S. 675 ff.
- ders. Das neue Urhebervertragsrecht, 2003 (zit.: Berger, Urhebervertragsrecht)
- von Bernuth, Wolf Urheberrechtsschranken im freien Warenverkehr, 2000 (zit.: v. Bernuth, Urheberrechtsschranken)
- Beuthien, Volker Unternehmensbezogene Tarifverträge und paritätische Mitbestimmung im Unternehmen, BB 1975, S. 477 ff.
- Bleckmann, Albert Europarecht, 6. Auflage, 1997 (zit.: Bleckmann-Bearbeiter, Europarecht)
- Bleckmann, Albert; Eckhoff, Rolf Der mittelbare Grundrechtseingriff, DVBl. 1988, S. 373 ff.

- Boesche, Katharina Vera Die zivilrechtsdogmatische Struktur des Anspruchs auf Zugang zu Energieversorgungsnetzen, 2002 (zit.: Boesche, Zugangsanspruch)
- Brandner, Hans Erich Geschäftsgrundlage und Inhaltskontrolle bei der Regelung der Vergütung für Urheber und Erfinder, GRUR 1993, S. 173 ff.
- Broß, Siegfried Richter und Sachverständige, dargestellt anhand ausgewählter Probleme des Zivilprozesses, ZZP 102, S. 413 ff.
- Brunner, Ursula Rechtsetzung durch Private, 1982 (zit.: Brunner, Rechtsetzung durch Private)
- Buchner, Herbert Die sozialpolitische Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft im Spannungsfeld von hoheitlicher Regelung und tarifautonomer Gestaltung, RdA 1993, S. 193 ff.
- Büdenbender, Ulrich Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, 2003 (zit.: Büdenbender, EnWG)
- Busche, Jan Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999 (zit.: Busche, Privatautonomie)
- Bydlinski, Franz Zu den dogmatischen Grundlagen des Kontrahierungszwangs, AcP 180 (1980), S. 1 ff.
- Calliess, Christian; Ruffert, Matthias Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV–, 2. Auflage, 2002 (zit.: Calliess/Ruffert-Bearbeiter, EGV)
- Däubler, Wolfgang Tarifvertragsrecht, 3. Auflage, 1993 (zit.: Däubler, Tarifvertragsrecht)
- ders. Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage, 2006 (zit.: Däubler-Bearbeiter, TVG)
- Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael; Klebe, Thomas Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 9. Auflage, 2004 (zit.: Däubler/Kittner/Klebe-Bearbeiter, BetrVG)
- Däubler-Gmelin, Herta Zur Notwendigkeit eines Urhebervertragsgesetzes, GRUR 2000, S. 764 ff.

- Dauses, Manfred A. Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1 und 2, Stand: Dezember 2004 (zit.: Dauses-Bearbeiter, EU-Wirtschaftsrecht I bzw. II)
- Degenhart, Christoph Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 20. Auflage, 2004 (zit.: Degenhart, Staatsrecht I)
- Deggau, Hans-Georg Das Sachverständigengutachten im Mieterhöhungsverfahren, ZMR 1984, 73 ff.
- Dietz, Adolf Der Entwurf zur Neuregelung des Urhebervertragsrechts, AfP 2001, S. 261 ff.
- ders. Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1978 (zit.: Dietz, Urheberrecht)
- Dörr, Dieter;
Haus, Florian Das Wettbewerbsrecht des EGV, JuS 2001, S. 313 ff.
- Dreier, Horst Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 2. Auflage, 2004 und Band 2, 1998 (zit.: Dreier-Bearbeiter, GG I bzw. II)
- Due, Ole Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue in der Europäischen Gemeinschaft nach der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs, 1992 (zit.: Due, Gemeinschaftstreue)
- Ebenroth, Carsten
Thomas Gewerblicher Rechtsschutz und europäische Warenverkehrsfreiheit, 1992 (zit.: Ebenroth, Gewerblicher Rechtsschutz)
- Ehlers, Dirk Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts (Teil II), Jura 2001, S. 482 ff.
- Emmerich, Volker Kartellrecht, 9. Auflage, 2001 (zit.: Emmerich, Kartellrecht)
- Erdmann, Willi Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR 2002, S. 923 ff.
- Erman Handkommentar zum BGB, Band 1, 11. Auflage, 2004 (zit.: Erman-Bearbeiter, BGB)
- Etzel, Gerhard Tarifordnung und Arbeitsvertrag, NZA Beilage 1/1987, S. 19 ff.
- Feudner, Bernd W. Betriebsautonomie versus Tarifautonomie, DB 1993, S. 2231 ff.

- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, 1958
(zit.: Fikentscher, Wettbewerb)
- ders. Urhebervertragsrecht und Kartellrecht, Festgabe für
Gerhard Schricker, 1995, S. 149 ff.
- Flechsig, Norbert P. Gesamtvertrag versus Koalitionsfreiheit, ZRP 2000,
S. 529 ff.
- Flechsig, Norbert P.;
Hendricks, Kirsten Konsensorientierte Streitschlichtung im Urheber-
vertragsrecht, ZUM 2002, S. 423 ff.
- Fleischer, Holger Tarifverträge und Europäisches Wettbewerbsrecht,
DB 2000, S. 821 ff.
- Fromm, Friedrich Karl;
Nordemann, Wilhelm Kommentar zum Urheberrecht, 9. Auflage, 1998
(zit.: Fromm/Nordemann-Bearbeiter, Urheberrecht)
- Galperin, Hans;
Löwisch, Manfred Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band 2,
6. Auflage, 1982 (zit.: Galperin/Löwisch-Bearbeiter,
BetrVG)
- Gamillscheg, Franz Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, 1997
(zit.: Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht)
- ders. Sozialpolitische Bedeutung und Repräsentativität der
Gewerkschaft im deutschen und ausländischen Recht,
Festschrift für Wilhelm Herschel, 1982, S. 99 ff.
- von Gamm,
Otto-Friedrich Der Bestseller-Paragraph (§ 36 UrhG) bei Bestellver-
trägen, WRP 1994, S. 677 ff.
- Gerstenberg, Ekkehard Der „Bestseller-Paragraph“ in der Praxis, GRUR 1974,
S. 591 ff.
- Geulen, Reiner;
Klinger, Remo Verfassungsrechtliche Aspekte des Filmurheberrechts,
ZUM 2000, S. 891 ff.
- Gloy, Wolfgang;
Loschelder, Michael Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage, 2005
(zit.: Gloy/Loschelder, Wettbewerbsrecht)
- Götting, Horst-Peter Urheberrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen,
Festgabe für Gerhard Schricker, 1995, S. 53 ff.
- Gounalakis, Georgios;
Heinze, Meinhard;
Dörr, Dieter Urhebervertragsrecht – Verfassungs- und europarecht-
liche Bewertung des Entwurfs der Bundesregierung vom
30. Mai 2001, 2001 (zit.: Gounalakis/Heinze/Dörr,
Urhebervertragsrecht)

- Grabitz, Eberhard;
Hilf, Meinhard
Das Recht der Europäischen Union, Band 1 und 2,
Stand: Januar 2005 (zit.: Grabitz/Hilf-Bearbeiter,
EGV I bzw. II)
- Graf von Hardenberg,
Rüdiger
Das Privatgutachten im Zivilprozess – unter Berücksichtigung der Rechtslage im Strafprozess, 1975
(zit.: Graf von Hardenberg, Privatgutachten)
- Graf von Westphalen,
Friedrich
Das Recht des Stärkeren und seine grundgesetzliche
Beschränkung, MDR 1994, S. 5 ff.
- von der Groeben, Hans;
Schwarze, Jürgen
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage, Band 1
und 2, 2003 (zit.: v. der Groeben/Schwarze-Bearbeiter,
EGV I bzw. II)
- Gröning, Jochem
100 Tage UWGÄndG, WRP 1994, S. 775 ff.
- Grün, Beate
Die Generalklauseln als Schutzinstrumente der Privat-
autonomie am Beispiel der Kreditmithaftung von
vermögenslosen nahen Angehörigen, WM 1994,
S. 713 ff.
- Haas, Lothar
Das neue Urhebervertragsrecht, 2002
(zit.: Haas, Urhebervertragsrecht)
- Haberstumpf, Helmut
Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, 2000
(zit.: Haberstumpf, Urheberrecht)
- Hanau, Peter
Entwicklungslinien im Arbeitsrecht, DB 1998, S. 69 ff.
- Hanau, Peter;
Kania, Thomas
Anmerkung zu BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG
(Tarifkonkurrenz), S. 5 ff.
- Heinze, Meinhard
Kollektive Arbeitsbedingungen im Spannungsfeld
zwischen Tarif- und Betriebsautonomie, NZA 1995,
S. 5 ff.
- Hermes, Georg
Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer
Grundlage?, NJW 1990, S. 1764 ff.
- Hertin, Paul
Anmerkung zu BGH v. 20.03.1986, GRUR 1986, S. 886 f.
- Hess, Harald;
Schlochauer, Ursula;
Worzalla, Michael;
Glock, Dirk
Kommentar zum Betriebsverfassungsrecht, 6. Auflage,
2003 (zit.: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock-Bearbeiter,
BetrVG)

- Hillgruber, Christian Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, AcP 191 (1991), S. 69 ff.
- Hohagen, Gisbert Die verhältnismäßige Beteiligung des Urhebers im französischen Urhebervertragsrecht, Festschrift für Adolf Dietz, 2001, S. 81 ff.
- Hohenstatt, Klaus-Stefan Problematische Ordnungsvorstellungen des BAG im Tarifrecht, DB 1992, S. 1678 ff.
- Hönn, Günther Zur Problematik der Privatautonomie, Jura 1984, S. 57 ff.
- von Hoyningen-Huene, Gerrick Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978 (zit.: v. Hoyningen-Huene, Billigkeit)
- ders. Die Bezugnahme auf den Tarifvertrag – ein Fall der Tarifbindung, RdA 1974, S. 138 ff.
- Hromadka, Wolfgang Mehr Flexibilität für die Betriebe – ein Gesetzesvorschlag, NZA 1996, S. 1233 ff.
- Hromadka, Wolfgang; Maschmann, Frank Arbeitsrecht, Band 2, 3. Auflage, 2004 (zit.: Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht)
- Hübner, Ulrich Der gerechte Preis, Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, S. 589 ff.
- Hucko, Elmar Zum Sachstand in Sachen Urhebervertragsrecht, ZUM 2001, S. 273 ff.
- ders. Das neue Urhebervertragsrecht, 2002 (zit.: Hucko, Urhebervertragsrecht)
- Hummel, Marlies Volkswirtschaftliche Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung des Urhebervertragsrechts, ZUM 2001, S. 660 ff.
- Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim Kommentar zum GWB, 3. Auflage, 2001 (zit.: Immenga/Mestmäcker-Bearbeiter, GWB)
- Jacobs, Matthias Die Erkämpfbarkeit von firmenbezogenen Tarifverträgen mit verbandsangehörigen Arbeitgebern, ZTR 2001, S. 249 ff.
- Jarass, Hans D. Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, S. 202 ff.

- Jarass, Hans;
Pieroth, Bodo Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
7. Auflage, 2004 (zit.: Jarass/Pieroth-Bearbeiter, GG)
- Jauernig, Othmar Zivilprozessrecht, 28. Auflage, 2003
(zit.: Jauernig, Zivilprozessrecht)
- ders. Kommentar zum BGB, 11. Auflage, 2004
(zit.: Jauernig-Bearbeiter, BGB)
- Jessnitzer, Kurt Der gerichtliche Sachverständige, 11. Auflage, 2001
(zit.: Jessnitzer, Der Sachverständige)
- Katzenberger, Paul Beteiligung des Urhebers an Ertrag und Ausmaß der
Werkverwertung, GRUR Int. 1983, S. 410 ff.
- Kempen, Otto Ernst;
Zachert, Ulrich Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage, 2005
(zit.: Kempen/Zachert-Bearbeiter, TVG)
- Kilian, Wolfgang Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180
(1980), S. 47 ff.
- Köndgen, Johannes Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-
Recht, NJW 1989, S. 943 ff.
- Konzen, Horst Die Tarifeinheit im Betrieb, RdA 1978, S. 146 ff.
- Kraft, Alfons Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und das Prinzip der
Tarifeinheit, RdA 1992, S. 161 ff.
- ders. Anmerkung zu BAG v. 21.03.1973, AP Nr. 12 zu § 4 TVG
(Geltungsbereich), S. 4 ff.
- Kretschmer, Friedrich Aktuelle Berichte – April 2002: Gesetz über das Urheber-
vertragsrecht verabschiedet, GRUR 2002, S. 322
- Kronke, Herbert Zu Funktion und Dogmatik der Leistungsbestimmung nach
§ 315 BGB, AcP 183 (1983), S. 113 ff.
- Kulka, Michael Kollektives Arbeitsrecht und Kartellrecht, WuW 1987,
S. 5 ff.
- Langen, Eugen;
Bunte, Hermann-Josef Kommentar zum deutschen und europäischen Kartell-
recht, 9. Auflage, 2001 (zit.: Langen/Bunte-Bearbeiter,
Kartellrecht)
- Larenz, Karl Schuldrecht, Band 1, 2. Auflage, 1957
(zit.: Larenz, Schuldrecht)

- Larenz, Karl;
Wolf, Manfred Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches,
9. Auflage, 2004 (zit.: Larenz/Wolf, BGB AT)
- von Lewinski, Silke Frankreich, Festgabe für Gerhard Schrickler, 1995,
S. 685 ff.
- Lieb, Manfred Erkämpfbarkeit von Firmentarifverträgen mit verbands-
angehörigen Arbeitgebern, DB 1999, S. 2058 ff.
- ders. Arbeitsrecht, 8. Auflage, 2003
(zit.: Lieb, Arbeitsrecht)
- Loewenheim, Ulrich Urheberrecht und Kartellrecht, UFITA 79 (1977), S. 175 ff.
- Löwisch, Manfred Neuabgrenzung von Tarifvertragssystem und
Betriebsverfassung, JZ 1996, S. 812 ff.
- Löwisch, Manfred;
Kaiser, Dagmar Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage,
2002 (zit.: Löwisch/Kaiser-Bearbeiter, BetrVG)
- Löwisch, Manfred;
Rieble, Volker Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage, 2004
(zit.: Löwisch/Rieble-Bearbeiter, TVG)
- Lukes, Rudolf § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle
allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963,
S. 1897 ff.
- Mangen, Günter Anmerkung zu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG
(Form), S. 7 ff.
- von Mangoldt, Hermann;
Klein, Friedrich;
Starck, Christian Kommentar zum Grundgesetz, 4. Auflage, Band 1, 1999,
und Band 2, 2000 (zit.: v. Mangoldt/Klein/Starck-
Bearbeiter, GG I bzw. II)
- Manz, Friederike;
Ventroni, Stefan;
Schneider, Inge Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das
Urheber(vertrags)recht, ZUM 2002, S. 409 ff.
- Matthes, Hans-Christoph Der Arbeitgeber als Tarifvertragspartei, Festschrift für
Günter Schaub, 1998, S. 477 ff.
- Maunz, Theodor;
Dürig, Günter;
Herzog, Roman Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, Stand:
Februar 2004 (zit.: Maunz/Dürig/Herzog-Bearbeiter, GG)
- Medicus, Dieter Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, 2002
(zit.: Medicus, BGB AT)

- Mestmäcker,
Ernst-Joachim Zur Rechtsstellung urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht, Festschrift für Fritz Rittner, 1991, S. 391 ff.
- Möhring, Philipp;
Nicolini, Käte Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, 2000 (zit.: Möhring/Nicolini-Bearbeiter, Urheberrecht)
- Müller, Bernd Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, NZA 1989, S. 449 ff.
- von Münch, Ingo;
Kunig, Philip Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Auflage, 2000 (zit.: v. Münch/Kunig-Bearbeiter, GG)
- Münchener Kommentar Kommentar zum BGB, 4. Auflage, Band 1 und 2, 2001 (zit.: MüKo-Bearbeiter, BGB I bzw. II)
- ders. Kommentar zur ZPO, Band 2, 2. Auflage, 2000 (zit.: MüKo-Bearbeiter, ZPO)
- Musielak, Hans-Joachim Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, 2005 (zit.: Musielak-Berarbeiter, ZPO)
- ders. Grundkurs ZPO, 7. Auflage, 2004 (zit.: Musielak, Grundkurs ZPO)
- Nordemann, Wilhelm Das neue Urhebervertragsrecht, 2002 (zit.: Nordemann, Urhebervertragsrecht)
- ders. Vorschlag für ein Urhebervertragsgesetz, GRUR 1991, S. 1 ff.
- Oetker, Hartmut;
Preis, Ulrich Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Teil B, Systematische Darstellung, 1994, Stand: Februar 2005 (zit.: Oetker/Preis-Bearbeiter, EAS)
- von Olenhusen,
Albrecht Götz Der Gesetzentwurf für ein Urhebervertragsrecht, ZUM 2000, S. 736 ff.
- Oppermann, Thomas Europarecht, 2. Auflage, 1999 (zit.: Oppermann, Europarecht)
- Ory, Stephan Rechtspolitische Anmerkungen zum Urhebervertragsrecht, ZUM 2001, S. 195 ff.
- ders. Gesamtverträge als Mittel des kollektiven Urhebervertragsrechts, AfP 2000, S. 429 ff.
- ders. Das neue Urhebervertragsrecht, AfP 2002, S. 93 ff.

- Palandt
Kommentar zum BGB, 64. Auflage, 2005
(zit.: Palandt-Bearbeiter, BGB)
- Pieroth, Bodo;
Schlink, Bernhard
Staatsrecht II – Grundrechte, 20. Auflage, 2004
(zit.: Pieroth/Schlink, Grundrechte)
- Preis, Ulrich;
Rolfs, Christian
Gestörte Vertragsparität und richterliche Inhaltskontrolle,
DB 1994, S. 261 ff.
- Reber, Nikolaus
Die Pläne der Bundesregierung zu einer gesetzlichen
Regelung des Urhebervertragsrechts, ZUM 2001,
S. 282 ff.
- Rehbinder, Manfred
Urheberrecht, 13. Auflage, 2004
(zit.: Rehbinder, Urheberrecht)
- Renck, Ludwig
Zum Anwendungsbereich des Satzes „lex posterior
derogat legi priori“, JZ 1970, S. 770 f.
- Reuter, Dieter
Können verbandsangehörige Arbeitgeber zum Abschluss
von Haustarifverträgen gezwungen werden?, NZA 2001,
S. 1097 ff.
- ders.
Die problematische Tarifeinheit – BAG, NZA 1991, 736,
JuS 1992, S. 105 ff.
- Richardi, Reinhard
Streitfragen aus dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungs-
gesetz, ZfA 1971, S. 73 ff.
- ders.
Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 9. Auflage,
2004 (zit.: Richardi-Bearbeiter, BetrVG)
- Richardi, Reinhard;
Wlotzke, Otfried
Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3,
2. Auflage, 2000 (zit.: Richardi-Bearbeiter, Münchener
Handbuch zum Arbeitsrecht)
- Rieble, Volker
Rüthers, Bernd;
Roth, Günter
Krise des Flächentarifvertrages?, RdA 1996, S. 151 ff.
Anmerkung zu BAG v. 16.11.1982, AP Nr. 32 zu § 2 TVG,
S. 4 ff.
- Sachs, Michael
Kommentar zum Grundgesetz, 3. Auflage, 2003
(zit.: Sachs-Bearbeiter, GG)
- Schack, Haimo
Neuregelung des Urhebervertragsrechts, ZUM 2001,
S. 453 ff.
- ders.
Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit, GRUR 2002,
S. 853 ff.

- ders. Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Auflage, 2005
(zit.: Schack, Urheberrecht)
- Schaub, Günter Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Auflage, 2005
(zit.: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch)
- Schellhammer, Kurt Zivilprozess, 11. Auflage, 2004
(zit.: Schellhammer, Zivilprozess)
- Schilken, Eberhard Zivilprozessrecht, 4. Auflage, 2002
(zit.: Schilken, Zivilprozessrecht)
- Schlink, Bernhard;
Poscher, Ralf Gutachten zu den Verfassungsfragen der Reform des
Urhebervertragsrechts, abrufbar unter
www.urheberrecht.org (zit.: Schlink/Poscher, Gutachten)
- Schmidt-Bleibtreu,
Bruno;
Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz, 10. Auflage, 2004
(zit.: Schmidt-Bleibtreu/Klein-Bearbeiter, GG)
- Schmidt-Rimpler, Walter Grundfragen zur Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147
(1941), S. 130 ff.
- Schmitt, Michael § 36 UrhG – Gemeinsame Vergütungsregeln europäisch
gesehen, GRUR 2003, S. 294 ff.
- Scholz, Rupert Tarifautonomie im Umbruch, Festschrift für Reinhold
Trinkner, 1995, S. 377 ff.
- Schricker, Gerhard Zum Begriff der angemessenen Vergütung im Urheber-
recht – 10% vom Umsatz als Maßstab?, GRUR 2002,
S. 737 ff.
- ders. Kommentar zum Urheberrecht, 2. Auflage, 1999
(zit.: Schricker-Bearbeiter, Urheberrecht)
- ders. Kommentar zum Verlagsrecht, 3. Auflage, 2001
(zit.: Schricker, Verlagsrecht)
- ders. Anmerkung zu BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 149 f.
- Schröder, Georg Tarifkonkurrenzen (Teil I), DB 1957, S. 632 f.
- Schwab, Florian Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismäßig-
keitsgrundsatz: Untersuchung der Prüfungsdichte, 2002
(zit.: Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit)

- Schwarze, Jürgen Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2000, S. 613 ff.
- ders. EU-Kommentar, 2000
(zit.: Schwarze-Bearbeiter, EU-Kommentar)
- Stege, Dieter;
Weinspach,
Friedrich Karl;
Schiefer, Bernd Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 9. Auflage, 2002 (zit.: Stege/Weinspach/Schiefer, BetrVG)
- Stein/Jonas Kommentar zur ZPO, Band 4/2, 21. Auflage, 1999
(zit.: Stein/Jonas-Bearbeiter, ZPO)
- Stichelbrock, Barbara Ausgleich gestörter Vertragsparität durch das neue Urhebervertragsrecht?, GRUR 2001, S. 1087 ff.
- Stockenhuber, Peter Europäisches Kartellrecht, 1999
(zit.: Stockenhuber, Kartellrecht)
- Streinz, Rudolf Europarecht, 6. Auflage, 2003
(zit.: Streinz, Europarecht)
- van Themaat,
P. VerLoren Die Bedeutung von Art. 36 für die kartellrechtliche Beurteilung von Patentlizenzverträgen nach Art. 85 des EWG-Vertrages, GRUR Int. 1964, S. 21 f.
- Theobald, Christian;
Schneider, Jens-Peter Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2003
(zit.: Theobald/Schneider-Bearbeiter, Recht der Energiewirtschaft)
- Thüsing, Gregor Tarifvertragliche Chimären – Verfassungsrechtliche und arbeitsrechtliche Überlegungen zu den gemeinsamen Vergütungsregeln nach § 36 UrhG n.F., GRUR 2002, S. 203 ff.
- Ulmer, Eugen Gutachten zum Urhebervertragsrecht, 1977
(zit.: Ulmer, Urhebervertragsrecht)
- Ulmer, Peter;
Brandner, Hans Erich;
Hensen, Horst-Diether Kommentar zum AGBG, 9. Auflage, 2001
(zit.: Ulmer/Brandner/Hensen-Bearbeiter, AGBG)
- von Ungern-Sternberg,
Joachim Interessenabwägung nach § 26 Abs. 2 GWB, Festschrift für Walter Odersky, 1996, S. 987 ff.

- Vogel, Martin Kollektives Urhebervertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Wahrnehmungsrechts, Festgabe für Gerhard Schricker, 1995, S. 117 ff.
- Wiedemann, Herbert Anmerkung zu BVerfG v. 19.10.1993, JZ 1994, S. 411 ff.
- ders. Anmerkung zu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 6 ff.
- ders. Anmerkung zu BAG v. 24.09.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 4 ff.
- Wiedemann, Herbert;
Arnold, Markus Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Teil II), ZTR 1994, S. 443 ff.
- Wiedemann, Herbert;
Wank, Rolf Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 6. Auflage, 1999 (zit.: Wiedemann/Wank-Bearbeiter, TVG)
- Wieland, Peter Recht der Firmentarifverträge, 1998 (zit.: Wieland, Recht der Firmentarifverträge)
- Wolf, Manfred Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970 (zit.: Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit)
- Wolf, Manfred;
Horn, Norbert;
Lindacher, Walter F. Kommentar zum AGBG, 4. Auflage, 1999 (zit.: Wolf/Horn/Lindacher-Bearbeiter, AGBG)
- Zäch, Roger Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 1994 (zit.: Zäch, Wettbewerbsrecht)
- Zentek, Sabine;
Meinke, Thomas Urheberrechtsreform 2002, 2002 (zit.: Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform)
- Zöller, Richard Kommentar zur Zivilprozessordnung, 25. Auflage, 2005 (zit.: Zöller-Bearbeiter, ZPO)
- Zöllner, Wolfgang Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), S. 1 ff.
- ders. Die Sperrwirkung des § 59 BetrVG, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, 1965, S. 699 ff.
- ders. Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), S. 221 ff.

Zöllner, Wolfgang;
Loritz, Karl-Georg

Arbeitsrecht, 5. Auflage, 1998
(zit.: Zöllner/Loritz-Bearbeiter, Arbeitsrecht)

A. Einleitung

Die Regelungen des Urheberrechts schützen den Kreativen in erster Linie in der wirtschaftlichen Verwertung seiner geistig-schöpferischen Leistung. Der Einräumung von Nutzungsrechten am Werk liegen Verträge zugrunde, die den allgemeinen Regeln des BGB unterworfen sind, für welche aber im Speziellen das sog. Urhebervertragsrecht Geltung beansprucht. Dieses findet sich in den §§ 31 ff. UrhG normiert und war lange Zeit Gegenstand lebhafter Diskussion. Einen Schlusstrich unter die Debatte um die Regelungsdefizite des bisher geltenden Rechts und die Schutzbedürftigkeit der kreativ Tätigen hat nunmehr die Verabschiedung des Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern gezogen.¹ Wurde die Überzeugung des Gesetzgebers von der Reformbedürftigkeit der alten Vorschriften noch weitläufig geteilt und das Bemühen um die Sicherstellung einer angemessenen Entlohnung für die gegenüber ihren Vertragspartnern strukturell benachteiligten Kreativen vielfach begrüßt, sah sich die Novelle während des Gesetzgebungsverfahrens in ihrer konkreten Ausgestaltung insbesondere von Verwerterseite heftig attackiert.

Aufgabe dieser Abhandlung wird die Thematisierung noch bestehender Bedenken und die Klärung sein, ob und inwieweit die praktisch immens bedeutsame Neubestimmung des gesetzlichen Rahmens für die Vertragsbeziehungen zwischen Urhebern und Verwertern letztlich mit dem Prädikat „gelungen“ versehen werden kann.

Nach einem kurzen Abriss der historischen Entwicklung des Urhebervertragsrechts im direkten Anschluss an diese Einleitung erfolgt zu diesem Zweck eine Betrachtung der Novelle aus unterschiedlichen Blickwinkeln. Den Anfang macht eine verfassungs-

¹ Siehe BGBl. I 2002, S. 1155 ff.

rechtliche Auseinandersetzung, anlässlich derer im Detail zunächst die gesetzgeberische Motivation hinterfragt wird. Ein besonderes Augenmerk im Rahmen der Untersuchung der Vereinbarkeit der Neuregelung mit Art. 2 Abs. 1 GG gilt dabei nicht nur der im Vorfeld vielfach kritisierten Verwendung der Begrifflichkeit der „angemessenen Vergütung“. Vor allem die Privatautonomie und die Herausarbeitung ihres Gewährleistungsinhalts treten in den Mittelpunkt des Interesses. Sodann muss die Frage nach dem Koalitionsstatus der Vereinigungen im Sinne von § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG beantwortet und aus gegebenem Anlass bereits auf den Kreis der zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln befähigten Parteien eingegangen werden.

Des Weiteren wendet sich die Abhandlung Problemfeldern der Rechtsanwendung zu. Sie nimmt etwa das Erfordernis der Repräsentativität einer Vereinigung nach § 36 Abs. 2 UrhG näher in Augenschein und bemüht sich über eine Einordnung des Tatbestandsmerkmals in den Funktionszusammenhang der §§ 32 ff. UrhG um Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs.

Hieran schließen sich Ausführungen über die Vereinbarkeit der Novelle mit dem Europarecht an, wobei nach Untersuchung der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit der Hauptfokus auf dem Kartellverbot des Art. 81 EG liegt. Diesbezüglich muss der Anwendungsbereich abgesteckt und aufgezeigt werden, wie der in der Sache angelegte und näher zu skizzierende Konflikt zwischen Europäischem Wettbewerbsrecht und Urheberrecht gelöst werden kann.

Dass die Erarbeitung eines konsensfähigen Vorschlages im Gesetzgebungsverfahren erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen würde, war angesichts der Pluralität der aufeinander prallenden Meinungen abzusehen. Gleichwohl überraschte die Heftigkeit der öffentlichen Diskussionen um das neue Urhebervertragsrecht. Die oftmals durch Egoismen geprägten Stellungnahmen der verschie-

densten Verbände riefen den Wunsch nach einer Besinnung auf mehr Objektivität hervor. Der Gesetzgeber hat das Urhebervertragsrecht in Abwägung aller sachlichen Argumente und im Bemühen um einen ausgewogenen Kompromiss mit zum Teil unkonventionellen Mitteln geradezu revolutioniert. Ob sich die mit dem erarbeiteten Konzept verbundenen Erwartungen erfüllen, bleibt abzuwarten. Möglicherweise sieht sich der Gesetzgeber in absehbarer Zeit zu noch restriktiverem Einschreiten gegen Übervorteilungstendenzen gezwungen.

B. Historie

Die Debatte um ein Urhebervertragsrecht nahm bereits am 09.09.1965 ihren Anfang. Die Unzulänglichkeiten des an diesem Tag verabschiedeten Urhebergesetzes waren Anlass, in der amtlichen Begründung dem gesetzgeberischen Willen Ausdruck zu verleihen, die Regelungen durch ein umfassendes Urhebervertragsgesetz zu ergänzen, das für alle Vertragstypen auf dem Gebiet des Urheberrechts Vorschriften enthalten sollte.² Der Ankündigung einer „großen Lösung“ ließ der Gesetzgeber jedoch lange Zeit keine Taten folgen. Erst die Einführung des § 12 a TVG am 29.10.1974 versprach für die arbeitnehmerähnlich beschäftigten Urheber über die neu eröffnete Möglichkeit zum Abschluss von Tarifverträgen eine Aufwertung ihrer Position.³ Allerdings erlangte dieses Instrumentarium nicht die erhoffte Bedeutung, was die wissenschaftliche und politische Diskussion des Reformbedarfs umso mehr anheizte.

Besonders hervorzuheben ist an dieser Stelle das von Ulmer im Auftrag des Bundesjustizministeriums im Jahre 1977 erstellte Gutachten über eine gesetzliche Regelung des Sendevertragsrechts, welches zumindest für den Abschluss von einigen Tarifverträgen zwischen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und Vertretern der Kreativen mit ursächlich wurde; Ulmer sprach sich schon zu diesem Zeitpunkt für Kollektivverträge im Wahrnehmungsgesetz aus, die – ohne zwingende Wirkungen zu zeitigen – als Orientierungshilfe bei der Festlegung angemessener Konditionen dienen sollten.⁴ Die Bundesregierung, aufgrund der erwähnten Tarifabschlüsse zuversichtlich, verlieh in ihrem ersten Bericht zur Entwicklung des Urhebervertragsrechts aus dem Jahre 1989 der

² Vgl. BGBl. I 1965, S. 1273; Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. IV/270, S. 27.

³ Siehe BGBl. I 1974, S. 2879.

⁴ Dazu Ulmer, Urhebervertragsrecht, S. 24 ff.

Hoffnung auf das Zustandekommen weiterer Kollektivverträge Ausdruck und stellte zunächst jegliche Gesetzesvorhaben zurück.⁵ Herausragende Bedeutung kommt hinsichtlich der dogmatischen Vorbereitung der am 01.07.2002 in Kraft getretenen Neuregelung des Urhebervertragsrechts außerdem einem im Jahre 1991 erarbeiteten Vorschlag Nordemanns zu. Er formulierte Kritik an der Rechtsprechung und sprach sich unter Hervorhebung der Verhandlungsschwäche der Urheber und ausübenden Künstler für die Installierung eines unverzichtbaren gesetzlichen Anspruchs auf angemessene Vergütung aus.⁶ Auch die Bundesregierung betonte in ihrem zweiten Bericht aus dem Jahre 1994 schließlich die exorbitante Bedeutung gesetzlicher Rahmenbedingungen für einen gerechten Ausgleich der Interessen von Verwertern und Kreativen, setzte aber zunächst noch auf eine Verbesserung der Rechtsstellung der Urheber und ausübenden Künstler im Zuge der Umsetzung einiger EG-Richtlinien.⁷

Weitere konkrete Ansätze zur Neugestaltung des Urhebervertragsrechts ließen bis zum Jahre 2000 auf sich warten. Am 29.02. erfolgte seitens des Bundesjustizministeriums eine Anhörung der Verbände zur Frage der Novellierung. Die Erkenntnisse daraus einbeziehend, legten Dietz, Loewenheimer, Nordemann, Schrickler und Vogel am 22.05. den im Auftrag des Bundesjustizministeriums erstellten sog. Professorenentwurf vor.⁸ Angesichts der Hoffnungslosigkeit des Unterfangens, für die vielgestaltigen Vertragstypen ein umfassendes Urhebervertragsrecht zu schaffen, wandte sich dieser inhaltlich von der ursprünglich präferierten großen Lösung ab. Doch auch der lediglich punktuellen Nachbesserung des bisherigen Rechts wurde eine Absage erteilt und in Form der Einführung eines unverzichtbaren gesetzlichen Anspruchs auf ange-

⁵ Siehe BT-Drs. 11/4929, S. 53 ff.

⁶ Vgl. Nordemann, GRUR 1991, S. 1 ff.

⁷ Siehe BT-Drs. 12/7489, S. 14 f.

⁸ Vgl. GRUR 2000, S. 765 ff. in nahezu unveränderter Fassung v. 17.08.2000.

messene Vergütung für jede Werknutzung in Kombination mit der Schaffung eines Verfahrens zum Abschluss von Kollektivverträgen zwischen Urhebern und Verwertern über Mindestvergütungen ein Mittelweg beschritten. Die Gesamtverträge beanspruchten Verbindlichkeit und sollten letztlich nach dem Vorbild des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes vor dem OLG München erzwungen werden können.

Dieser im Professorenentwurf vorgesehene Ordnungsrahmen für Urheberverträge wurde trotz massiver Kritik der Verwerter und eines Gegenvorschlags der Medienverbände zunächst zur wesentlichen Grundlage des sog. Referentenentwurfs vom 17.05.2001.⁹ Sodann beschloss das Bundeskabinett am 30.05.2001 nahezu ohne Abweichungen einen Regierungsentwurf.¹⁰ Die Koalitionsfraktionen brachten diesen fast einen Monat später (26.06.2001) wortgleich in den Bundestag ein, wozu der Bundesrat am 13.07.2001 gemäß Art. 76 Abs. 2 GG Stellung bezog.¹¹ Die von unterschiedlicher Seite geäußerten Bedenken zogen letztlich doch eine Änderung der Konzeption nach sich. Die Formulierungshilfen des Bundesministeriums der Justiz für einen Antrag zur Änderung des Gesetzesentwurfs sahen nunmehr einen Anspruch auf Vertragsänderung im Falle unangemessener Vergütungsabsprachen vor und nahmen Abstand von der Zwangsschlichtung.¹² Die Bezugnahme auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses machte zudem die Aufrechterhaltung und Modifizierung des sog. Bestsellerparagraphen erforderlich. Schließlich wurden die jetzt „gemeinsame

⁹ Abrufbar unter www.urheberrecht.org.

¹⁰ In den Bundestag durch die Bundesregierung erst am 23.11.2001 eingebracht, BT-Drs. 14/7564; abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 91 ff.

¹¹ Vgl. Entwurf der Koalitionsfraktionen, BT-Drs. 14/6433, abrufbar unter www.urheberrecht.org sowie Plenarprotokoll 766, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 133 ff.

¹² Beachte die Entwicklung zwischen Formulierungshilfe des BMJ v. 19.11.2001, abrufbar unter www.urheberrecht.org, derjenigen v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 ff. und dem Änderungsantrag zur Formulierungshilfe v. 23.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 169 ff. sowie der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses v. 23.01.2002, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 ff.

Vergütungsregeln“ benannten Kollektivverträge und der erwähnte Korrekturanspruch über eine unwiderlegbare Angemessenheitsvermutung miteinander verknüpft. Diesen Kompromiss verabschiedete der Bundestag am 25.01.2002. Daraufhin passierte das Gesetz am 01.03.2002 den Bundesrat ohne Beanstandung und trat – wie bereits erwähnt – am 01.07.2002 in Kraft.

C. Problemstellungen des nationalen Rechts

I. Verfassungsrechtliche Erwägungen

1. Art. 2 Abs. 1 GG

Nach § 32 Abs. 1 S. 1 UrhG hat der Urheber für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Soweit jenes Entgelt indes unangemessen erscheint, eröffnet § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG dem benachteiligten Kreativen die Möglichkeit, die Einwilligung des Vertragspartners in eine Vertragsänderung auf dem Klageweg zu erzwingen. Diese Regelung ist im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich nicht unbedenklich.

a) Eingriff in die Vertragsfreiheit

Die Privatautonomie ist als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit die Möglichkeit willkürlicher Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen.¹³ Diese Gewährleistung der Selbstbestimmung durch Art. 2 Abs. 1 GG findet ihre wichtigste Ausformung in der Vertragsfreiheit, namentlich der Freiheit hinsichtlich des Abschlusses und des Inhalts eines Vertrages.¹⁴ Die Bestimmung der Vergütungshöhe ist dabei ein zentraler Aspekt der Inhaltsfreiheit.¹⁵

¹³ Vgl. BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (231); BVerfG v. 12.11.1958, BVerfGE 8, S. 274 (328); BVerfG v. 13.05.1986, BVerfGE 72, S. 155 (170); Busche, Privatautonomie, S. 13 f. u. 22 ff.

¹⁴ Siehe Busche, Privatautonomie, S. 46 ff. u. 64 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG I, Art. 2 Rn. 136; Larenz/Wolf, BGB AT, § 34 Rn. 22 ff.; Medicus, BGB AT, Rn. 477 f.; Hönn, Jura 1984, S. 57; Grün, WM 1994, S. 713 (714).

¹⁵ Dazu BVerfG v. 14.05.1985, BVerfGE 70, S. 1 (25); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (432).

Insoweit bedeutet die Statuierung eines Anspruchs auf angemessene Vergütung in § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG eine Verlagerung der Bestimmung vom Parteiwillen hin zum Ermessen der Gerichte und somit einen Eingriff in die Vertragsfreiheit des Einzelnen.¹⁶

b) Rechtfertigung

Art. 2 Abs. 1 GG steht grundsätzlich unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt.¹⁷ Nach liberalistischer Grundüberzeugung können jedoch zum Schutz vor staatlicher Bevormundung als Schranke der Vertragsfreiheit einzig die Kräfte des Marktes dienen.¹⁸ Angesichts weitreichender und vielfältiger Beschränkungen der Vertragsfreiheit in der geltenden Rechtsordnung befremdet ein derartiger Ansatzpunkt.¹⁹ Privatautonomie bedarf ihrem Wesen nach der rechtlichen Ausgestaltung und ist auf die gesetzgeberische Bereitstellung solcher rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmittel mit rechtsverbindlichem Charakter angewiesen, welche sich durch die Begründung durchsetzbarer Rechtspositionen auszeichnen.²⁰ Die Beschränkung der Vertragsfreiheit macht damit zugleich eines ihrer Strukturprinzipien aus.²¹ Ein formales Verständnis stilisiert die Vertragsfreiheit zur Alleinherrschaft hoch und verkennt insbesondere die Bedeutung des Grundprinzips der Funktionsgerechtigkeit der Rechtsgeschäftsordnung und deren grundsätzliche

¹⁶ Siehe BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1094); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (207); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 42; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 29 (abrufbar unter www.urheberrecht.org).

¹⁷ Beachte BVerfG v. 16.01.1957, BVerfGE 6, S. 32 (37 f.); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 383.

¹⁸ Vgl. zu diesem Ansatzpunkt Busche, Privatautonomie, S. 14 f. u. 51; Adomeit, NJW 1994, S. 2467 (2468); Grün, WM 1994, S. 713 (718); Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 9.

¹⁹ Siehe etwa Bydlinski, AcP 180, S. 1 (4).

²⁰ So BVerfG v. 12.11.1958, BVerfGE 8, S. 274 (329); BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (231 f.); Busche, Privatautonomie, S. 14 f. u. 52; Larenz/Wolf, BGB AT, § 34 Rn. 1; Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (35).

²¹ Hierzu Graf von Westphalen, MDR 1994, S. 5 (8); Hönn, Jura 1984, S. 57 (61 f.); Grün, WM 1994, S. 713 (721); Wiedemann, JZ 1994, S. 411 (412); Kilian, AcP 180, S. 47 (51); Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (56); Busche, Privatautonomie, S. 103.

Bindung an die objektiven Wertentscheidungen des Grundgesetzes.²² Eine jederzeitige Modifikation der Privatautonomie entsprechend ihren Funktionsvoraussetzungen muss – wie noch näher zu erläutern sein wird – möglich sein.²³

Allerdings unterliegen dabei etwaige gesetzgeberische Ausgestaltungsmaßnahmen ihrerseits Schranken und haben insbesondere den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu genügen.²⁴ Vorrang gegenüber der Vertragsfreiheit des Einzelnen können daher mit der Neuregelung des Urhebervertragsrechts verbundene Zwecke nur beanspruchen, wenn das gesetzgeberische Ziel selbst als zulässig zu qualifizieren ist und zu seiner Erreichung geeignete, erforderliche und angemessene Mittel eingesetzt werden.²⁵

1) Legitimer Zweck

Die Verabschiedung der Novelle ist von dem gesetzgeberischen Willen getragen, einer Fremdbestimmung der Urheber und ausübenden Künstler durch die Verwerter bei Abschluss von Urheberverträgen mittels Sicherstellung einer gerechten Entlohnung entgegenzuwirken.²⁶ Dem Gesetzgeber kommt eine nur eingeschränkt überprüfbare Zwecksetzungskompetenz zu.²⁷ Die Legiti-

²² Vgl. in diesem Kontext BVerfG v. 15.01.1958, BVerfGE 7, S. 198 (205); BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (254); BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (229); Busche, Privatautonomie, S. 17 u. 50 f.; Hönn, Jura 1984, S. 57 (61); Hermes, NJW 1990, S. 1764 (1767); Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (31 f.); Bydlinski, AcP 180, S. 1 (7 f.).

²³ Beachte Busche, Privatautonomie, S. 17 f. u. 52 f.; Bydlinski, AcP 180, S. 1 (39); Preis/Rolfs, DB 1994, S. 261; Kilian, AcP 180, S. 47 (76).

²⁴ Vgl. dazu BVerfG v. 15.12.1965, BVerfGE 19, 342 (348 f.); BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (261); BVerfG v. 05.08.1966, BVerfGE 20, S. 150 (155); v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck, GG I, Art. 2 Rn. 137; Flechsig, ZRP 2000, S. 529 (532), Hermes, NJW 1990, S. 1764 (1768); Zöllner, AcP 196, S. 1.

²⁵ Siehe etwa Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 279 ff.; Dreier-Schulze-Fielitz, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 170 ff.; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 20 Rn. 83 ff.; Schmidt-Bleibtreu/Klein-Hofmann, GG, Art. 20 Rn. 73 f.

²⁶ So Däubler-Gmelin, GRUR 2000, S. 764 (765); Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (769).

²⁷ Hierzu Sachs-Sachs, GG, Art. 20 Rn. 149; Dreier-Schulze-Fielitz, GG II, Art. 20

mität seiner Bestrebungen ist lediglich mit Blick auf die objektivrechtlichen Vorgaben der Grundrechte zu hinterfragen.²⁸

Das Urheberrecht ist durch das Bemühen geprägt, den Urhebern die vermögenswerten Ergebnisse ihrer schöpferischen Leistung eigentumsrechtlich zuzuordnen.²⁹ Die ungenügende Beteiligung der Kreativen an dem wirtschaftlichen Nutzen des Werkes kollidiert mit Art. 14 Abs. 1 GG und dem einhergehenden Gebot materieller Gerechtigkeit.³⁰ Dem Ziel der Kodifizierung des Beteiligungsgrundsatzes ist deshalb die Berechtigung nicht abzusprechen.³¹

Die Intention der Verbesserung der Stellung der Urheber und ausübenden Künstler legitimiert sich zudem aus dem materiellen Verständnis der Privatautonomie. Eine wirkliche Vertragsfreiheit setzt das tatsächliche Vorliegen der Bedingungen freier Selbstbestimmung für beide Vertragsteile voraus.³² Insoweit ist Art. 2 Abs. 1 GG durch den Gleichheitssatz gebunden.³³ Das Selbstbestimmungsrecht der Urheber sichernde Korrekturmaßnahmen verfolgen daher nicht nur einen legitimen Zweck, sie entsprechen vielmehr angesichts der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG und des Sozialstaatsprinzips

(Rechtsstaat) Rn. 169; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 57.

²⁸ Vgl. BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (229 u. 231); BVerfG v. 15.01.1958, BVerfGE 7, S. 198 (205); BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (254); Preis/Rolfs, DB 1994, S. 261; Hermes, NJW 1990, S. 1764 (1767); Busche, Privatautonomie, S. 29.

²⁹ Vgl. Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (770 f.); Schack, ZUM 2001, S. 453 (454 f.); Schrickler, GRUR 2002, S. 737 (739); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 61.

³⁰ Beachte zum Beteiligungsgrundsatz BGH v. 18.05.1955, BGHZ 17, S. 266 (282); vgl. zur Vertragsgerechtigkeit als Ziel des Wirtschaftsrechts Busche, Privatautonomie, S. 28 f.; Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (31 ff.); Bydlinski, AcP 180, S. 1 (8); Hönn, Jura 1984, S. 57 (61); Graf von Westphalen, MDR 1994, S. 5; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, Einleitung Rn. 12 ff.

³¹ Vgl. § 11 S. 2 UrhG.

³² Siehe BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (232); BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Busche, Privatautonomie, S. 27, 73 u. 103 ff.; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 56; Grün, WM 1994, S. 713 (714); Hönn, Jura 1984, S. 57 (61).

³³ Hierzu Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 166; Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (68).

in Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 GG einer legislatorischen Pflicht.³⁴

Maßnahmen zur Verhinderung von Fremdbestimmung haben neben derartigen sozialen Gesichtspunkten die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft im Auge und bezwecken die Wahrnehmung der kulturellen Förderungspflicht des Staates.³⁵ Die gesetzgeberischen Absichten genügen daher den objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und sind nicht zu beanstanden.

2) Geeignetheit

Die eingesetzten Mittel müssen darüber hinaus zur Umsetzung dieser Ziele geeignet sein. Berücksichtigung muss allerdings finden, dass eine diesbezügliche Prüfung nur auf Basis von empirischen Prognosen über die Auswirkungen der getroffenen Maßnahmen erfolgen kann. Je größer die Tragweite eines Gesetzes und damit sein gesellschaftliches Veränderungspotenzial ist, desto mehr erscheinen solche prognostischen Überlegungen als Gegenstand reiner Spekulation.³⁶ Die in Rede stehende legislatorische Einflussnahme auf die Sozial- und Wirtschaftsordnung deutet in ihrer Komplexität die Schwierigkeiten einer zutreffenden Einschätzung an.³⁷ In der hieraus resultierenden Ungewissheit kann kein Hinderungsgrund dafür gesehen werden, dass der Gesetzgeber in Bezug auf die Ausgestaltungsbedürftigkeit der

³⁴ Zu dieser Thematik BVerfG v. 12.11.1958, BVerfGE 8, S. 274 (329); BVerfG v. 13.05.1986, BVerfGE 72, S. 155 (174); BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (232); BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Busche, Privatautonomie, S. 24 ff.; Dietz, AfP 2001, S. 261 (263); Hermes, NJW 1990, S. 1764 (1765); Kilian, AcP 180, S. 47 (76); Hillgruber, AcP 191, S. 69 (74 ff.); Götting, FS für Schrickler, S. 53 (58).

³⁵ Vgl. etwa Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (768); Flechsig, ZRP 2000, S. 529 (532); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (207).

³⁶ Vgl. Schlink/Poscher, Gutachten, S. 38 f.

³⁷ Vgl. BVerfG v. 06.10.1987, BVerfGE 77, S. 84 (106); BVerfG v. 17.11.1992, BVerfGE 87, S. 363 (383); Dreier-Schulze-Fielitz, GG II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 178; Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 393 f.

Privatautonomie seinen Pflichten genügt.³⁸ Der Legislative muss vielmehr ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum bezüglich der Geeignetheit der Mittel zukommen.³⁹ Anderweitige volkswirtschaftliche Mutmaßungen über nicht intendierte Folgen sind demnach unbeachtlich und können allenfalls – so sich denn der Eintritt schwerwiegender Sekundäreffekte bewahrheitet – eine Nachbesserungspflicht begründen.⁴⁰ Nur ein besonders intensiver Grundrechtseingriff kann eine verstärkte Kontrolle der Prognose notwendig machen.⁴¹ Der Anspruch auf angemessene Vergütung begrenzt die Vertragsinhaltsfreiheit auf das im redlichen Geschäftsverkehr Übliche.⁴² Hierdurch wird das Recht nicht berührt, im Wesentlichen über den Umfang der Hauptleistungspflicht eine privatautonome Entscheidung treffen zu können. So ist der Urheber nach § 32 Abs. 1 S. 1 UrhG vorrangig auf die vertraglich vereinbarte Vergütung verwiesen. Mangels besonderer Intensität des Eingriffs sind daher die Einschätzungen des Gesetzgebers lediglich auf ihre evidente Fehlerhaftigkeit hin zu prüfen.⁴³ Dessen Annahme, dass durch die Neuregelung die Rechtsstellung der Urheber und ausübenden Künstler verbessert wird, darf sich vorliegend nicht als offensichtlich falsch erweisen.

(a) Angemessenheit der Vergütung

Zweifel an der Geeignetheit sind angesichts der Unbestimmtheit des Begriffs der Angemessenheit der Vergütung aufgekommen.

³⁸ So auch BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (352).

³⁹ Siehe BVerfG v. 17.10.1990, BVerfGE 83, S. 1 (18); BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Sachs-Sachs, GG, Art. 20 Rn. 150 f.; Busche, Privatautonomie, S. 27 f.; Grün, WM 1994, S. 713 (722 f.); Hillgruber, AcP 191, S. 69 (76); Zöllner, AcP 196, S. 1 (33).

⁴⁰ Beachte dazu BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (772).

⁴¹ Vgl. BVerfG v. 11.06.1958, BVerfGE 7, S. 377 (405 ff.); BVerfG v. 21.06.1977, BVerfGE 45, S. 187 (238); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 58 ff.

⁴² Siehe Schlink/Poscher, Gutachten, S. 40.

⁴³ Vgl. BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (333).

Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist aus rechtsstaatlicher Sicht unbedenklich, wenn die Rechtsordnung ausreichend Anhaltspunkte für eine hinlängliche Konkretisierung aufbietet.⁴⁴ Lediglich ein offensichtlicher Mangel an Praktikabilität begründet nach obigen Ausführungen hier ein die Vertragsfreiheit des Einzelnen verletzendes Übermaß beim Einsatz gesetzgeberischer Mittel.

In § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG findet sich eine Legaldefinition, doch kann für sich genommen dieser Präzisierungsversuch mittels der nicht minder unbestimmten Vokabel der Üblichkeit und deren Korrektiv in Form der Redlichkeit zunächst nicht befriedigen.⁴⁵ Der mit vielfältigen und zahlreichen Fallgestaltungen konfrontierte Richter sieht sich in Ausfüllung der Begrifflichkeiten bei seiner Entscheidung trotzdem keiner unlösbaren oder gar unbekanntem Aufgabe gegenüber.

So werden die Gerichte insbesondere nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB mit einer Bestimmung des Leistungsinhaltes und daher unter anderem mit der Festlegung einer angemessenen Lohnhöhe betraut⁴⁶. Dies ist bisher keinen grundsätzlichen Bedenken begegnet; ganz im Gegenteil wurde in Anerkennung der Durchführbarkeit einer sachgerechten richterlichen Abwägung aller maßgeblichen Umstände vielfach erwogen, Allgemeine Geschäftsbedingungen einer gerichtlichen Inhaltskontrolle auf Grundlage des § 315 BGB zu unterziehen, und nicht nur insoweit für eine Ausdehnung von dessen Anwendungsbereich plädiert⁴⁷. Auch das

⁴⁴ Hierzu BVerfG v. 08.01.1981, BVerfGE 56, S. 1 (12 f.); BVerfG v. 10.10.1961, BVerfGE 13, S. 153 (161 ff.); LG München I v. 15.12.2005, ZUM 2006, S. 154 (156); v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, GG II, Art. 20 Rn. 279; Schmidt-Bleibtreu/Klein-Hofmann, GG, Art. 20 Rn. 85 f.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 312 f.

⁴⁵ So auch Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (208).

⁴⁶ Dazu MüKo-Gottwald, BGB II, § 315 Rn. 49 u. 66; Palandt-Heinrichs, BGB, § 315 Rn. 15 ff.

⁴⁷ Siehe BGH v. 29.10.1962, BGHZ 38, S. 183 (186); BAG v. 04.05.1993, ZIP 1994, S. 148 (149); BGH v. 02.04.1964, BGHZ 41, S. 271 (280); Larenz, Schuldrecht, S. 78; Kronke, AcP 183, S. 113 (128 ff.); MüKo-Gottwald, BGB II, § 315 Rn. 30; Lukes, NJW 1963, S. 1897 ff.

BAG hat vor allem in Fällen gestörter Vertragsparität die Vorschrift oftmals zur Inhalts- und Billigkeitskontrolle arbeitsvertraglicher Vereinbarungen herangezogen⁴⁸.

Darüber hinaus hat im deutschen Urheberrecht der Begriff der angemessenen Vergütung in einer Vielzahl von Bestimmungen ihren Niederschlag gefunden und stellt auch angesichts dessen kein Novum dar.⁴⁹ Für die Bemessung des Anspruchs nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG bietet sich eine Orientierung an Maßstäben der bisherigen Rechtsprechung zu diesen Vergütungs- und Beteiligungstatbeständen an.⁵⁰ Daneben besteht – der Legaldefinition entsprechend – unter dem Vorbehalt der Redlichkeit die Möglichkeit des Rückgriffs auf bereits existente Tarifverträge und anderweitige Regelwerke oder Branchenübungen.⁵¹ Eine einzelfallbezogene Überprüfung des Modellcharakters derartiger Übereinkünfte ist unter dem Gebot der Berücksichtigung aller relevanten Umstände nicht zuletzt mit Blick auf ausreichende empirische Erkenntnisse über das Geschehen am Markt ebenso praktikabel wie etwa die Leistungsbestimmung im Rahmen des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB.⁵²

Zudem erfahren die jeweiligen Konkretisierungsbemühungen durch die in § 32 Abs. 2 S. 1 des Urhebergesetzes statuierte unwiderlegliche Angemessenheitsvermutung eine Vereinfachung.

⁴⁸ Hierzu BAG v. 04.07.1972, AP Nr. 6 zu § 65 HGB, S. 1 (2 f.); BAG v. 13.05.1987, AP Nr. 4 zu § 305 BGB (Billigkeitskontrolle), S. 1 (3); Zöllner, AcP 176, S. 221 (243 ff.); MüKo-Gottwald, BGB II, § 315 Rn. 64 f.

⁴⁹ Vgl. z.B. §§ 20 b II 1, 27 I 1, II 1, 36 I a.F.; 46 IV, 47 II 2, 49 I 2, 52 I 2, II 2, 54 I 1, 54 a I 1, II, 76 II, 77, 86, 98 II, 136 III, 137 III, 137 e II 2, III, 137 f III 3, IV 2 UrhG, § 22 VerIG; siehe auch Schricker, GRUR 2002, S. 737 (738).

⁵⁰ Beispielhaft anzuführen sind etwa BGH v. 27.06.1991, GRUR 1991, S. 901 (902 f.) oder OLG Hamm v. 19.09.1989, ZUM 1990, S. 247 (248).

⁵¹ Beachte z.B. Tarifverträge der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Regelsammlungen für den Abschluss von Lizenzverträgen für verlagsgebundene Werke; LG Berlin v. 25.10.2005, ZUM 2005, S. 901 (903); LG Berlin v. 27.09.2005, ZUM 2005, S. 904 (906); LG Berlin v. 27.04.2006, ZUM 2006, S. 942 (945); LG München I v. 10.11.2005, ZUM 2006, S. 73 (77 f.); LG München I v. 30.11.2005, ZUM 2006, S. 159 (162); LG München I v. 15.12.2005, ZUM 2006, S. 154 (157); LG Hamburg v. 10.02.2006, ZUM 2006, S. 683 (685 f.); Schricker-Melichar, Urheberrecht, § 46 Rn. 28 ff., § 49 Rn. 17.

⁵² Vgl. Schlink/Poscher, Gutachten, S. 33.

Der in die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln nach § 36 UrhG einfließende Sachverstand der betroffenen Marktteilnehmer trägt auf diesem Wege zur Rechtssicherheit bei.⁵³ Mit der von den tatsächlichen Gegebenheiten losgelösten und unfruchtbaren philosophischen Suche nach dem „gerechten Preis“ hat die richterliche Bestimmung der angemessenen Vergütung demnach nichts gemein.⁵⁴ Die Einschätzung des Gesetzgebers hinsichtlich des zielführenden Charakters der Neuregelung erweist sich angesichts ihrer Praktikabilität gerade nicht als evident fehlerhaft.

(b) Präzisierung durch Dritte

Dem Aspekt der Ausgestaltung des Angemessenheitskriteriums unter Zuhilfenahme der Fachkunde der Betroffenen ist möglicherweise selber die Geeignetheit abzusprechen. So könnte die Autorisierung Privater zur Aufstellung von gemeinsamen Vergütungsregeln eine unzulässige Delegation der staatlichen Normsetzungsbefugnis darstellen.⁵⁵

Diese Diskussion erinnert an die gegen das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 20.05.2003⁵⁶ vorgebrachten Bedenken. Laut § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG 1998 mussten die Rahmenbedingungen des Netzzugangs „guter fachlicher Praxis“ entsprechen. Nach § 6 Abs. 1 S. 5 EnWG 1998 wurde bis zum 31.12.2003 die Erfüllung guter fachlicher Praxis bei Einhaltung der Verbändevereinbarung Strom II plus vom 13.12.2001 vermutet. In Parallelität zu obigen

⁵³ Dazu Dietz, AfP 2001, S. 261 (263); Hucko, ZUM 2001, S. 273 (275); Kretschmer, GRUR 2002, S. 322; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (432).

⁵⁴ Siehe Schack, ZUM 2001, S. 453 (459); Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 32 f.; Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (39 ff.); Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1094); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (208); Schlink/Poscher, Gutachten, S. 32 f.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 62 ff.

⁵⁵ Zu diesem Problemfeld BVerfG v. 25.02.1988, BVerfGE 78, S. 32 (35 f.); BVerfG v. 14.07.1983, BVerfGE 64, S. 208 (214 f.); Brunner, Rechtsetzung durch Private, S. 98 ff.

⁵⁶ BGBl. I 2003, S. 686 f.

Ausführungen verlieh man während des Gesetzgebungsverfahrens der Befürchtung Ausdruck, insoweit würden demokratisch nicht legitimierten Interessenverbänden Gesetzgebungsfunktionen übertragen.⁵⁷

Die bloße Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln im Sinne von § 36 UrhG zeitigt indes keine die individuellen Verträge betreffenden Rechtsfolgen, den Vereinbarungen kommt mithin – wie noch detailliert darzustellen sein wird – keine normative Wirkung zu. Einfluss nehmen die Vergütungsregeln in erster Linie über die Angemessenheitsvermutung nach § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG, jedoch nur aufgrund vertraglicher Vereinbarung bzw. kraft staatlicher Geltungsanordnung.⁵⁸ Fehlt es insbesondere an einer wenigstens stillschweigenden Einbeziehung durch die Vertragsparteien, können die Vergütungsregeln darüber hinaus noch als sachgerechte Orientierungshilfe bei der Konkretisierung der Angemessenheit im Sinne des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG dienen und sich insoweit faktisch auswirken. Dem Richter und gerade nicht den Parteien des Verfahrens nach § 36 UrhG obliegt in dem Fall die verbindliche Entscheidung über die Bestimmung der angemessenen Vergütung.⁵⁹ Eine Delegation der staatlichen Rechtssetzungsbefugnis steht daher nicht in Rede, so dass die Präzisierung der Angemessenheit durch Dritte als geeignetes und geradezu begründenswertes Mittel zur Förderung des Normziels anzusehen ist.

3) Erforderlichkeit

Eine weitergehende Beurteilung der gesetzgeberischen Mittel – ausgerichtet am Maßstab der Erforderlichkeit – erscheint ebenfalls nur eingeschränkt möglich. Es gilt zu vergegenwärtigen, dass das

⁵⁷ Vgl. etwa Boesche, Zugangsanspruch, S. 118; Theobald/Schneider-de Wyl/Müller-Kirchenbauer, Recht der Energiewirtschaft, § 13 Rn. 37 ff.

⁵⁸ So auch Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (206).

⁵⁹ Vgl. Schlink/Poscher, Gutachten, S. 38.

Erfordernis des geringstmöglichen Eingriffs nur im Verhältnis gleichermaßen zur Zweckerreichung geeigneter Maßnahmen gilt.⁶⁰ In Konsequenz dessen muss der oben festgestellte Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers auch in diesem Zusammenhang Geltung beanspruchen, wobei dessen Kontrolle wiederum auf offensichtliche Fehleinschätzungen reduziert ist.⁶¹

Der beschrittene Weg bei der Wahl der Mittel stellt das Ergebnis eines im Einzelnen noch näher zu beleuchtenden Abwägungsprozesses dar. Dieser ist von dem grundsätzlichen legislativischen Bestreben geprägt, durch einen Transfer von Freiheits-sphären die Vertragsfreiheit aller möglichst weitgehend zu gewährleisten und dabei die konfligierenden Interessen auf Urheber- und Verwerterseite in Ausgleich zu bringen.⁶² Aufgrund dieses Transfers bringt jede Stärkung der Stellung einer Partei zwingend eine Schwächung der Stellung der anderen mit sich.⁶³ Jedes vorgetragene alternative Mittel ist daher durch eine andere Gewichtung der jeweiligen Interessen motiviert.

Insbesondere suchen die Vertreter der sog. kleinen Lösung – die Nutzungsinteressen der Verwerter vor Augen – einen für diese weniger einschneidenden Ansatzpunkt.⁶⁴ Nach Ansicht des Gesetzgebers wird hierdurch allerdings das Beteiligungsinteresse der Kreativen nicht im erwünschten Umfang gewährleistet.⁶⁵ Die bloße Korrektur der bisherigen urhebervertragsrechtlichen Bestimmungen tangiert die vertraglichen Vereinbarungen nur im Falle

⁶⁰ Vgl. dazu Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 395; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 285; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 86.

⁶¹ Siehe etwa BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Busche, Privatautonomie, S. 27 f.; Zöllner, AcP 196, S. 1 (33); Grün, WM 1994, S. 713 (722 f.); Hillgruber, AcP 191, S. 69 (76).

⁶² Siehe Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (769); BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (232); Kilian, AcP 180, S. 47 (64); Hönn, Jura 1984, S. 57 (69); Grün, WM 1994, S. 713 (719 f.).

⁶³ Hierzu BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Schlink/Poscher, Gutachten, S. 44.

⁶⁴ Vgl. insbesondere den Vorschlag der Medienwirtschaft für ein Urhebervertragsrecht vom 10.04.2001 oder z.B. Schack, ZUM 2001, S. 453 (465); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 86 ff.

⁶⁵ So Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (769).

augenscheinlicher Unangemessenheit und wird dem legitimen gesetzgeberischen Bemühen um Markttransparenz zur flächendeckenden Verwirklichung des Beteiligungsgrundsatzes nicht gerecht.⁶⁶ Diese Einschätzung deckt sich mit der soeben dargestellten Struktur des Konfliktes. Mithin lassen sich Anhaltspunkte für eine evidente Fehlprognose ebenso wenig ausmachen wie berechnete Zweifel an der Erforderlichkeit.

4) Angemessenheit

Darüber hinaus dürfen die an sich geeigneten und erforderlichen Maßnahmen nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten sozialen Zweck stehen. Diese Prüfung der Angemessenheit verlangt grundsätzlich eine Güterabwägung und somit eine Bewertung der in sie einzustellenden grundrechtlichen Positionen.⁶⁷ Eine Besonderheit ist vorliegend zunächst darin auszumachen, dass der Gesetzgeber – wie schon aufgezeigt – durch Beschränkung der Vertragsfreiheit einer grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates nachzukommen versucht.⁶⁸ Diese Obliegenheit verstärkt das Gewicht der durch das Sozialstaatsprinzip geforderten Herstellung sozialer Gerechtigkeit.⁶⁹ Eine angemessene Ausgestaltung der Privatrechtsordnung sieht sich daher mit dem Problem praktischer Konkordanz konfrontiert; die kollidierenden Grundrechtspositionen der Kreativen und Verwerter sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.⁷⁰ Es bedarf

⁶⁶ Vgl. Schricker, GRUR 2002, S. 737 (739).

⁶⁷ Beachte etwa Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 397 f.

⁶⁸ Vgl. BVerfG v. 13.05.1986, BVerfGE 72, S. 155 (174); BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (232); BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Götting, FS für Schricker, S. 53 (58); Dietz, AfP 2001, S. 261 (263); Hermes, NJW 1990, S. 1764 (1765); Hillgruber, AcP 191, S. 69 (74 ff.).

⁶⁹ Siehe hierzu BVerfG v. 12.11.1958, BVerfGE 8, S. 274 (329); Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 97 ff.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 94.

⁷⁰ Vgl. BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (232); Grün, WM 1994, S. 713

einer Kennzeichnung der notwendigen Grenzen des Schutzauftrages, mithin einer Eingriffsschwellendefinition und der Verdeutlichung von Zielkonflikten.

(a) Reichweite der Privatautonomie

Ausgangspunkt derartiger Überlegungen ist der – bereits betonte – funktionale Zusammenhang zwischen der Möglichkeit der willkürlichen Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen und der Verwirklichung einer gerechten Ordnung als Grundaufgabe des Rechts.⁷¹ Ein von dem Ziel eines gerechten Interessenausgleichs losgelöstes Verständnis der vertraglichen Selbstbestimmung verkennt diese Verbindung. Das Selbstbestimmungsrecht im Rahmen des vertraglichen Einigungsprozesses besteht demnach nur vorbehaltlich dessen Eignung für einen gerechten Interessenausgleich.⁷²

Dabei bedeutet Selbstbestimmung nicht zuletzt im Interesse eines geordneten Rechtsverkehrs auch Selbstverantwortung, anderenfalls wäre die Gestaltungsfreiheit mit einer Gestaltungspflicht gleichzusetzen; ausschlaggebend kann nur die an objektiven Umständen zu messende Möglichkeit sein, die jeweiligen Interessen zur Geltung bringen zu können.⁷³ Dem Vertragsschluss kommt dann eine grundsätzliche Richtigkeitschance in Abgrenzung zu einer Richtigkeitsgewähr zu.⁷⁴ Ist die funktionsgerechte Entfaltung der Selbstbestimmung einer Partei gehindert, schließt dies die

(719 f.); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 96.

⁷¹ Dazu Busche, Privatautonomie, S. 17 u. 28 f.; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 67 ff.; Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (31 f.); Bydlinski, AcP 180, S. 1 (8).

⁷² Beachte auch Graf von Westphalen, MDR 1994, S. 5; Hönn, Jura 1984, S. 57 (61).

⁷³ Vgl. Busche, Privatautonomie, S. 28, 79 ff. u. 104 ff.; v. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 128 u. 137 f.; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 81 f.; Hillgruber, AcP 191, S. 69 (85).

⁷⁴ Siehe zu diesem Diskussionsfeld Schmidt-Rimpler, AcP 147, S. 130 ff.; Busche, Privatautonomie, S. 76 ff.; Adomeit, NJW 1994, S. 2467 (2468); Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (33 u. 54 f.); Bydlinski, AcP 180, S. 1 (34); v. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 137.

Richtigkeitschance des Vertragsschlusses im konkreten Fall aus; an diesem Punkt ist der Staat ausnahmsweise gefordert, einen an den Erfordernissen der Vertragsgerechtigkeit orientierten Eingriff vorzunehmen, und darf sich nicht einer liberalistisch motivierten Hoffnung hingeben, der Interessenausgleich werde sich institutionell bei gesamtheitlicher Betrachtung verwirklichen.⁷⁵ Bis zu diesem Punkt hat er die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen zu respektieren.⁷⁶

Des Weiteren gilt es also eine weitergehende Präzisierung der Kriterien vorzunehmen, unter denen sich Selbstbestimmung in ihr schlichtes Gegenteil Fremdbestimmung wandelt. Maßgebende Bedeutung misst vor allem das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung dem Umstand der gestörten Vertragsparität zu und erkennt deren Kompensation als Hauptaufgabe des Zivilrechts.⁷⁷ Das starke Übergewicht einer Vertragspartei schafft für diese die Möglichkeit der faktisch einseitigen Bestimmung des Vertragsinhalts.⁷⁸ Jedoch bewirkt dies nicht zwingend für die unterlegene Partei Fremdbestimmung.⁷⁹ Wirtschaftliche Überlegenheit ist ein häufig anzutreffendes gesellschaftliches Phänomen und trifft je nach Ausprägung lediglich eine Aussage über das Maß der Fähigkeit zur Dominanz.⁸⁰ Eine niedrig ansetzende Schwellendefinition leistet der Gefahr Vorschub, dasjenige auf

⁷⁵ Vgl. BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Busche, Privatautonomie, S. 78 f.; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 9 f. u. 91; Grün, WM 1994, S. 713 (714); Preis/Rolfs, DB 1994, S. 261; Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (35); Bydlinski, AcP 180, S. 1 (39); Kilian, AcP 180, S. 47 (76).

⁷⁶ So BVerfG v. 06.02.2001, NJW 2001, S. 957 (958); BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (254); Hillgruber, AcP 191, S. 69 (74); Zöllner, AcP 196, S. 1 (8); Stickerbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1094).

⁷⁷ Hierzu BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (233); BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); BVerfG v. 05.08.1994, NJW 1994, S. 2749 (2750); BVerfG v. 06.11.2001, NJW 2001, S. 957 (958); Busche, Privatautonomie, S. 29 u. 90 ff.

⁷⁸ Vgl. etwa Geulen/Klinger, ZUM 2000, S. 891 (896); Graf von Westphalen, MDR 1994, S. 5 (7); Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (57); Bydlinski, AcP 180, S. 1 (34); Kilian, AcP 180, S. 47 (74).

⁷⁹ Siehe Busche, Privatautonomie, S. 92; Zöllner, AcP 196, S. 1 (26).

⁸⁰ Dazu Adomeit, NJW 1994, S. 2467 (2468); v. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 134; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 105.

Kosten der Verwerter zu subventionieren, was am Markt vorbei produziert wird.⁸¹ Solange der marktschwächeren Partei in Form der realen Möglichkeit des Verzichts auf den Vertragsschluss ein Handlungsspielraum verbleibt, kann ein Verhandlungsungleichgewicht für sich genommen nicht die Effizienz des Vertragsmechanismus in Frage stellen.⁸²

Ausschlaggebender Faktor muss sein, ob die tatsächliche Möglichkeit zur sachgerechten und vernünftigen Interessenabwägung in der jeweiligen Vertragsschlusssituation gewährleistet ist.⁸³ Die grundsätzliche Ursache für eine Störung des Willensbildungsprozesses ist in der unberechtigten Verkopplung sachfremder Gesichtspunkte zu erkennen.⁸⁴ Wird seitens einer Partei ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen verschiedenen sachlich nicht zusammengehörigen Fragen hergestellt, drängt sich die Frage der Zumutbarkeit der Aufopferung des sachfremden Interesses auf.⁸⁵ Für deren Beantwortung ist der Wertgehalt der Interessen entscheidend. Können sich die sachzugehörigen Interessen in ihrer Wertigkeit nicht gegenüber den sachfremden Interessen behaupten, ist die Aufopferung der letzteren nicht zumutbar. Grundsätzlich ist die Kopplung des Abschlusses des Vertrages und der Anerkennung von bestimmten Vertragsbedingungen als sachfremd einzuordnen.⁸⁶ Das Bedarfsinteresse hat regelmäßig für das Aushandeln der einzelnen Vertragsbedingungen keine Bedeutung und ist schon abstrakt als besonders hoch einzuschätzen, soweit mit dem Vertragsschluss das Bestreben nach Sicherung der persönlichen

⁸¹ Beachte etwa Schack, ZUM 2001, S. 453 (464); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (207).

⁸² Vgl. Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (207); Busche, Privatautonomie, S. 99 u. 131 ff.; Zöllner, AcP 196, S. 1 (31).

⁸³ So Busche, Privatautonomie, S. 92, 100 u. 104 ff.; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 115 ff.

⁸⁴ Zu diesem Sachbereich Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 126 ff.

⁸⁵ Siehe Zöllner, AcP 196, S. 1 (32, 36); Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 138 ff.

⁸⁶ Vgl. Busche, Privatautonomie, S. 68 ff.; Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 170.

Existenzgrundlage verbunden ist.⁸⁷ Stehen dem keine zumindest gleichgewichtigen Interessen gegenüber, erscheint ein Verzicht auf den Abschluss des Vertrages nicht zumutbar. Auch das allgemeine Gewinninteresse des Unternehmers kann eine solcherart vorgenommene Verkopplung nicht legitimieren.⁸⁸ In Konsequenz der fehlenden Möglichkeit zur sachgerechten und vernünftigen Interessenabwägung ist Fremdbestimmung anzunehmen und der Staat gefordert.

Die Fähigkeit zur faktisch einseitigen Bestimmung des Vertragsinhalts aufgrund von Marktmacht verwirklicht sich insoweit in der Kopplung sachfremder Interessen. Wirtschaftlicher Überlegenheit kommt daher unter den erläuterten Umständen tatsächlich individuelle Bedeutung für die Feststellung eines Mangels an Selbstbestimmung der unterlegenen Partei zu. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit beschränkt sich in diesem Zusammenhang die Verpflichtung des Gesetzgebers auf den Ausgleich strukturell bedingter Disparitäten.⁸⁹ Überobligatorisches Einschreiten birgt allerdings nicht nur insoweit Gefahren für die freiheitliche Rechtsordnung; Zielkonflikte ergeben sich zudem durch obrigkeitstaatliche Elemente im Privatrecht, die unantastbare grundrechtliche Mindestpositionen in Frage stellen.⁹⁰

(b) Konkretes Maß der Betroffenheit

Die an diesen grundsätzlichen Wertungen ausgerichtete Beurteilung der Angemessenheit hängt notwendig von einer Ein-

⁸⁷ Vgl. BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (253); Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 12 f., 159; Busche, Privatautonomie, S. 93; Zöllner, AcP 196, S. 1 (33).

⁸⁸ Beachte insbesondere Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 247.

⁸⁹ Vgl. dazu BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214 (232); Flechsig, ZRP 2000, S. 529 (531); Geulen/Klinger, ZUM 2000, S. 891 (896); Preis/Rolfs, DB 1994, S. 261 (266); Wiedemann, JZ 1994, S. 411 (412).

⁹⁰ Siehe Busche, Privatautonomie, S. 28; v. Hoyningen-Huene, Billigkeit, S. 136; Hönn, Jura 1984, S. 57 (59 u. 70); Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (33); Zöllner, AcP 196, S. 1 (3); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (432).

schätzung der konkreten Gefahrenlage und einer deren zukünftige Entwicklung betreffenden Prognose ab. Im Anschluss an obige Erläuterungen muss dem Gesetzgeber diesbezüglich grundsätzlich eine nur auf evidente Fehler überprüfbare Einschätzungsprärogative zugebilligt werden.⁹¹ Lediglich ein den objektiven Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG tangierender Eingriff kann eine verstärkte Kontrolle erfordern.⁹² Im Rahmen des Üblichen und Redlichen wird den Verwertern – wie festgestellt – das Recht zur eigenverantwortlichen Gestaltung der Vergütung durch die Neuregelung nicht genommen. Mangels Beeinträchtigung verfassungsrechtlicher Mindestpositionen genügt es, dass ein Schutzbedürfnis der Urheber und ausübenden Künstler, welches dem gefundenen Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechtspositionen zugrunde liegt, nicht offensichtlich von der Hand zu weisen ist.

Ein Vertragsschluss berührt oftmals entscheidend die wirtschaftliche und damit auch persönliche Existenzgrundlage insbesondere der freischaffenden Kreativen. Bereits geleistete Arbeit wird durch fehlende Verwertungsmöglichkeiten jeglichen Sinns beraubt.⁹³ Das Interesse am Vertragsabschluss überwiegt in seiner Intensität demnach dasjenige am Vertragsschluss zu bestimmten Konditionen. Die Möglichkeit zu einer sachfremden Verkopplung dieser Interessen erwächst aus der Marktmacht der Verwerter. Die Kulturwirtschaft ist zwar in ihrer Vielschichtigkeit uneinheitlich strukturiert.⁹⁴ Allerdings ist – bedingt durch verstärkten internationalen Wettbewerb – eine zunehmende Konzentration auf dem Medienmarkt feststellbar.⁹⁵ Die strukturelle Überlegenheit beson-

⁹¹ Hierzu auch BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242 (255); Busche, Privatautonomie, S. 27 f.; Grün, WM 1994, S. 713 (722 f.); Hillgruber, AcP 191, S. 69 (76); Zöllner, AcP 196, S. 1 (33).

⁹² Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 298 ff.

⁹³ Dazu Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 96.

⁹⁴ Vgl. Geulen/Klinger, ZUM 2000, S. 891 (896); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 100 f.

⁹⁵ Siehe Stickelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1091); Entwurfsbegründung, GRUR 2000,

ders der großen Verwerterunternehmen im Hinblick auf professionelle Geschäftsführung und Vertragsgestaltung spiegelt sich darin wider, dass faktisch alle Nutzungsverträge von ihnen ausgearbeitet und – hierin verwirklicht sich die Marktmacht – zumeist als nicht verhandelbar deklariert werden.⁹⁶ Der nachvollziehbare Wunsch nach Standardisierung der Verträge kann eine derartig kompromisslose Durchsetzung der eigenen Interessen nicht entschuldigen.

Resümierend machen die Verwerter also zum Schaden der Kulturwirtschaft vielfach von ihrer Marktmacht Gebrauch und sich die mangels Alternative bestehende Bereitschaft der Kreativen zur Akzeptanz jeglicher Vertragsbedingung zunutze. Eine die Schutzbedürftigkeit der Urheber und ausübenden Künstler anerkennende Einschätzung des Gesetzgebers geht angesichts dieser Verkopplungspraxis nicht fehl.⁹⁷ Ausfluss der Fremdbestimmung ist in erster Linie eine unangemessene Vergütung.⁹⁸ Die an dieser Stelle ansetzende Neuregelung reglementiert die Vertragsbeziehungen im Urheberrecht nicht über das notwendige Maß hinaus und lässt nunmehr sowohl der Vertragsfreiheit der Kreativen als auch derjenigen der Verwerter Platz für eine ausreichende Entfaltung. Anhaltspunkte für eine evidente Überschreitung des gesetzgeberischen Spielraums im Rahmen der Angemessenheit lassen sich mit Blick auf die objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte nicht ausmachen.

S. 765 (768).

⁹⁶ Vgl. Däubler-Gmelin, GRUR 2000, S. 764 (765).

⁹⁷ Beachte Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (771 f.).

⁹⁸ Siehe z.B. Einkommenssteuerstatistik, Umsatzsteuerstatistik, Statistik der Künstler-sozialkasse und Mitgliederstatistik der IG Medien in Ergänzung des Berichts der Bundesregierung über die wirtschaftliche und soziale Lage der künstlerischen Berufe von 1975 und des Gutachtens des IFO-Instituts im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz über die Einkommenssituation freischaffender Urheber und ausübender Künstler von 1989; dahingegen Hummel, ZUM 2001, S. 660 (661).

c) Ergebnis

Eine ungerechtfertigte Einschränkung der Vertragsfreiheit durch § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG kann im Ergebnis nicht konstatiert werden.

2. Art. 9 Abs. 3 GG

Neben § 32 UrhG bildet die in § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG geschaffene Möglichkeit zur Aufstellung sog. gemeinsamer Vergütungsregeln durch Urheber- und Werknutzervereinigungen bzw. einzelne Werknutzer nach dem Vorbild der Tarifverträge des Arbeitsrechts sowie der Gesamtverträge des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes den Kern der Novelle des Urhebervertragsrechts. Im Folgenden steht die Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 9 Abs. 3 GG auf dem Prüfstand.

a) Eingriff in die Koalitionsfreiheit

Die Feststellung einer Beeinträchtigung erscheint zutreffend nur durch Bestimmung des konkreten Gewährleistungsgehalts der Koalitionsfreiheit möglich. Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, findet sich in unterschiedlichen Ausprägungen garantiert. Im Hinblick auf die potenziellen Beteiligten an der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ist § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG dem § 2 Abs. 1 TVG nachgebildet, was die lebhafte Diskussion um die Tariffähigkeit verbandsangehöriger Arbeitgeber und die Reichweite der positiven individuellen Koalitionsfreiheit in Erinnerung ruft. Während des Gesetzgebungsverfahrens wurden außerdem vielfach die Druckwirkungen thematisiert, welche die Neuregelung möglicherweise in Bezug auf Außenseiter zeitigt. Insofern gilt es zunächst die Konkretisierungen zur negativen Koalitionsfreiheit zu rekapitulieren, die das Bundesverfassungsgericht anlässlich der Beurteilung der Zulässigkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne von § 5 TVG vorgenommen hat.

1) Negative individuelle Koalitionsfreiheit

Eine Facette des Schutzbereiches von Art. 9 Abs. 3 GG stellt danach nämlich die individuelle Freiheit dar, einer Koalition fernbleiben zu können.⁹⁹ Ob diese negative Koalitionsfreiheit der Nichtorganisierten sich vorliegend staatlichen Beschränkungen ausgesetzt sieht, hängt entscheidend von der Beantwortung der Frage nach dem Koalitionsstatus der Vereinigungen im Sinne des § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG ab. Etwaiger Beitrittsdruck ist lediglich unter der Prämisse der Bejahung dieser Fragestellung hinsichtlich seiner Sozialadäquanz im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG zu prüfen.

(a) Koalitionsstatus

In Anlehnung an den Vereinigungsbegriff des Art. 9 Abs. 1 GG ist Grundvoraussetzung einer Koalition, dass sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen und noch näher zu präzisierenden Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat.¹⁰⁰ Das Merkmal der Dauerhaftigkeit der Assoziation soll wie auch das Erfordernis der organisierten Willensbildung funktionell der Abgrenzung zum Augenblicksverband „Versammlung“ dienen; insoweit ist ein Mindestmaß an zeitlicher und organisatorischer Stabilität zwar verfassungsrechtlich notwendig, aber auch hinreichend.¹⁰¹ Selbst die bloß vorübergehende Verfol-

⁹⁹ Vgl. BVerfG v. 14.06.1983, BVerfGE 64, S. 208 (213); BVerfG v. 15.07.1980, BVerfGE 55, S. 7 (21); BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (367); BVerfG v. 14.11.1995, BVerfGE 93, S. 352 (357); Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 7; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 65; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 19; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 219 f.; Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 465 ff.

¹⁰⁰ Hierzu Maunz/Dürig/Herzog-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 57; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 8; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 3; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 38; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 187 Rn. 1.

¹⁰¹ So auch Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 41; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 15; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 29 u. 32.

gung des Zwecks der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln und die schlichte – durch die nach § 36 Abs. 2 UrhG erforderliche Ermächtigung zum Vertragsschluss zwingend der Sache nach vorausgesetzte – Möglichkeit zur Gesamtwillensbildung genügen den Anforderungen. Koalitionen sind insbesondere nicht dem Gebot demokratischer Binnenstrukturen unterworfen.¹⁰² Ein Zwang zur Gründung der Vereinigungen von Urhebern und Werknutzern wird zudem durch die Neuregelung nicht begründet, der Zusammenschluss einer – vgl. wiederum § 36 Abs. 2 UrhG – repräsentativen Personenmehrheit beruht vielmehr auf freiwilliger Grundlage. Die allgemeinen Merkmale des Vereinigungsbegriffs sind somit erfüllt.

Darüber hinaus verlangt Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG mit der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eine spezifische intentionale Ausrichtung.¹⁰³ Die Wirtschaftsbedingungen beziehen sich auf Fragen wirtschafts- und sozialpolitischen Charakters, während den Arbeitsbedingungen all jene Aspekte zuzuordnen sind, welche unmittelbar die Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen.¹⁰⁴ Die kumulative Verfolgung dieser Interessen hat den Hauptzweck der Koalition auszumachen.¹⁰⁵ In Abgrenzung zu reinen Wirtschaftsverbänden darf sich der Betätigungsbereich nicht in großem Umfang in der Verwirklichung rein wirtschaftspolitischer Ziele erschöpfen; der Koalitionszweck muss zumindest auch in der Ordnung des Arbeitslebens bestehen.¹⁰⁶ Vereinigungen von Urherbern und Werknutzern werden durch § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG zur Aufstellung ge-

¹⁰² Siehe v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 177; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, § 12 Rn. 23; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 80.

¹⁰³ Vgl. etwa BVerfG v. 18.11.1954, BVerfGE 4, S. 96 (106).

¹⁰⁴ Dazu Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 54; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 178.

¹⁰⁵ So Maunz/Dürig/Herzog-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 256; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 180; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 23 a; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 75.

¹⁰⁶ Vgl. Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 55.

meinsamer Vergütungsregeln ermächtigt. Die Bestimmung einer angemessenen Vergütungshöhe gehört dem klassischen Feld der regelungsbedürftigen Arbeitsbedingungen an. Eine koalitionsfremde Zielorientierung lässt sich nur konstatieren, soweit mit dieser Tätigkeit keine Wahrnehmung von Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerinteressen verbunden ist.

§ 36 UrhG findet nach § 43 UrhG unter bestimmten Voraussetzungen zwar auch Anwendung auf Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen, doch wird die Neuregelung vorrangig von der Intention getragen, die Rechtsstellung der freiberuflichen Kreativen zu verbessern. Bei freien Unternehmern handelt es sich aber grundsätzlich gerade nicht um Arbeitnehmer. Geht die Selbstständigkeit der Freiberufler allerdings nicht mit wirtschaftlicher Unabhängigkeit einher, nehmen solche freien Mitarbeiter mit Blick auf die vergleichbare soziale Situation eine arbeitnehmerähnliche Stellung ein; die Reichweite der Verfassungsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG erstreckt sich auch auf diese Personengruppe.¹⁰⁷ Mit deren Interessenwahrnehmung betraute Verbände entsprechen den dargelegten zweckspezifischen Anforderungen. Vereinigungen, denen in diesem Verhältnis die Vertretung der Verwerterpositionen obliegt, unterfallen ebenfalls dem Schutzbereich.

Aus der Aufgabenstellung lässt sich des Weiteren ein zusätzliches Begriffsmerkmal der Koalition herleiten. Sicherzustellen ist die interessengerechte Vertretung der antagonistischen Positionen.¹⁰⁸ Eine irgendwie geartete Abhängigkeit von der Gegenseite hat indes störenden Einfluss auf das Verhandlungsgleichgewicht. Der Interessenausgleich spiegelt unter solchen Umständen den Antagonismus nicht in ausreichendem Maße wider; eine Richtigkeits-

¹⁰⁷ Beachte Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 12 a Rn. 24; Richardi-Löwisch/Rieble, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 243 Rn. 22 f.; Ory, ZUM 2001, S. 195; Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 12 a Rn. 5.

¹⁰⁸ Vgl. BVerfG v. 18.11.1954, BVerfGE 4, S. 96 (107); Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 2 Rn. 240; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 180.

chance ist ihm daher abzusprechen.¹⁰⁹ Resultat dieser Zusammenhänge ist das Postulat der Gegnerunabhängigkeit in personeller, finanzieller und organisatorischer Hinsicht.¹¹⁰ Vereinigungen im Sinne des § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG müssen nach dessen Absatz 2 unter anderem auch unabhängig sein. Entscheidende Bedeutung kommt zu, inwieweit die Festschreibung dieser Voraussetzung Gegnerunabhängigkeit im erläuterten Sinne garantiert.

Das macht eine eingehende Untersuchung der Zweckrichtung des Merkmals und mithin dessen Einordnung in den Funktionszusammenhang der Gesamtregelung erforderlich. Grundsätzlich dient die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln der Verwirklichung eines gerechten Ausgleichs der gegenläufigen Interessen von Kreativen und Werknutzern. Die Anordnung der unwiderleglichen Angemessenheitsvermutung des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG basiert auf dieser Grundannahme und findet in ihr ihre Rechtfertigung. Gegenstand gesetzgeberischer Gewährleistung muss folglich die unbeeinträchtigte Interessenwahrnehmung beider Parteien als Funktionsvoraussetzung des Regelungsmodells der §§ 32, 36 UrhG sein. Systemgefährdende Einflüsse können – in Parallelität zu obigen Ausführungen – aus personeller, wirtschaftlicher und organisatorischer Abhängigkeit einer Vereinigung vom gegnerischen Verband resultieren. Statuiert die Legislative vor diesem Hintergrund ein Unabhängigkeitserfordernis im Tatbestand des § 36 UrhG, liegt unter teleologischen Gesichtspunkten ein mit der Gegnerunabhängigkeit deckungsgleiches Verständnis dieses Kriteriums nahe.

Das Anforderungsprofil ist im Einzelnen unter Berücksichtigung der besonderen Umstände der jeweiligen Vereinigung wiederum

¹⁰⁹ Zu dieser Problematik v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 74.

¹¹⁰ Vgl. BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (368); BVerfG v. 06.05.1964, BVerfGE 18, S. 18 (28); BVerfG v. 18.11.1954, BVerfGE 4, S. 96 (107); Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 56; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 75; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 77; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 24.

zweckorientiert zu erstellen; erst die potenzielle Möglichkeit der Beeinflussung des gegnerischen Verbandes bewirkt Abhängigkeit.¹¹¹ Nicht mit jeder personellen Verflechtung geht notwendigerweise ein gefährdender Einfluss einher. Die pauschale Forderung nach Gegnerfreiheit verbietet sich somit; ebenso hat Überbetrieblichkeit lediglich indiziellen Erkenntniswert für organisatorische und wirtschaftliche Unabhängigkeit.¹¹² Die Zweckverfolgung ist mithin durch § 36 Abs. 2 UrhG ausreichend sichergestellt. Sie unterliegt nach Art. 9 Abs. 3 GG keinen inhaltlichen Vorgaben oder Beschränkungen.¹¹³ Weitere Begriffsmerkmale lassen sich der Aufgabenstellung nicht entnehmen; deren Einbringung liefe auf eine unzulässige Verkürzung des Schutzbereichs hinaus.¹¹⁴ Abschließend kann Vereinigungen nach § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG im aufgezeigten Rahmen der Status einer Koalition nicht abgesprochen werden.

(b) Beitrittsdruck

Für Außenstehende wird durch die Neuregelung kein rechtlicher Beitrittszwang zu diesen Koalitionen begründet. Doch auch aus faktischen Druckwirkungen staatlicher Regelungen kann ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit erwachsen.¹¹⁵ Allerdings bedeutet erst der faktische Anreiz von entscheidungsrelevanter Intensität eine Beeinträchtigung des Art. 9 Abs. 3 GG.¹¹⁶

¹¹¹ Siehe BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (373 ff.); Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 2 Rn. 241 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 181; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, § 12 Rn. 17.

¹¹² Dazu Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 57; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 182; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 78.

¹¹³ So etwa v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 189.

¹¹⁴ Beachte v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 75.

¹¹⁵ Vgl. BVerfG v. 19.10.1966, BVerfGE 20, S. 312 (321 f.); v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 220; Bleckmann/Eckhoff, DVBl. 1988, S. 373 ff.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 48 f.

¹¹⁶ Hierzu BVerfG v. 15.07.1980, BVerfGE 55, S. 7 (22); Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 65 u. 119; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 79; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 25; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 89.

Vorliegend könnten zunächst die nichtorganisierten Urheber und ausübenden Künstler solchem Druck ausgesetzt sein. Die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ist nach § 36 Abs. 1 UrhG auf Kreativenseite den Verbänden vorbehalten. Nur die Mitgliedschaft bringt deshalb die Möglichkeit der direkten Einflussnahme auf das Verfahren mit sich. Hieraus müssten erhebliche Folgen im Sinne einer fühlbaren Schlechterstellung resultieren, um eine legislative Willensbeeinflussung mit beeinträchtigendem Charakter unterstellen zu können. Bedeutung erlangen die Vergütungsregeln im Rahmen der Angemessenheitsvermutung des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG für den Fall ihrer wenigstens stillschweigenden Einbeziehung durch die nichtorganisierten Vertragsparteien. Stimmen die kollektiven Vereinbarungen mit der individuellen Einschätzung einer angemessenen Vergütungshöhe im konkreten Fall nicht überein, wird diese Bezugnahme unterbleiben. Setzt sich dann der nichtorganisierte Kreative wegen unangemessener Vergütung gerichtlich mit seinem Vertragspartner auseinander, bleibt es ihm unbenommen, die Berücksichtigung der gemeinsamen Vergütungsregeln bei der Konkretisierung der Angemessenheit nach § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG durch fundierten Vortrag zu verhindern. Einengungen aufgrund des Begründungsaufwandes fallen nicht ins Gewicht. Eine auch nur tatsächliche Bindung an kollektive Vereinbarungen steht folglich nicht in Rede und der Eintritt ungewollter Folgen nicht zu befürchten. Einzelnen Kreativen wäre es ohnehin kaum möglich, eine sachverständige Auskunft über die Angemessenheit einer Vergütung mit branchenweitem Geltungsanspruch zu geben. Demnach beruht die Differenzierung auf denselben gewichtigen Sachgründen, welche den Gesetzgeber veranlasst haben, den einzelnen Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 1 TVG nicht als Tarifvertragspartei anzuerkennen. Wenn in der Regel nicht einmal der Druck auf einen Außenseiter durch seine Bindung an einen Tarifvertrag infolge dessen Allgemeinverbindlicherklärung nach

§ 5 TVG die negative Koalitionsfreiheit zu beeinträchtigen vermag, kann vorliegend erst recht kein faktischer Anreiz von entscheidungsrelevanter Intensität ausgemacht werden.¹¹⁷

Dem einzelnen Werknutzer eröffnet der Gesetzgeber im Unterschied zum Kreativen darüber hinaus die Möglichkeit, Vereinbarungen nach § 36 UrhG selbst treffen zu können. Einzig die Verlockungen der Verbandsmacht können hier noch zum Beitritt motivieren. Allerdings wird der Genuss der strukturell besseren Verhandlungsposition der Vereinigungen mit einem Verlust an individuellem Einfluss bezahlt; die Beitrittsentscheidung hängt insoweit von taktischen Überlegungen des jeweiligen Verwerter ab.¹¹⁸ Einem erheblichen tatsächlichen Druck seitens des Staates sieht sich der einzelne Werknutzer daher ebenfalls nicht ausgesetzt. Ein auch nur mittelbarer Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit kann nicht festgestellt werden.

2) Positive individuelle Koalitionsfreiheit

Darüber hinaus könnte ein Schlichtungsanspruch der Urhebervereinigungen gegen den verbandszugehörigen Verwerter nach § 36 Abs. 3 S. 2 UrhG einen Eingriff in dessen positive individuelle Koalitionsfreiheit bedeuten. Allerdings steht diese Prüfung unter der Prämisse der Fähigkeit des einzelnen Mitglieds einer Werknutzerkoalition, überhaupt Partei eines Verfahrens zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln sein zu können.

Der Wortlaut des § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG differenziert in Anlehnung an § 2 Abs. 1 TVG nicht zwischen einzelnen Werknutzern mit oder ohne Verbandszugehörigkeit. Einschränkungen legt jedoch zunächst ein Blick auf den Sinn und Zweck der Regelung nahe. Das legislative Handeln war von der Intention getragen, das Entstehen

¹¹⁷ Siehe in diesem Kontext BVerfG v. 14.06.1981, BVerfGE 58, S. 208 (214); BVerfG v. 24.05.1977, BVerfGE 44, S. 322 (352).

¹¹⁸ Vgl. Schlink/Poscher, Gutachten, S. 20.

einer interessengerechten Vergütungspraxis flächendeckend zu ermöglichen; bei einer Beschränkung der Regelungsbefugnis auf Verbände droht dieses Ziel durch Fernbleiben der Verwerter von solchen Vereinigungen unterlaufen zu werden.¹¹⁹ Die Einbeziehung des einzelnen Werknutzers ist vor dem Hintergrund nur auf die Erfassung der Nichtorganisierten ausgerichtet.

Auch ein Blick auf die Systematik stützt diese Einschätzung. Sachverständige Auskunft über die Angemessenheit von Vergütungen kann grundsätzlich – wie § 36 Abs. 2 UrhG zeigt – nur eine repräsentative Vereinigung geben. Im Interesse eines funktionierenden Regelungsmodells lässt sich ein Verzicht auf das Gebot der Repräsentativität nur in Ausnahmefällen rechtfertigen.¹²⁰ Lediglich die Vorbeugung einer Verbandsflucht macht eine Abweichung vom Anforderungsprofil notwendig.

Dahingegen lassen sich keine maßgeblichen Gründe für die Einbeziehung der Verbandsangehörigen anführen. Vielmehr erscheint mit Rücksicht auf das Übermaßverbot in Anbetracht einer drohenden Kollision mit grundrechtlich geschützten Freiheiten eine teleologische Reduktion des § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG unerlässlich. Die einfachgesetzliche Kompetenzzuweisung kann nämlich nur Bestand haben, solange ihr nicht übergeordnete Normen widersprechen.

In dem Beitritt zu einer Koalition realisiert sich die positive individuelle Koalitionsfreiheit. Diese Facette des Art. 9 Abs. 3 GG gestattet es dem Einzelnen, sich dergestalt in den Schutz des Verbandes zu begeben, dass eine kollektive Interessenwahrnehmung nur noch auf der Ebene des Verbandes stattfinden kann.¹²¹ Der eigentliche Sinn des Beitritts liegt in einer Stärkung der Verhand-

¹¹⁹ Siehe Reuter, NZA 2001, S. 1097; Matthes, FS für Schaub, S. 477 (482); Beuthien, BB 1975, S. 477.

¹²⁰ Beachte etwa Matthes, FS für Schaub, S. 477 (482 f.); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (424); Schack, ZUM 2001, S. 453 (465).

¹²¹ Vgl. etwa LAG Schleswig-Holstein v. 25.11.1999, AP, Nr. 157 zu Art. 9 GG, Bl. 1027 (1030); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (206); Lieb, DB 1999, S. 2058 (2059); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 204.

lungsposition der Mitglieder; ein fehlender Überblick über die Vergütungspraxis der jeweiligen Branche kann insbesondere auf Verwerterseite Motiv für einen Beitritt zu einem Verband sein. Arbeitnehmerkoalitionen und Arbeitgeberverbände gleichen sich insofern in ihrer Funktion, die Unfähigkeit ihrer Mitglieder zur eigenständigen Interessenvertretung auszugleichen.¹²² Damit verlagert sich die Auseinandersetzung um die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen grundsätzlich auf die Verbandsebene.

Die solidarische Interessenverfolgung wird nach innen hin zur mitgliedschaftlichen Pflicht, der sich der Einzelne nicht unter Berufung auf seine negative Koalitionsfreiheit entziehen kann.¹²³ Die freie Wahl zum Koalitionsbeitritt verspricht eine Beteiligung an der verbandsinternen Willensbildung, verlangt im Gegenzug aber ein konsequentes Verhalten. Fühlt sich der einzelne Werknutzer indes stark genug für eigenständige Verhandlungen mit den Urheberverbänden, mag er anders optieren und kurzfristig austreten. Vor diesem Hintergrund verbietet sich die Annahme, ein Recht des verbandsangehörigen Verwerter zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln sei durch seine Koalitionsfreiheit – verstanden als ein Grundrecht auf koalitionsspezifische Betätigung – gefordert.¹²⁴ Das Grundgesetz behandelt die Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG nur unter dem Aspekt der Koalition. Dieser ausschließlichen Erwähnung der Koalition lässt sich entnehmen, dass die Verfassungsväter gerade von dem Grundmodell ausgingen, dass die Festlegung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für den Regelfall durch Koalitionen erfolgt.

¹²² Siehe LAG Schleswig-Holstein v. 25.11.1999, AP, Nr. 157 zu Art. 9 GG, Bl. 1027 (1030); Reuter, NZA 2001, S. 1097 (1098); Lieb, DB 1999, S. 2058 (2060 ff.) und Arbeitsrecht, Rn. 463; Jacobs, ZTR 2001, S. 249 (250); Beuthien, BB 1975, S. 477 (479).

¹²³ Dazu Reuter, NZA 2001, S. 1097 (1098).

¹²⁴ Beachte etwa BAG v. 10.12.2002, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf), Bl. 1246 (1248); Däubler-Peter, TVG, § 2 Rn. 80; Kempen/Zachert-Stein, TVG, § 2 Rn. 94.

Umgekehrt muss dem Verbandsangehörigen dann aber auch un-
eingeschränkt der Nutzen der Koalitionstätigkeit zugute kommen;
der Schutzzweck des Koalitionsrechts ist gerade darin zu erken-
nen, den Verbandsangehörigen als solchen nicht entsolidarisie-
renden Einwirkungen auszusetzen.¹²⁵ Ein Recht der gegnerischen
Koalition auf die Wahl des strukturell schwächeren Verhandlungs-
partners kann aus Art. 9 Abs. 3 GG ebenso wenig abgeleitet wer-
den, wie das Recht der Gewerkschaft, alle denkbaren Kampfform-
en einsetzen zu können, verfassungsrechtlich verbürgt ist.¹²⁶

Die Anerkennung einer aus dem Recht des Urheberverbandes auf
koalitionsmäßige Betätigung folgende Befugnis zur freien Partner-
wahl hieße letztlich, gleichgewichtige konkurrierende Grundrechts-
positionen der Verwerterseite unberücksichtigt zu lassen und das
Vertrauen des einzelnen Werknutzers in die beabsichtigte Stär-
kung seiner Position zu enttäuschen.¹²⁷ Art. 9 Abs. 3 GG erfüllt je-
doch für alle Beteiligten die gleiche Schutzfunktion; der Verwerter-
verband dient nicht allein dazu, den Verbänden der Kreativen das
Wirken zu erleichtern. Einer faktischen Entwertung der Verbands-
mitgliedschaft für den einzelnen Werknutzer ist auch insofern vor-
zubeugen, als korrespondierend die Attraktivität des Verbandes
sinkt. Soweit hiermit eine existentielle Bestandsgefährdung ver-
bunden ist, sieht sich auch die kollektive Koalitionsfreiheit erheb-
lich beeinträchtigt. Schließlich sind den Urheberverbänden auf der
Verbandsebene alle Regelungsmöglichkeiten eröffnet. Insbeson-
dere kann dem sachlichen Bedürfnis nach betriebsnahen Rege-
lungen bei der Aufstellung der Vergütungsregeln durch inhaltliche
Differenzierungen ausreichend Rechnung getragen werden; nach

¹²⁵ Vgl. Lieb, DB 1999, S. 2058 (2059 f.); Reuter, NZA 2001, S. 1097 (1102); Jacobs,
ZTR 2001, S. 249 (252); Wieland, Recht der Firmentarifverträge, Rn. 208.

¹²⁶ Vgl. LAG Schleswig-Holstein v. 25.11.1999, AP, Nr. 157 zu Art. 9 GG, Bl. 1027
(1030); Reuter, NZA 2001, S. 1097 (1103); Lieb, DB 1999, S. 2058 (2062); Jacobs,
ZTR 2001, S. 249 (252).

¹²⁷ Siehe hierzu BAG v. 10.12.2002, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG (Arbeitskampf), Bl. 1246
(1249); Kempen/Zachert-Stein, TVG, § 2 Rn. 130 u. 132; Däubler-Peter, TVG, § 2
Rn. 142.

§ 36 Abs. 1 S. 2 UrhG sollen insbesondere Struktur und Größe der Verwerter Berücksichtigung finden. Im Ergebnis ist § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG mithin teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass die Fähigkeit, Partei eines Verfahrens zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln sein zu können, lediglich den nichtorganisierten Werknutzern zuzusprechen ist. Folglich steht vorliegend kein Eingriff in die positive individuelle Koalitionsfreiheit des einzelnen Mitglieds einer Werknutzerkoalition zu befürchten.

3) Kollektive Koalitionsfreiheit

Art. 9 Abs. 3 GG erschöpft sich nicht in seinem individuellen Gewährleistungsgehalt, geschützt ist auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen.¹²⁸ Der Schutz erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeit zur Verfolgung ihrer Zwecke steht; einer sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens dient im Wesentlichen das eigenverantwortliche Aushandeln von Tarifverträgen ohne staatliche Einflussnahme.¹²⁹ Zu den der Regelungsbezugnis der Koalitionen überlassenen Materien gehören vor allem das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingun-

¹²⁸ Vgl. BVerfG v. 24.02.1999, BVerfGE 100, S. 214 (221); BVerfG v. 14.11.1995, BVerfGE 93, S. 352 (358); BVerfG v. 15.07.1980, BVerfGE 55, S. 7 (21); BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (367); BVerfG v. 26.05.1970, BVerfGE 28, S. 295 (304); BVerfG v. 14.04.1964, BVerfGE 17, S. 319 (333); Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 66; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 57; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 69 u. 82; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, § 12 Rn. 40.

¹²⁹ Siehe BVerfG v. 27.04.1999, BVerfGE 100, S. 271 (282); BVerfG v. 24.04.1996, BVerfGE 94, S. 268 (282 f.); BVerfG v. 19.10.1966, BVerfGE 20, S. 312 (317); BVerfG v. 06.05.1964, BVerfGE 18, S. 18 (26); BVerfG v. 18.11.1954, BVerfGE 4, S. 96 (107); BVerfG v. 20.10.1981, BVerfGE 58, S. 233 (246); BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (367); BVerfG v. 15.07.1980, BVerfGE 55, S. 7 (23 f.); v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 80; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 27; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 198 f.; Hanau, DB 1998, S. 69 (72).

gen.¹³⁰ Die Wahl der zur Zweckerreichung geeigneten Mittel bleibt ihnen grundsätzlich selbst überlassen.¹³¹ Auch auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtete Arbeitskämpfmaßnahmen werden jedenfalls insoweit grundrechtlich geschützt, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.¹³²

Dies berücksichtigend stellt jede staatliche Regelung auf dem sachlich-gegenständlichen Betätigungsfeld der Tarifvertragsparteien einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff dar.¹³³ Die neugeschaffene Möglichkeit zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln nach § 36 UrhG betrifft einen Bereich, der originär unter das Mandat der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände im Rahmen der Tarifauseinandersetzungen fällt. Die Regelungsmacht der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände wird durch § 12 a TVG auch auf arbeitnehmerähnliche Personen ausgedehnt; dessen Anwendungsbereich deckt sich daher – wie aufgezeigt – weitgehend mit dem des § 36 UrhG.¹³⁴ Im Ergebnis ist deshalb ein Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit zu konstatieren.

¹³⁰ Dazu BVerfG v. 20.10.1981, BVerfGE 58, S. 233 (246); BVerfG v. 27.04.1999, BVerfGE 100, S. 271 (282); BVerfG v. 06.05.1964, BVerfGE 18, S. 18 (26).

¹³¹ So BVerfG v. 04.07.1995, BVerfGE 92, S. 365 (393); BVerfG v. 20.10.1981, BVerfGE 58, S. 233 (247); BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (368); BVerfG v. 06.05.1964, BVerfGE 18, S. 18 (32); Maunz/Dürig/Herzog-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 282; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 80.

¹³² Vgl. BVerfG v. 04.07.1995, BVerfGE 92, S. 365 (393 f.); BVerfG v. 19.10.1966, BVerfGE 20, S. 312 (319 f.); BVerfG v. 26.06.1991, BVerfGE 84, S. 212 (230); BVerfG v. 06.05.1964, BVerfGE 18, S. 18 (30); LAG Schleswig-Holstein v. 25.11.1999, AP, Nr. 157 zu Art. 9 GG, Bl. 1027 (1030); Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 94 f.; Richardi-Löwisch/Rieble, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 246 Rn. 106 ff.; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 208; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 84.

¹³³ Beachte Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 32; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 86; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (205).

¹³⁴ Siehe Schack, ZUM 2001, S. 453 (461); Ory, ZUM 2001, S. 195 und AfP 2000, S. 426 (427); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (205); Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 12 a Rn. 1 ff.

b) Rechtfertigung

Die Koalitionsfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet, was jedoch dem Gesetzgeber nicht jegliche Regelung im Schutzbereich dieses Grundrechts untersagt.¹³⁵ Art. 9 Abs. 3 GG bedarf im Gegenteil in erheblichem Maße der rechtlichen Ausgestaltung, welche sich nicht nur auf die Schaffung der zur Freiheitsausübung erforderlichen Rechtsinstitute und Normenkomplexe beschränkt.¹³⁶ Die bedeutenden und zahlreichen Berührungspunkte der Tätigkeit der Koalition mit Belangen im Bereich der im ständigen Wandel begriffenen Wirtschafts- und Sozialordnung machen vielfältige Einschränkungen notwendig und fordern die Möglichkeit jederzeitiger Modifikation.¹³⁷ Der Legislative obliegt die Fortentwicklung von Rahmenbedingungen, welche sichern, dass Sinn und Zweck des Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben; die verfassungsrechtliche Zementierung des Status quo liefe dem zuwider.¹³⁸

So darf dem Gesetzgeber auch der Bereich von Fragen, die Gegenstand eines Tarifvertrages sein können, nicht grundsätzlich vorenthalten sein. Schon die Gesetzgebungszuständigkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zeigt auf, dass den Tarifvertragsparteien insoweit nach Art. 9 Abs. 3 GG lediglich ein Normsetzungsrecht, jedoch kein Normsetzungsmonopol zukommt.¹³⁹ Eine gesetzliche

¹³⁵ Dazu BVerfG v. 26.06.1991, BVerfGE 84, S. 212 (228); Ory AfP 2000, S. 426 (427); Lieb; Arbeitsrecht, Rn. 449; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, § 12 Rn. 44.

¹³⁶ Vgl. BVerfG v. 26.05.1970, BVerfGE 28, S. 295 (306); BVerfG v. 20.10.1981, BVerfGE 58, S. 233 (247); BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (368); BVerfG v. 04.07.1995, BVerfGE 92, S. 365 (403); Maunz/Dürig/Herzog-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 280; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 35.

¹³⁷ Dazu BVerfG v. 20.10.1981, BVerfGE 58, S. 233 (247); BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (368); v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 58; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 91.

¹³⁸ Zu diesem Sachbereich BVerfG v. 04.07.1995, BVerfGE 92, S. 365 (394); BVerfG v. 19.10.1966, BVerfGE 20, S. 312 (318); Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 83; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 85.

¹³⁹ Siehe BVerfG v. 24.04.1996, BVerfGE 94, S. 268 (284); BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (373); Maunz/Dürig/Herzog-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 259; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 137 a f.; Richardi-Löwisch/Rieble, Münchener

Regelung auf dem Betätigungsfeld der Tarifvertragsparteien findet daher ihre Rechtfertigung, wenn der Gesetzgeber sich auf Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte stützen kann und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.¹⁴⁰

Im Rahmen dieser Prüfung sind die Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung und das Gewicht der entgegenstehenden Rechtsgüter ins Verhältnis zu setzen.¹⁴¹ Die Intensität des Grundrechtsschutzes, d.h. die Wirkkraft des Art. 9 Abs. 3 GG nimmt in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann.¹⁴² Das wird regelmäßig für die Festsetzung des Entgelts und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen angenommen; allerdings lässt erst der Umfang, in dem die Tarifvertragsparteien in der Praxis von ihrer Regelungsmacht Gebrauch gemacht haben, konkrete Rückschlüsse auf die sachliche Nähe zur Tarifautonomie zu.¹⁴³ Bestehende tarifvertragliche Regelungen genießen grundsätzlich einen stärkeren Schutz als die Tarifautonomie in den Bereichen, welche die Koalitionen ungeregelt gelassen haben.¹⁴⁴ Je gewichtiger der Schutz, den Art. 9 Abs. 3 GG insofern verleiht, desto höher sind

Handbuch zum Arbeitsrecht, § 246 Rn. 56; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 80; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 240.

¹⁴⁰ Vgl. BVerfG v. 26.06.1991, BVerfGE 84, S. 212 (228); BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (369); BVerfG v. 27.04.1999, BVerfGE 100, S. 271 (283); BVerfG v. 20.10.1981, BVerfGE 58, S. 233 (247); BVerfG v. 24.04.1996, BVerfGE 94, S. 268 (284); BVerfG v. 04.07.1995, BVerfGE 92, S. 365 (403); BVerfG v. 14.11.1995, BVerfGE 93, S. 352 (359); Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 128 f.; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 36; Richardi, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 246 Rn. 56 ff.; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 58; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 97.

¹⁴¹ So BVerfG v. 24.02.1999, BVerfGE 100, S. 214 (222).

¹⁴² Vgl. BVerfG v. 27.04.1999, BVerfGE 100, S. 271 (283 f.); BVerfG v. 24.04.1996, BVerfGE 94, S. 268 (285); Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 39; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 188 Rn. 19.

¹⁴³ So BVerfG v. 24.04.1996, BVerfGE 94, S. 268 (285).

¹⁴⁴ Beachte etwa BVerfG v. 24.04.1996, BVerfGE 94, S. 268 (285); Rieble, RdA 1996, S. 151 (152); Flechsig, ZRP 2000, S. 529 (533).

die Anforderungen, die an die Rechtfertigung des Eingriffs zu stellen sind.¹⁴⁵

Der weite legislatorische Gestaltungsspielraum stößt jedenfalls immer beim objektiven Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG an seine Grenzen; insbesondere muss die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichergestellt werden.¹⁴⁶ Das Tarifvertragssystem ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen.¹⁴⁷ Auf dem Bestreben nach Parität der Vertragsparteien basiert somit eine funktionsfähige Tarifautonomie; mithin ist fördernde, d.h. paritätsgestaltende Neutralität – verstanden als Verbot der Intervention des Staates zugunsten einer Seite – Grundlage der materiellen Richtigkeitschance des Tarifvertrages.¹⁴⁸ Die Herstellung von Parität dient umgekehrt der Wahrung staatlicher Neutralität.¹⁴⁹ Unverhältnismäßig ist eine Regelung demnach, wenn die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifeinsetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen, nicht mehr gewahrt bleibt.¹⁵⁰ Die maßgebenden Faktoren der Kampfstärke müssen vom Gesetzgeber zutreffend erfasst und bewertet werden. Die

¹⁴⁵ Siehe dazu auch BVerfG v. 27.04.1999, BVerfGE 100, S. 271 (284); BVerfG v. 24.04.1996, BVerfGE 94, S. 268 (285); Maunz/Dürig/Herzog-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 266 f.; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 139 f.

¹⁴⁶ Vgl. BVerfG v. 04.07.1995, BVerfGE 92, S. 365 (394 f.); BVerfG v. 20.10.1981, BVerfGE 58, S. 233 (248); BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (373); v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 80; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 242; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 91; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 36; Löwisch, JZ 1996, S. 812 (818).

¹⁴⁷ Siehe BVerfG v. 04.07.1995, BVerfGE 92, S. 365 (395); BVerfG v. 26.06.1991, BVerfGE 84, S. 212 (229); Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 83; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 248; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 28.

¹⁴⁸ Hierzu BVerfG v. 26.06.1991, BVerfGE 84, S. 212 (229); Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 100; Ory, AfP 2000, S. 426 (427) und ZUM 2001, S. 195 (196); Richardi-Löwisch/Rieble, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 246 Rn. 91; v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 66 u. 80; Flechsig, ZRP 2000, S. 529 (531).

¹⁴⁹ Beachte Richardi-Löwisch/Rieble, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 246 Rn. 125.

¹⁵⁰ Siehe BVerfG v. 06.05.1964, BVerfGE 18, S. 18 (30); BVerfG v. 26.06.1991, BVerfGE 84, S. 212 (229); Flechsig, ZRP 2000, S. 529 (531).

Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beurteilt sich folglich als Frage künftiger tatsächlicher Entwicklung und verlangt eine Prognose; erst eine evidente Fehleinschätzung kann die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung in Frage stellen, nicht aber das bloße Risiko einer Fehlentwicklung.¹⁵¹

Zunächst bedarf es der Untersuchung, in welchem Umfang aus der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln eine das Wirken der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände beeinträchtigende Konkurrenz erwächst. Eine gewisse Gefährdung der Attraktivität der Gewerkschaften ist schon im Grundsatz darin angelegt, dass der Gesetzgeber den arbeitnehmerähnlichen Personen in deren Bestreben nach angemessenen Vergütungen eine Alternative zu Tarifverträgen aufzeigt.¹⁵² Bezüglich bestehender tarifvertraglicher Regelungen hat der Gesetzgeber einer echten Konkurrenzsituation in § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG wirksam vorgebeugt.¹⁵³ Die Festbeschreibung des Tarifvorrangs beinhaltet zwar insbesondere keine Tarifüblichkeitssperre und greift insgesamt – was noch Gegenstand einer vertieften Auseinandersetzung sein wird – kürzer als beispielsweise § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG. Letztlich bleibt es den Tarifparteien indes jederzeit unbenommen, ungeachtet der Existenz gemeinsamer Vergütungsregeln, durch den Abschluss entsprechender Tarifverträge ihrer Vorrangstellung Geltung zu verschaffen.¹⁵⁴ Die Motivation der Arbeitnehmer durch die Gewerkschaftsfunktionäre zum Arbeitskampf kann immerhin für diese zukünftig mehr Begründungsaufwand bedeuten, eine daraus resultierende nachhaltige Arbeiterschwernis drängt sich jedoch im Er-

¹⁵¹ Vgl. BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (377); BVerfG v. 04.07.1995, BVerfGE 92, S. 365 (396 f. u. 401); v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 245; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 122; Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 98; Löwisch, JZ 1996, S. 812 (817).

¹⁵² Dazu Feudner, DB 1993, S. 2231 (2232).

¹⁵³ Vgl. Schack, ZUM 2001, S. 453 (465); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (425); Heinze, NZA 1995, S. 5 (6).

¹⁵⁴ Siehe auch Löwisch, JZ 1996, S. 812 (817); Feudner, DB 1993, S. 2231 (2232).

gebnis nicht auf.¹⁵⁵ Das Privileg der Tarifüblichkeitssperre würde neben erheblichen Auslegungsschwierigkeiten ohnehin eher zu Inaktivität als zu Fortentwicklungen der Koalition führen.¹⁵⁶

Auch ein Vergleich des Tarifsystems mit dem neuen Regelungsmodell hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Zwangsmittel legt einen Austrittsanreiz nicht nahe und vermag damit die Mächtigkeit und Durchsetzungsstärke der Gewerkschaften gegenüber dem Tarifpartner nicht in Frage zu stellen. Wo einerseits der Abschluss eines Tarifvertrages mittels Arbeitskampf erzwungen werden kann, schlägt andererseits lediglich die Möglichkeit der einseitigen Anrufung der Schlichtungsstelle zu Buche. Dem aus dem Schlichtungsverfahren hervorgehenden Einigungsvorschlag kann mit der Folge, dass er als nicht angenommen gilt, nach § 36 Abs. 4 S. 2 UrhG schriftlich widersprochen werden. Anderweitige Einwirkungsmöglichkeiten auf den Verhandlungspartner stehen den Parteien des Verfahrens nach § 36 UrhG nicht zur Verfügung. Eine Aushöhlung der Tarifautonomie durch Störung der Parität ist daher keinesfalls zu befürchten; das Gebot der Neutralität ist seitens der Legislative geachtet worden. Erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs in das Betätigungsfeld der Tarifparteien sind somit mangels einschneidender Beeinträchtigungen nicht zu stellen.

Die Regelung verfolgt – wie bereits dargelegt – legitime sozialpolitische Zwecke. Der legislatorische Gestaltungsauftrag gebietet die Fürsorge für diejenigen, die aufgrund ihrer persönlichen Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligungen an ihrer persönlichen oder sozialen Entfaltung gehindert sind.¹⁵⁷ Der Gesetzgeber ist in seinem Ansatzpunkt zum Ausgleich struktureller Dis-

¹⁵⁵ Dazu Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (205); Hromadka, NZA 1996, S. 1237 (1238).

¹⁵⁶ Zu dieser Problematik Löwisch, JZ 1996, S. 812 (819); Scholz, FS für Trinkner, S. 377 (387).

¹⁵⁷ Vgl. BVerfG v. 27.04.1999, BVerfGE 100, S. 271 (284); Maunz/Dürig/Herzog-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 277; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 135; Flechsig, ZRP 2000, S. 529 (532); Dreier-Bauer, GG I, Art. 9 Rn. 100; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 113.

paritäten beim Abschluss von Arbeitsverträgen nicht notwendig auf das Tarifsysteem verwiesen. Eine das Tarifsysteem als ausschließliche Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen anerkennende Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG liefe auf eine unzulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit hinaus.¹⁵⁸ Darüber hinaus lässt sich für die Vereinigungen der Urheber und Werknutzer im Sinne des § 36 UrhG deren Koalitionsfreiheit ins Feld führen.¹⁵⁹ Die Vornahme von Einschränkungen der bisherigen Privilegierung der Tarifparteien bei der Regelung der Arbeitsbedingungen erfolgt zugunsten eines Koalitionspluralismus nicht über Gebühr.¹⁶⁰ Anhaltspunkte für eine unverhältnismäßige Umsetzung der Regelung zur Abhilfe struktureller Missstände lassen sich nicht ausmachen. Die Nutzung des fachspezifischen Wissens der betroffenen Verbände im Rahmen des § 36 UrhG ist zielführend.

c) Ergebnis

Im Ergebnis rechtfertigen gewichtige und grundrechtlich geschützte Belange den in Rede stehenden Eingriff. Eine Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG kann nicht festgestellt werden.

¹⁵⁸ Siehe BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290 (369), v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 76; Feudner, DB 1993, S. 2231 (2232).

¹⁵⁹ Beachte hierzu etwa Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 9 Rn. 38.

¹⁶⁰ Vgl. Löwisch, JZ 1996, S. 812 (818 f.); Maunz/Dürig/Herzog-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 253.

II. Problemfelder der Rechtsanwendung

1. Repräsentativität

Im Interesse eines ausgewogenen Ausgleichs der gegensätzlichen Positionen von Urhebern und Verwertern formuliert § 36 Abs. 2 UrhG Anforderungen, welche an Vereinigungen nach Absatz 1 zu stellen sind. Neben Unabhängigkeit und der Ermächtigung zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln schränkt das Erfordernis der Repräsentativität der Verbände den Kreis potenzieller Vertragspartner ein.¹⁶¹ Die Nutzung des Sachverständes der Marktbeteiligten verleiht nur auf dieser Basis dem Verhandlungsergebnis seine Angemessenheitschance und rechtfertigt die unwiderlegliche Vermutung des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG.¹⁶² Wann eine Vereinigung repräsentativ und aufgrund dessen das Risiko der Etablierung branchenferner Vergütungsregeln minimiert ist, bleibt zu erörtern.¹⁶³

Die Verwendung des Adjektivs ist nahezu ohne Parallele im deutschen Recht. Mitunter begegnet man allerdings der Forderung nach Repräsentativität im BetrVG, um einer Umgehung des Mitbestimmungsrechts und damit der Aushöhlung des Arbeitnehmerschutzes vorzubeugen.¹⁶⁴ In früherer Rechtsprechung hat das BAG dem Begehren nach repräsentativen Tarifregelungen im Sinne des § 77 Abs. 3 S. 1 und 2 BetrVG dahingehend Ausdruck verliehen, dass die Zahl der in den tarifgebundenen Betrieben regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer die Zahl der regelmäßig in den nicht tarifgebundenen Betrieben Beschäftigten zu übersteigen ha-

¹⁶¹ Siehe Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1091).

¹⁶² Vgl. Ory, AfP 2002, S. 93 (102); Rütters/Roth, Anm. zu BAG v. 16.11.1982, AP Nr. 32 zu § 2 TVG, S. 4 (8).

¹⁶³ Dazu Dietz, AfP 2001, S. 261 (263).

¹⁶⁴ Beachte etwa BAG v. 06.12.1963, DB 1964, S. 411 (412); Galperin/Löwisch-Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 82; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock-Worzalla, BetrVG, § 77 Rn. 150; Löwisch/Kaiser-Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 65.

be.¹⁶⁵ Ferner findet der Gedanke der Repräsentativität Anklang im Anforderungsprofil für den Eintritt der Sperrwirkung des § 87 Abs. 1 BetrVG; ebenfalls motiviert durch den Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts wird die Forderung nach einer Mindestrepräsentativität der den Tarifvertrag schließenden Gewerkschaft artikuliert.¹⁶⁶ Im Zuge der Betriebsratswahl begründet sich darüber hinaus auf einer derartigen Mindestrepräsentativität im Betrieb nach § 14 Abs. 3 BetrVG das Wahlvorschlagsrecht einer Gewerkschaft.¹⁶⁷

Letztlich veranlasst worden ist die Verwendung des Adjektivs wohl durch eine Vorgabe im Wettbewerbsrecht.¹⁶⁸ Um als Verband für die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegen Wettbewerbsverstöße aktivlegitimiert zu sein, bedarf es nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG einer erheblichen Zahl ihm angehörender Gewerbetreibender, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben. In der amtlichen Begründung fand die Forderung der Erheblichkeit eine Interpretation im Sinne einer repräsentativen Anzahl von Mitbewerbern der betroffenen Branche.¹⁶⁹ Wettbewerbs- und Urheberrecht gleichen sich in ihrem Bedürfnis, eine ausreichende Wahrnehmung und Vertretung der objektiven gemeinsamen Interessen aller Branchenangehörigen sicherstellen und die missbräuchliche Verfolgung sachfremder Individualinteressen ausschließen zu wollen.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Vgl. BAG v. 06.12.1963, DB 1964, S. 411 (412); Stege/Weinspach/Schiefer, BetrVG, § 77 Rn. 16; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock-Worzalla, BetrVG, § 77 Rn. 150; Galperin/Löwisch-Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 82; Löwisch/Kaiser-Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 65; Richardi-Richardi, BetrVG, § 77 Rn. 271; Zöllner, FS für Nipperdey, S. 699 (716).

¹⁶⁶ Siehe Däubler/Kittner/Klebe-Klebe, BetrVG, § 87 Rn. 30; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 327, 700; Richardi-Richardi, BetrVG, § 87 Rn. 156.

¹⁶⁷ Hierzu Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 437.

¹⁶⁸ So Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 7; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (209).

¹⁶⁹ Vgl. Entwurfsbegründung zum UWGÄndG, WRP 1994, S. 369 (378); OLG Nürnberg v. 14.11.1995, WRP 1996, S. 358 (360); OLG Frankfurt v. 02.11.1995, WRP 1996, S. 213.

¹⁷⁰ Siehe dazu BGH v. 25.04.1996, WRP 1996, S. 1102 (1103); BGH v. 11.07.1996, WRP 1996, S. 1034 (1037); BGH v. 27.02.1997, GRUR 1997, S. 478 f.; BGH v. 30.04.1997, GRUR 1997, S. 934 (935 f.); OLG Köln v. 21.02.1996, WRP 1996,

Während jedoch § 36 Abs. 2 UrhG pauschal die Notwendigkeit der Repräsentativität der Vereinigung erklärt, ist in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG die Zwecksetzung durch das objektive Erfordernis einer erheblichen Mitgliederzahl umgesetzt worden.¹⁷¹ Insofern spricht viel dafür, auch bei der Konkretisierung des Merkmals im Rahmen des Urheberrechts der Anzahl der Mitglieder des jeweiligen Verbandes eine maßgebliche Rolle zuzuerkennen.

Des Weiteren kann selbst die Bemessung der Sachkompetenz der Sozialpartner des sozialen Dialogs nach Art. 139 EG nur unter Rückgriff auf deren Repräsentativität erfolgen.¹⁷² Die Forderung nach Sachkompetenz ergibt sich entgegen mannigfaltiger Einwände aus teleologischen Erwägungen. Im Interesse der Herstellung autonomer kollektivvertraglicher Beziehungen über Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne verbürgt das Merkmal jene Durchsetzungsfähigkeit, welches ein vieldiskutiertes Erfordernis der Tariffähigkeit nach deutschem Recht darstellt.¹⁷³ Nicht zuletzt diese Zusammenhänge eröffnen den Blick auf diese durch die Rechtsprechung zu § 2 Abs. 1 TVG geprägte Ausformung des Begriffs der Repräsentativität, wobei ein qualitativer Unterschied nicht zu leugnen ist.¹⁷⁴ Die sinnvolle Erfüllung der den Koalitionen verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgabe setzt Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler voraus; die einzelne Tarifvertragspartei muss hinreichend Autorität gegenüber den eigenen Mitgliedern wie auch gegenüber dem Verhandlungspartner besitzen und auch von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage

S. 594 (596); OLG Nürnberg v. 14.11.1995, WRP 1996, S. 358 (360); OLG Karlsruhe v. 13.03.1996, WRP 1996, S. 582 (583); Entwurfsbegründung zum UWGÄndG, WRP 1994, S. 369 (378); Gloy/Loschelder, Wettbewerbsrecht, § 21 Rn. 23 f.; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 7; Baumbach/Hefermehl-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 8 UWG Rn. 3.42.

¹⁷¹ Beachte BGH v. 19.06.1997, GRUR 1997, S. 170 (171).

¹⁷² So Buchner, RdA 1993, S. 193 (202 f.).

¹⁷³ Siehe Oetker/Preis-Schwarze, EAS, Abschn. 8100 Rn. 16 f.; Buchner, RdA 1993, S. 193 (203).

¹⁷⁴ Dazu etwa Ory, AfP 2002, S. 93 (101 f.); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 428.

sein, sich einem einseitigen Diktat der anderen Seite zu widersetzen.¹⁷⁵ Ob sich ein Verband der berechtigten Hoffnung hingeben kann, vom Gegner überhaupt ernst genommen zu werden, hängt demnach von verschiedenen Faktoren ab. Neben dem allgemeinen Organisationsgrad der jeweiligen Branche, der Anzahl und Stärke konkurrierender Verbände, dem Bild der Vereinigung in der Öffentlichkeit und ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit rückt wiederum die Zahl der Mitglieder in den Mittelpunkt.¹⁷⁶ Auch in anderen Rechtsordnungen gilt der Mitgliederzahl für die Feststellung der Tariffähigkeit eines Verbandes das Hauptaugenmerk. Zusätzlich wird jedoch beispielsweise in Frankreich unter anderem die Erfahrung und das Alter der betreffenden Vereinigung herangezogen oder etwa in Österreich auf den Umfang der Tätigkeit rekurriert.¹⁷⁷

Ergänzend und abschließend hat sich der Gedanke der Repräsentativität im TVG noch an anderer Stelle niedergeschlagen. Ein Bedürfnis der Normsetzung durch die Gewerkschaft ist nur für Mitglieder begründbar; für die Erstreckung einer Tarifregelung auf Außenseiter nach § 3 Abs. 2 TVG wird die Repräsentativität der den Tarifvertrag schließenden Gewerkschaft im jeweiligen Betrieb postuliert.¹⁷⁸ Ähnlichen Legitimationsbestrebungen hinsichtlich der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages liegt die 50 %-Klausel des § 5 Abs. 1 Ziffer 1 TVG zugrunde.¹⁷⁹

Nach diesen Ausführungen ist wichtigstes Kriterium bei den Konkretisierungsbemühungen und damit Hauptgarant der Funktionsfähigkeit des Verfahrens nach §§ 36, 36 a UrhG eine repräsentative

¹⁷⁵ Vgl. BAG v. 16.01.1990, AP Nr. 38 zu § 2 TVG, S. 1 (2); BAG v. 16.11.1982, AP Nr. 32 zu § 2 TVG, S. 1 (2); BAG v. 20.11.1990, AP Nr. 40 zu § 2 TVG, S. 1 (2); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 431.

¹⁷⁶ Siehe BAG v. 16.11.1982, AP Nr. 32 zu § 2 TVG, S. 1 (2); BAG v. 16.01.1990, AP Nr. 38 zu § 2 TVG, S. 1 (3); Gamillscheg, FS für Herschel, S. 99.

¹⁷⁷ Vgl. Art. L 133-2 C.T. sowie § 4 Abs. 2 ArbVG; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 439 f. und FS für Herschel, S. 99 (103 u. 110).

¹⁷⁸ Siehe Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 3 Rn. 105; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 438 u. 721.

¹⁷⁹ Beachte etwa Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 892; Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 5 Rn. 41.

Mitgliederzahl der jeweiligen Verbände. Es muss nun Aufgabe sein, den maßgeblichen Bezugsrahmen aufzuzeigen.

Eine repräsentative Vereinigung muss ihrer Struktur nach darauf angelegt sein, die spezifische Eigenart des gesamten Künstlerkreises und deren Richtung auszudrücken und diesen in ihrer Art, Anlage und Ausstattung wirkungsvoll zu vertreten.¹⁸⁰ Was zunächst im Einzelnen einer Branche zuzuordnen ist, wird durch die Verkehrsanschauung bestimmt; über Unsicherheiten bei der Einteilung kann insbesondere der Geltungsbereich der auf Grundlage des § 12 a TVG geschlossenen Tarifverträge als Orientierung hinweghelfen.¹⁸¹ Auch und gerade die Aufstellung von Vergütungsregeln mit regionalem Bezug kommt in Betracht.¹⁸²

Es besteht die Notwendigkeit einer typologischen Gesamtschau; einzustellen in die Beurteilung sind sämtliche Umstände des Einzelfalls.¹⁸³ Im Wettbewerbsrecht wird betont, dass ein aktivlegitimierter Verband eine für die Verfolgung des Wettbewerbsgeschehens auf dem maßgebenden regionalen Markt nach Zahl und/oder Größe, Marktbedeutung oder wirtschaftlichem Gewicht repräsentative Anzahl von Mitgliedern der betroffenen Branche aufzuweisen hat.¹⁸⁴ In Anlehnung hieran und mit Blick auf die Rechtsprechung zu § 2 Abs. 1 TVG ist das Verhältnis der Mitgliederzahl zum allgemeinen Organisationsgrad aller Branchenangehörigen zu bestimmen und die Anzahl und Stärke der konkurrierenden Verbän-

¹⁸⁰ Vgl. Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (425); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 92; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (209); Ory, AfP 2002, S. 93 (102).

¹⁸¹ Dazu BAG v. 06.12.1963, DB 1964, S. 411 (412); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (209).

¹⁸² So Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (209).

¹⁸³ Vgl. BAG v. 20.11.1990, AP Nr. 40 zu § 2 TVG, S. 1 (2); BAG v. 16.11.1982, AP Nr. 32 zu § 2 TVG, S. 1 (2); OLG Köln v. 21.02.1996, WRP 1996, S. 594 (595); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (209); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 431.

¹⁸⁴ Hierzu BGH v. 30.04.1997, GRUR 1997, S. 934 (935); BGH v. 25.04.1996, WRP 1996, S. 1102 (1103); BGH v. 19.06.1997, GRUR 1997, S. 170; OLG Nürnberg v. 14.11.1995, WRP 1996, S. 358 (360); BGH v. 11.07.1996, WRP 1996, S. 1034 (1037); Baumbach/Hefermehl-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 8 UWG Rn. 3.42; Gloy/Loschelder, Wettbewerbsrecht, § 21 Rn. 24; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 7.

de sowie deren Zielsetzung in die Wertung einzubeziehen.¹⁸⁵ Die funktionsorientierte Erschließung des Begriffs der Repräsentativität verbietet dabei jede schematische Subsumtion unter einen starren Maßstab; die abstrakte und generelle Festlegung einer absoluten Mindest- oder Prozentzahl scheidet grundsätzlich aus.¹⁸⁶ Selbst im Rahmen des § 77 Abs. 3 BetrVG ist seitens derjenigen Vertreter in der Literatur, die an der früheren Rechtsprechung des BAG festhalten, anerkannt, dass der Maßstab allenfalls Richtschnurfunktion hat und in besonders gelagerten Fällen Abweichungen zwingend sein können.¹⁸⁷

Die Legitimität der Angemessenheitsvermutung steigt einerseits mit der Höhe der an die Repräsentativität des betreffenden Verbandes zu stellenden Anforderungen.¹⁸⁸ Auf der anderen Seite gilt es aber Postulate zu vermeiden, welche auf die Bildung und Betätigung der Koalition zurückwirken, diese unverhältnismäßig einschränken und zur Aushöhlung der Koalitionsfreiheit führen.¹⁸⁹ Ein Alleinvertretungsanspruch der jeweils größten Organisation widerspricht dem verfassungsrechtlich verbürgten Koalitionspluralismus und ignoriert die Interessen von Minderheiten.¹⁹⁰ Angesichts eines durchschnittlichen Organisationsgrades der Kreativen von deutlich unter 30 % muss ein Mittelweg zwischen der drohenden Monopolisierung der Interessenvertretung auf wenige Spitzenverbände – z.B. einer Fachgruppe der Verdi – und einer schrankenlosen Aner-

¹⁸⁵ Siehe Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 7; Gröning, WRP 1994, S. 775 (777).

¹⁸⁶ Vgl. Entwurfsbegründung zum UWGÄndG, WRP 1994, S. 369 (378); OLG Nürnberg v. 14.11.1995, WRP 1996, S. 358 (360); BGH v. 30.04.1997, GRUR 1997, S. 934 (935); OLG Köln v. 21.02.1996, WRP 1996, S. 594 (596); OLG Karlsruhe v. 13.03.1996, WRP 1996, S. 582 (583); BGH v. 25.04.1996, WRP 1996, S. 1102 (1103); BGH v. 11.07.1996, WRP 1996, S. 1034 (1037); Rüthers/Roth, Anm. zu BAG v. 16.11.1982, AP Nr. 32 zu § 2 TVG, S. 4 (7); Gloy/Loschelder, Wettbewerbsrecht, § 21 Rn. 24; Baumbach/Hefermehl-Köhler, Wettbewerbsrecht, § 8 UWG Rn. 3.42; Ory, AfP 2002, S. 93 (102); Gamillscheg, FS für Herschel, S. 99 (113).

¹⁸⁷ So etwa Galperin/Löwisch-Löwisch, BetrVG, § 77 Rn. 82.

¹⁸⁸ Siehe Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 3 Rn. 105.

¹⁸⁹ Zu dieser Problematik BAG v. 16.11.1982, AP Nr. 32 zu § 2 TVG, S. 1 (2).

¹⁹⁰ Siehe etwa Ory, AfP 2002, S. 93 (102); Gloy/Loschelder, Wettbewerbsrecht, § 21 Rn. 24; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 434 u. 444.

kennung aller bedeutungslosen Vereinigungen gefunden werden.¹⁹¹ Unter der Bedingung nicht zu gravierender Unterschiede im Mitgliederbestand ist daher auch die Repräsentativität mehrerer Verbände in einer Branche denkbar.¹⁹²

Allerdings kann sich die zuverlässige Feststellung der Mitgliederzahl des jeweiligen Verbandes wie auch die Beurteilung des branchenweiten Organisationsgrades in der Praxis sehr schwierig gestalten.¹⁹³ Die Darlegungslast trifft grundsätzlich den jeweiligen Verband. Mangels Konkurrenz in einer bestimmten Branche muss jedoch im Interesse einer flächendeckenden Aufstellung von gemeinsamen Vergütungsregeln eine Vermutung der Repräsentativität der einzigen Vereinigung greifen.¹⁹⁴ Die Schlichtungsstelle stellt die Repräsentativität als Voraussetzung einer Sachentscheidung vorab fest; bei Uneinigkeiten entscheidet das OLG nach § 36 a Abs. 3 UrhG im Zusammenhang mit der Besetzung der Schlichtungsstelle.¹⁹⁵ Dem Gericht kommt hierbei ein weiter Bewertungsspielraum zu. Wie die Rechtsprechung zu § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG beweist, sind die eventuell auftretenden Komplikationen letztlich durchaus handhabbar.¹⁹⁶

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass an der Repräsentativität einer Vereinigung regelmäßig dann keine Zweifel bestehen, wenn sie über eine im Verhältnis zum allgemeinen Organisationsgrad aller Branchenangehörigen als erheblich zu qualifizierende Mitgliederzahl verfügt. Indes gestattet erst die Begutachtung aller Umstände des Einzelfalls eine abschließende Beurteilung.

¹⁹¹ Vgl. Buchner, RdA 1993, S. 193 (202); Rütters/Roth, Anm. zu BAG v. 16.11.1982, AP Nr. 32 zu § 2 TVG, S. 4 (7); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (209); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 7.

¹⁹² So Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (209).

¹⁹³ Vgl. Schack, GRUR 2002, S. 853 (857); Zöllner, FS für Nipperdey, S. 699 (716 f.).

¹⁹⁴ Beachte Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 7.

¹⁹⁵ Dazu Ory, AfP 2002, S. 93 (102).

¹⁹⁶ So Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (929).

2. Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle

Nach § 36 Abs. 4 S. 1 UrhG hat die Schlichtungsstelle den Parteien einen begründeten Einigungsvorschlag zu machen, der den Inhalt der gemeinsamen Vergütungsregeln enthält.

a) Inhaltliche Ausgestaltung

Als Ausgangspunkt der vorangehenden Verhandlungen dient der Vorschlag über die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln, welcher nach § 36 a Abs. 4 UrhG durch die das Verfahren in Gang setzende Partei zu unterbreiten ist.¹⁹⁷ Das Gesetz trifft allerdings keine weitere Aussage darüber, was im Einzelnen der Diskussion vor der Schlichtungsstelle offen steht und lässt auch eine Regelung über die konkrete inhaltliche Ausgestaltung des Schlichtungsvorschlags vermissen.

Die verwendete Terminologie legt auf den ersten Blick nahe, der Gegenstand der Erörterung sei auf die Höhe der Vergütung an sich beschränkt.¹⁹⁸ Eine billige und gerechte Festlegung der angemessenen Vergütung ist jedoch losgelöst von dem eigentlichen Leistungsgegenstand unmöglich. Erst eine intensive Auseinandersetzung mit Inhalt und Umfang der Rechtseinräumung ermöglicht überhaupt eine sachlich fundierte Bestimmung der Gegenleistung und garantiert, dass sich beträchtliche Abstufungen in der Gestaltungshöhe der einzelnen Werke auch in differenzierten Vergütungsregeln widerspiegeln.¹⁹⁹

Die Regelungen im Sinne des § 36 Abs. 1 UrhG haben gegenüber Tarifverträgen einen nicht notwendigerweise nur punktuellen In-

¹⁹⁷ Hierzu Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 13; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (427).

¹⁹⁸ Vgl. Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (427).

¹⁹⁹ Siehe ZAW, Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 17 f. (abrufbar unter www.urheberrecht.org); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (427); Ory, ZUM 2001, S. 195 (197).

halt, sondern können geradezu eine Fortsetzung des Tarifrechts mit anderen Mitteln darstellen.²⁰⁰ In dem Bestreben um ausgewogene Vertragswerke kommt ihnen in Bezug auf nichttariffähige Personengruppen und arbeitnehmerähnliche Personen, zu deren Schutz die Tarifvertragsparteien von ihrer Regelungsbefugnis nach § 12 a TVG noch keinen Gebrauch gemacht haben, Ersatzfunktion zu.²⁰¹ Eine inhaltliche Annäherung der Bestimmungen nach § 36 UrhG an entsprechende Tarifverträge auf dem Gebiet des kreativen Schaffens liegt im Interesse einer möglichst weitreichenden Aufwertung der Stellung des einzelnen Urhebers und genügt daher dem gesetzgeberischen Anspruch hinsichtlich des Schutzzumfangs der Novelle.²⁰² Regelungsgegenstand der §§ 36, 36 a UrhG ist der Sache nach deshalb ein weitergehender materieller Schutz, als der Gesetzeswortlaut auf den ersten Blick vermuten lässt.²⁰³ Neben der Höhe der Vergütung als solcher – so schon im Gesetzesentwurf der Bundesregierung festgehalten – besteht insbesondere je nach Bedarf der Branche die Möglichkeit der Vereinbarung weiterer Zahlungsmodi.²⁰⁴ Jeder auch nur mittelbar auf die Vergütung Einfluss nehmende Umstand kann Gegenstand einer Erörterung vor der Schlichtungsstelle sein und mithin Niederschlag im Schlichtungsvorschlag finden. Ein Missbrauch des neuen gesetzlichen Gestaltungsmittels steht aufgrund dessen jedenfalls nicht in Rede; ein derart weites Verständnis macht im Gegenteil die Regelung in der Praxis erst handhabbar.²⁰⁵

Der Professorenentwurf sah noch die Bestimmung von Mindestvergütungen und weiteren Mindestkonditionen vor. Hiervon ist im

²⁰⁰ Vgl. etwa Reber, ZUM 2001, S. 282 (283); Ory, ZUM 2001, S. 195; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 5.

²⁰¹ Beachte v. Olenhusen, ZUM 2000, S. 736 (737).

²⁰² Vgl. Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (768).

²⁰³ Dazu auch Ory, ZUM 2001, S. 195 (198).

²⁰⁴ Siehe Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7564, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 91 (125).

²⁰⁵ Hierzu ZAW, Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 18; Ory, AfP 2002, S. 93 (103).

Laufe der Diskussion um die Neuregelung des Urhebervertragsrechts zugunsten des Begriffs der gemeinsamen Vergütungsregeln und damit eines sprachlich offeneren Rahmens – innovativen Vergütungsmodellen will sich der Gesetzgeber ausdrücklich nicht verschließen – Abstand genommen worden.²⁰⁶ Angemessenheit kann durch die Urheber- und Werknutzerverbände als Rahmen flexibel abgesteckt werden, wobei diese Selbstregulierung nach der Vorgabe des § 36 Abs. 1 S. 2 UrhG unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des jeweiligen Regelungsbereichs erfolgen soll.²⁰⁷ Mit der beispielhaften Nennung von Struktur und Grösse der Verwerter sind allerdings die ausschlaggebenden Belange allenfalls rudimentär und zudem irreführend skizziert.²⁰⁸ Die finanzielle Leistungsfähigkeit des Vertragspartners kann als Faktor im Zuge der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln grundsätzlich keine Rolle spielen; mithin nimmt die Grösse der Verwerter deshalb lediglich insoweit Einfluss, als die Vergütungsregeln in ihrem organisatorischen Teil nicht einen den Einzelnen überfordernenden Verwaltungsaufwand produzieren dürfen.²⁰⁹ Gegenstand der gemeinsamen Vergütungsregeln sind laut § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG Bestimmungen über die Angemessenheit der Vergütungen nach § 32 UrhG; angezeigt und zielführend erscheint daher vielmehr ein Rückgriff auf die Gesichtspunkte des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG. Aufgabe der gemeinsamen Vergütungsregeln muss eine Generalisierung und Typisierung der in diesem Zusammenhang erörterten Kriterien sein.²¹⁰

²⁰⁶ Siehe dazu Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (927); Schack, GRUR 2002, S. 853 (855 u. 857) und ZUM 2001, S. 453 (465).

²⁰⁷ Vgl. Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (774); Schrickler, GRUR 2002, S. 737 (738) und Verlagsrecht, § 22 Rn. 18; Ory, AfP 2002, S. 93 (96); Reh binder, Urheberrecht, Rn. 325; Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1093); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 63; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 51.

²⁰⁸ Beachte Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (426) Ory, AfP 2002, S. 93 (103).

²⁰⁹ Dazu Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1093); Ory, AfP 2002, S. 93 (103).

²¹⁰ Siehe auch Reh binder, Urheberrecht, Rn. 325; Schrickler, GRUR 2002, S. 737 (738); Ory, AfP 2002, S. 93 (103).

Zu differenzieren ist deshalb zunächst nach Art und Ausmaß der Nutzungsmöglichkeiten. Neben Nutzungsdauer und Nutzungshäufigkeit finden hierbei auch andere Aspekte, wie die Unterscheidung zwischen einfachem oder ausschließlichem Nutzungsrecht oder etwaige Einschränkungen des zulässigen Nutzungsgebietes, Eingang in die Überlegungen.²¹¹ Bei der standardisierten Beschreibung der Nutzungsverhältnisse darf darüber hinaus ein Blick auf die Qualität des schöpferischen Beitrags nicht unterbleiben; allenfalls die Aufstellung von objektiven Maßstäben zur Beurteilung der Gestaltungshöhe eines Werkes kann im Einzelfall Schwierigkeiten aufwerfen.²¹² Davon abgesehen kommt auch der aktuellen und künftigen Absatzfähigkeit der Werke Bedeutung zu, mithin verlangt die zutreffende Festlegung der adäquaten Gegenleistung eine umfassende Analyse der Marktverhältnisse.²¹³ Ein aufschlussreicher Aspekt der Verwertbarkeit stellt in diesem Zusammenhang das Renommee des jeweiligen Künstlers dar; Vergütungsunterschiede sind abstrahiert in Regelungen nach § 36 Abs. 1 UrhG mit Blick auf den Marktwert der Kreativen vorstellbar.²¹⁴ Des Weiteren müssen Kosten und Aufwendungen für die Herstellung des Werkes in die Gesamtbetrachtung ebenso einbezogen werden wie die Erbringung von Nebenleistungen oder die Gewährung von Vorschüssen.²¹⁵

²¹¹ Beachte Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 90; Ory, AfP 2002, S. 93 (98).

²¹² Vgl. Schack, GRUR 2003, S. 853 (855); Ory, AfP 2002, S. 93 (97); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 51 u. 87; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 63.

²¹³ Siehe auch BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (150); Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (774); Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (926); v. Olenhusen, ZUM 2000, S. 736 (737); Ory, AfP 2002, S. 93 (97); Stickelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1093); Schricker, Verlagsrecht, § 22 Rn. 18; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 63; Schack, ZUM 2001, S. 453 (459).

²¹⁴ Hierzu Schricker, Verlagsrecht, § 22 Rn. 18; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 87; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 63; Schack, ZUM 2001, S. 453 (459).

²¹⁵ Vgl. Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (774); v. Olenhusen, ZUM 2000, S. 736 (737); Schack, ZUM 2001, S. 453 (459); Schricker, Verlagsrecht, § 22 Rn. 18; Ory, AfP 2002, S. 93 (98); Stickelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1093); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 63 f.

Ob zudem strukturelle Auswertungsrisiken der Verwerter preismin-
dernd in Ansatz gebracht werden können, erscheint zweifelhaft.
Dabei sollen Verwertungen mit beträchtlichen Gewinnen diejeni-
gen ausgleichen, welche ihre Investitionen nicht lohnen.²¹⁶ Das
Risiko eines Erfolges oder Misserfolges rechtfertigt jedoch – so
aber von Verwerterseite vielfach vorgetragen – nicht zwangsläufig
das Recht auf den weitaus größten Teil des Gewinnes.²¹⁷ Ein der-
artiges Argumentationsmuster versucht lediglich die Abwälzung ei-
nes typischerweise in die Sphäre der Werknutzer fallenden Risi-
kos zu legitimieren und läuft dem verfassungsrechtlichen Beteili-
gungsgrundsatz zuwider.²¹⁸ Resultat dessen kann sogar die Nich-
tigkeit eines entsprechenden Nutzungsvertrages aufgrund von Sit-
tenwidrigkeit nach § 138 BGB sein.²¹⁹ Lediglich ausnahmsweise,
insbesondere bei kleineren Verwertern, darf der Verweis auf Ver-
luste aus früheren Verwertungen Auswirkungen auf die Bestim-
mung einer angemessenen Vergütung haben.²²⁰ Bei der Aufstel-
lung gemeinsamer Vergütungsregeln nach §§ 36, 36 a UrhG müs-
sen derartige Überlegungen grundsätzlich außen vor bleiben.
Konkret Einzug in den Schlichtungsvorschlag halten resümierend
jedenfalls eine Definition von Inhalt und Umfang der Rechtseinräu-
mung und die Festlegung einer dafür angemessenen Gegenleis-
tung. Letztlich steckt – wie bereits aufgezeigt – die das Verfahren
in Gang setzende Partei den Inhalt der Verhandlungen vor der
Schlichtungsstelle durch ihren Vorschlag nach § 36 Abs. 4 UrhG
vorläufig ab, wonach beide Parteien diesen ergänzende Einzel-
punkte im Laufe des Verfahrens in die Diskussion einbringen kön-

²¹⁶ Dazu BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (150); Ory, AfP 2002, S. 93 (103); Reber, ZUM 2001, S. 282 (288).

²¹⁷ Vgl. Reber, ZUM 2001, S. 282 (288 f.).

²¹⁸ Vgl. etwa Reh binder, Urheberrecht, Rn. 324; Reber, ZUM 2001, S. 282 (287 f.); Schrick er, GRUR 2002, S. 737 (738).

²¹⁹ Beachte BGH v. 01.12.1988, GRUR 1989, S. 198 (201); Reber, ZUM 2001, S. 282 (288).

²²⁰ Siehe BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (148); Reber, ZUM 2001, S. 282 (289).

nen.²²¹ Die inhaltliche Ausgestaltung des Schlichtungsvorschlags richtet sich im Ergebnis maßgeblich nach dem Parteivorbringen.²²² Weitere denkbare Bestandteile sind beispielhaft Geldentwertungsklauseln, Fälligkeitsvereinbarungen, Bestimmungen der Zahlungsweise oder Verpflichtungen zur Verschwiegenheit.²²³ In Ausnahmefällen kann der Vorschlag zum Inhalt haben, dass bestimmte Tätigkeiten aufgrund ihrer Eigenarten die Aufstellung von Vergütungsregeln nicht erlauben oder auch unentgeltliche Übertragungen vorsehen.²²⁴ Praktikabilitätserwägungen werden regelmäßig die Bestimmung von Mindestvergütungen nahe legen.²²⁵ Zunächst gilt allerdings der Absteckung des Geltungsbereichs der gemeinsamen Vergütungsregeln in fachlicher, räumlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht das Hauptaugenmerk der Parteien, wobei die letztgenannte Komponente einer vertieften Auseinandersetzung bedarf.²²⁶ Erörterungsbedürftig ist insbesondere, inwieweit gemeinsame Vergütungsregeln mit einer bestimmten Laufdauerbestimmung versehen werden können, die Möglichkeit der Vereinbarung eines Kündigungsrechts besteht und in welchem zeitlichen Rahmen ein Neuverhandlungsanspruch geltend gemacht werden kann.²²⁷

Grundsätzlich ist eine zeitliche Geltungsbeschränkung dem Gesetz nicht zu entnehmen. Nach § 36 Abs. 4 S. 2 UrhG gilt der Vorschlag der Schlichtungsstelle als angenommen, wenn ihm nicht fristgerecht widersprochen wird; die Rechtswirkung der gemeinsamen Vergütungsregeln tritt mit diesem Zeitpunkt ein und scheint

²²¹ So Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 13.

²²² Vgl. § 308 ZPO; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, ZPO, § 308 Rn. 3 f.; Musielak-Voit, ZPO, § 1029 Rn. 23.

²²³ Dazu Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 58; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (431); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 15.

²²⁴ Siehe dazu Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (774); Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 16; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 34; Rehbindler, Urheberrecht, Rn. 324; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 51.

²²⁵ So Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (427).

²²⁶ Beachte Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (431); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 14.

²²⁷ Hierzu Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (427).

auf den ersten Blick unabhängig von etwaigem Zeitablauf und der Ausübung von Gestaltungsrechten kraft Gesetzes fortzubestehen.²²⁸ Eine derartige gesetzliche Zementierung eines zu einem bestimmten Zeitpunkt gefundenen Ausgleichs der gegensätzlichen Positionen kann jedoch bei näherer Betrachtung angesichts der stets im Wandel begriffenen technischen und wirtschaftlichen Marktgegebenheiten die unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG nicht legitimieren.²²⁹ Diese begründet sich notwendigerweise auch auf der Möglichkeit, eine Vereinbarung geänderten Bedingungen anpassen oder von vornherein ihre Haltbarkeitszeit beschränken zu können.²³⁰ Dem Bestreben nach einer Verbesserung der Rechtsstellung der Kreativen durch die flächendeckende Etablierung von gemeinsamen Vergütungsregeln wird ein Geflecht von im Laufe der Zeit als unangemessen zu beurteilenden Regelungen nicht gerecht. Die Befähigung zur Bestimmung der Laufdauer muss folgerichtig denjenigen zuerkannt werden, denen der Gesetzgeber grundsätzlich den Sachverstand für die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln zutraut – den Urheber- und Werknutzerverbänden.

Mangels einer solchen Festlegung oder Kündigungsklausel ist im Interesse eines geordneten Rechtsverkehrs nicht von einem jederzeitigen Neuverhandlungsanspruch auszugehen.²³¹ Ein angemessener Turnus für die Wiederholungsmöglichkeit eines Schlichtungsverfahrens kann der gesetzlichen Wertung des § 40 Abs. 1 S. 2 UrhG entnommen werden.²³² Danach wird im Rahmen von Individualverträgen über künftige Werke beiden Vertragsparteien nach Ablauf von fünf Jahren seit dem Abschluss des Vertrages eine Kündigungsmöglichkeit eingeräumt. Die wirtschaftliche Trag-

²²⁸ Vgl. Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (211).

²²⁹ Siehe auch Reber, ZUM 2001, S. 282 (285).

²³⁰ Vgl. Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (774); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 5; Reber, ZUM 2001, S. 282 (285).

²³¹ Zu dieser Problematik Ory, AfP 2002, S. 93 (103).

²³² So Ory, AfP 2002, S. 93 (103).

weite der entsprechenden Geschäfte verlangt auch in diesem Fall die Sicherung der Reaktionsfähigkeit der Parteien mit Blick auf zukünftige Entwicklungen – der Schutz vor zu weitgehenden Bindungen steht somit übereinstimmend im Vordergrund.²³³ Fehlt eine anderweitige Übereinkunft der Parteien, besteht darum im Ergebnis ein Anspruch auf erneute Aushandlung der gemeinsamen Vergütungsregeln vor der Schlichtungsstelle nach Ablauf von fünf Jahren ab der letzten Verfahrenshandlung. Darüber hinaus sind Anleihen bei § 40 Abs. 1 S. 3 UrhG hinsichtlich der Länge von Kündigungsfristen möglich; abgesehen von vertraglich eingeräumten Kündigungsmöglichkeiten können die Vertragsparteien zudem stets das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB wahrnehmen.²³⁴

Die Begründung des Schlichtungsvorschlags ist an § 313 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 ZPO zu orientieren.²³⁵ Sie hat derartig präzise und ausführlich auszufallen, dass die Parteien die maßgebenden Erwägungen verstehen und nachvollziehen können.²³⁶

b) Form und Bekanntmachung

Anforderungen an die Form oder Publizierung des Schlichtungsvorschlags wie auch der ohne Inanspruchnahme der Schlichtungsstelle aufgestellten gemeinsamen Vergütungsregeln sind dem Gesetz unmittelbar nicht zu entnehmen. Allerdings besteht schon im Interesse einer weitgehenden Akzeptanz und flächendeckenden Verbreitung der Vereinbarungen in erster Linie die Notwendigkeit der Klarstellung von deren konkretem Inhalt.²³⁷ Auch genügt es

²³³ Vgl. Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 40 Rn. 2; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 40 Rn. 2.

²³⁴ Siehe etwa Schack, GRUR 2002, S. 853 (855); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 10; Ory, AfP 2002, S. 93 (103).

²³⁵ Beachte Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 13.

²³⁶ Dazu Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, ZPO, § 313 Rn. 32 f.; Musielak-Musielak, ZPO, § 313 Rn. 2.

²³⁷ Vgl. Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (773); Löwisch/Rieble-Löwisch,

nicht, wenn sich die jeweils beteiligten Verbände darum bemühen, die entsprechenden Regelungen bei ihren Mitgliedern bekannt werden zu lassen.²³⁸ Gemeinsame Vergütungsregeln können der ihnen gesetzgeberisch zugedachten Funktion in dem erforderlichen Ausmaß nur dann gerecht werden, wenn eine Veröffentlichung auf breiterer Basis erfolgt. Zusammenfassend gewährleistet somit die Eröffnung einer zuverlässigen Möglichkeit, sich ohne besondere Mühe über den konkreten Inhalt der gemeinsamen Vergütungsregeln unterrichten zu können, ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden.²³⁹

Konstitutive Geltungsvoraussetzung der im Schlichtungsvorschlag enthaltenen oder anderweitig aufgestellten gemeinsamen Vergütungsregeln ist daher in analoger Anwendung des § 1 Abs. 2 TVG Schriftform.²⁴⁰ Formnichtige Teile im Sinne der §§ 125 f. BGB können allenfalls noch als Auslegungskriterium herangezogen werden, wohingegen formwirksame Teile insoweit Geltung zu beanspruchen vermögen, als sie – mit Rückschluss auf den mutmaßlichen Parteiwillen – für sich genommen eine durchführbare und sinnvolle Regelung darstellen.²⁴¹ Maßgeblich im Rahmen des § 139 BGB bleibt, welche Entscheidung die Parteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten.²⁴²

Darüber hinaus ist in Anlehnung an die in § 8 TVG statuierte Pflicht des Arbeitgebers zur Auslegung der für seinen Betrieb maßgebenden Tarifverträge irgendeine Form der Bekanntmachung zu verlangen, mithin die Einsehbarkeit durch Publizierung in

TVG, § 1 Rn. 540; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 16; Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 228.

²³⁸ Beachte auch Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 209 Rn. 1.

²³⁹ Siehe Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (773); Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 8 Rn. 4.

²⁴⁰ Vgl. Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (211); Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 227.

²⁴¹ Siehe Löwisch/Rieble-Löwisch, TVG, § 1 Rn. 546; Kraft, Anm. zu BAG v. 21.03.1973, AP Nr. 12 zu § 4 TVG (Geltungsbereich), S. 4 (6).

²⁴² Beachte etwa Palandt-Heinrichs, BGB, § 139 Rn. 14.

einer allgemein zugänglichen Quelle – möglicherweise sogar dem Internet – sicherzustellen.²⁴³ Wiederum mit Blick auf die gesetzgeberische Zielsetzung erscheint es sachgerecht, an einen bloßen Verstoß gegen dieses Gebot keine weiteren Sanktionen zu knüpfen.²⁴⁴ Ein an sich angemessenes und formwirksames Regelwerk mit nur geringem Verbreitungsgrad vermag immer noch Schutzwirkung zugunsten von Kreativen zu entfalten – lediglich nicht im gewünschten Maße. So wird auch § 8 TVG als schlichte Ordnungsvorschrift mit rein deklaratorischer Wirkung begriffen.²⁴⁵

Auch die Zulässigkeit einer Bezugnahme auf andere ergänzende Schriftstücke innerhalb von Regelungswerken im Sinne des § 36 UrhG muss insbesondere am Schriftformerfordernis gemessen werden.²⁴⁶ Diesbezüglich werfen vor allem bloße Verweisungen auf Tarifverträge oder andere gemeinsame Vergütungsregeln Fragen auf. Für privatrechtliche Urkunden ist gemeinhin davon auszugehen, dass die gesamte Willenserklärung in die jeweilige Urkunde Eingang finden muss.²⁴⁷ Ob sich der Grundsatz auf kollektiv ausgehandelte Vergütungsregeln übertragen lässt, kann jedenfalls nicht mit Blick auf die Art des Zustandekommens der jeweiligen Willenserklärung beantwortet werden.²⁴⁸ Es bedarf vielmehr einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Zweck des Schriftformerfordernisses.²⁴⁹ Die ausdrückliche Aufnahme der in Bezug genommenen Regelung oder zumindest deren Beifügung als Anlage schützt insoweit vorrangig vor einer übereilten Abgabe einer Willenserklärung.²⁵⁰ Wie dargestellt, dient die Schriftform ge-

²⁴³ Vgl. Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (211).

²⁴⁴ Siehe dazu Mangen, Anm. zu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 7.

²⁴⁵ Vgl. zum Charakter des § 8 TVG Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 209 Rn. 10; Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 242 u. § 8 Rn. 15; Mangen, Anm. zu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 7.

²⁴⁶ So Wiedemann, Anm. zu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 6 (8).

²⁴⁷ Beachte Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 230.

²⁴⁸ Dazu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (2).

²⁴⁹ Vgl. BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (2); Wiedemann, Anm. zu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 6 (8).

²⁵⁰ So auch BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (2).

meinsamer Vergütungsregeln demgegenüber in erster Linie der Klarstellung des konkreten Inhalts; Warnfunktion soll ihr nicht zukommen. Auch für Tarifverträge steht letztlich das rechtsstaatliche Gebot der Rechtsbestimmtheit im Vordergrund; schon zu Zeiten der Weimarer Republik wurde deshalb die bloße Benennung der in Bezug genommenen Regelung – welche im Übrigen ihrerseits ohnehin den an die Form zu stellenden Anforderungen genügt – als ausreichend erachtet.²⁵¹ Es kann nur eine Klarstellung dessen in Rede stehen, was die Parteien selbst geregelt haben; mithin ist lediglich die Verweisung an sich maßgebend.²⁵² In ihr muss eine so genaue Bezeichnung der in Bezug genommenen Bestimmung erfolgen, dass Irrtümer ausgeschlossen sind; dem Bestimmtheitsanforderung ist entsprochen, wenn zweifellos und objektiv festgestellt werden kann, auf welche Regelung verwiesen sein soll.²⁵³ Ausnahmsweise kommt daher sogar eine konkludente Bezugnahme in Betracht.²⁵⁴

Aus Gründen des Orientierungsbedürfnisses und der Orientierungssicherheit des Rechtsverkehrs erscheint die Publizierung auch der in Bezug genommenen Regelung selbst im Falle fragmentarischer Bezugnahme wünschenswert und angezeigt.²⁵⁵ Allerdings ist die Beurteilung der Gültigkeit eines Verweises von der Bekanntgabe unabhängig.

Des Weiteren unterliegen gemeinsame Vergütungsregeln abändernde oder ergänzende Bestimmungen ebenfalls dem Schrift-

²⁵¹ Hierzu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (2); BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (3); Wiedemann, Anm. zu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 6 (8); Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 230.

²⁵² Vgl. Mangen, Anm. zu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 7.

²⁵³ Siehe BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (2); BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (2); Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 230 u. 237.

²⁵⁴ So Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 237.

²⁵⁵ Siehe BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (5); Mangen, Anm. zu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 7; Wiedemann, Anm. zu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 6 (8); Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 8 Rn. 7.

formerfordernis.²⁵⁶ Für Aufhebungsverträge ist eine derartige Feststellung nicht so eindeutig zu treffen. Mangels ausdrücklicher Regelung legt der Umkehrschluss zu den §§ 2290 Abs. 4, 2351 BGB auf den ersten Blick nahe, von Anforderungen an die Form abzu-
sehen. § 623 BGB statuiert dahingegen ein Schriftformerfordernis für die Beendigung von Arbeitsverträgen durch Auflösungsvertrag. Außerdem werden Abschluss, Änderung und Aufhebung von Tarifverträgen bzw. Allgemeinverbindlichkeitserklärungen in den §§ 5 Abs. 7, 6 TVG gleichgestellt; angesichts der erläuterten Parallelen zwischen Tarifverträgen und gemeinsamen Vergütungsregeln erlaubt dies Rückschlüsse auf die letztgenannten.²⁵⁷ Im Ergebnis ist deshalb der Aufhebungsvertrag als *actus contrarius* zur Aufstellung nicht zuletzt auch im Interesse der Öffentlichkeit an Orientierungssicherheit schriftformbedürftig.²⁵⁸

c) Zivilprozessuale Auswirkungen

Wird mit Blick auf ein konkretes Nutzungsgeschehen mangels vertraglicher Regelung – vgl. § 32 Abs. 1 S. 2 UrhG – über die Begründetheit eines bestimmten Vergütungsverlangens prozessiert, kann sich die Annahme eines Schlichtungsvorschlages verschiedentlich auf das Verfahren auswirken.²⁵⁹ Dasselbe gilt, wenn ein Kreativer die Änderung eines Vertrages auf Grundlage des § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG gerichtlich durchzusetzen versucht.

Veranlasst etwa die Aufstellung eines Regelwerks die Parteien zu einem außergerichtlichen Vergleich im Sinne des § 779 BGB, be-

²⁵⁶ Zu dieser Problematik BAG v. 21.03.1973, AP Nr. 12 zu § 4 TVG (Geltungsbereich), S. 1 (3); Kraft, Anm. zu BAG v. 21.03.1973, AP Nr. 12 zu § 4 TVG (Geltungsbereich), S. 4 (6); Löwisch/Rieble-Löwisch, TVG, § 1 Rn. 542; Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 234.

²⁵⁷ Beachte Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 235; Löwisch/Rieble-Löwisch, TVG, § 1 Rn. 544.

²⁵⁸ Vgl. Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 53; Löwisch/Rieble-Löwisch, TVG, § 1 Rn. 544; Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (773); Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 235.

²⁵⁹ Vgl. auch Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (428).

stimmt sich nach dieser Vereinbarung die materielle Rechtslage.²⁶⁰ Unmittelbar beendet wird der jeweilige Rechtsstreit aber lediglich dann, wenn die Parteien entsprechende Prozesshandlungen vornehmen.²⁶¹ Wird von Anfang an die Protokollierung des außergerichtlichen Vergleichs und damit insbesondere der Abschluss eines Prozessvergleichs im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO angestrebt, kommt nach § 154 Abs. 2 BGB im Zweifel der Vergleich erst mit Aufnahme ins Protokoll zustande.²⁶²

Auch seitens nur einer Partei kann der angenommene Einigungsvorschlag in den Prozess eingebracht werden und dem Richter dann bei der Bestimmung einer angemessenen Vergütung im Sinne des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG helfen. Allerdings wirft die rechtliche Einordnung in das gerichtliche Verfahren Schwierigkeiten auf. Die Schlichtungsstelle ist mit sachkundigen Mitgliedern repräsentativer Verbände besetzt. Insoweit liegt nahe, das Verhandlungsergebnis als Sachverständigengutachten gemäß § 411 Abs. 1 ZPO zu begreifen.²⁶³ Jedoch haben die Verfasser des jeweiligen Regelwerks weder im Auftrag des Gerichtes gehandelt, noch ist die Aufstellung durch die am Zivilprozess beteiligten Parteien veranlasst worden. Die Ernennung durch den Richter nach § 404 Abs. 1 ZPO hat für die Stellung eines gerichtlichen Sachverständigen konstitutive Bedeutung und soll dessen Sachkunde und Neutralität gewährleisten.²⁶⁴ Auch die anderen auf den gerichtlichen Sachverständigen speziell zugeschnittenen Richtigkeitsgarantien der §§ 402 ff. ZPO – wie etwa das Ablehnungsrecht nach §§ 406 Abs. 1 S. 1, 41, 42 ZPO oder das Fragerecht gemäß §§ 411

²⁶⁰ Beachte Erman-Terlau, BGB, § 779 Rn. 31; Schilken, Zivilprozessrecht, Rn. 658; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (429).

²⁶¹ Siehe Schellhammer, Zivilprozess, Rn. 689; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 48 V; Musielak, Grundkurs ZPO, Rn. 287; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, ZPO, Anh. § 307 Rn. 4; Schilken, Zivilprozessrecht, Rn. 658.

²⁶² Vgl. § 160 III Nr. 1 ZPO; BAG v. 16.01.1997, NJW 1997, S. 1597 f.; OLG Karlsruhe v. 01.12.1994, NJW 1995, S. 1561 (1562).

²⁶³ Hierzu Stein/Jonas-Leipold, ZPO, vor § 402 Rn. 54.

²⁶⁴ Vgl. Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (431); Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 13 u. 60.

Abs. 3, 402, 397 ZPO – würden im Falle einer Qualifizierung des Regelwerks als Mittel des Sachverständigenbeweises unzulässigerweise umgangen.²⁶⁵ Eine Einordnung als Sachverständigen-gutachten verbietet sich daher.²⁶⁶

Befürchtungen hinsichtlich der Parteilichkeit und Subjektivität der an der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln beteiligten Parteien drängen sich andererseits nicht in dem Maße auf wie bei einem im Auftrag einer Prozesspartei tätig werdenden Privatgutachter.²⁶⁷ Der erhöhten Gefahr einer Identifikation mit dem Anliegen des Auftraggebers und einem damit einhergehenden Verlust an Objektivität wird bei Privatgutachten insofern Rechnung getragen, als sie dem Parteivorbringen zugeordnet werden.²⁶⁸ Der Vortrag der Parteien ist dann erst Gegenstand der richterlichen Überprüfung und vermag nicht zugleich dessen Maßstab zu sein – das privat in Auftrag gegebene Gutachten stellt deshalb überhaupt kein Beweismittel dar.²⁶⁹

Demgegenüber nehmen Regelwerke im Sinne des § 36 UrhG eine Sonderrolle ein. Es kommt in Betracht, in der Vorlage des schriftlichen Einigungsvorschlages einen Beweisantritt nach §§ 416, 420 ZPO zu erkennen.²⁷⁰ Der abstrakte Inhalt einer gemeinsamen Vergütungsregel deutet auf den Beweischarakter hin, wie auch der

²⁶⁵ Zu diesem Problemfeld Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 59 f.

²⁶⁶ Beachte auch LG Aurich v. 25.04.1990, VersR 1991, S. 214; Broß, ZJP 102, S. 413 (433).

²⁶⁷ Vgl. etwa Jessnitzer, Der Sachverständige, Rn. 37 f. u. 143; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, ZPO, Übers. § 402 Rn. 21; Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 25 ff.

²⁶⁸ Siehe hierzu BGH v. 24.05.2000, NJW 2001, S. 77 (78); OLG Karlsruhe v. 08.09.1989, NJW 1990, S. 192; BGH v. 18.02.1987, VersR 1987, S. 1007 (1008); BGH v. 29.09.1993, NJW-RR 1994, S. 255 (256); BGH v. 10.12.1991, NJW 1992, S. 1459; BGH v. 05.05.1986, BGHZ 98, S. 32 (40); Deggau, ZMR 1984, S. 73 (75); Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 1 u. 96 ff.; Broß, ZJP 102, S. 413 (433 f.); Zöller-Greger, ZPO, § 402 Rn. 2; Musielak, Grundkurs ZPO, Rn. 444; MüKo-Damrau, ZPO, § 402 Rn. 9; Schellhammer, Zivilprozess, Rn. 597.

²⁶⁹ Vgl. RG v. 24.02.1883, RGZ 9, S. 375 (380); BGH v. 22.04.1997, NJW 1997, S. 3381 (3382); BGH v. 11.05.1993, NJW 1993, S. 2382 (2383); BGH v. 14.04.1981, VersR 1981, S. 576 (577); Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 4; Stein/Jonas-Leipold, ZPO, vor § 402 Rn. 57.

²⁷⁰ Dazu BGH v. 19.05.1987, MDR 1987, S. 1018 (1019); BGH v. 08.01.1985, MDR 1985, S. 923 (924); Broß, ZJP 102, S. 413 (433).

Umstand, dass die einbringende Partei Beweis zu erbringen versucht.²⁷¹ Privaturkunden begründen jedoch lediglich dafür vollen Beweis, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind. Indes erstreckt sich die Beweiskraft nicht auf die inhaltliche Richtigkeit des entsprechenden Schriftstücks.²⁷² Die urkundlich niedergelegten Ausführungen sind mithin nur Indizien für das Beweisthema; diesbezüglich unterliegen gemeinsame Vergütungsregeln also dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung im Sinne des § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO.²⁷³ Solange Zweifel bestehen, hat der Richter im Interesse einer objektiven Entscheidung alle weiteren Möglichkeiten zur Sachaufklärung auszuschöpfen.²⁷⁴ Der gegnerischen Prozesspartei ist auch unbenommen, Gegenbeweis – hier insbesondere durch Vorlage inhaltlich divergierender Regelwerke konkurrierender Vereinigungen – anzutreten.²⁷⁵ In diesem Zusammenhang muss die Bedeutung eines Widerspruchs gegen die Verwertung einer gemeinsamen Vergütungsregel für die Entscheidungsbildung überhaupt geklärt werden.²⁷⁶ Nach §§ 439, 440 ZPO sind jedoch nur hinsichtlich der Echtheit des Dokuments geäußerte Bedenken der gegnerischen Partei rechtlich erheblich. Grundlagen für anderweitige Widerspruchsmöglichkeiten finden sich beim Urkundenbeweis nicht.²⁷⁷

²⁷¹ Siehe Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 59.

²⁷² Beachte Zöller-Geimer, ZPO, § 416 Rn. 9; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 416 Rn. 7 f.

²⁷³ Hierzu Schellhammer, Zivilprozess, Rn. 590; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 54 IV; Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 78.

²⁷⁴ Vgl. auch BGH v. 10.12.1991, NJW 1992, S. 1459; BGH v. 08.11.1955, VersR 1956, S. 63; BGH v. 08.01.1985, MDR 1985, S. 923 (924); Broß, ZZP 102, S. 413 (433); Zöller-Greger, ZPO, § 402 Rn. 6 c.

²⁷⁵ Siehe etwa MüKo-Schreiber, ZPO, § 416 Rn. 10; Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 107.

²⁷⁶ Vgl. BGH v. 22.04.1997, NJW 1997, S. 3381 (3382); BGH v. 11.05.1993, NJW 1993, S. 2382 (2383); BGH v. 29.09.1993, NJW-RR 1994, S. 255 (256); BGH v. 05.05.1986, BGHZ 98, S. 32 (40); Deggau, ZMR 1984, S. 73 (75); Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, ZPO, Übers. § 402 Rn. 22; Stein/Jonas-Leipold, ZPO, vor § 402 Rn. 58; MüKo-Damrau, ZPO, § 402 Rn. 9; Schilken, Zivilprozessrecht, Rn. 530.

²⁷⁷ Dazu BGH v. 08.11.1955, VersR 1956, S. 63; Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 82 f.

Im Ergebnis ermöglicht die Zuordnung der Vorlage eines Regelwerks zum Beweisantritt nach §§ 416, 420 ZPO eine hinreichend distanzierte Einschätzung des Beweiswertes durch den Richter und damit eine ausgewogene Behandlung der zur Begutachtung anstehenden Sachfragen.

Selbst ohne Einbringung eines Regelwerkes durch die Parteien darf sich der Richter auf jede ihm beliebige Art über allgemeine Erfahrungssätze informieren; insofern können auch gemeinsame Vergütungsregeln ein allseitig zugängliches Hilfsmittel zum Erwerb richterlicher Sachkunde bezüglich der Angemessenheit einer Vergütung darstellen.²⁷⁸

²⁷⁸ Siehe auch RG v. 24.02.1883, RGZ 9, S. 375 (380); Graf von Hardenberg, Privatgutachten, S. 111 ff.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, ZPO, Übers. § 402 Rn. 23.

3. AGB-Kontrolle

Der Korrektur vorformulierter urheberrechtlicher Nutzungsverträge nach den §§ 307 ff. BGB – vormals §§ 9 ff. AGBG – hat der BGH in der Vergangenheit enge Grenzen gezogen; vielfach wurde daraufhin eine effektivere Kontrollmöglichkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen postuliert.²⁷⁹ Es besteht die Notwendigkeit der Klärung, in welchem Maße die Neuregelung des Urhebervertragsrechts eine Inhaltskontrolle zulässt und die §§ 307 ff. BGB in dem Bestreben um die Sicherstellung angemessener Vertragsbedingungen eine sinnvolle Ergänzung der §§ 32, 36 UrhG darstellen. Nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB finden die §§ 305 ff. BGB von vornherein keine Anwendung auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Aufgrund ihres Wesens als Ausnahmevorschrift ist die Regelung restriktiv auszulegen und keiner Analogie fähig; vielmehr erscheint für bloße arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln ebenso wie für an gemeinsamen Vergütungsregeln orientierte Nutzungsverträge der Umkehrschluss angezeigt.²⁸⁰ Mithin ist der Weg zu einer Inhaltskontrolle prinzipiell eröffnet. Steht ein Arbeitsvertrag oder ein Vertrag mit arbeitnehmerähnlichen Personen in Rede, erfährt allerdings die Prüfung der Einbeziehungsvoraussetzungen der §§ 305 ff. BGB nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB eine Einschränkung.²⁸¹ Im Unterschied dazu erlangen Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträgen mit freien Mitarbeitern lediglich nach Maßgabe des § 305 Abs. 2 und 3 BGB Geltung. Darüber hinaus beschränkt § 307 Abs. 3 S. 1 BGB die Geltung des § 307 Abs. 1 und 2 BGB sowie der §§ 308, 309 BGB auf Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von

²⁷⁹ Vgl. BGH v. 18.02.1982, GRUR 1984, S. 45 (48); BGH v. 22.09.1983, GRUR 1984, S. 119 (121); Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (771); Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1095); Schack, GRUR 2002, S. 853 (854); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 35; Ory, ZUM 2001, S. 195 (198).

²⁸⁰ Dazu Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (429); Ory, AfP 2002, S. 93 (103); Palandt-Heinrichs, BGB, § 310 Rn. 51.

²⁸¹ Siehe auch Palandt-Heinrichs, BGB, § 310 Rn. 51.

Rechtsvorschriften – hierunter fallen nicht nur Gesetze im materiellen Sinne – abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.²⁸² Schon § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verdeutlicht, dass jeder Gefährdung der Erreichung des Vertragszwecks zur Gewährleistung eines umfassenden Schutzes vorgebeugt werden soll.²⁸³ Auch durch Auslegung, Analogie und Rechtsfortbildung aus den gesetzlichen Vorschriften hergeleitete Rechtssätze definieren, was der Vertragspartner berechtigterweise als Leistungsinhalt erwarten kann; Verstößen hiergegen ist entgegenzuwirken.²⁸⁴ Des Weiteren kann die Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze bei Unwirksamkeit einer Vertragsklausel zur Bestimmung des Vertragsinhalts im Sinne des § 306 Abs. 2 BGB dienen.²⁸⁵ Diese Zusammenhänge lassen Rückschlüsse auf die Intention des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB zu, lediglich derartige Inhalte von einer Kontrolle ausnehmen zu wollen, welche ihrer Art nach keine Regelung im Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften gefunden haben, sondern von den Parteien in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit festzulegen sind.²⁸⁶ Die freie Bestimmung von Leistung und Gegenleistung bleibt den Vertragspartnern überlassen; nicht kontrollfähig sind demnach zum einen reine Leistungsbeschreibungen – Festlegungen von Art, Umfang und Güte der geschuldeten Hauptleistung –, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der essentialia negotii ein wirksamer Vertrag nicht angenommen werden kann.²⁸⁷ Zum anderen kann die unmittel-

²⁸² Vgl. BGH v. 14.10.1997, BGHZ 137, S. 27 (29); BGH v. 12.03.1987, NJW 1987, S. 1931 (1932 f.); BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013 (3014); Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 64.

²⁸³ Vgl. BGH v. 12.03.1987, NJW 1987, S. 1931 (1935); BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013 (3014); MüKo-Basedow, BGB I, § 8 AGBG Rn. 12; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 8.

²⁸⁴ Beachte BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013 (3014).

²⁸⁵ So BGH v. 24.11.1988, BGHZ 106, S. 42 (46).

²⁸⁶ Dazu BGH v. 19.11.1991, NJW 1992, S. 688 (689); BGH v. 19.11.1985, BGHZ 95, S. 362 (370); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 8.

²⁸⁷ Siehe BGH v. 24.11.1988, BGHZ 106, S. 42 (46); OLG Hamburg v. 15.05.1996, NJW 1996, S. 1902; BGH v. 14.10.1997, BGHZ 137, S. 27 (29); BGH v. 30.11.1993, BGHZ 124, S. 254 (256); BGH v. 23.06.1993, NJW 1993, S. 2369; BGH v. 19.11.1997, BGHZ 137, S. 174 (175); BGH v. 19.11.1991, NJW 1992,

bare Regelung des dafür zu entrichtenden Entgelts keiner Kontrolle unterzogen werden.²⁸⁸

Insbesondere ist dem Verwerter ein Wahlrecht zwischen Pauschalgebühr, Einzelpreisen oder einer Kombination beider Möglichkeiten nach den §§ 307 ff. BGB nicht streitig zu machen; auf das Äquivalenzverhältnis, d.h. Aspekte der Preisgerechtigkeit oder der kalkulatorischen Angemessenheit, kann sich die Inhaltskontrolle nicht erstrecken.²⁸⁹ Zudem sind solcherlei Klauseln kontrollfest, die nur die Grundsätze der Preisberechnung festlegen, wenn sie sich ihrer Natur nach einer näheren Konkretisierung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses versperren.²⁹⁰ Auch die Frage, ob überhaupt ein Entgelt geschuldet wird, und die Beschreibung tatsächlicher Vorstellungen und Umstände entziehen sich einer Erörterung im Rahmen der §§ 307 ff. BGB.²⁹¹ Kein Gegenstand der Inhaltskontrolle sind ebenfalls Entgelte für Neben- oder Zusatzleistungen oder einzelne Preisbestandteile.²⁹²

Demgegenüber müssen sich nach obigen Ausführungen Vertragsbedingungen einer Kontrolle aussetzen, an deren Stelle bei Fehlen einer wirksamen vertraglichen Regelung dispositives Gesetzesrecht treten kann oder die Leistung etwa nach der Verkehrssit-

S. 688 (689); BGH v. 12.03.1987, NJW 1987, S. 1931 (1935); BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013; BGH v. 18.02.1982, GRUR 1984, S. 45 (48); Erman-Roloff, BGB, § 307 Rn. 42; MüKo-Basedow, BGB I, § 8 AGBG Rn. 12; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 57; Schack, Urheberrecht, Rn. 959; Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1095); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 8 Rn. 8; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 10.

²⁸⁸ Vgl. BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013; Erman-Roloff, BGB, § 307 Rn. 45; Köndgen, NJW 1989, S. 943 (948); MüKo-Basedow, BGB I, § 8 AGBG Rn. 14; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 59; Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1095); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 8 Rn. 14; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 13.

²⁸⁹ Zu dieser Thematik BGH v. 14.10.1997, BGHZ 137, S. 27 (30); Köndgen, NJW 1989, S. 943 (948); Schack, Urheberrecht, Rn. 959; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 8 Rn. 10.

²⁹⁰ Vgl. BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013 (3014); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 8 Rn. 19; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 14.

²⁹¹ So Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 14 u. 21.

²⁹² Dazu BGH v. 14.10.1997, BGHZ 137, S. 27 (30); Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 61.

te bereits einen bestimmten Umfang erfährt.²⁹³ Hierzu zählen vor allem das Hauptleistungsversprechen einschränkende, modifizierende, ausgestaltende oder aushöhlende Klauseln und Preisnebenabreden mit mittelbaren Auswirkungen auf das Preis-/Leistungsverhältnis.²⁹⁴ So sind Regelungen in vorformulierten urheberrechtlichen Nutzungsverträgen kontrollfähig, welche die Voraussetzungen und Umstände der Leistungserbringung betreffen.²⁹⁵ Daneben müssen etwaige Änderungsvorbehalte, Laufzeit-, Rücktritts- und Kündigungsregelungen einer Überprüfung ebenso standhalten wie Bestimmungen von Folgen der Nichteinhaltung des Vertrages.²⁹⁶ Auch Zahlungsbedingungen – Voraussetzungen, Art und Weise der Berechnung oder Erbringung – sind zu begutachten.²⁹⁷ Zudem müssen Entgeltbestimmungsrechte eines Vertragspartners und Preisanpassungsklauseln den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB genügen.²⁹⁸ Nicht zuletzt gilt es noch ausufernden Risiko- und Kostentragungsklauseln vorzubeugen.²⁹⁹

²⁹³ Siehe OLG Celle v. 01.02.1984, BB 1984, S. 808; BGH v. 14.10.1997, BGHZ 137, S. 27 (29); BGH v. 24.11.1988, BGHZ 106, S. 42 (46); BGH v. 30.11.1993, BGHZ 124, S. 254 (256); BGH v. 19.11.1991, NJW 1992, S. 688 (689); Erman-Roloff, BGB, § 307 Rn. 44 f.; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 60.

²⁹⁴ Vgl. OLG Hamburg v. 15.05.1996, NJW 1996, S. 1902; BGH v. 12.03.1987, NJW 1987, S. 1931 (1935); BGH v. 19.11.1997, BGHZ 137, S. 174 (175); BGH v. 23.06.1993, NJW 1993, S. 2369; BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013 (3014); OLG Celle v. 01.02.1984, BB 1984, S. 808; Erman-Roloff, BGB, § 307 Rn. 44; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 57; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 8 Rn. 10; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 17 f.

²⁹⁵ So Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 8 Rn. 26.

²⁹⁶ Siehe etwa BGH v. 01.02.1989, NJW 1989, S. 1479 f.; BGH v. 31.01.1985, NJW 1986, S. 376 (377); BGH v. 19.11.1985, BGHZ 95, S. 362 (374); Erman-Roloff, BGB, § 307 Rn. 44; MüKo-Basedow, BGB I, § 8 AGBG Rn. 14; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 57; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 12.

²⁹⁷ Hierzu BGH v. 19.11.1985, BGHZ 95, S. 362 (370); BGH v. 02.03.1978, BB 1978, S. 636 (637 f.); BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013 (3014); Erman-Roloff, BGB, § 307 Rn. 45 u. 47; Köndgen, NJW 1989, S. 943 (948); MüKo-Basedow, BGB I, § 8 AGBG Rn. 14; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 60; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 8 Rn. 14; Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 18.

²⁹⁸ Vgl. BGH v. 16.01.1985, NJW 1985, S. 853; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 8 Rn. 21; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 60.

²⁹⁹ Beachte BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013 (3015); Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 18 und § 9 Rn. U 26; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 8 Rn. 22.

Unabhängig von diesen Ausführungen liegt ein Hauptaugenmerk der Prüfung vorformulierter urheberrechtlicher Nutzungsbedingungen auf der Wahrung des durch § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ausdrücklich als Maßstab der Inhaltskontrolle anerkannten Transparenzgebots.³⁰⁰ § 307 Abs. 3 S. 1 BGB will nach seinem Zweck lediglich die Angemessenheitskontrolle, jedoch nicht eine Bestimmtheits- und Verständlichkeitsprüfung ausschließen; nach § 307 Abs. 3 S. 2 BGB können wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot auch unmittelbar das Preis-/Leistungsverhältnis betreffende Klauseln unwirksam sein.³⁰¹ Der Verweis auf beide Sätze des § 307 Abs. 1 BGB macht deutlich, dass Voraussetzung die Ursächlichkeit der Intransparenz einer Klausel für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners sein muss.³⁰² Maßstab einer Kontrolle der Einhaltung der Verpflichtung zur Klarheit und Durchschaubarkeit von Regelungen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren ist der Verständnishorizont eines aufmerksamen und sorgfältigen Urhebers.³⁰³ Im Einzelnen kann so insbesondere der Verschleierung von wirtschaftlichen Vertragsfolgen oder Nutzungsbestimmungsrechten, welche die Grundsätze ihrer Ausübung tatbestandlich unzureichend festlegen, entgegengewirkt werden.³⁰⁴ Außerdem stehen z.B. Preisanpassungsklauseln ohne Konkretisierung der Voraussetzungen und des Volumens der Änderung auf dem Prüfstand.³⁰⁵ Anderweitige Ausformungen des Transparenzgebots finden sich in § 305 c Abs. 1 und 2 BGB und sind gänzlich unabhängig von den §§ 307 ff. BGB vorweg Maß-

³⁰⁰ Dazu Manz/Ventroni/Schneider, ZUM 2002, S. 409 (422); Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 16.

³⁰¹ So Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 55.

³⁰² Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 9 Rn. 89; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 20.

³⁰³ Siehe OLG Hamburg v. 15.05.1996, NJW 1996, S. 1902 (1904); Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 9 Rn. 106; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 17 ff.

³⁰⁴ Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 9 Rn. 103; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 23.

³⁰⁵ Hierzu etwa Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 20.

stab der Untersuchung urheberrechtlicher Nutzungsbedingungen.³⁰⁶

Ist im Sinne der vorangehenden Überlegungen die Kontrollfähigkeit einer Klausel letztlich festgestellt, tritt die Vornahme einer umfassenden Gesamtwürdigung aller Umstände und Besonderheiten des jeweiligen Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung der Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise, der sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung ergebenden Bewertungskriterien und der Verkehrssitte in den Mittelpunkt der Betrachtung.³⁰⁷ Die Beurteilung einer Unwirksamkeit aufgrund unangemessener Benachteiligung – als Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes der Vertragsgerechtigkeit – orientiert sich am gesamten Vertragsinhalt; mithin können grundsätzlich die Nachteile einer Klausel durch die Vorteile anderer Vertragsbestimmungen unter der Voraussetzung kompensiert werden, dass sie sachlich zusammengehören und geradezu in einem Wechselverhältnis zueinander stehen.³⁰⁸ Es verbietet sich, einen adäquaten Ausgleich in einem kalkulatorisch entsprechend geringeren Preis zu erkennen; die Behauptung eines Preisvorteils ist letztlich kaum nachvollziehbar und daher im Stande, jede Risikoverlagerung zu rechtfertigen.³⁰⁹

Besonderheiten gelten allerdings für an gemeinsamen Vergütungsregeln ausgerichtete vorformulierte Nutzungsverträge. Werden diese kollektiv ausgehandelt und ihrem Geltungsbereich nach einschlägigen Regelwerke vollständig bzw. ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen in Standardverträge einbezogen, muss jedenfalls das Herausgreifen einzelner Bestimmungen

³⁰⁶ Siehe auch BGH v. 18.02.1982, GRUR 1984, S. 45 (48); Köndgen, NJW 1989, S. 943 (949); Palandt-Heinrichs, BGB, § 305 c Rn. 2; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 9 Rn. 94.

³⁰⁷ Beachte BGH v. 12.03.1987, NJW 1987, S. 1931 (1933); BGH v. 16.01.1985, NJW 1985, S. 853 (854); Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 8.

³⁰⁸ Vgl. BGH v. 06.02.1985, NJW 1985, S. 3013 (3014); Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 9 f.

³⁰⁹ Siehe Wolf/Horn/Lindacher-Wolf, AGBG, § 8 Rn. 13; Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner, AGBG, § 9 Rn. 110; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 14.

zwecks isolierter Inhaltskontrolle ausgeschlossen sein.³¹⁰ Doch auch hinsichtlich der Ziehung einer kollektiven Gesamtbilanz bestehen Bedenken. Ähnlich der VOB/B werden die Vergütungsregeln von den beteiligten Kreisen als ausgewogen angesehen. Deshalb versieht der Gesetzgeber diese nach § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG mit der unwiderleglichen Vermutung der Angemessenheit und will im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit den billigen und gerechten Interessenausgleich vor einer weiteren gerichtlichen Erörterung bewahren.³¹¹ Über den Weg der AGB-Kontrolle darf diese legislatorische Zielsetzung daher nicht untergraben werden; die Vermutung der Angemessenheit muss vielmehr für aus gemeinsamen Vergütungsregeln in Gänze übernommene Klauselwerke auch im Rahmen der §§ 307 ff. BGB durchgreifen. Im Falle einer lediglich fragmentarischen Verwendung der gemeinsamen Vergütungsregeln – wie auch der VOB/B – bedarf es dahingegen einer eingehenden Untersuchung der Beeinträchtigung des von der Gesamtregelung verwirklichten Interessenausgleichs.³¹² An diesem Punkt wird das Zusammenspiel zwischen der Etablierung gemeinsamer Vergütungsregeln und der Eröffnung einer Korrekturmöglichkeit nach den §§ 307 ff. BGB besonders deutlich. Insofern auch eine Regelung durch gemeinsame Vergütungsregeln – jedenfalls bis dato – nicht erfolgt ist oder der Gegenstand bestimmter Vertragsbedingungen eine solche nicht zulässt, wird der durch das neue Urhebervertragsrecht verwirklichte Schutz der Kreativen durch die §§ 307 ff. BGB sinnvoll ergänzt.³¹³

Regelbeispiele für eine unangemessene Benachteiligung sieht § 307 Abs. 2 BGB in seinen Nr. 1 und 2 vor. Leitbildfunktion im

³¹⁰ Hierzu Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 160.

³¹¹ Beachte in diesem Kontext Ory, AfP 2002, S. 93 (103); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (429).

³¹² Siehe Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (429); Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 160; Ory, AfP 2002, S. 93 (103).

³¹³ Dazu Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (924).

Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB können auch die in der Rechtsprechung und Lehre auf Grundlage von Treu und Glauben durch Analogie und Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätze haben.³¹⁴ Im Urheberrecht wird vor allem die Leitbildfunktion des Zweckübertragungsgrundsatzes diskutiert, welcher in § 31 Abs. 5 UrhG seinen Niederschlag gefunden und seinen Ursprung in dem verfassungsrechtlichen Beteiligungsgrundsatz hat.³¹⁵ Nach diesem richtet sich der Umfang eines Nutzungsrechts nach dem mit seiner Einräumung verfolgten Zweck; im Zweifel verbleibt das Nutzungsrecht beim Urheber, welches weder erforderlich noch ausdrücklich eingeräumt ist.³¹⁶ Nur solche Nutzungen unterfallen dem Vertragszweck, von denen beide Parteien mit Sicherheit bei objektiver Gesamtwürdigung aller Umstände unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nach Maßgabe von Treu und Glauben ausgegangen sind.³¹⁷

In der Zweckübertragungstheorie hat der BGH lediglich eine bloße Auslegungsregel in inhaltlicher Abweichung von den §§ 133, 157 BGB erkannt und ihr infolgedessen Leitbildfunktion abgesprochen.³¹⁸ Voraussetzung der Anwendung des Grundsatzes ist nach dessen Ansicht, dass über den Umfang der Rechtseinräumung Unklarheiten aufgrund fehlender Bezeichnung der einzelnen Nutzungsarten im Vertrag bestehen; danach hat die Zweckübertragungstheorie lediglich Ersatzfunktion.³¹⁹ Dem ist entgegenzuhal-

³¹⁴ Vgl. MüKo-Basedow, BGB I, § 9 AGBG Rn. 35; Palandt-Heinrichs, BGB, § 307 Rn. 26.

³¹⁵ Siehe RG v. 14.11.1931, RGZ 134, S. 198 (201); OLG Zweibrücken v. 07.12.2000, ZUM 2001, S. 346 (348); BGH v. 18.02.1982, GRUR 1984, S. 45 (49); BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (392); Schack, Urheberrecht, Rn. 955.

³¹⁶ Vgl. OLG Hamburg v. 17.12.1998, GRUR 2000, S. 45 (46); RG v. 14.11.1931, RGZ 134, S. 198 (201); BGH v. 22.09.1983, GRUR 1984, S. 119 (121); Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 311; Schack, Urheberrecht, Rn. 970; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, §§ 31/32 Rn. 31; Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1089).

³¹⁷ Dazu BGH v. 20.03.1986, GRUR 1986, S. 885 (886); OLG Hamburg v. 17.12.1998, GRUR 2000, S. 45 (46); BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (392); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, §§ 31/32 Rn. 31; Schack, Urheberrecht, Rn. 971.

³¹⁸ Beachte BGH v. 18.02.1982, GRUR 1984, S. 45 (48); BGH v. 22.09.1983, GRUR 1984, S. 119 (121); Schack, Urheberrecht, Rn. 970; Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1089).

³¹⁹ Vgl. BGH v. 18.02.1982, GRUR 1984, S. 45 (48 f.); BGH v. 22.09.1983, GRUR

ten, dass § 31 Abs. 5 UrhG auch im Falle – unzweideutiger – pauschaler Übertragung aller Nutzungsrechte zur Anwendung gelangt und der Erweiterung ausdrücklicher Vertragsbestimmungen zur Ausfüllung des Vertragszwecks dient.³²⁰ Davon abgesehen kann die rein begriffliche Differenzierung zwischen dispositivem Rechtsatz und Auslegungsregel nicht über den Leitbildcharakter von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB entscheiden.³²¹ Eine scharfe Grenzziehung stellt sich als unmöglich heraus; maßgeblich muss schon deshalb der die Norm tragende Gerechtigkeitsgehalt sein.³²² In § 11 S. 2 UrhG ist darüber hinaus im Zuge der Neuregelung des Urhebervertragsrechts das Prinzip der angemessenen Vergütung durch den Gesetzgeber programmatisch festgeschrieben und diesem damit Leitbildfunktion zuerkannt worden.³²³ Der Zweckübertragungsgedanke prägt wesentlich das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung und muss demnach ebenfalls als Kontrollmaßstab zur Anwendung kommen.³²⁴

Unter den aufgezeigten Voraussetzungen und Einschränkungen können vorformulierte urheberrechtliche Nutzungsverträge im Ergebnis durchaus an den §§ 305 ff. BGB gemessen werden.

1984, S. 119 (121); Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1089).

³²⁰ Vgl. Haberstumpf, Urheberrecht, Rn. 404.

³²¹ Siehe auch Schrickler-Schricker, Urheberrecht, vor §§ 28 ff. Rn. 14.

³²² Siehe in diesem Zusammenhang MüKo-Basedow, BGB I, § 9 AGBG Rn. 35; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, vor §§ 28 ff. Rn. 14.

³²³ Beachte Rehbindler, Urheberrecht, Rn. 324 f.; Schack, GRUR 2002, S. 853 (854).

³²⁴ Vgl. OLG Zweibrücken v. 07.12.2000, ZUM 2001, S. 346 (347); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, §§ 31/32 Rn. 29; Haberstumpf, Urheberrecht, Rn. 404; Schack, GRUR 2002, S. 853 (854); Schrickler-Schricker, Urheberrecht, vor §§ 28 ff. Rn. 14.

4. Vermutung der Angemessenheit

Rechtswirkungen entfaltet eine gemeinsame Vergütungsregel in erster Linie insofern, als zugunsten einer nach ihrer ermittelten Vergütung die unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG greift.

a) Grundvoraussetzungen

Dazu muss das Regelwerk jedoch bestimmten Anforderungen genügen.

1) Willensübereinstimmung

Zunächst besteht nach § 36 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 4 S. 2 UrhG die Notwendigkeit entweder der vertraglichen Vereinbarung oder der beiderseitigen Annahme des Schlichtungsvorschlags. Um eine gemeinsame Vergütungsregel mit einem konkreten Inhalt ins Leben zu rufen, müssen also die an der Aufstellung beteiligten Parteien diesbezüglich in ihrem Willen übereinstimmen.³²⁵ Fehlt es hieran, kann insbesondere dem abgelehnten und schriftlich ausgearbeiteten Schlichtungsvorschlag noch Bedeutung im Rahmen des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG zukommen.³²⁶ Verfassungsrechtliche Probleme ergeben sich hieraus in Anknüpfung an obige Erläuterungen nicht. Dem Richter vermag ein vor der Schlichtungsstelle ausgearbeitetes Regelwerk hilfreiche Anhaltspunkte bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung zu liefern; die Ablehnung seitens einer Partei muss nicht zwingend durch die Einschätzung fehlender An-

³²⁵ So Ory, AfP 2002, S. 93 (96).

³²⁶ Dazu auch Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (181 f.); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 94; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (428); Ory, AfP 2002, S. 93 (99).

gemessenheit motiviert sein, sondern kann sogar willkürlich und unbegründet erfolgen.

2) Wirksamkeit

Zwar stellen darüber hinaus die §§ 36, 36 a UrhG grundsätzlich gleichgewichtige Verhandlungschancen sicher, und die hierdurch ermöglichte Selbstbestimmung aller Beteiligten verbürgt zudem die Richtigkeitschance des Inhalts der eigenverantwortlich aufgestellten Vergütungsregeln.³²⁷ Das Verhandlungsergebnis sieht sich allerdings trotzdem in seiner Wirksamkeit durch die Regeln und Schranken des allgemeinen Zivilrechts begrenzt.³²⁸ Der Privatautonomie muss von vornherein die Gesamtheit der Wertvorstellungen entzogen sein, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistigen und kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat.³²⁹ Die aus Gründen des Gemeinwohls verbindlichen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen entfalten sich insbesondere durch die Generalklauseln.³³⁰

(a) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot

§ 134 BGB sanktioniert die Gesetzeswidrigkeit eines Vertrages im Zeitpunkt seiner Vornahme. Vorliegend bleibt zu klären, inwieweit die Nichterfüllung der Vorgaben des § 36 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2

³²⁷ Vgl. Adomeit, NJW 1994, S. 2467 (2468); Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (54 f.); Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 225; Löwisch/Rieble-Löwisch, TVG, § 1 Rn. 1 ff.

³²⁸ Siehe BAG v. 10.05.1962, BAGE 13, S. 129 (133); BGH v. 19.12.1989, NJW 1990, S. 703 (704); BAG v. 11.06.1964, BAGE 16, S. 107 (111); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 10; Flehsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (426); Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 226.

³²⁹ Beachte BVerfG v. 15.01.1958, BVerfGE 7, S. 198 (206); BAG v. 28.07.1992, DB 1993, S. 169 (170).

³³⁰ Vgl. BGH v. 05.06.1984, AP Nr. 11 zu § 611 BGB (Ausbildungsbeihilfe), S. 1 f.; BVerfG v. 11.05.1976, BVerfGE 42, S. 142 (148); BVerfG v. 15.01.1958, BVerfGE 7, S. 198 (206); BAG v. 24.07.1991, AP Nr. 16 zu § 611 BGB (Ausbildungsbeihilfe), S. 1 (2 f.).

UrhG die materielle Wirksamkeit der Regelwerke berührt. Verbotscharakter kommt dabei jedoch nur § 36 Abs. 2 UrhG zu; während die Vereinigungen zwingend repräsentativ, unabhängig und zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ermächtigt sein müssen, hat der legislatorische Wunsch einer Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Regelungsbereichs ausdrücklich lediglich in einer Sollvorschrift Niederschlag gefunden.³³¹ Die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB in Konsequenz eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz erscheint daher nur im Zusammenhang mit einer Missachtung der Anforderungen des § 36 Abs. 2 UrhG diskussionswürdig. Dessen Verbotscharakter wird unterstrichen durch den Sinn und Zweck der Vorschrift. Insbesondere das Erfordernis der Repräsentativität hat zur elementaren Aufgabe, pauschalen Einheitsregelungen für sachverschiedene Bereiche vorzubeugen und damit das Risiko einer Etablierung branchenferner Vergütungsregeln zu minimieren.³³² Jede Missachtung ist zweckwidrig; mittelbar wird somit auch die Beachtung der Vorgaben des § 36 Abs. 1 S. 2 UrhG sichergestellt.

Tatbestandlich reicht die objektive Verbotswidrigkeit aus; indessen steht das Greifen der Sanktion des § 134 BGB unter einem Normzweckvorbehalt. Hier könnte die Schutzfunktion gemeinsamer Vergütungsregeln die materielle Wirksamkeit erfordern. Die Nichtigkeit widerspräche dem Normzweck, wenn ein unter Missachtung der Vorgaben des § 36 Abs. 2 UrhG zustande gekommenes Regelwerk lediglich für den Fall seiner materiellen Wirksamkeit trotzdem noch zur Verbesserung der Rechtsstellung der Urheber und ausübenden Künstler beitragen könnte. Das macht eine Auseinandersetzung mit weiteren Folgen eines Verstoßes insbesondere für die Angemessenheitsvermutung notwendig. Von vornherein ver-

³³¹ Vgl. etwa Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (212); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 4; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (426).

³³² Siehe auch Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (426); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (212).

bietet sich eine am Ergebnis orientierte graduelle Bestimmung der Auswirkungen etwa derart, dass die Vermutung der Angemessenheit nach § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG umso schwächer ausfällt, je weniger die besonderen Umstände des jeweiligen Regelungsbereichs Berücksichtigung finden.³³³ Die Heilung eines Mangels an Repräsentativität der Vereinigung durch ein repräsentatives Verhandlungsergebnis liefe auf eine Umgehung des Gesetzeswortlautes hinaus; eine funktionsorientierte Betrachtung des Resultats darf daher ebenso wenig bei fehlender Aktivlegitimation erfolgen.³³⁴ Das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und Angemessenheit einer Regelung ist für den Fall der Nichterfüllung einer Voraussetzung des § 36 Abs. 2 UrhG nachhaltig erschüttert. Die unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit mit dem Effekt, dass die betreffende gemeinsame Vergütungsregel einer näheren Prüfung durch den Richter grundsätzlich entzogen ist, lässt sich so nicht mehr legitimieren. Allerdings kann der Vereinbarung – wohlge-merkt völlig unabhängig von ihrer materiellen Wirksamkeit – im Rahmen einer richterlichen Begutachtung nach § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG insoweit Indizwirkung beigemessen werden, wie von einer für eine bestimmte Branche und für einen bestimmten räumlichen Geltungsbereich gültigen, die fraglichen Urheber und Leistungsschutzberechtigten umfassenden, sie repräsentierenden Regelung gesprochen werden kann.³³⁵ Desgleichen steht einer Heranziehung des nichtigen Regelwerks als Leitfaden für eine erneute Aufstellung seitens repräsentativer Verbände nichts im Wege. Andere Rechtswirkungen zeitigen gemeinsame Vergütungsregeln nicht; im Ergebnis würde durch deren materielle Wirksamkeit trotz Nichtbeachtung der Erfordernisse des § 36 Abs. 2 UrhG keine Verbesserung der Rechtsstellung der Kreativen bewirkt. Die Schutzfunk-

³³³ Beachte Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (212).

³³⁴ Dazu Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 10.

³³⁵ Siehe Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (431); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 54; Ory, AfP 2002, S. 93 (99).

tion steht deshalb einer Sanktion nicht entgegen und die Missachtung der Vorgaben hat die Nichtigkeit der Vereinbarung nach § 134 BGB zur Folge.

(b) Verstoß gegen die guten Sitten

Des Weiteren sieht sich ein Vertrag, welcher nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist, d.h. dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft, von Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB bedroht.³³⁶ Ausgeschieden werden an dieser Stelle gemeinsame Vergütungsregeln mit offensichtlich unangemessenem Inhalt in Ergänzung zu den Anforderungen des § 36 Abs. 2 UrhG. Besteht zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis, muss unter Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls geprüft werden, inwieweit die Diskrepanz auf ein begründetes und zu billigendes Interesse des Vertragspartners zurückzuführen oder ein anderweitiger Ausgleich gewährt worden ist.³³⁷ Subjektiv ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit noch Schädigungsabsicht erforderlich; die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, reicht aus.³³⁸ Dem steht gleich, wenn sich jemand bewusst oder grob fahrlässig dieser Kenntnis verschließt.³³⁹ Ein besonders grobes Äquivalenz-

³³⁶ Siehe auch BGH v. 19.12.1989, NJW 1990, S. 703 (704); BGH v. 19.01.2001, NJW 2001, S. 1127; BGH v. 24.04.1985, NJW 1985, S. 1833 (1834); BGH v. 10.10.1997, NJW-RR 1998, S. 590 (591); BGH v. 29.09.1977, BGHZ 69, S. 295 (297).

³³⁷ Beachte BGH v. 01.12.1988, GRUR 1989, S. 198 (201); BGH v. 18.01.1980, WM 1980, S. 597; BGH v. 05.06.1984, AP Nr. 11 zu § 611 BGB (Ausbildungsbeihilfe), S. 1 f.; BGH v. 19.01.2001, NJW 2001, S. 1127; BGH v. 24.04.1985, NJW 1985, S. 1833 (1834); BAG v. 24.07.1991, AP Nr. 16 zu § 611 BGB (Ausbildungsbeihilfe), S. 1 (2 f.).

³³⁸ Hierzu BGH v. 19.01.2001, NJW 2001, S. 1127; BGH v. 10.10.1997, NJW-RR 1998, S. 590 (591).

³³⁹ Vgl. BGH v. 24.04.1985, NJW 1985, S. 1833 (1834); BGH v. 01.12.1988, GRUR 1989, S. 198 (201); BGH v. 18.01.1980, WM 1980, S. 597; BGH v. 10.10.1997, NJW-RR 1998, S. 590 (591).

missverhältnis rechtfertigt den Rückschluss auf die bewusste oder grob fahrlässige Ausnutzung eines den Vertragspartner hemmenden und in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigenden Tatumsstands.³⁴⁰ Gemeinsame Vergütungsregeln, an deren Ergebnis trotz aller gesetzgeberischen Anstrengungen die misslungene Kompensation gestörter Vertragsparität deutlich abzulesen ist, halten einer Kontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB nicht stand.³⁴¹ Ist demnach der objektive Wert der Leistung etwa doppelt so hoch wie der Wert der Gegenleistung, oder werden die typischen Risiken der Verwertung in besonders verwerflicher Art und Weise auf die Kreativen abgewälzt, greift die Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB durch.³⁴²

(c) Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

Ein Sittenverstoß impliziert immer auch eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben; nicht jede Treuwidrigkeit ist andererseits zugleich als sittenwidrig zu qualifizieren.³⁴³ § 242 BGB fungiert insoweit als Auffangtatbestand für Fälle, welche nicht schon durch § 138 Abs. 1 BGB erfasst werden. Eine wichtige Ausprägung findet der Grundsatz von Treu und Glauben in dem Verbot einer sachfremden Differenzierung.³⁴⁴ Zurückgehend auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz – als Teil der oben angesprochenen objektiven Werteordnung – entspricht der Schutz vor Willkür einer fundamentalen Vorstellung allgemeiner Gerechtig-

³⁴⁰ Siehe BGH v. 30.01.1981, WM 1981, S. 404 f.; BGH v. 19.01.2001, NJW 2001, S. 1127; BGH v. 18.01.1980, WM 1980, S. 597; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 10.

³⁴¹ Vgl. Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 10.

³⁴² Hierzu auch BGH v. 19.01.2001, NJW 2001, S. 1127 (1128); BGH v. 01.12.1988, GRUR 1989, S. 198 (201); Palandt-Heinrichs, BGB, § 138 Rn. 67.

³⁴³ Dazu LAG Berlin v. 08.06.1967, DB 1968, S. 316; Jauernig-Mansel, BGB, § 242 Rn. 32 ff.; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 10; Wiedemann/Wank-Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 224.

³⁴⁴ Beachte BAG v. 28.07.1992, DB 1993, S. 169; BAG v. 23.02.1988, AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG (Zusatzversorgungskassen), S. 1 (2).

keit.³⁴⁵ Erfolgt also im Zusammenhang mit der notwendigen Typisierung von Nutzungsrechtsverhältnissen bei der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln eine Gruppenbildung, muss sich die Einteilung auf sachliche und billigenwerte Gründe stützen können.³⁴⁶

Des Weiteren stellt sich die Frage, welche Konsequenzen aus einer Überschreitung der Zuständigkeit der an der Aufstellung beteiligten Vertragspartner resultieren. Insbesondere Art. 9 Abs. 3 GG verbürgt lediglich im Rahmen des Zuständigkeitsbereiches der Koalitionen deren Befugnis, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen regeln zu können.³⁴⁷ Der Umfang der Zuständigkeit ist als Ausfluss der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Organisations- und Satzungsfreiheit grundsätzlich der eigenen Entscheidung der Verbände überlassen.³⁴⁸ Ein solchermaßen abgesteckter Bereich kann die Grundlage für die Bestimmung des Geltungsbereichs gemeinsamer Vergütungsregeln darstellen; mangels ausdrücklicher Regelung ist im Zweifel anzunehmen, dass die Parteien ihre Zuständigkeit voll ausschöpfen wollen.³⁴⁹ Decken sich Geltungs- und Zuständigkeitsbereich ausnahmsweise einmal nicht, fehlt es neben der formellen Kompetenz an der erforderlichen Sachnähe der Vertragspartner, um Nutzungsverhältnisse fundiert klassifizieren zu können.³⁵⁰ Auch der Druck, eigene Interessen geltend machen zu müssen, lastet außerhalb des Zuständigkeitsbereichs nicht auf

³⁴⁵ Vgl. BAG v. 11.06.1964, BAGE 16, S. 107 (114); MüKo-Roth, BGB II, § 242 Rn. 56; BAG v. 23.02.1988, AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG (Zusatzversorgungskassen), S. 1 (2); BAG v. 28.07.1992, DB 1993, S. 169 (173).

³⁴⁶ Vgl. BAG v. 28.07.1992, DB 1993, S. 169 f.

³⁴⁷ Siehe Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 199 Rn. 16.

³⁴⁸ Beachte auch Richardi, ZfA 1971, S. 73 (85); Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (21); Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 199 Rn. 15; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 87 ff.

³⁴⁹ Vgl. Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (21 f.); Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 199 Rn. 15.

³⁵⁰ So BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (3).

den Beteiligten.³⁵¹ Nicht zuletzt der Normzweck gebietet deshalb die Unwirksamkeit entsprechender Vereinbarungen.³⁵²

Darüber hinaus verschafft nunmehr § 313 BGB Schutz vor unvorhergesehenen Entwicklungen. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage hat im Zuge der Modernisierung des Schuldrechts eine ausdrückliche Regelung erfahren; es bedarf diesbezüglich keines Rückgriffs mehr auf § 242 BGB.

3) Individualvertragliche Bezugnahme

Der Sinn und Zweck der Neuregelung des Urhebervertragsrechts besteht – wie bereits dargestellt – in der Aufwertung der Stellung durchsetzungsschwacher Personengruppen und der Schaffung von Rechtssicherheit; die flächendeckende Etablierung einheitlicher Vertragsbedingungen beugt überdies sachfremden Differenzierungen vor und berücksichtigt das Gebot der Gleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG.³⁵³ Gemeinsame Vergütungsregeln haben konkret die Aufgabe, Nutzungsverhältnisse zu typisieren, dadurch den Abschluss von Nutzungsverträgen im Einzelfall zu erleichtern und wirtschaftliche Risiken kalkulierbar zu machen.³⁵⁴

Regelungen im Sinne des § 36 UrhG können insbesondere der so beschriebenen Schutz- und Ordnungsfunktion am besten gerecht werden, wenn sie normative Geltung zu beanspruchen vermögen.³⁵⁵ Scheinbar in diesem Sinne suggeriert die Formulierung des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG auf den ersten Blick, dass die Angemessenheitsvermutung automatisch im festgelegten Geltungsbe-

³⁵¹ Siehe in diesem Zusammenhang BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (3).

³⁵² Dazu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (3); Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (22); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 89; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 199 Rn. 15 f.; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (426).

³⁵³ Dazu BAG v. 28.07.1992, DB 1993, S. 169; Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 210; Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (68).

³⁵⁴ Hierzu Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 2; Ory, AfP 2002, S. 93 (103).

³⁵⁵ Vgl. Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 54; v. Hoyningen-Huene, RdA 1974, S. 138 (148 f.); Konzen, RdA 1978, S. 146.

reich greift und alle von der einschlägigen Vergütungsregelung betroffenen Kreativen und Verwerter unmittelbar – ohne jede darauf gerichtete Willenseinigung, Zustimmung oder Kenntnis – und unabhängig von Verbandsmitgliedschaften erfasst werden.³⁵⁶ Zum einen garantieren umfangreiche Recherchen und die Fachkunde der direkt involvierten Verbände einen gewissen Gerechtigkeitsgehalt der getroffenen Bestimmungen.³⁵⁷ In Ergänzung dessen bieten die vorab erläuterten Wirksamkeitsvoraussetzungen einen hinlänglichen Schutz vor Ungerechtigkeiten.³⁵⁸

Laut § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG ist indes nur die nach einer gemeinsamen Vergütungsregel „ermittelte“ Vergütung angemessen. Das Ermitteln im Sinne der Vorschrift beschreibt einen aktiven Prozess des Tätigwerdens und weist auf die Voraussetzung einer ausdrücklichen oder zumindest stillschweigenden einzelvertraglichen Bezugnahme seitens der Vertragspartner hin.³⁵⁹ Vor allem mit Blick auf die Außenseiterproblematik wirft die Annahme einer normativen Wirkung der Vergütungsregeln zunächst in verfassungsrechtlicher Hinsicht Fragen auf. Ein maßgebender Beweggrund der Entscheidung gegen den Beitritt zu einer Koalition ist, sich den eigenen Handlungsspielraum erhalten zu wollen, welcher jedoch durch die normative Bindung an kollektive Vereinbarungen eingeschränkt wird. Das Ergebnis der Betätigung der Koalitionen wird auf diesem Wege den Außenstehenden aufoktroiert, die mangels Mitgliedschaft auch keine Möglichkeit der inhaltlichen Einflussnahme während des Aufstellungsprozesses haben. Dieses Faktum könnte wiederum einen Anreiz von entscheidungserheblicher In-

³⁵⁶ Siehe etwa Ory, AfP 2002, S. 93 (96); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 9; Müller, NZA 1989, S. 449; v. Hoyningen-Huene, RdA 1974, S. 138 (143); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 54; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (925).

³⁵⁷ Beachte etwa Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 54; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (431).

³⁵⁸ Siehe Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (425); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 9; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (925).

³⁵⁹ Vgl. auch Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 12; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (926); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210).

tensität zum Beitritt zu einer Vereinigung begründen, der nach obigen Ausführungen eine Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit kennzeichnet.³⁶⁰ Im Ergebnis stellt die Ignoranz gegenüber der ausgeübten negativen Koalitionsfreiheit einen schwerlich zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG dar und geht einher mit einer Beeinträchtigung von Art. 2 Abs. 1 GG.³⁶¹ Zumindest die normative Ausdehnung auf Außenstehende verbietet sich aufgrund dessen; die Verhinderung der Beschneidung einzelvertraglicher Rechte von Außenseitern ist als wesentlicher Aspekt einer freiheitlich verfassten Gesellschaftsordnung zu begreifen.³⁶² Selbst nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG wirken Tarifnormen unmittelbar nur für beiderseits Tarifgebundene, auf die sich der Geltungsbereich des Tarifvertrages erstreckt. Außerdem sei in diesem Zusammenhang noch einmal an die Problematik der unzulässigen Delegation staatlicher Normsetzungsbefugnisse erinnert, welche sich bei Annahme einer normativen Wirkung aufdrängt.

Nicht zuletzt deshalb bestehen auch hinsichtlich der normativen Geltung für Verbandsangehörige Bedenken. Eine den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG vergleichbare Regelung findet sich im UrhG nicht, was im Umkehrschluss für die Notwendigkeit einer individualvertraglichen Bezugnahme spricht.³⁶³ Die Gesamtkonzeption des § 32 Abs. 1 UrhG verdeutlicht die herausragende Bedeutung der Privatautonomie; dessen Satz 1 bestimmt den Anspruch des Kreativen auf eine Vergütung zunächst immer nach der vertraglichen Vereinbarung und veranschaulicht damit deren Vorrangstellung.³⁶⁴ Dies deutet schon stark darauf hin, dass auch Mitglieder von Vereinigungen sich nicht von vornherein ihres Selbstbestim-

³⁶⁰ Vgl. Ausführungen zur negativen Koalitionsfreiheit; dazu v. Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 79; Sachs-Höfling, GG, Art. 9 Rn. 65; v. Mangoldt/Klein/Starck-Kemper, GG I, Art. 9 Abs. 3 Rn. 220.

³⁶¹ Vgl. BAG v. 15.02.1957, DB 1957, S. 431; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (925).

³⁶² Siehe etwa Hohenstatt, DB 1992, S. 1678 (1683); Richardi, ZfA 1971, S. 73 (86 f.); Reuter, NZA 1991, S. 105 (106); Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 228.

³⁶³ Beachte insoweit Ory, AfP 2002, S. 93 (96).

³⁶⁴ Vgl. Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (925).

mungsrechtes begeben und die bloße Existenz gemeinsamer Vergütungsregeln die mit der Neuregelung angestrebte absolute Klarheit und Rechtssicherheit nicht auslösen kann.³⁶⁵ Unsicherheit wird vielmehr im Gegenteil durch die Annahme einer normativen Wirkung erst hervorgerufen. Insbesondere bereitet die Lösung von Konkurrenzkonstellationen zwischen mehreren gemeinsamen Vergütungsregeln Schwierigkeiten und bestärkt die gehegten Bedenken.³⁶⁶ Doch soll einer vertieften Auseinandersetzung mit dieser Problematik eine Erörterung über die rechtliche Zulässigkeit einer einzelvertraglichen Bezugnahme und die Reichweite der Angemessenheitsvermutung vorangehen.

(a) Reichweite der Angemessenheitsvermutung

Wenn man auch § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG nicht als implizite gesetzliche Ermächtigung interpretiert, steht die rechtliche Zulässigkeit einer individualvertraglichen Bezugnahme mit Blick auf die Vertragsfreiheit des Einzelnen – vgl. § 311 BGB – außer Frage.³⁶⁷ Gefahren für die kollektive Koalitionsfreiheit drängen sich wiederum nicht dadurch auf, dass Außenseiter auch ohne Verbandsmitgliedschaft in den Genuss der Früchte der Betätigung der Vereinigungen kommen können.³⁶⁸ Die Möglichkeit der inhaltlichen Mitgestaltung aufgrund der Verbandsmitgliedschaft beugt Austrittstendenzen vor und kann im Gegenteil sogar – in Anknüpfung an die

³⁶⁵ Dazu Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (773); Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 12; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (925).

³⁶⁶ So Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (925 f.).

³⁶⁷ Vgl. auch § 613 a I 2 BGB oder etwa folgende gesetzliche Zulassungsnormen: § 13 I 2 BUrIG, § 4 IV 2 EFZG, § 622 IV 2 BGB, § 7 III ArbZG, §§ 48 II 2, 101 II 3 ArbGG; LAG Düsseldorf v. 13.04.1962, BB 1962, S. 922; LAG Hamm v. 09.04.1975, DB 1975, S. 1515; BAG v. 23.02.1988, AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG (Zusatzversorgungskassen), S. 1 (2); BAG v. 11.08.1988, AP Nr. 5 zu § 625 BGB, S. 1 (3); BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 227; Kempen/Zachert-Zachert, TVG, § 3 Rn. 71; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 333; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (26); v. Hoyningen-Huene, RdA 1974, S. 138 (139).

³⁶⁸ Siehe etwa Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 227; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 332.

Ausführungen zur negativen Koalitionsfreiheit – das Motiv eines Eintrittes darstellen.³⁶⁹

Der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien, welcher entweder explizit zum Ausdruck kommen oder auf den das Verhalten der Beteiligten bzw. die Auslegung des Vertrages Rückschlüsse erlauben kann, entscheidet über die Einbeziehung.³⁷⁰ Das Bestreben nach Rechtssicherheit begründet dabei besonders auch für Verwerter einen Anreiz zur Bezugnahme. Lediglich hierüber kann der Geltendmachung von Ansprüchen auf Vertragsänderung im Sinne des § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG wirksam vorgebeugt werden. Die Vorteile der unwiderleglichen Vermutung der Angemessenheit sind Ansporn genug, um einheitlich gestalteten Vertragsbedingungen in Form von gemeinsamen Vergütungsregeln branchenweit zur Anwendung zu verhelfen.³⁷¹ Die Gefahr einer sachfremden Schlechterstellung vergleichbarer einzelner Kreativer durch irrationale Unterschiede in den Vertragsbedingungen kann auf diesem Wege minimiert und dem Gebot der Gleichbehandlung hinreichend Genüge getan werden.³⁷² Regelwerke nach § 36 UrhG vermögen mithin ihrer Ordnungs- und Leitfunktion für den ganzen betreffenden Wirtschaftsbereich auch unter der Bedingung der Erforderlichkeit ihrer individualvertraglichen Einbeziehung gerecht zu werden.

Es besteht indes keine rechtliche Notwendigkeit zur Verweisung auf – dem Geltungsbereich nach – einschlägige Vergütungsregeln; lediglich ausnahmsweise hat der Gesetzgeber zwischen Ta-

³⁶⁹ Hierzu Kempen/Zachert-Zachert, TVG, § 3 Rn. 85.

³⁷⁰ Vgl. BAG v. 11.08.1988, AP Nr. 5 zu § 625 BGB, S. 1 (3); BAG v. 23.02.1988, AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG (Zusatzversorgungskassen), S. 1 (2); LAG Bremen v. 03.02.1965, BB 1965, S. 495; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 208 Rn. 9 f.; Bauschke, ZTR 1993, S. 416 (417); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 335; Kempen/Zachert-Zachert, TVG, § 3 Rn. 73; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (26); Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 12; Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 233.

³⁷¹ Beachte Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 208 Rn. 1; v. Hoyningen-Huene, RdA 1974, S. 138 (139).

³⁷² Zu dieser Problematik Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 210; Bauschke, ZTR 1993, S. 416; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 332.

rifinhalt und Tarifschutz einen Sachzusammenhang hergestellt.³⁷³

Die Vertragsfreiheit des Einzelnen geht eben grundsätzlich weiter als die Tarifautonomie.³⁷⁴ Gleichfalls im Belieben der Vertragspartner steht der Umfang der Bezugnahme.³⁷⁵

Die rechtliche Zulässigkeit erlaubt allerdings noch keine Rückschlüsse auf die Reichweite der Angemessenheitsvermutung. Zwar differenziert der Wortlaut des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG nicht zwischen fremden oder dem Geltungsbereich nach einschlägigen Bezugsobjekten. Die materielle Richtigkeitschance gemeinsamer Vergütungsregeln erwächst jedoch als Grundlage der Angemessenheitsvermutung aus der Nutzung des Sachverständes der an der Aufstellung beteiligten Kreise.³⁷⁶ Sämtliche den Parteien bekannten Verhältnisse und Parameter der Nutzung werden zu einem interessengerechten Ausgleich gebracht. Die Übertragbarkeit des Regelwerks auf andere Bereiche und Sachverhalte hingegen vermögen die an der Aufstellung beteiligten Verhandlungspartner mangels Kenntnis der in diesen Bereichen maßgeblichen Umstände nicht sachgerecht zu beurteilen.³⁷⁷ Die Angemessenheitsvermutung steht daher in untrennbarer Verbindung mit dem Geltungsbereich; Inhalt der Verweisung unter Aufrechterhaltung der Rechtswirkung müssen gemeinsame Vergütungsregeln sein, wel-

³⁷³ Vgl. etwa § 622 IV 2 BGB, § 48 II 2 ArbGG, § 4 IV 2 EFZG, § 13 I 2 BUrLG; Bauschke, ZTR 1993, S. 416; Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 236; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 208 Rn. 11; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 333; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (25); Kempen/Zachert-Zachert, TVG, § 3 Rn. 76; Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 3 Rn. 224 u. 258.

³⁷⁴ So Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (26).

³⁷⁵ Siehe LAG Düsseldorf v. 13.04.1962, BB 1962, S. 922; LAG Hamm v. 09.04.1975, DB 1975, S. 1515; BAG v. 23.02.1988, AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG (Zusatzversorgungskassen), S. 1 (2); Bauschke, ZTR 1993, S. 416 (417); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 334; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (25); Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 208 Rn. 12; Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 3 Rn. 248; Kempen/Zachert-Zachert, TVG, § 3 Rn. 82; Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 227.

³⁷⁶ Siehe auch BAG v. 06.11.1996, AP Nr. 1 zu § 10 a AVR Caritasverband, S. 1 (3); Richardi, ZfA 1971, S. 73 (87); Ory, AfP 2002, S. 93 (102); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (431); Löwisch/Rieble-Löwisch, TVG, § 1 Rn. 1 ff.

³⁷⁷ Beachte BAG v. 10.11.1982, AP NR. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (3).

che nach ihrem örtlichen, zeitlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich einschlägig sind.³⁷⁸

Die Vermittlung der Richtigkeitschance setzt zudem eine vollständige Übernahme des einheitlichen und einer näheren richterlichen Überprüfung entzogenen Kompromisses voraus; lediglich punktuelle Bezugnahmen zerstören den von den Parteien hergestellten und ausgewogenen Sachzusammenhang.³⁷⁹ Jegliche Modifikation – ohne Rücksicht auf das Maß der Erheblichkeit der Abweichung – birgt die Gefahr eines unzumutbaren Übergewichtes einer Seite in sich.³⁸⁰ Individualverträge sind aus diesem Grund für den Fall der lediglich bruchstückhaften Bezugnahme oder einer solchen auf fachfremde Vergütungsregeln – wie bereits dargestellt – einer Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterworfen.³⁸¹ Ob eine Einigung, welche um eine gemeinsame Vergütungsregel oszilliert, in der Gesamtsumme der gemeinsamen Vergütungsregel vergleichbar ist, muss deshalb erst durch den Richter im Rahmen des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG geklärt werden.³⁸² Eine sich von vornherein Geltung verschaffende unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit kann im Ergebnis nicht mehr greifen.

(b) Konkurrenz

Auf Basis dieser Ausführungen lassen sich nun detailliert die Konsequenzen beschreiben, welche sich aus der Annahme einer nor-

³⁷⁸ Hierzu Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210); Ory, AfP 2002, S. 93 (96); Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 3 Rn. 264; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (431).

³⁷⁹ Dazu BGH v. 16.12.1982, BGHZ 86, S. 135 (141 f.); Mangen, Anm. zu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 7 (9); Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 258; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19; v. Hoyningen-Huene, RdA 1974, S. 138 (146); Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 3 Rn. 264; Kempen/Zachert-Zachert, TVG, § 3 Rn. 87.

³⁸⁰ Siehe Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 7.

³⁸¹ Vgl. BGH v. 16.12.1982, BGHZ 86, S. 135 (142); BAG v. 06.11.1996, AP Nr. 1 zu § 10 a AVR Caritasverband, S. 1 (3); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (429); Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 3 Rn. 263 f.; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 7.

³⁸² Beachte etwa Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (211).

mativen Wirkung gemeinsamer Vergütungsregeln für Verbandsmitglieder – in Analogie zu § 3 Abs. 1 TVG – ergeben. Konkurrenzsituationen entstehen insbesondere dann, wenn inhaltlich divergierende Regelwerke mit identischen Geltungsbereichen existieren und diese unmittelbar auf dasselbe Rechtsverhältnis anwendbar sind.³⁸³ Insoweit ist eine mehrfache Erfassung desselben Sachverhalts und damit ein ebenso häufiges Eingreifen der unwiderleglichen Angemessenheitsvermutung zu konstatieren.³⁸⁴ Derartige Widersprüche und Ungereimtheiten bedürfen im Interesse der Parteien an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit der Auflösung.³⁸⁵ Vergleichend sei an dieser Stelle auf die Grundsätze der Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität verwiesen. Tarifkonkurrenz wird angenommen, wenn mehrere Tarifverträge auf dasselbe Rechtsverhältnis einwirken.³⁸⁶ Dahingegen wird von Tarifpluralität gesprochen, wenn mehrere Tarifverträge innerhalb eines Unternehmens Geltung beanspruchen, ohne dass diese zugleich auch auf einzelne Arbeitsverhältnisse Anwendung finden.³⁸⁷ Das BAG hat

³⁸³ Dazu Flehsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (432).

³⁸⁴ Vgl. Flehsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (431).

³⁸⁵ Beachte BAG v. 24.09.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); BAG v. 05.09.1990, AP Nr. 19 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); BAG v. 14.06.1989, AP Nr. 16 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (4); Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (24); Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (773).

³⁸⁶ Siehe BAG v. 29.03.1957, BAGE 4, S. 37 (40); BAG v. 05.09.1990, AP Nr. 19 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (2); BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); BAG v. 24.09.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (2); Schröder, DB 1957, S. 632; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 264; Zöllner/Loritz-Loritz, Arbeitsrecht, S. 420 f.; v. Hoyningen-Huene, RdA 1974, S. 138 (149); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210); Müller, NZA 1989, S. 449; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 117; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19; Kraft, RdA 1992, S. 161 (163); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1482; Hohenstatt, DB 1992, S. 1678 (1679).

³⁸⁷ Dazu BAG v. 28.05.1997, NZA 1998, S. 40 (44); BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); BAG v. 05.09.1990, AP Nr. 19 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (2); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1482; Hohenstatt, DB 1992, S. 1678 (1679); Müller, NZA 1989, S. 449 f.; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 118; Kraft, RdA 1992, S. 161 (164); Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 274; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210).

unter Verweis auf das Prinzip der Tarifeinheit sogar die Auflösungsbedürftigkeit von Tarifpluralität propagiert.³⁸⁸

Konkret sind zunächst Doppelmitgliedschaften in für ein und denselben Bereich repräsentativen Verbänden als Ursache der Problemlage denkbar.³⁸⁹ Allerdings sorgt typischerweise die Organisation der Vereinigungen nach dem Industrieverbandsprinzip insbesondere innerhalb des DGB dafür, dass Überschneidungen des Zuständigkeitsbereiches praktisch unwahrscheinlich werden.³⁹⁰ Des Weiteren erscheint auch ein Verbandswechsel zwischen mehreren konkurrierenden Verbänden nicht ausgeschlossen.³⁹¹ Dabei muss der Gefahr einer bewussten Unterlaufung des Schutzniveaus einer gemeinsamen Vergütungsregel wirksam begegnet werden. Die Durchkreuzung derartiger Strategien und die Verhinderung einer Flucht aus einem bestehenden Tarifvertrag hat § 3 Abs. 3 TVG zur Aufgabe, so dass sich im Interesse konstanter Wettbewerbsbedingungen eine Analogie zu dieser Vorschrift aufdrängt.³⁹² Damit hieraus überhaupt eine Konkurrenzsituation erwächst, ist auf eine zeitliche Notwendigkeit hinzuweisen. Die Aufstellung einer gemeinsamen Vergütungsregel seitens einer Vereinigung und der Wechsel zu diesem Verband müssen vor Ab-

³⁸⁸ Vgl. BAG v. 14.06.1989, AP Nr. 16 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (4 f.); BAG v. 29.03.1957, BAGE 4, S. 37 (40); BAG v. 29.11.1978, AP Nr. 12 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); BAG v. 24.09.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); BAG v. 05.09.1990, AP Nr. 19 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (2 f.); BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 4 Rn. 127; Kraft, RdA 1992, S. 161 (162 f. u. 165); Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 275 ff.; Hohenstatt, DB 1992, S. 1678; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1499 ff.; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 119; Wiedemann/Arnold, ZTR 1994, S. 443 (444).

³⁸⁹ Beachte Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1485; Müller, NZA 1989, S. 449 (450); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 120; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 271; Hohenstatt, DB 1992, S. 1678 (1679); Richardi, ZfA 1971, S. 73 (85); Kraft, RdA 1992, S. 161 (164).

³⁹⁰ Vgl. Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 267; Zöllner/Loritz-Loritz, Arbeitsrecht, S. 421; Kraft, RdA 1992, S. 161 (164); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 87; Richardi, ZfA 1971, S. 73 (85); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 120; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 199 Rn. 15.

³⁹¹ Siehe Müller, NZA 1989, S. 449 (450); Kraft, RdA 1992, S. 161 (164); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 124; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1486 u. 1516.

³⁹² Vgl. Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1517 u. 1523.

schluss des Individualvertrages erfolgen; anderenfalls fehlt es am Gegenstand, nach dem die Vergütung im Sinne des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG ermittelt worden sein kann. Dieses Objekt konkret zu bestimmen, ist überdies Aufgabe jedes Lösungsansatzes – angesichts des Schutzzwecks nicht etwa die Verdrängung eines Regelwerks.³⁹³

Konstellationen, in denen ein Urheberverband mit einem Verwerterverband und zugleich mit einem in diesem Verband organisierten Verwerter Regelwerke mit identischen Regelungsgegenständen aufstellt, sind – wie im Rahmen der Diskussion um eine teleologische Reduktion des § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG vorgetragen – mangels Parteifähigkeit eines organisierten Werknutzers nicht vorstellbar.³⁹⁴ Hingegen stellt sich die Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer einzelvertraglichen Bezugnahme durch einen Organisierten auf einschlägige gemeinsame Vergütungsregeln eines repräsentativen Konkurrenzverbandes.³⁹⁵ Einer Bezugnahme kommt, will man ihren vornehmlichen Sinn und Zweck in der flächendeckenden Etablierung der gemeinsamen Vergütungsregeln erkennen, Ersatzfunktion für fehlende Mitgliedschaft zu.³⁹⁶ Organisierte sind bereits gemeinsamen Vergütungsregeln unterworfen und gelangen deshalb schon in den Genuss einheitlicher Vertragsbedingungen.³⁹⁷ Jedoch kann normative Gebundenheit die Vertragsfreiheit nicht vollständig beseitigen und im Einzelfall auch ein Verbandsmitglied ein berechtigtes Interesse an einer individualvertraglichen

³⁹³ Siehe BAG v. 29.11.1978, AP Nr. 12 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); Wiedemann, Anm. zu BAG v. 24.09.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 4 (5); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1493; Konzen, RdA 1978, S. 146 (153); Kraft, RdA 1992, S. 161 (165).

³⁹⁴ Vgl. Ory, AfP 2002, S. 93 (96); Müller, NZA 1989, S. 449 (450); Hohenstatt, DB 1992, S. 1678 (1679); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 127; Zöllner/Loritz-Loritz, Arbeitsrecht, S. 421; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 86; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 271.

³⁹⁵ Zu diesem Diskussionsfeld Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 229; Müller, NZA 1989, S. 449 (450).

³⁹⁶ Beachte auch Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 3 Rn. 237.

³⁹⁷ Hierzu auch Kempen/Zachert-Zachert, TVG, § 3 Rn. 76.

Einbeziehung eines Verhandlungsergebnisses von Konkurrenzverbänden haben.³⁹⁸

Im Ergebnis drängen sich aufgrund der Überschaubarkeit der dargestellten Konstellationen – unabhängig von der Methode zur Auflösung der Schwierigkeiten – Befürchtungen einer faktischen Aushebelung der unwiderleglichen Angemessenheitsvermutung einer Vergütungsregel nicht auf.³⁹⁹ Den Umgang mit der dargestellten Problematik erleichtern möglicherweise die zur Lösung von Tarifkonkurrenz entwickelten Grundsätze. Nach dem Spezialitätsprinzip soll dasjenige Tarifwerk zur Anwendung kommen, welches dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und daher der Eigenart und den besonderen Bedürfnissen des Betriebes und der in ihm beschäftigten Arbeitnehmer nach der Zielsetzung des Betriebes und der zur Erreichung des Ziels verlangten und geleisteten Arbeit am meisten entspricht.⁴⁰⁰ Übertragen auf die Bewältigung der Konkurrenz von gemeinsamen Vergütungsregeln wäre einem dem Geltungsbereich nach eher einschlägigen und insofern spezielleren Regelwerk der Vorrang einzuräumen.⁴⁰¹ Allerdings muss der Ansatz versagen, wenn sich – der Beschreibung einer Konkurrenzsituation nach zwingend – gemeinsame Vergütungsregeln auf derselben räum-

³⁹⁸ Vgl. § 4 III TVG; Wiedemann/Wank-Oetker, TVG, § 3 Rn. 205 u. 230; Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 4 Rn. 253 ff.; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 336.

³⁹⁹ Siehe Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 86; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1492 u. 1505; Müller, NZA 1989, S. 449 (451 f.); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 130; Reuter, NZA 1991, S. 105 (108); Konzen, RdA 1978, S. 146 (153 f.); Kraft, RdA 1992, S. 161 (168).

⁴⁰⁰ Vgl. BAG v. 29.03.1957, BAGE 4, S. 37 (40); BAG v. 14.06.1989, AP Nr. 16 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (4); BAG v. 24.09.1975, AP Nr. 11 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3 f.); BAG v. 29.11.1978, AP Nr. 12 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (3); BAG v. 05.09.1990, AP Nr. 19 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (2); BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (4); Konzen, RdA 1978, S. 146 (147); Hohenstatt, DB 1992, S. 1678 (1679); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 129; Müller, NZA 1989, S. 449 (451); Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1490; Zöllner/Loritz-Loritz, Arbeitsrecht, S. 422; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 289; Kraft, RdA 1992, S. 161 (164); v. Hoyningen-Huene, RdA 1974, S. 138 (149); Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 4 Rn. 130; Reuter, NZA 1991, S. 105 (108).

⁴⁰¹ Beachte Ory, AfP 2002, S. 93 (96); Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (926).

lichen und fachlichen Ebene bewegen.⁴⁰² Ohnehin würden sich selbst für den Fall einer nur teilweisen Überschneidung der Geltungsbereiche zahlreiche ungeklärte Konstellationen mit ungleicher Verteilung der Spezialitätskriterien ergeben; insofern erweist sich der Grundsatz als wenig zielführend.⁴⁰³

Hilfsweise wird auf die Intensität der Legitimation rekurriert.⁴⁰⁴ Danach könnte das Regelwerk als Maßstab dienen, an welches die größere Anzahl von Personen normativ gebunden ist, wohingegen bloße individualvertragliche Bezugnahmen nicht ins Gewicht fallen sollen.⁴⁰⁵ Dieses einem kollektiven Wahlrecht ähnelnde Lösungsmodell vermag sich jedoch nicht auf eine gesetzliche Grundlage zu stützen.⁴⁰⁶ Jede durch eine repräsentative Vereinigung aufgestellte Vergütungsregel trägt ohne Rücksicht auf möglicherweise leichte Unterschiede im Mitgliederbestand die unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit und Sachgerechtigkeit in sich; die größere Mitgliederzahl erlaubt im Einzelnen keine Rückschlüsse auf ein Mehr an Sachgerechtigkeit. Das Kriterium mutet mithin willkürlich an und produziert bei Veränderungen im Mitgliederbestand zufallsabhängige Ergebnisse.

Des Weiteren kommt im Urheberinteresse der Vorrang des jeweils günstigeren Regelwerks in Frage.⁴⁰⁷ Seinen gesetzlichen Niederschlag hat das Günstigkeitsprinzip in § 4 Abs. 3 TVG gefunden. Danach sind von einem Tarifvertrag abweichende Abmachungen nur zulässig, soweit sie eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten. So kann eine Aushebelung der normativen Wirkung durch individualvertragliche Vereinbarungen mit

⁴⁰² Dazu Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1491.

⁴⁰³ So Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1491.

⁴⁰⁴ Vgl. v. Hoyningen-Huene, RdA 1974, S. 138 (149); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 136; Reuter, NZA 1991, S. 105 (108); Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 295.

⁴⁰⁵ Siehe etwa Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1492; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 136.

⁴⁰⁶ Dazu Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 136.

⁴⁰⁷ Vgl. Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 201 ff.; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (24 f.).

dem Resultat einer Verschlechterung der Vertragsbedingungen verhindert und auf diesem Wege der Schutzfunktion des Tarifvertrags im weitestgehenden Maße Genüge getan werden.⁴⁰⁸ Die Vorschrift trifft damit keine Aussage über das Konkurrenzverhältnis zwischen zwei normativ wirkenden Regelwerken.⁴⁰⁹

Bezüglich der Übertragung des Günstigkeitsprinzips auf gemeinsame Vergütungsregeln drängen sich nicht zuletzt hinsichtlich des Gegenstandes des Günstigkeitsvergleichs praktische Bedenken auf. Der isolierte Vergleich einzelner Bestimmungen und eine Kumulation der Vorteile mehrerer Vergütungsregeln verschieben nachhaltig den gefundenen Verhandlungskompromiss und können – in Wiederholung obiger Ausführungen – eine unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit nicht legitimieren.⁴¹⁰ Deshalb erscheint von vornherein lediglich ein Gesamtvergleich der einheitlichen Regelungen angezeigt, was jedoch nicht nur den Blick auf messbare Geldansprüche, sondern auch auf andere komplexe Regelungen eröffnet, für welche sich kein objektiver gemeinsamer Nenner finden lässt.⁴¹¹ Folglich wird die Feststellung eines insgesamt günstigeren Ergebnisses sogar regelmäßig nicht eindeutig möglich sein.⁴¹²

Ließe sich also aus Sicht eines verständigen Kreativen unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung und der spezifischen Verhältnisse der Branche nicht sicher beurteilen, welche Vergütungs-

⁴⁰⁸ Beachte insofern Kempfen/Zachert-Kempfen, TVG, § 4 Rn. 134; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 27.

⁴⁰⁹ Siehe BAG v. 28.05.1997, NZA 1998, S. 40 (42); BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (5); Müller, NZA 1989, S. 449 (450); Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 283; Kempfen/Zachert-Kempfen, TVG, § 4 Rn. 134; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 201.

⁴¹⁰ Vgl. Zöllner/Loritz-Loritz, Arbeitsrecht, S. 400; Kraft, RdA 1992, S. 161 (165); Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (25); Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 4 Rn. 141; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 205; Reuter, NZA 1991, S. 105; Kempfen/Zachert-Kempfen, TVG, § 4 Rn. 134; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 293; Müller, NZA 1989, S. 449 (450).

⁴¹¹ Vgl. Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 4 Rn. 140; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (24); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1494.

⁴¹² Dazu Kempfen/Zachert-Kempfen, TVG, § 4 Rn. 134; Zöllner/Loritz-Loritz, Arbeitsrecht, S. 399.

regel im konkreten Fall günstiger ist, müsste das normativ geltende Regelwerk Maßstab im Sinne des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG bleiben.⁴¹³ Dem Ursprung der Konkurrenzsituation für deren Lösung faktisch keine Bedeutung beizumessen, d.h. den Parteiwillen im Ergebnis dergestalt zu ignorieren, wäre wiederum verfassungsrechtlich fragwürdig.⁴¹⁴

Angesichts dieser Schwächen ist zu guter Letzt ein Wahlrecht der Kreativen nach §§ 315, 316 BGB analog in Erwägung zu ziehen.⁴¹⁵ Zwar werden hierdurch eindeutige Lösungen ermöglicht und Konflikte mit Art. 2 Abs. 1 GG vermieden.⁴¹⁶ Jedoch kann im Rahmen der unwiderruflichen Entscheidung zwischen den jeweiligen Regelwerken im Ganzen – die Auswahl einzelner Bestimmungen verbietet sich aus den bereits dargelegten Gründen – wiederum eine Fremdsteuerung nicht ausgeschlossen werden.⁴¹⁷ Insofern kommt gleichsam durch die Hintertür der Umstand der wirtschaftlichen Überlegenheit einer Partei doch noch zum Tragen; eine sachfremde Verkopplung des Vertragsschlusses mit der Wahl einer bestimmten gemeinsamen Vergütungsregel steht zu befürchten.⁴¹⁸ Dies begründet einen zusätzlichen Anreiz für einzelvertragliche Bezugnahmen trotz Verbandsmitgliedschaft. Zeitigt dadurch eine Vergütungsregel faktisch keine Wirkungen, sind

⁴¹³ Siehe auch LAG München v. 04.05.1990, DB 1990, S. 2273 f.; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (24); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 213.

⁴¹⁴ Siehe BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 1 (5); Müller, NZA 1989, S. 449 (452); Reuter, NZA 1991, S. 105 (109); Kraft, RdA 1992, S. 161 (167); Hanau/Kania, Anm. zu BAG v. 20.03.1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG (Tarifkonkurrenz), S. 5 (10).

⁴¹⁵ Vgl. Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 86; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 f.; Reuter, NZA 1991, S. 105 (108); Müller, NZA 1989, S. 449 (452); Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 295; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 135; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1495; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (431); Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 4 Rn. 140.

⁴¹⁶ Beachte etwa Reuter, NZA 1991, S. 105 (110); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 135.

⁴¹⁷ Vgl. Reuter, NZA 1991, S. 105 (108); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1489 u. 1495.

⁴¹⁸ Beachte Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 209.

auch Bedenken mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG nicht mehr von der Hand zu weisen.⁴¹⁹

(c) Ergebnis

Kann deshalb keiner der Lösungsansätze befriedigen und sind die mit der Bewältigung von Konkurrenzsituationen verbundenen Schwierigkeiten nahezu unüberbrückbar, hat dies Rechtsunsicherheit zur Folge.⁴²⁰ Gemeinsame Vergütungsregeln können im Ergebnis ihrer Schutz- und Ordnungsfunktion besser gerecht werden, wenn man die Notwendigkeit der individualvertraglichen Einbeziehung auch für Verbandsangehörige bejaht.

b) Kollektivvertragliche Bezugnahme

Wird in gemeinsamen Vergütungsregeln auf Tarifverträge oder andere Regelwerke im Sinne des § 36 UrhG verwiesen, wirkt sich auch dies unter Umständen auf die Vermutung der Angemessenheit aus. Die statische Verweisung auf Bestimmungen bestehender Tarifverträge oder gemeinsamer Vergütungsregeln ruft allerdings keine Bedenken hervor. Im jeweiligen Zuständigkeitsbereich der Verbände stellt deren Sachkompetenz – wie bereits erläutert – die Basis der Sachgerechtigkeit eines Regelwerks dar.⁴²¹ Die Berücksichtigung der Interessen der von dem Geltungsbereich einer Vergütungsregel erfassten Kreativen und Verwerter ist sicherzustellen, und es muss im Zuge der Verwirklichung eines angemessenen Interessenausgleichs den an der Aufstellung beteiligten Parteien erlaubt sein, sich durch andere gelungene Regelungsmo-

⁴¹⁹ Dazu Müller, NZA 1989, S. 449 (451 f.); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 86; Kraft, RdA 1992, S. 161 (168); Konzen, RdA 1978, S. 146 (153 f.); Reuter, NZA 1991, S. 105 (108); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 130 u. 135; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1492 u. 1505.

⁴²⁰ Hierzu auch Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (926).

⁴²¹ Siehe etwa BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (3); BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (4).

delle inspirieren zu lassen.⁴²² Selbst der vollständige Verzicht auf eine eigenständige Regelung ist kein Indiz für fehlende Sachnähe, sondern lediglich dafür, dass kompetente Parteien die insgesamt in Bezug genommene Regelung voll umfänglich als sachgerecht für ihren Bereich betrachten.⁴²³ Jedenfalls im Ansatz wird durch Festlegung der Verweisung eine eigene Regelung getroffen; die grundsätzliche Zulässigkeit der statischen Bezugnahme ist mithin außer Frage gestellt und die unwiderlegliche Angemessenheitsvermutung gerechtfertigt.⁴²⁴

Differenzierter sind dynamische Verweisungen auf Tarifverträge oder gemeinsame Vergütungsregeln in ihrer jeweiligen Fassung zu beurteilen. Im Voraus besteht grundsätzlich keine Möglichkeit einer zutreffenden Einschätzung künftiger Bestimmungen hinsichtlich ihrer Übertragbarkeit auf einen anderen Geltungsbereich.⁴²⁵ Die automatische Änderung des Verweisungsobjektes entfaltet regelmäßig zumindest eine bestimmte zeitliche Wirkung und wirft somit die Diskussion um eine faktische Delegation der Aufstellungsbefugnis auf.⁴²⁶ Eine dynamische Verweisung ist folglich nur dann zulässig, wenn schon vorab die Sachgerechtigkeit der in Bezug genommenen Bestimmungen für den jeweiligen Geltungsbereich übersehen und beurteilt werden kann oder zumindest die Möglichkeit der jederzeitigen Änderung der Bezugnahme besteht.⁴²⁷ Belassen die Parteien es im letzteren Fall bei der Verweisung, ist hierin die Einschätzung der Übertragbarkeit enthalten.⁴²⁸

⁴²² Vgl. BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (3).

⁴²³ Vgl. BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (4); BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (6).

⁴²⁴ Beachte Mangen, Anm. zu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 7 (8); Wiedemann, Anm. zu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 6 (7).

⁴²⁵ So BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (5).

⁴²⁶ Vgl. BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (5); Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 208 Rn. 5 b; Wiedemann, Anm. zu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 6 (9).

⁴²⁷ Siehe BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (3 u. 6); BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (5).

⁴²⁸ So auch BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (4).

Insbesondere gilt es zu klären, inwieweit ein enger Sachzusammenhang zwischen den Geltungsbereichen zweier Regelungen Schlussfolgerungen für die Sachgerechtigkeit zulässt.⁴²⁹ Die dynamische Verweisung beruht allerdings gerade darauf, in zeitlicher Übereinstimmung mit den in Bezug genommenen Bestimmungen Wirksamkeit zu erlangen, und garantiert somit die Identität der zeitlichen Geltungsbereiche.⁴³⁰ Eine gewisse Aussagekraft kann allenfalls vom fachlichen und persönlichen Geltungsbereich ausgehen; doch auch diese Anknüpfungspunkte sind für die Überprüfung der Sachnähe nur begrenzt von Nutzen.⁴³¹ Je näher die beiden Regelwerke im Hinblick auf die verschiedenen Geltungsbereiche übereinstimmen, desto eher spricht zwar eine Vermutung für die Sachgerechtigkeit.⁴³² Auf dieser Grundlage kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass sich aus objektiven Umständen unterschiedliche Interessenlagen ergeben, und daher die unwiderlegliche Angemessenheitsvermutung lediglich für den Fall der vollständigen Identität der Geltungsbereiche greifen.⁴³³

⁴²⁹ Beachte auch BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (5); BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (4).

⁴³⁰ Vgl. BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (4); Mangen, Anm. zu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 7 (9).

⁴³¹ Vgl. Mangen, Anm. zu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 7 (9); Wiedemann, Anm. zu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 6 (9).

⁴³² Siehe Wiedemann, Anm. zu BAG v. 09.07.1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG (Form), S. 6 (9).

⁴³³ Dazu BAG v. 10.11.1982, AP Nr. 8 zu § 1 TVG (Form), S. 1 (4).

5. Kollisionsregel des § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG

Um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie aufrechtzuerhalten und damit gegen die Neuregelung gehegte verfassungsrechtliche Bedenken zu entkräften, hat sich der Gesetzgeber zur Verankerung eines prinzipiellen Tarifvorrangs in § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG entschlossen.⁴³⁴ Die Bedeutung und Reichweite des Anwendungsbereichs dieser – nunmehr auch für arbeitnehmerähnliche Personen Geltung beanspruchenden – Vorschrift erschließen sich nicht auf Anhieb.⁴³⁵ Zunächst trifft der Wortlaut keine Unterscheidung danach, ob eine der beiden kollektiven Regelungen zuerst vorlag. Insoweit wird dem gesetzgeberischen Willen Ausdruck verliehen, in jedem nur denkbaren Kollisionsfall tarifvertraglichen Vereinbarungen unabhängig vom Zeitpunkt ihres Abschlusses den Vorzug zu geben.⁴³⁶ Im Einzelnen bedarf es allerdings einer genauen Klärung, welche konkreten Wirkungen § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG zeitigt. Die Existenz eines wirksamen Tarifvertrags hindert möglicherweise die zeitlich spätere Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln mit identischem Geltungsbereich, wenn nicht sogar bereits die bloße Aufnahme von Tarifverhandlungen das Procedere der §§ 36, 36 a UrhG zu sperren vermag.⁴³⁷ Eine Tarifrunde scheitern zu lassen, um die Schlichtungsstelle anrufen zu können, wird in diesem Zusammenhang als rechtsmissbräuchliches Verhalten einer Partei begriffen; doch begnügen sich manche Anhänger eines

⁴³⁴ Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7564, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 91 (125); Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (425); Flechsig, ZRP 2000, S. 529 (531); Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (575); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 43; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 16; Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 155.

⁴³⁵ Siehe etwa Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (425); Schack, ZUM 2001, S. 453 (465); Schlink/Poscher, Gutachten, S. 17 f.; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 220.

⁴³⁶ Vgl. hierzu Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 157; Ory, AfP 2002, S. 93 (102); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 84; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210).

⁴³⁷ Dazu Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7564, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 91 (125); Ory, AfP 2002, S. 93 (102); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 221.

extensiven Interpretationsansatzes nicht mit einem Hinweis hierauf.⁴³⁸ Selbst der bewusste Verzicht auf eine Regelung, welche grundsätzlich dem Mandat der Tarifvertragsparteien unterfällt, soll schon eine Sperrwirkung im erläuterten Sinne nach sich ziehen.⁴³⁹ Schließlich hat der Abschluss eines Tarifvertrags eventuell die Nichtigkeit längst ausgehandelter gemeinsamer Vergütungsregeln zur Folge.⁴⁴⁰

Bemerkenswert ist diesbezüglich erst einmal, dass § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG ausdrücklich in Tarifverträgen enthaltenen und folglich lediglich bestehenden Regelungen unbedingten Vorrang einräumt. Zudem beinhaltet die Vorschrift – so schon im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdigung konstatiert – im Interesse der Effizienz der §§ 32 ff. UrhG gerade keine Tarifüblichkeitssperre wie etwa § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG.⁴⁴¹ Der Wortlaut zieht mithin – auch insofern die Notwendigkeit der tatsächlichen Existenz eines Tarifvertrags hervorhebend – der Auslegung klare Grenzen.

Eine entsprechende Anwendung der Vorrangregelung kommt mangels planwidriger Regelungslücke im Gesetz von vornherein nicht in Betracht und widerspräche überdies den legislatorischen Zielsetzungen. Insbesondere die Anerkennung eines Einwandes des bewussten Verzichts auf ein Tarifwerk würde den Verwertern ein Mittel zur flächendeckenden Verhinderung von gemeinsamen Vergütungsregeln an die Hand geben und somit der Wirkkraft der Neuregelung des Urhebervertragsrechts in erheblichem Maße abträglich sein. Obendrein genießt die potenzielle Koalitionstätigkeit gegenüber bestehenden Regelungen einen schwächeren verfassungsrechtlichen Schutz.⁴⁴² Wie bereits festgestellt, genügt § 36

⁴³⁸ So insbesondere Ory, AfP 2002, S. 93 (102).

⁴³⁹ Hierzu Ory, AfP 2002, S. 93 (102).

⁴⁴⁰ Beachte aber Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7564, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 91 (125); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 157.

⁴⁴¹ Dazu Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (205); Löwisch, JZ 1996, S. 812 (819).

⁴⁴² Vgl. Löwisch, JZ 1996, S. 812 (817); Ory, AfP 2002, S. 93 (102); Flechsig, ZRP 2000, S. 529 (533).

Abs. 1 S. 3 UrhG den Anforderungen des Art. 9 Abs. 3 GG.⁴⁴³ Tragfähige Gründe für eine Analogie ließen sich darum auch nicht aus dem Schutzzweck der Vorschrift herleiten. Jedenfalls bis zur Herbeiführung eines Tarifabschlusses bedeutet deshalb die Be-
treibung eines Schlichtungsverfahrens eine legitime Nutzung ge-
setzlicher Gestaltungsmöglichkeiten.

Doch auch darüber hinaus erscheinen Diskussionen um die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Aufstellung von Regelwerken im Sinne von § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG verfehlt; grundlegenden Bedenken sehen sich Abschlussverbot und Nichtigkeitsfolge ausgesetzt. Unabhängig von der Existenz eines Tarifvertrags kann die Wirksamkeit gemeinsamer Vergütungsregeln Sinn machen und Regelungsbedarf für ein solches potenzielles Bezugsobjekt individualvertraglicher Absprachen bestehen.⁴⁴⁴

Zunächst besitzen Koalitionen keinen Vertretungsanspruch für und gegen Außenseiter.⁴⁴⁵ Regelmäßig vermag eine tarifvertragliche Regelung daher nicht für alle Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Mitarbeiter Geltung zu beanspruchen. Insbesondere ist eine Allgemeinverbindlicherklärung durch § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG weder intendiert, noch ließe sie sich rechtfertigen.⁴⁴⁶ Die Vorrangregelung erlangt deshalb grundsätzlich für Außenseiter keine Bedeutung; die Aufstellung einer gemeinsamen Vergütungsregel im Geltungsbereich eines Tarifvertrages leistet im Zusammenspiel mit § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG zumindest insofern einen Beitrag zur Rechtssicherheit.⁴⁴⁷ Des Weiteren können tarifvertragliche Rege-

⁴⁴³ Siehe hierzu Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 155; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (425); Schack, ZUM 2001, S. 453 (465); Schlink/Poscher, Gutachten, S. 16.

⁴⁴⁴ So Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 84 f.

⁴⁴⁵ Vgl. dazu Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (575); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 84.

⁴⁴⁶ So ausdrücklich Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 221; vgl. auch Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (206).

⁴⁴⁷ Vgl. etwa Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (773); Löwisch/Rieble-Rieble, TVG, § 3 Rn. 236; Dietz, AfP 2001, S. 261 (263); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 2 u. 5; Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 156 u. 164.

lungen zukünftig ihre Geltung verlieren und gemeinsame Vergütungsregeln dann wieder uneingeschränkt ihrer vom Gesetzgeber zugedachten Rolle gerecht werden.⁴⁴⁸

Ohnehin steht in Anknüpfung an die Ausführungen zur Erforderlichkeit der einzelvertraglichen Einbeziehung gemeinsamer Vergütungsregeln eigentlich die Bewältigung einer Konkurrenz zwischen Individualabsprache und Tarifwerk in Rede.⁴⁴⁹ Vornehmlich geht von Tarifbestimmungen in diesem Spannungsverhältnis nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG allein eine verdrängende Wirkung im Sinne eines Anwendungsvorrangs, seltener, insbesondere im Interesse der Unterbindung sittenwidriger Vertragsbestimmungen, eine vernichtende Wirkung aus.⁴⁵⁰ Die generelle Annahme der Unwirksamkeit einer einzelvertraglichen Vereinbarung würde auch den Schutzzweck der Vorschrift – dazu in Kürze ausführlicher – in sein Gegenteil verkehren.⁴⁵¹

Zusammenfassend ist ein Tarifvertrag nach § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG allenfalls nur vorrangig anwendbar.⁴⁵² Dem Wortlaut weitgehendere Konsequenzen zu entnehmen, liegt oftmals noch die ursprüngliche Vorstellung des Gesetzgebers von der normativen Wirkung gemeinsamer Vergütungsregeln und damit eine Annahme zugrunde, welche ungleich mehr Anlass zu Befürchtungen hinsichtlich der Aushöhlung der Tarifautonomie bietet.⁴⁵³ Auf solche Besorgnisse – man vergleiche § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG – geht schließlich die Regelung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG zurück.⁴⁵⁴

⁴⁴⁸ Siehe Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (23); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 84.

⁴⁴⁹ Beachte Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (432); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 222; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210).

⁴⁵⁰ Siehe Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (23).

⁴⁵¹ Vgl. Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 370 f.

⁴⁵² So Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 220 f.

⁴⁵³ Siehe Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (775); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 9; Ory, AfP 2002, S. 93 (96); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 54; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (206 u. 210).

⁴⁵⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang Hromadka, NZA 1996, S. 1237 (1238 f.); Heinze, NZA 1995, S. 5 (6); Feudner, DB 1993, S. 2231 (2232); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (205); Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (575); Dietz, AfP 2001, S. 261 (263); Löwisch, JZ 1996, S. 812 (819); Scholz, FS für Trinkner, S. 377 (387); Rieble, RdA

Nunmehr bleibt zu erörtern, unter welchen Bedingungen der Anwendungsvorrang tarifvertraglicher Regelungen konkret zum Tragen kommt. Eine echte Kollision zwischen Tarifwerk und gemeinsamen Vergütungsregeln ist lediglich dann zu konstatieren, wenn trotz Tarifbindung nach § 3 Abs. 1 TVG gleichzeitig auf Regelwerke im Sinne von § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG Bezug genommen wird. Die zutreffende Erfassung der Bedeutung des § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG macht zunächst einen Blick auf § 32 Abs. 4 UrhG notwendig. Danach scheidet ein Korrekturanspruch des Urhebers im Sinne von § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG aus, soweit die Vergütung für die Nutzung seiner Werke tarifvertraglich bestimmt ist.

Der konkrete Bezug im Wortlaut der Vorschrift auf die Person des betreffenden Kreativen weist auf das Erfordernis der tatsächlichen Einschlägigkeit des Tarifvertrags für das jeweilige Vertragsverhältnis hin.⁴⁵⁵ Unklar bleibt – das sei am Rande vertiefend bemerkt –, ob der Tarifvertrag schon von sich aus Anwendung finden muss.⁴⁵⁶ § 32 Abs. 4 UrhG entfaltet indes selbst dann Sperrwirkung, wenn beide Vertragsparteien zwar nicht unmittelbar tarifgebunden sind, jedoch ein dem Geltungsbereich nach einschlägiges Tarifwerk insgesamt individualvertraglich in Bezug genommen wird.⁴⁵⁷ Denn § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG, § 32 Abs. 4 UrhG, § 32 a Abs. 4 UrhG und auch § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG tragen letztlich dem Umstand Rechnung, dass Regelwerke im Sinne des Urhebergesetzes wie auch Tarifverträge fairen Auseinandersetzungen zwischen sachkundigen Verhandlungspartnern entspringen.⁴⁵⁸ Sach-

1996, S. 151 (152).

⁴⁵⁵ Dazu auch Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (178); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 75; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 53; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 Rn. 43; Ory, AfP 2002, S. 93 (96).

⁴⁵⁶ Siehe Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 85.

⁴⁵⁷ So Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 75; vgl. zudem Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (575); Ory, AfP 2002, S. 93 (96).

⁴⁵⁸ Vgl. hierzu auch Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7564, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 91 (125); Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (776); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32a Rn. 20; Ory, AfP 2002, S. 93 (96).

kunde und Durchsetzungsfähigkeit der Parteien vermitteln dem Verhandlungsergebnis eine materielle Richtigkeitschance und gewährleisten insofern hinlänglichen Urheberschutz.⁴⁵⁹ Eine individualvertragliche Bezugnahme bedeutet für den Gerechtigkeitsgehalt der betreffenden Regelung unter den bereits eingehend dargelegten Voraussetzungen nicht den geringsten Abstrich.⁴⁶⁰ Im Rahmen der Anwendung des § 32 Abs. 4 UrhG kann es folgerichtig keinen Unterschied machen, ob der eine angemessene Vergütung vorsehende Tarifvertrag unmittelbar oder kraft einzelvertraglicher Bezugnahme gilt – für einen Anspruch nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG besteht in keinem der beiden Fälle ein Bedürfnis.⁴⁶¹

Desgleichen führt die Bezugnahme auf gemeinsame Vergütungsregeln gemäß § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG zu einem faktischen Ausschluss dieses Anspruchs.⁴⁶² Finden also trotz Tarifbindung gemeinsame Vergütungsregeln Eingang in den Individualvertrag, verbieten sich im Ergebnis jedenfalls Korrekturen nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG; dieserhalb stehen sich Regelwerk im Sinne von § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG und Tarifvertrag in nichts nach. Während mangels tariflicher Bindung bereits eine Auslegung der betreffenden vertraglichen Vereinbarung alle Antworten auf offene Fragen zu geben vermag, wirft die soeben beschriebene Konstellation aber hinsichtlich der konkreten Höhe der Zahlungsverpflichtung des Werknutzers Probleme auf. Eine Bereinigung dieser Ungewissheiten und somit die Schaffung von Rechtssicherheit stellt sich folglich als alleinige Aufgabe des § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG dar.

⁴⁵⁹ Dazu etwa Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (178); Ory, AfP 2002, S. 93 (102).

⁴⁶⁰ Vgl. Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (575); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 81.

⁴⁶¹ Hierzu etwa Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (178); Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (575); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 75.

⁴⁶² Siehe Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 164; Ory, AfP 2002, S. 93 (96); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 53.

Für die skizzierte Konkurrenzsituation wird die Maßgeblichkeit der Tarifvergütung absolut festgeschrieben und gleichzeitig einer einzelvertraglichen Bezugnahme, unabhängig von der tatsächlichen Geeignetheit des Bezugsobjekts, einen ausgewogenen Kompromiss zu formulieren, die Grundlage entzogen.⁴⁶³ Derartig den Anwendungsbereich gemeinsamer Vergütungsregeln zu begrenzen, ignoriert die subjektiven Bewertungen der verschiedenen kollektiven Regelwerke durch die Vertragsparteien und widerspricht daher dem ausdrücklichen Parteiwillen. Zeichnen sich mithin wiederum Konflikte zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 2 Abs. 1 GG ab, empfiehlt sich diesbezüglich die Rekapitulierung unlängst angestellter Überlegungen.

Einschränkungen der individuellen Vertragsfreiheit aus sozialpolitischen Gründen müssen keineswegs materieller Natur sein und sehen sich prinzipiell vom Schrankenvorbehalt des Grundrechts gedeckt.⁴⁶⁴ Effektiver Schutz der Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnlichen Mitarbeiter realisiert sich in erster Linie auf dem Wege kollektiver Selbstbestimmung; Verhandlungen auf dieser Ebene ermöglichen die Kompensation der strukturell bedingten Übermacht der Arbeitgeberseite und bedeuten eine Fortsetzung der individuellen Vertragsfreiheit mit anderen Mitteln.⁴⁶⁵ Tariflichen Regelwerken wird die wichtige Aufgabe zuteil, einen angemessenen sozialen Mindeststandard zu garantieren.⁴⁶⁶

Für den Schutz der Tarifautonomie trägt in diesem Zusammenhang insbesondere der Grundsatz der Unabdingbarkeit des § 4

⁴⁶³ Beachte insofern Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 5; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210).

⁴⁶⁴ Vgl. Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (35); Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (206); Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 391; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 197; Grün, WM 1994, S. 713 (721).

⁴⁶⁵ Zu dieser Thematik Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 164 u. 180; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (206 f.); Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 391; Bartholomeyczik, AcP 166, S. 30 (57); Löwisch, JZ 1996, S. 812 (818); Rieble, RdA 1996, S. 151 (155 f.).

⁴⁶⁶ Hierzu auch Heinze, NZA 1995, S. 5 (6); Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 164.

Abs. 1 S. 1 TVG Sorge.⁴⁶⁷ Jedoch stellt § 4 Abs. 3 TVG, um Spannungen mit Art. 2 Abs. 1 GG vorzubeugen, das Tarifwerk einseitig zur Disposition und verankert das Recht zur einzelvertraglichen Vereinbarung übertariflicher Bedingungen.⁴⁶⁸ Der Umfang der übertariflichen Leistungen und die Motivation für solche Absprachen sind unerheblich.⁴⁶⁹ Zudem greift das Günstigkeitsprinzip als Ausdruck des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens einerseits Platz, wenn dem Tarifvertrag eine abweichende Vereinbarung nachfolgt, und auch dann, falls eine günstigere Abmachung bereits vor dessen Abschluss getroffen wurde.⁴⁷⁰ Allerdings verbürgt die Vorschrift keinen bestimmten tariffreien Raum. Den sozialen Gegenspielern bleiben selbst abschließende Regelungen der Arbeitsbedingungen nicht verwehrt; die Vertragsfreiheit wird insoweit lediglich formal und nicht etwa gegenständlich gewährleistet.⁴⁷¹

§ 36 Abs. 1 S. 3 UrhG gesteht hingegen tarifgebundenen Parteien eines Individualvertrages überhaupt keinen potenziellen Gestaltungsspielraum für Absprachen zu. Zumindest partielle Einschränkungen der tariflichen Regelungsmacht könnten obigen Ausführungen zufolge einem verfassungsrechtlichen Gebot entsprechen.⁴⁷² Indes rufen Überlegungen, welche die Rechtfertigung einer Aushebelung des Günstigkeitsprinzips betreffen, die praktischen Schwierigkeiten in Erinnerung, die nicht nur im Rahmen der Bestimmung des Gegenstands eines Günstigkeitsvergleiches, sondern auch bei der Festlegung eines Vergleichsmaßstabes auf-

⁴⁶⁷ Siehe Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 194; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 432.

⁴⁶⁸ Dazu Rieble, RdA 1996, S. 151 (155); Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 383 u. 387; Zöllner/Loritz-Loritz, Arbeitsrecht, S. 398; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 197.

⁴⁶⁹ Hierzu Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 387.

⁴⁷⁰ Siehe Zöllner/Loritz-Loritz, Arbeitsrecht, S. 401; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 164 u. 178; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 200; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 386.

⁴⁷¹ So Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 387.

⁴⁷² Vgl. Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 197; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 389 ff.

treten.⁴⁷³ Dürfte deshalb eine Gegenüberstellung der kollektiven Regelwerke generell ergebnislos verlaufen, bleiben die Vertragspartner ohnehin auf das Tarifwerk verwiesen, um nicht die Schutzfunktion der Tarifautonomie für die Gesamtheit der Tarifgebundenen in Frage zu stellen.⁴⁷⁴ Denn dem Parteiwillen den Vorzug einzuräumen, würde einer erneuten Fremdsteuerung der wirtschaftlich unterlegenen Urheber den Weg bereiten; den Werknutzern böte sich die Gelegenheit, den Vertragschluss mit dem Kreativen von der vertraglichen Einbeziehung gemeinsamer Vergütungsregeln abhängig zu machen – die daraus resultierenden Gefahren für die Tarifautonomie sind im Detail bereits an anderer Stelle dieser Abhandlung skizziert worden.⁴⁷⁵

Auf Basis dieser Erwägungen kann weder der grundsätzliche Regelungsbedarf für § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG noch die Rechtfertigung der Einschränkung der individuellen Vertragsfreiheit länger in Zweifel gezogen werden.⁴⁷⁶ Lediglich die völlige Abschaffung des Günstigkeitsprinzips berührt Art. 2 Abs. 1 GG in seinem Kernbereich; im Ergebnis zerstreuen sich jegliche Bedenken.⁴⁷⁷

⁴⁷³ Zu dieser Thematik etwa Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 85; Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 u. 24; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 204 ff. u. 208 ff.; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 451 ff. u. 467 ff.; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 186 ff.; Zöllner/Loritz-Loritz, Arbeitsrecht, S. 399 f.

⁴⁷⁴ Hierzu Etzel, NZA 1987, Beilage 1, S. 19 (24 f.); Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 213; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 437 u. 478; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 190.

⁴⁷⁵ Vgl. Ausführungen zum Wahlrecht als Lösungsmodell einer Konkurrenzsituation sowie Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 209; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 460; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 86; Däubler-Gmelin, GRUR 2000, S. 764 (765); Feudner, DB 1993, S. 2231 (2232).

⁴⁷⁶ Siehe allerdings Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 81 u. 85.

⁴⁷⁷ Vgl. insbesondere § 613 a Abs. 1 S. 3 BGB u. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG sowie Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 197; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 4 Rn. 393; Kempen/Zachert-Kempen, TVG, § 4 Rn. 164; Thüsing, GRUR 2002, S. 203 (210).

6. „Fairnessausgleich“ des § 32 a UrhG

Im Rahmen der bisherigen Untersuchung blieb § 32 a UrhG weitestgehend außen vor; deswegen soll der Vorschrift nun die ihr gebührende Aufmerksamkeit gewidmet werden. § 32 a UrhG tritt die Nachfolge von § 36 UrhG a.F. an und gewährt unter bestimmten Voraussetzungen dem Urheber einen Anspruch auf weitere Teilhabe an den wirtschaftlichen Früchten, welche aus seinem Werk gezogen werden.⁴⁷⁸ Dabei erschien zu Anfang des Gesetzgebungsverfahrens eine Aufrechterhaltung dieses sog. Bestsellerparagraphen erst einmal entbehrlich; nach der ursprünglichen Konzeption der Novellierung des Urhebervertragsrechts sollte nämlich dem Kreativen noch für jede tatsächlich stattfindende Werknutzung ein allgemeiner und unmittelbarer gesetzlicher Anspruch auf angemessene Vergütung zustehen.⁴⁷⁹ Erst der Rechtsausschuss hat sich verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten gebeugt, hierauf verzichtet und den vertraglichen Vergütungsanspruch in den Vordergrund gerückt.⁴⁸⁰ § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG trägt der spezifischen Ausprägung der Rechtsbeziehungen zwischen Urhebern und Verwertern Rechnung und knüpft zur Korrektur der Folgen strukturell bedingter Disparitäten an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an.⁴⁸¹ Um den Kreativen in angemessenem Umfang den wirt-

⁴⁷⁸ Vgl. Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (573); Schack, GRUR 2002, S. 853 (854) und ZUM 2001, S. 453 (454 f.); Schricker, GRUR 2002, S. 737 (739); Schricker-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 3.

⁴⁷⁹ Hierzu etwa Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (179); Stickelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1088 u. 1092 f.); Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 9 ff.; Schack, Urheberrecht, Rn. 966 und GRUR 2002, S. 853 (855 f.) sowie ZUM 2001, S. 453 (458 f. u. 461); Ory, AfP 2002, S. 93 (99); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 4; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 276 u. 278; Berger, GRUR 2003, S. 675 (676) und Urhebervertragsrecht, Rn. 52; Schricker, Verlagsrecht, § 22 Rn. 19 a; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (927).

⁴⁸⁰ Beachte Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149; Berger, GRUR 2003, S. 675 (676) und Urhebervertragsrecht, Rn. 63; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 4; Schack, GRUR 2002, S. 853 (855); Ory, AfP 2002, S. 93 (94).

⁴⁸¹ Dazu Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 276; Ory, AfP 2002, S. 93 (94 u. 97); Berger, GRUR 2003, S. 675 (676) und Urhebervertragsrecht, Rn. 141 f.; Bayreuther, GRUR

schaftlichen Nutzen ihrer geistig-schöpferischen Leistung zuordnen zu können, genügt jedoch ein solches Instrumentarium alleine nicht.⁴⁸² Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 14 GG – das urheberrechtliche Beteiligungsprinzip findet sich neben § 11 S. 2 UrhG auch etwa in § 13 Abs. 3 S. 1 WahrnG gesetzlich fixiert und konkretisiert – machen darüber hinaus eine Verlaufskontrolle erforderlich.⁴⁸³ Der alte Standort des Bestsellerparagrafen war schlichtweg vergeben. Der Gesetzgeber sah sich deshalb zur Installation des Fairnessausgleichs in § 32 a UrhG gezwungen; die Weichen für eine angemessene Partizipation des Urhebers an außergewöhnlichen Verwertungserfolgen sind durch die Vornahme einer ex post-Betrachtung mithin grundsätzlich gestellt.⁴⁸⁴ Allerdings harmonierten die tatbestandlichen Anforderungen des § 36 UrhG a.F. nicht mit den Zielsetzungen der Neuregelung. Die Durchschlagskraft dieser lediglich auf besondere Ausnahmefälle beschränkten Schutzbestimmung hat letzten Endes auch der Gesetzgeber für unzureichend und somit inhaltliche Änderungen für unerlässlich erachtet.⁴⁸⁵ Hinsichtlich der Modifizierungen, welche

2003, S. 570 (573); Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 324.

⁴⁸² Siehe Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 61 f.; Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410; Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 9 f. u. 13; v. Olenhusen, ZUM 2000, S. 736 (737); Schricker, Verlagsrecht, § 22 Rn. 19 a; Schack, Urheberrecht, Rn. 955.

⁴⁸³ Beachte BGH v. 31.05.1990, GRUR 1990, S. 1005 (1007); Gerstenberg, GRUR 1974, S. 591(592); Brandner, GRUR 1993, S. 173 (175); Schricker, GRUR 2002, S. 737 (739); Schricker-Reinbothe, Urheberrecht, § 13 WahrnG Rn. 7; Schack, GRUR 2002, S. 853 (854 f.) und ZUM 2001, S. 453 (454); Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410 f.; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 4; Ory, AfP 2002, S. 93 (97 u. 100); Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 324; Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (573); v. Olenhusen, ZUM 2000, S. 736 (737); Berger, GRUR 2003, S. 675 (676) und Urhebervertragsrecht, Rn. 64; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (924); Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1089).

⁴⁸⁴ Vgl. auch Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (179); Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149(161); Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 324; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 61 f.; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (927); Berger, GRUR 2003, S. 675 (676) und Urhebervertragsrecht, Rn. 250; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 276; Kretschmer, GRUR 2002, S. 322.

⁴⁸⁵ Hierzu Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 (161); Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (179); UrhG-Entwurf v. 23.03.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in Schulze, Materialien, S. 349 (462); BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (396); BGH v. 21.06.2001, JZ 2002,

daraufhin zur Sicherstellung einer ausreichenden Effizienz des § 32 a UrhG vorgenommen wurden, kann im Großen und Ganzen auf die im Anschluss an diese allgemeinen Ausführungen folgenden Darlegungen verwiesen werden. Insbesondere die ausdrückliche Aufgabe des Erfordernisses der Unerwartetheit in § 32 a Abs. 1 S. 2 UrhG wirkt einer Verkürzung des Schutzbereichs der Regelung entgegen und beseitigt damit eine entscheidende Schwachstelle des alten Bestsellerparagrafen.⁴⁸⁶ Zwar sollte laut BGH im Zuge der Subsumtion unter diese ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung abweichend vom Sprachgebrauch nicht bloß auf die Vorstellungen der Parteien über die zukünftige Entwicklung abzustellen und ein Anspruch auf weitere Beteiligung nicht bereits ausgeschlossen sein, wenn das grobe Missverhältnis als mehr oder minder wahrscheinliche Möglichkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraussehbar war.⁴⁸⁷ Trotz alledem öffnete das Unerwartetheitserfordernis einer Gesetzesumgehung Tür und Tor – in den Vertrag konnte die Diskrepanz gleichsam als eine mögli-

S. 147 (148); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 248; Ory, AfP 2002, S. 93 (94); Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (927); Schack, GRUR 2002, S. 853 (856) und ZUM 2001, S. 453 f.; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 277 u. 279; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 1 f.; Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (575); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 62 f.; Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 1; v. Olenhusen, ZUM 2000, S. 736 (739); Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1089 f.); Schricker, GRUR 2002, S. 737 und Anm. zu BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 149 (150); Schricker-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 1 f.; Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410 (414 f. u. 421); Gerstenberg, GRUR 1974, S. 591.

⁴⁸⁶ Vgl. dazu BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147; BGH v. 13.12.2001, GRUR 2002, S. 602 (604); BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (66); BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (396 f.); BGH v. 13.09.1983, GRUR 1984, S. 429 (432); OLG Hamm v. 19.09.1989, ZUM 1990, S. 247 (248 f.); Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (575); Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 9; v. Olenhusen, ZUM 2000, S. 736 (739); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 280 u. 300; Berger, GRUR 2003, S. 675 (676 f.); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 6; Schack, Urheberrecht, Rn. 968 und GRUR 2002, S. 853 (856); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 3; Brandner, GRUR 1993, S. 173 (174 f.); Götting, FS für Schricker, S. 53 (73); v. Gamm, WRP 1994, S. 677; Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 14; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 63 ff.; Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1089).

⁴⁸⁷ So BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (66 f.); BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (396 u. 398); siehe auch Brandner, GRUR 1993, S. 173 (174); Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 6.

che Entwicklung während der Vertragsabwicklung hineingeschrieben werden.⁴⁸⁸

§ 36 UrhG a.F. wies insofern keinen erhöhten Schutzgehalt gegenüber den §§ 138, 242, 826 BGB auf und stellte nach bisher vorherrschendem dogmatischen Verständnis eine spezialgesetzliche Ausprägung der allgemeinen Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage dar.⁴⁸⁹ Jedoch dient nunmehr § 32 a UrhG nicht länger der Beseitigung einer Äquivalenzstörung, sondern dazu, dem vertragsextern vorgegebenen Gerechtigkeitsziel einer angemessenen Ertragsbeteiligung zur Geltung zu verhelfen.⁴⁹⁰ Die typischerweise schwächere Vertragspartei wird zum Zwecke der Realisierung dieses Ziels ohne Rücksicht auf die Erwartungshaltung der Parteien in der Weise von der getroffenen Vergütungsvereinbarung entbunden, dass Einwilligung in eine Vertragsänderung verlangt werden kann.⁴⁹¹ Mit Aufgabe des Erfordernisses der Unerwartetheit, welches als Wesenselement der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage begriffen werden kann, kommt folglich nur noch in Betracht, § 32 a UrhG als gesetzlich geregelten Fall der objektiven Inhaltskontrolle einzuordnen.⁴⁹²

⁴⁸⁸ Hierzu BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (66); Ory, AfP 2002, S. 93 (99); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 65.

⁴⁸⁹ So etwa BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (148); BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (396); BGH v. 31.05.1990, GRUR 1990, S. 1005 (1006); BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (66); OLG Hamm v. 19.09.1989, ZUM 1990, S. 247 (249); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 1; v. Gamm, WRP 1994, S. 677; Gerstenberg, GRUR 1974, S. 591 (592); Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 6; Götting, FS für Schrickler, S. 53 (73); Stickelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1089); Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 3; Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410 (414 u. 418); vgl. auch Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (927); Schack, Urheberrecht, Rn. 968 und GRUR 2002, S. 853 (856); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 300; Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (575); Berger, GRUR 2003, S. 675 (676 f.) und Urhebervertragsrecht, Rn. 255; Brandner, GRUR 1993, S. 173 (174 ff.).

⁴⁹⁰ Dazu Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 300; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (925); Brandner, GRUR 1993, S. 173 (176).

⁴⁹¹ Beachte Brandner, GRUR 1993, S. 173 (176 f.).

⁴⁹² Vgl. § 313 Abs. 1 BGB; BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (397); Brandner, GRUR 1993, S. 173 (176); Berger, GRUR 2003, S. 675 (677) und Urhebervertragsrecht, Rn. 255 f.; Schack, Urheberrecht, Rn. 968 und GRUR 2002, S. 853 (856) sowie ZUM 2001, S. 453 (461); Ory, AfP 2002, S. 93 (99); Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (927); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 283 u. 300.

a) Anspruchsvoraussetzungen

Des Weiteren soll die Aufmerksamkeit den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG gelten. Räumt ein Urheber einem anderen wirksam ein gegenständliches Nutzungsrecht ein, müssen die Bedingungen der vertraglichen Absprache einer näheren Überprüfung durch den Richter standhalten.⁴⁹³

1) Erträge und Vorteile

Im ersten Schritt ist herauszufinden, welche Erträge und Vorteile dem Vertragspartner „aus der Nutzung des Werkes“ bis zur letzten mündlichen Verhandlung im Einwilligungsprozess anfallen.⁴⁹⁴ Erträge – bzw. Erträgnisse im Sinne von § 32 a Abs. 2 S. 1 UrhG – sind alle Vermögensvorteile, welche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verwertung einer geistig-schöpferischen Leistung stehen und sich in Geldsummen ausdrücken lassen.⁴⁹⁵ Selbst im eigenen Betrieb des Vertragspartners erzielte Einnahmen können unter die Definition subsumiert werden.⁴⁹⁶ Die Vorschrift erteilt einer bloßen Überschussbeteiligung eine Absage; entscheidend muss der Bruttoerlös ohne jeden Kostenabzug sein.⁴⁹⁷ Denn der

⁴⁹³ Abgrenzung zu schuldrechtlichen Verträgen und §§ 97 ff. UrhG; siehe Berger, GRUR 2003, S. 675 (676 u. 680) und Urhebervertragsrecht, Rn. 53 u. 294; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 7; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 286.

⁴⁹⁴ Vgl. hierzu Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 302; Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 13.

⁴⁹⁵ Siehe Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 9; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 8; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 10.

⁴⁹⁶ So Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 5; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70.

⁴⁹⁷ Dazu BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147; BGH v. 31.05.1990, GRUR 1990, S. 1005 (1007); BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (68); LG Berlin v. 25.10.2005, ZUM 2005, S. 901 (903); LG Berlin v. 27.04.2006, ZUM 2006, S. 942 (945); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 8; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 292; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928); Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 9; Schrickler, GRUR 2002, S. 737 (739); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 5; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 10; dagegen Berger, GRUR 2003, S. 675 (678) und Urhebervertragsrecht,

Gewinn wird durch vielgestaltige, nicht mit dem Werk zusammenhängende Faktoren beeinflusst.⁴⁹⁸ Dem urheberrechtlichen Grundsatz der angemessenen Teilhabe widerspräche, den Kreativen auf eine Position zurückzudrängen, die ihn über Gebühr am wirtschaftlichen Risiko des Verwerters beteiligen würde.⁴⁹⁹ Produktionskosten, Vertriebskosten, allgemeine Fixkosten sowie Rechtserwerbskosten – insbesondere Zahlungen an den Vertragspartner des Urhebers im Falle einer Weiterübertragung des Nutzungsrechts – sind demnach mitnichten abzugsfähig.⁵⁰⁰

Der Begriff „Vorteile“ bezeichnet die günstigen Positionen, welche aus Verwertungshandlungen entspringen, die nicht unmittelbar auf Umsatzgeschäfte mit dem Nutzungsrecht und folglich finanziellen Ertrag zielen.⁵⁰¹ Nach bisherigem Recht wurden derartige Posten noch den sog. Erträgen zugerechnet. Inhaltliche Veränderungen sind mit der Aufnahme des Vorteilsbegriffs in den Tatbestand des § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG somit nicht verbunden; der Bestsellerparagraf hat diesbezüglich nur eine redaktionelle Modernisierung erfahren.⁵⁰² Vorteile können dem Vertragspartner konkret insbesondere durch Einsatz des Werkes in der Werbung für das betreffende Unternehmen oder dessen Produkte entstehen.⁵⁰³ Ob-

Rn. 262 u. 271.

⁴⁹⁸ Beachte Schrickler-Reinbothe, Urheberrecht, § 13 WahrnG Rn. 7.

⁴⁹⁹ Vgl. Diskussion der inhaltlichen Ausgestaltung des Einigungsvorschlags sowie auch BGH v. 31.05.1990, GRUR 1990, S. 1005 (1007); BGH v. 08.12.1981, BGHSt 30, S. 280 (281 f.); Schrickler-Reinbothe, Urheberrecht, § 13 WahrnG Rn. 7; Berger, GRUR 2003, S. 675 (678) und Urhebervertragsrecht, Rn. 262.

⁵⁰⁰ Siehe Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70; Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 9; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 10; hingegen Berger, GRUR 2003, S. 675 (678) und Urhebervertragsrecht, Rn. 262 f.

⁵⁰¹ Hierzu etwa Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (180); Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 (162); Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 324; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 8; Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 265; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 291; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928).

⁵⁰² Dazu Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 291; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 5; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 8.

⁵⁰³ Beachte OLG Naumburg v. 07.04.2005, ZUM 2005, S. 759 (761); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 5; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 8; Berger, GRUR 2003, S. 675 (678); Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 282 u.

schon der Urheber, wenn neben der Verwendung für Werbezwecke auch ein Verkauf von Werkstücken stattfindet, vielleicht sogar unmittelbar an den Erträgen der Werbung beteiligt wird, bleiben dem Verwerter zusätzliche Aufwendungen für die Bewerbung des Produktes erspart.⁵⁰⁴ Jene Ersparnis ist mithin immer als geldwerter Vorteil in die vorzunehmende Vergleichsrechnung einzustellen.⁵⁰⁵

Der schöpferische Beitrag muss schließlich nicht kausal für den Verwertungserfolg, d.h. der Ertrag nicht adäquat auf die Gestaltungskraft des Urhebers zurückzuführen sein.⁵⁰⁶ Indes nimmt diese Feststellung keineswegs eine Entscheidung über die Anwendung der Vorschrift auf untergeordnete Beiträge – hierzu später mehr – vorweg. Schlichte Ertragsprognosen stützen darüber hinaus eine weitere Beteiligung im Sinne des § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG ebenso wenig wie fiktive Erträge und Vorteile.⁵⁰⁷ Auch sind dem Wortlaut keine Anzeichen dafür zu entnehmen, dass die tatsächlich angefallenen Erträge noch im Vermögen des Verwerter vorhanden sein müssen, zumal die Zulässigkeit einer Einwendung der Entreicherung – einem Kostenabzug vergleichbar – im Widerspruch zum Schutzzweck der Regelung stünde.⁵⁰⁸

291; Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 14; Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 324.

⁵⁰⁴ Hierzu Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 266.

⁵⁰⁵ Vgl. Schätzung nach § 287 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 1 ZPO.

⁵⁰⁶ Siehe Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 (162); Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (179); BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (396 f.); BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (148); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70 f.; Schricker-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 12; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 276; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 5; v. Gamm, WRP 1994, S. 677 (679).

⁵⁰⁷ So etwa Berger, GRUR 2003, S. 675 (678) und Urhebervertragsrecht, Rn. 250, 269 u. 289; Schricker-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 14; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 301.

⁵⁰⁸ Vgl. dazu Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 270.

2) Vereinbarte Gegenleistung

Im nächsten Schritt rückt die vereinbarte Gegenleistung in den Mittelpunkt des Interesses. Diese muss nicht notwendigerweise durch die Hingabe von Geld oder anderen Vermögenswerten gekennzeichnet sein; erfasst werden vielmehr alle vertragsmäßigen Zuwendungen.⁵⁰⁹ Das betrifft Sach- und Dienstleistungen jeglicher Art wie insbesondere Vervielfältigung und Verbreitung, Beratung und Management des Kreativen, Sonderdrucke oder die Gewährung von Freixemplaren.⁵¹⁰ Solange der Urheber die Werknutzung nicht in Schenkungsabsicht unentgeltlich gestattet, hindert die Geltendmachung eines Anspruchs nach § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG weder der vollständige Verzicht auf ein Honorar noch die Verpflichtung zur Zahlung eines Druckkostenzuschusses.⁵¹¹

3) Auffälliges Missverhältnis

Schließlich ist ein Vergleich der beiden genannten Faktoren anzustellen und eine wertende Betrachtung vorzunehmen, ob sich aus der tatsächlichen Nutzung des Werkes ein Missverhältnis ergibt. Während § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG keine Bagatellgrenze kennt und deshalb selbst zur Korrektur geringfügiger Differenzen herangezogen werden kann, greift § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG lediglich dann, wenn auffällige Abweichungen von einer als angemessen zu beurteilenden Beteiligung in Rede stehen.⁵¹² Die Bestimmung der objektiv angemessenen Vergütung obliegt dem Richter; für die Er-

⁵⁰⁹ Beachte Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 293; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 9.

⁵¹⁰ Siehe Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 9; Berger, GRUR 2003, S. 675 (679) und Urhebervertragsrecht, Rn. 273; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 293; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70.

⁵¹¹ Siehe etwa Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 4; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 293; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70; Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 275; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 9.

⁵¹² Dazu Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 299 u. 320; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 251.

mittlung des Missverhältnisses bilden im Urheberinteresse grundsätzlich die insgesamt aus der Nutzung des Werkes erzielten Erträge und Vorteile den Maßstab, wenngleich jeder Lizenznehmer nach § 32 a Abs. 2 S. 1 UrhG nur auf den ihm ursprünglich zufließenden Teil der Erträge haftet.⁵¹³

§ 36 Abs. 1 UrhG a.F. verlangte noch ein grobes Missverhältnis. Der Wechsel der Terminologie soll eine deutliche Herabsetzung der hohen Hürden des Tatbestandes bewirken.⁵¹⁴ Insoweit stellt sich die Frage, wie sich ein auffälliges Missverhältnis konkret definiert; die Begrifflichkeit findet in der Rechtsordnung vielfach Verwendung.⁵¹⁵ § 313 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 ZPO zwingt zu einer nachvollziehbaren und rational begründeten Staffelung zwischen einem angemessenen Verhältnis, dem bloßen und einem auffälligen Missverhältnis.⁵¹⁶ Um eine übermäßige Verkleinerung der Bewertungsspielräume und mithin Begründungsschwierigkeiten auszuschließen, dürfen die Abstände also nicht zu eng gezogen werden.⁵¹⁷ Den gegenüberzustellenden Beträgen sollte eine gewisse Evidenz des Missverhältnisses anhaften.⁵¹⁸

Eine zutreffende Abstufung wird durch einen Blick auf die Rechtsprechung erleichtert. So betrachtete der BGH nur unter der Bedingung, dass eine Vertragsänderung zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit nicht vereinbarer und damit der

⁵¹³ Beachte die nach § 34 Abs. 5 S. 2 UrhG eröffnete Möglichkeit zur vertraglichen Abbedingung des Zustimmungsrechts des Urhebers im Sinne von § 34 Abs. 1 UrhG; siehe Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410 (419); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 16; Berger, GRUR 2003, S. 675 (681) und Urhebervertragsrecht, Rn. 304; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 66.

⁵¹⁴ So Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 (161 f.); Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (179); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 7; Rehbinder, Urheberrecht, Rn. 324; Ory, AfP 2002, S. 93 (99); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 282; Schrickler, GRUR 2002, S. 737; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 281, 283 u. 296.

⁵¹⁵ Beachte etwa § 291 Abs. 1 StGB, § 4 a Abs. 2 S. 2 WoVermittG oder § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 WiStG; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 298.

⁵¹⁶ Siehe Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 283.

⁵¹⁷ Dazu Berger, GRUR 2003, S. 675 (679).

⁵¹⁸ So Berger, GRUR 2003, S. 675 (679).

betroffenen Vertragspartei unzumutbarer Folgen offensichtlich unabweislich erschien, ein Anpassungsverlangen des Benachteiligten nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage als gerechtfertigt.⁵¹⁹ Die Richter ließen selbst eine Abweichung um 100 % allein nicht für die Feststellung einer die persönliche Opfergrenze überschreitenden und schlechthin unerträglichen Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung genügen.⁵²⁰

Im Rahmen der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs des groben Missverhältnisses orientierte sich der BGH des Weiteren an den von ihm selbst aufgestellten Grundsätzen zur Sittenwidrigkeit von Kredit- und Kaufverträgen.⁵²¹ Ist der objektive Wert der Leistung etwa doppelt so hoch wie der Wert der Gegenleistung, sieht die übervorteilte Vertragspartei ihr Interesse an der getroffenen Vereinbarung nicht mehr auch nur annähernd gewahrt.⁵²² Derartig gravierende Diskrepanzen begründen nach der Rechtsprechung als Missbrauch der Vertragsgestaltungsfreiheit nicht bloß eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB, sondern sollten auch gemäß § 36 Abs. 1 UrhG a.F. Konsequenzen nach sich ziehen.⁵²³

⁵¹⁹ Vgl. BGH v. 04.07.1996, BGHZ 133, S. 281 (295); BGH v. 31.05.1990, GRUR 1990, S. 1005 (1007); BGH v. 18.01.1996, GRUR 1996, S. 763 (764); BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (396); Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 3 u. 6; Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 8; Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410 (418).

⁵²⁰ Siehe BGH v. 18.01.1996, GRUR 1996, S. 763 (764 f.); BGH v. 31.05.1990, GRUR 1990, S. 1005 (1007); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 297; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 3; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928).

⁵²¹ Beachte den ausdrücklichen Verweis auf den objektiven Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB in UrhG-Entwurf v. 23.03.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in Schulze, Materialien, S. 349 (463).

⁵²² Siehe BGH v. 05.10.2001, NJW 2002, S. 429 (430); BGH v. 19.01.2001, NJW 2001, S. 1127 (1128); BGH v. 11.01.1995, BGHZ 128, S. 255 (259); BGH v. 13.03.1990, NJW 1990, S. 1595 (1596); BGH v. 31.05.1990, GRUR 1990, S. 1005 (1007); BGH v. 18.01.1996, GRUR 1996, S. 763 (764); KG v. 22.01.2001, NJW-RR 2001, S. 1092; LG Berlin v. 25.10.2005, ZUM 2005, S. 901 (903); Palandt-Heinrichs, BGB, § 138 Rn. 67; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 7; Hübner, FS für Steindorff, S. 589 (593).

⁵²³ Dazu BGH v. 13.12.2001, GRUR 2002, S. 602 (604); BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (67 f.); BGH v. 19.01.2001, NJW 2001, S. 1127 ff.; BGH v. 11.01.1995, BGHZ 128, S. 255 (258); BGH v. 05.10.2001, NJW 2002, S. 429 (430); Möhring/

Kennzeichnet die Grenze des Doppelten mithin bereits das grobe Missverhältnis, kann im Interesse einer korrekten Staffelung die 100%-Marke allenfalls einen ersten Anhaltspunkt zur Definition des auffälligen Missverhältnisses bieten. Eine starre Wertgrenze darf nicht aufgestellt werden; die Verheißung größerer Rechtssicherheit durch feste Schwellenwerte entbindet nicht von der Notwendigkeit einer Einzelfallentscheidung über die Auffälligkeit der Diskrepanz anhand der konkreten Umstände – ausführlich soll zur wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung noch Stellung bezogen werden.⁵²⁴

Kann sich also auch im Falle weitaus geringerer Abweichungen als 100 % ein auffälliges Missverhältnis ergeben, wird vorgeschlagen, Abweichungen um etwa zwei Drittel ausreichen zu lassen.⁵²⁵ Dieser Orientierungswert ist dem französischen Recht entlehnt. Art. L. 131-5 Abs. 1 CPI gesteht dem Urheber im Falle einer Rechtsübertragung gegen Pauschalabfindung – in Frankreich gilt der Grundsatz der verhältnismäßigen Beteiligung – ein Recht auf Vertragsanpassung zu, wenn er infolge einer unangemessenen Vergütungsberechnung oder einer ungenügenden Voraussicht der Erträge einen Nachteil von 7/12 erlitten hat.⁵²⁶ Die Grundintentionen-

Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 9 u. 24; Hübner, FS für Steindorff, S. 589 (594); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 64; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 6; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 12; Brandner, GRUR 1993, S. 173 (174 f.); Götting, FS für Schrickler, S. 53 (73).

⁵²⁴ Vgl. zur Notwendigkeit einer Einzelfallentscheidung BGH v. 19.01.2001, NJW 2001, S. 1127 (1129); Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (179); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 6; Berger, GRUR 2003, S. 675 (679) und Urhebervertragsrecht, Rn. 282 u. 284; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 66; Hübner, FS für Steindorff, S. 589 (592 f.); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 281 u. 298; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 12; Schack, Urheberrecht, Rn. 968 und GRUR 2002, S. 853 (856); Ory, AfP 2002, S. 93 (100); Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 14; Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 9; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928); Kretschmer, GRUR 2002, S. 322.

⁵²⁵ So bereits Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 6; siehe auch Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 (162); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 297; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 7; Schack, GRUR 2002, S. 853 (856); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 66.

⁵²⁶ CPI als Abkürzung von Code de la Propriété Intellectuelle; beachte zudem Hohagen, FS für Dietz, S. 81 ff. (96); v. Lewinski, FS für Schrickler, S. 685 (693 u. 697);

tion der Vorschrift ist daher derjenigen des Bestsellerparagrafen vergleichbar.⁵²⁷

Weitere Aufklärung verspricht ein Blick auf die Rechtsprechung des BGH zum Mietwucher. Abweichungen um 50 % vom üblichen Vergleichsmietzins sollen mit Rücksicht auf die soziale Komponente des Wohnraummietrechts nicht mehr hinnehmbar sein, was Erinnerungen an das klassische Römische Recht weckt.⁵²⁸ Danach konnte sich der Verkäufer, welcher weniger als die Hälfte des tatsächlichen Wertes erzielt hatte, auf den Anfechtungsgrund der sog. „laesio enormis“ berufen.⁵²⁹ Die Grenze zum bloßen Missverhältnis etwa bei 50 % festzumachen, begegnet somit keinen Bedenken. Ein besonderes Schutzbedürfnis kann im Ergebnis nicht nur für Wohnungsmieter, sondern auch für Urheber angenommen und schon eine solch geringe Abweichung prinzipiell für geeignet betrachtet werden, das Tatbestandsmerkmal des auffälligen Missverhältnisses zu erfüllen.⁵³⁰

4) Berücksichtigung der gesamten Beziehungen

Darüber hinaus ordnet § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG für die Feststellung eines auffälligen Missverhältnisses die Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Urhebers zum Nutzungsberechtigten an. Aus diesem Passus, welcher im Wortlaut unverändert von § 36 Abs. 1 UrhG a.F. übernommen worden ist, kann zunächst im Umkehrschluss gefolgert werden, dass jedenfalls die aus Verlustge-

Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410 (415).

⁵²⁷ Siehe v. Lewinski, FS für Schrickler, S. 685 (697).

⁵²⁸ Vgl. KG v. 22.01.2001, NJW-RR 2001, S. 1092; BGH v. 08.12.1981, BGHSt 30, S. 280 (281); BGH v. 23.04.1997, BGHZ 135, S. 269 (277); Palandt-Heinrichs, BGB, § 138 Rn. 67.

⁵²⁹ Beachte insbesondere Hübner, FS für Steindorff, S. 589 (590).

⁵³⁰ So Berger, GRUR 2003, S. 675 (679); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 298 u. 324.

schäften mit anderen Kreativen resultierende schlechte wirtschaftliche Lage eines Verwerters keine Beachtung verdient.⁵³¹

Ob allerdings die vom Werknutzer im Rahmen einer weniger erfolgreichen Auswertung anderer Werke desselben Urhebers erlittenen Verluste und selbst rein persönliche Beziehungen zwischen beiden Vertragspartnern Eingang in die Gesamtbetrachtung finden dürfen, erscheint fraglich. Zwar hat sich nicht nur der Gesetzgeber von 1965 dafür ausgesprochen.⁵³² Jedoch stünde dann wiederum eine Abwälzung des Auswertungsrisikos seitens des Verwerters zu befürchten.⁵³³ Zudem würde insbesondere ein Wechsel des Verwerters durch den neuerdings erfolgreichen Urheber diesen ohne sachliche Rechtfertigung besser stellen, als wenn er dem alten Werknutzer erhalten geblieben wäre.⁵³⁴ Muss deshalb die Eigenexistenz des Vertrages geachtet und die nach § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG vorzunehmende Bewertung auf das einzelne Werk ausgerichtet werden, verbleibt für die Ausfüllung des Terminus „gesamte Beziehungen“ lediglich, was bei der Feststellung des auffälligen Missverhältnisses auch ohne seine ausdrückliche Nennung im Gesetz zu berücksichtigen ist.⁵³⁵

In die Beurteilung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen; insofern erübrigt sich eine eingehende Untersuchung der In-

⁵³¹ Siehe UrhG-Entwurf v. 23.03.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in Schulze, Materialien, S. 349 (463); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 6; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 9; Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 2; Reh binder, Urheberrecht, Rn. 324.

⁵³² Vgl. etwa UrhG-Entwurf v. 23.03.1962, BT-Drs. IV/270, abgedruckt in Schulze, Materialien, S. 349 (463) sowie BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (148); Schrick er, Anm. zu BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 149 (150); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 9; Schrick er-Schrick er, Urheberrecht, § 36 Rn. 11; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 66; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 295; Reh binder, Urheberrecht, Rn. 324; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 6 f.; Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 8; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928); v. Gamm, WRP 1994, S. 677 f.

⁵³³ Vgl. BGH v. 08.12.1981, BGHSt 30, S. 280 (281 f.); Berger, GRUR 2003, S. 675 (678).

⁵³⁴ Dazu Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 9.

⁵³⁵ Hierzu Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 295; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 9; Berger, GRUR 2003, S. 675 (678).

teressenlage der Vertragspartner nicht.⁵³⁶ So können die Umstände der Werknutzung – wenn beispielsweise der Verwerter außerordentlich intensive Vertriebsmaßnahmen unternommen hat – Eigenheiten aufweisen. Indes nehmen im Rahmen des Branchenüblichen getätigte Aufwendungen im Unterschied zu ungewöhnlichen Marketinganstrengungen keinen Einfluss auf die Begutachtung eines Missverhältnisses.⁵³⁷ Des Weiteren erbringt der Verwerter vielleicht höchstpersönlich wesentliche Beiträge zur Werkgestaltung. Welche Bedeutung nun etwa einer vom Verwerter stammenden Geschäftsidee für den wirtschaftlichen Erfolg zukommt, ist erst zu prüfen.⁵³⁸ Untergeordnete Beiträge der Kreativen können in Abgrenzung zu den das Gesamtwerk prägenden Beiträgen eher durch ein branchenübliches Pauschalhonorar abgegolten werden.⁵³⁹

Oftmals sehen insbesondere Bestellverträge im Sinne von § 47 VerlG eine pauschal nach Aufwand, Schwierigkeit und Bedeutung der fraglichen Schaffenstätigkeit bemessene Vergütung für den Urheber vor.⁵⁴⁰ Hierin erschöpft sich regelmäßig das Interesse des in das vorgezeichnete Verlagsprojekt eingebundenen Urhebers.⁵⁴¹ Verträge dieser Art stellen ihrem Zweck nach den Nutzungsbe-

⁵³⁶ Siehe Schrickler, Anm. zu BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 149 (150); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 295; Götting, FS für Schrickler, S. 53 (73); Palandt-Heinrichs, BGB, § 138 Rn. 67.

⁵³⁷ Beachte BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (149); BGH v. 20.03.1986, GRUR 1986, S. 885 (886); Hertin, Anm. zu BGH v. 20.03.1986, GRUR 1986, S. 886 (887); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 292; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 6; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 9; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 70; Berger, GRUR 2003, S. 675 (679).

⁵³⁸ Dazu BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (68); BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (148); Berger, GRUR 2003, S. 675 (679) und Urhebervertragsrecht, Rn. 284; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 6.

⁵³⁹ So BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (397); BGH v. 13.12.2001, GRUR 2002, S. 602 (603 f.); siehe Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 (162); Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (179) f.; Reh binder, Urheberrecht, Rn. 324; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 5 f.; Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 276; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 71; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 9; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928).

⁵⁴⁰ Beachte v. Gamm, WRP 1994, S. 677 (678 f.).

⁵⁴¹ Hierzu Schrickler, Verlagsrecht, 47 Rn. 14; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 287.

rechtigten in der Werkverwertung vollkommen frei und bürden ihm dafür das komplette Absatzrisiko auf.⁵⁴² Das entspricht im Wesentlichen der Interessenlage, wie sie § 90 UrhG zugrunde liegt; eine Ausnahme von § 32 a UrhG enthält diese Vorschrift jedoch gerade nicht, obwohl eine nachträgliche Änderung der Relationen der einzelnen Vertragsbestimmungen über § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG mit dem ausdrücklichen Vertragswillen der Parteien zu kollidieren droht.⁵⁴³ Die Momente des Spekultativen und der vertragsimmanenten Risikoverteilung treten demnach grundsätzlich hinter den Kriterien der persönlichen Leistung und Existenzsicherung zurück.⁵⁴⁴

5) Keine Sperrwirkung

Dem Richter kann schließlich nach § 32 a Abs. 4 UrhG eine nachträgliche Prüfung des Vertrages erspart bleiben. Auch ein Unterlizenznehmer haftet dem Urheber gemäß § 32 a Abs. 2 S. 1 UrhG bloß „nach Maßgabe des Absatzes 1“. Diese Wendung nimmt auf alle Voraussetzungen des Anspruchs auf weitere Beteiligung gegen den Vertragspartner und daher ebenfalls auf das sich nur formal aus Absatz 4 ergebende negative Tatbestandsmerkmal Bezug.⁵⁴⁵ Bezweckt wird die Schaffung von Rechtssicherheit für die Nutzung erfolgreicher Werke; derartigen Schutz verdient selbst ein Dritter, dem der Vertragspartner des Urhebers eine Unterlizenz erteilt oder gar sein Nutzungsrecht übertragen hat.⁵⁴⁶

⁵⁴² Vgl. v. Gamm, WRP 1994, S. 677 (678).

⁵⁴³ Siehe zu dieser Thematik BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (396 f.); BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (148); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 68; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 2; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 9; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 6; v. Gamm, WRP 1994, S. 677 (678 f.).

⁵⁴⁴ Vgl. BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (68); Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410 (419); v. Gamm, WRP 1994, S. 677 (678); Schack, Urheberrecht, Rn. 963; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 287.

⁵⁴⁵ Beachte Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 287.

⁵⁴⁶ Hierzu Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 (163); Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058,

Die jeweilige kollektive Regelung, von welcher eine Sperrwirkung ausgehen soll, muss ausdrücklich eine weitere angemessene Beteiligung für den Fall des Absatzes 1 vorsehen. Hinsichtlich der anderen Voraussetzungen des § 32 a Abs. 4 UrhG sei auf die Erörterung des funktionsgleichen § 32 Abs. 4 UrhG verwiesen. Eine abstrakte Festlegung von Beträgen für die Fälle des § 32 a Abs. 1 und 2 UrhG in einer angemessenen und damit den Tatbestandsausschluss rechtfertigenden Art und Weise dürfte allerdings erhebliche praktische Schwierigkeiten aufwerfen.⁵⁴⁷ Abgesehen davon gibt zu denken, dass die Einbeziehung des Anspruchs nach § 32 a UrhG in § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG auf Druck der Verwerter aufgegeben wurde; insofern lässt sich bereits anzweifeln, ob § 32 a Abs. 4 UrhG überhaupt als Ermächtigungsgrundlage für eine entsprechende gemeinsame Vergütungsregel taugt.⁵⁴⁸

b) Rechtsfolge

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, steht dem Urheber ein gemäß § 32 a Abs. 3 S. 1 UrhG unverzichtbarer Anspruch auf Einwilligung in eine Vertragsänderung zu.⁵⁴⁹ Mit der Klage auf Einwilligung kann eine solche auf Zahlung gekoppelt und ggf. eine Auskunftsklage im Wege der Stufenklage nach § 254 ZPO vorge-schaltet werden.⁵⁵⁰ Außerdem darf der Urheber jederzeit erneut

abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (180); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 287; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (928).

⁵⁴⁷ Vgl. Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 72; Schack, GRUR 2002, S. 853 (856); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 327 u. 329; Ory, AfP 2002, S. 93 (99); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 20.

⁵⁴⁸ Siehe etwa Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 69; Ory, AfP 2002, S. 93 (95); Reh binder, Urheberrecht, Rn. 325.

⁵⁴⁹ Beachte § 894 Abs. 1 S. 1 ZPO.

⁵⁵⁰ Vgl. BGH v. 13.12.2001, GRUR 2002, S. 602 (603); BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (65); OLG Hamm v. 19.09.1989, ZUM 1990, S. 247 (248); Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (177); Reh binder, Urheberrecht, Rn. 324; Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 10 u. 22 f.; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 10; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (925 u. 927); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 307 f.; Schricker-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 14; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 309; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 73.

von seinem Recht auf weitere Beteiligung Gebrauch machen. Der Anspruch aus § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG erschöpft sich nicht durch einmalige Ausübung und ist auch diesbezüglich strikt von § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG zu unterscheiden.⁵⁵¹

§ 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG gewährt eine den Umständen nach weitere angemessene Beteiligung. Berechnungsbasis hierfür muss die ggf. noch durchzusetzende angemessene und nicht die dahinter zurückbleibende vereinbarte Vergütung sein.⁵⁵² Die Unangemessenheit einer Vergütungsabsprache zum Zeitpunkt des Vertragschlusses kann im Interesse einer tatbestandlich klaren Trennung der Ansprüche nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG und § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG nicht über die weitere Beteiligung korrigiert werden.⁵⁵³ Sonst müsste auch der Unterlizenznehmer im Rahmen der Dritthaftung für die Differenz zwischen der vereinbarten und der angemessenen Vergütung einstehen, welche eigentlich der Vertragspartner schuldet.⁵⁵⁴ Das würde wiederum die Kalkulierbarkeit des Beteiligungsrechts nach § 32 a Abs. 2 S. 1 UrhG unnötig in Frage stellen und mithin Rechtsunsicherheit bewirken; schließlich hat der betreffende Dritte regelmäßig nicht einmal Kenntnis von der konkreten Ausgestaltung der Honorarabrede im Vertragsverhältnis.⁵⁵⁵ Versäumt der Urheber eine rechtzeitige Inanspruchnahme seines Vertragspartners nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG, lässt sich dies daher nicht mehr auf dem Wege der Dritthaftung kompensieren. Nur wenn die vereinbarte Vergütung die angemessene übersteigt, dient ausnahmsweise die vereinbarte Vergütung als maßgebliche Berechnungsgrundlage.

⁵⁵¹ Dazu Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 17; Schrickler-Schrickler, Urheberrecht, § 36 Rn. 14; Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 291; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 302.

⁵⁵² Vgl. OLG Naumburg v. 07.04.2005, ZUM 2005, S. 759 (761); LG Berlin v. 25.10.2005, ZUM 2005, S. 901 (904); Berger, GRUR 2003, S. 675 (679 f.) und Urhebervertragsrecht, Rn. 278 f.; Ory, AfP 2002, S. 93 (100).

⁵⁵³ Dazu Ory, AfP 2002, S. 93 (100); Berger, GRUR 2003, S. 675 (679) und Urhebervertragsrecht, Rn. 277.

⁵⁵⁴ So explizit Ory, AfP 2002, S. 93 (100); Berger, GRUR 2003, S. 675 (679).

⁵⁵⁵ Hierzu auch Berger, GRUR 2003, S. 675 (679).

Hinsichtlich der Höhe der weiteren Beteiligung kommt zunächst die Anhebung der Vergütung bis lediglich zu der Grenze in Betracht, ab welcher von einem auffälligen Missverhältnis nicht mehr gesprochen werden kann; diese schlichte Beseitigung der Eingriffsschwelle wird als Ausgleich für das unternehmerische Risiko des Verwerters befürwortet.⁵⁵⁶ Der eindeutige Wortlaut des § 32 a Abs. 1 S. 1 UrhG erkennt dem Kreativen allerdings eine angemessene Beteiligung zu. Die Legaldefinition der Angemessenheit in § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG und der bereits skizzierte Normzweck lassen insofern keine Irritationen darüber aufkommen, dass das Missverhältnis insgesamt beseitigt werden muss.⁵⁵⁷ Auch ein prinzipiell bloß an der unteren Grenze der üblichen Durchschnittssätze orientiertes Beteiligungshonorar scheidet danach aus.⁵⁵⁸ Bedenken, dass ein Urheber, bei welchem das Verhältnis von Ertrag und Vergütung bereits die Schwelle zum auffälligen Missverhältnis übersteigt, im Ergebnis besser gestellt wird als derjenige, dessen Honorar im Vergleich zum Ertrag nur in einem einfachen Missverhältnis steht, hat auch der BGH nicht für durchgreifend erachtet.⁵⁵⁹ Beteiligung bedeutet nicht notwendigerweise eine prozentuale Teilhabe, sondern kann auch in Form einer pauschalierten Zahlung stattfinden.⁵⁶⁰

⁵⁵⁶ Beachte insbesondere Berger, GRUR 2003, S. 675 (677) und Urhebervertragsrecht, Rn. 278; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 15.

⁵⁵⁷ Siehe BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (148); Schrickler, Anm. zu BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 149 (150); Schack, GRUR 2002, S. 853 (856) und ZUM 2001, S. 453 (461); Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 304 f.; Ory, AfP 2002, S. 93 (100); Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (927); Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (573); Brandner, GRUR 1993, S. 173 (177).

⁵⁵⁸ Vgl. BGH v. 27.06.1991, BGHZ 115, S. 63 (68); BGH v. 13.12.2001, GRUR 2002, S. 602 (604); Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 7; Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 304; Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 13.

⁵⁵⁹ So ausdrücklich BGH v. 21.06.2001, JZ 2002, S. 147 (148); dazu Berger, GRUR 2003, S. 675 (680) und Urhebervertragsrecht, Rn. 290; Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410 (421); Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 73.

⁵⁶⁰ Dazu Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 (162); Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (180); Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 15; Erdmann, GRUR 2002, S. 923 (927); Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 1; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 72.

Die Interpretation des gegen einen Dritten gerichteten Anspruchs nach § 32 a Abs. 2 S. 1 UrhG gestaltet sich schwieriger. Schon die Verwendung der Terminologie „Haftung“ erscheint wenig geglückt und findet sich regelmäßig im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeit für deliktisches Handeln.⁵⁶¹ Ein deliktischer Anspruch steht indes vorliegend nicht in Rede; die Werkverwertung erfolgt gerade aufgrund der wirksamen Einräumung eines Nutzungsrechts. Der Dritte ist des Weiteren nicht unmittelbar vertraglich mit dem Urheber verbunden. Insoweit kann „nach Maßgabe des Absatzes 1“ nicht bedeuten, dass der Folgeverwerter einen Anspruch auf Vertragsänderung geltend machen kann; allenfalls böte sich der erstmalige Abschluss eines Vertrages über die Vergütung an.⁵⁶² Einer vertraglichen Grundlage für den zusätzlichen Anspruch bedarf es mit Blick auf die Zielrichtung des § 32 a Abs. 2 S. 1 UrhG jedoch nicht notwendigerweise; die Vorschrift begründet vielmehr einen direkten gesetzlichen Zahlungsanspruch.⁵⁶³ Denn mit der Fassung der unverändert in die Neuregelung übernommenen Rechtsfolge des Absatzes 1 wollte der Gesetzgeber des § 36 UrhG a.F. eigentlich nur seine Einschätzung zum Ausdruck bringen, dass es sich bei dem alten Bestsellerparagrafen um einen gesetzlichen Anwendungsfall der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage handelt.⁵⁶⁴ Der vorab beschriebene neue Charakter des § 32 a UrhG wurde leider in der Eile des Gesetzgebungsverfah-

⁵⁶¹ Beachte Berger, GRUR 2003, S. 675 (680).

⁵⁶² Vgl. Haas, Urhebervertragsrecht, Rn. 316; Katzenberger, GRUR Int. 1983, S. 410 (419 f.); Götting, FS für Schrickler, S. 53 (74); Möhring/Nicolini-Spautz, Urheberrecht, § 36 Rn. 12; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 8; Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 8; Berger, GRUR 2003, S. 675 (677) und Urhebervertragsrecht, Rn. 289; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 66.

⁵⁶³ So Berger, GRUR 2003, S. 675 (676 ff.) und Urhebervertragsrecht, Rn. 306; Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 32 a Rn. 15; Ory, AfP 2002, S. 93 (100); vgl. zudem Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 8.

⁵⁶⁴ Siehe BGH v. 22.01.1998, BGHZ 137, S. 387 (397 f.); Schrickler-Schricker, Urheberrecht, § 36 Rn. 1; Fromm/Nordemann-Hertin, Urheberrecht, § 36 Rn. 8; Berger, GRUR 2003, S. 675 (678).

rens nicht durchgehend bei der Formulierung der Regelung berücksichtigt.⁵⁶⁵

⁵⁶⁵ Dazu Berger, GRUR 2003, S. 675 (676 ff.) und Urhebervertragsrecht, Rn. 289; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 61.

D. Europarechtliche Bewertung

Schließlich wurde die Vereinbarkeit der neuen gesetzlichen Mechanismen mit europäischem Primärrecht in Zweifel gezogen. Gegenstand der nun folgenden Ausführungen wird sein, inwieweit die Novelle des Urhebervertragsrechts tatsächlich europarechtlichen Vorgaben zuwiderläuft.

I. Grundfreiheiten

Hauptaufgabe der Europäischen Gemeinschaft ist nach Art. 2 EG die Errichtung eines gemeinsamen Marktes durch den Zusammenschluss der nationalen Volkswirtschaften zu einem einheitlichen Wirtschaftsraum.⁵⁶⁶ Der Begriff des Binnenmarktes im Sinne von Art. 14 Abs. 2 EG beschreibt lediglich idealtypisch den Wunsch nach einer hohen Integrationsdichte.⁵⁶⁷ Wesentlicher Garant für eine möglichst weitgehende Öffnung der einzelstaatlichen Märkte sind die Grundfreiheiten, welche die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer staatlichen Hoheitsgewalt und vor allem die nationalen Gesetzgeber in die Pflicht nehmen.⁵⁶⁸

1. Warenverkehrsfreiheit

Zunächst kommt den Art. 28 f. EG für die Verwirklichung der Vertragsziele fundamentale Bedeutung zu.⁵⁶⁹ Diese weisen nämlich

⁵⁶⁶ Siehe EuGH v. 24.01.1991, Slg. 1991 I/1, S. 107 (123); EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (388); Dausen-Dausen, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 1.

⁵⁶⁷ Beachte auch Art. 3 Abs. 1 Buchst. c) EG sowie Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 126; Dausen-Dausen, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 1 u. 3; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 236 f.

⁵⁶⁸ Hierzu EuGH v. 29.01.1985, Slg. 1985 I, S. 305 (318); v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 289; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 5; v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 66; Jarass, EuR 1995, S. 202 (214); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 239; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 83.

⁵⁶⁹ Siehe etwa Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 1 u. 3.

gesetzgeberische Behinderungen des grenzüberschreitenden Warenverkehrs in ihre Schranken.

a) Anwendbarkeit

Auch der Erlass von urheberrechtlichen Bestimmungen durch den deutschen Gesetzgeber muss sich unter den folgenden Voraussetzungen – um das Ergebnis der Diskussion einer Bereichsausnahme vorwegzunehmen – an den Maßstäben der Art. 28 f. EG messen lassen.⁵⁷⁰

1) Waren

Bedingung der Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs ist, dass die §§ 32 ff. UrhG Waren betreffen.⁵⁷¹ Der Begriff findet sich im EG nicht legaldefiniert und umfasst alle körperlichen Gegenstände, die einen kommerziellen Wert besitzen und zum Handel geeignet und bestimmt sind.⁵⁷² Die in Rede stehenden Vorschriften nehmen Einfluss auf die rechtsgeschäftliche Verwertung von Rechten aus dem geistigen Eigentum der Kreativen. Vielfach sind körperliche Gegenstände im erläuterten Sinne Endprodukt der Nutzung von solchen Urheberrechten, so z.B. Bücher oder Zeitschriften.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Dazu Dausen-Ullrich/Konrad, EU-Wirtschaftsrecht I, C. III Rn. 2.

⁵⁷¹ Vgl. Art. 23 Abs. 2 EG.

⁵⁷² Siehe Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1470; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 45; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 269; Streinz, Europarecht, Rn. 664; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 15 f.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 240; v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 78.

⁵⁷³ Dazu Dietz, Urheberrecht, S. 43; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 240; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 55.

2) Grenzüberschreitender Bezug

Des Weiteren ist die Kompetenz der Gemeinschaft insofern funktionell beschränkt, als Sachverhalte mit rein innerstaatlichem Charakter nicht dem Anwendungsbereich des EG unterfallen.⁵⁷⁴ Daher kann die Warenverkehrsfreiheit überhaupt nur berührt sein, wenn die gesetzgeberische Maßnahme zumindest auch Anknüpfungspunkte zum Ausland aufweist.⁵⁷⁵ Aufschluss darüber, ob die grenzüberschreitende Warenverbringung durch die Novelle in irgendeiner Weise betroffen ist, gibt § 32 b UrhG. Die §§ 32, 32 a UrhG – und aufgrund der Bezugnahme dieser Bestimmungen auf die §§ 36, 36 a UrhG selbst diese – können danach nicht umgangen werden, sobald sich die Anwendbarkeit deutschen Rechts ergibt.⁵⁷⁶ Dafür reicht nach § 32 b Nr. 1 UrhG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 EGBGB aus, dass die Partei eines urheberrechtlichen Nutzungsvertrages, welcher die Erbringung der charakteristischen Leistung obliegt, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort im Bundesgebiet hat. Die charakteristische Leistung schuldet etwa der Verwerter, den im Rahmen der Erteilung einer ausschließlichen Lizenz eine Ausübungspflicht trifft.⁵⁷⁷ Schlussendlich bleibt noch gemäß § 32 b Nr. 2 UrhG festzustellen, inwieweit die maßgeblichen Nutzungshandlungen im räumlichen Geltungsbereich des deutschen Urhebergesetzes erfolgen. Führt man sich die globale Tätigkeit der großen Verlagshäuser und die internationale Prägung des gesamten Bereichs des Lizenzgeschäfts vor Augen,

⁵⁷⁴ Vgl. etwa Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 15; Dausen-Dausen, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 115.

⁵⁷⁵ Beachte etwa Jarass, EuR 1995, S. 202 (205); Becker, EuR 1994, S. 162 (170); Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 5; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 19; Streinz, Europarecht, Rn. 664; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1471.

⁵⁷⁶ Siehe insofern auch Art. 34 EGBGB; Schack, GRUR 2002, S. 853 (856); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 337.

⁵⁷⁷ So Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/8058, abgedruckt in Nordemann, Urhebervertragsrecht, S. 175 (181); Formulierungshilfe v. 14.01.2002, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 149 (164); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 335; Rehbindler, Urheberrecht, Rn. 324.

drängen sich mithin vielfältige Bezugspunkte der gesetzgeberischen Maßnahme zum Gemeinschaftsgebiet auf.⁵⁷⁸

b) Tatbestand des Art. 28 EG

Ist demnach der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit eröffnet, steht einer Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 28 EG nichts mehr im Wege. Die Vorschrift verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung.

1) Mengenmäßige Einfuhrbeschränkung

Zunächst wird allen hoheitlichen Maßnahmen, die sich als eine gänzliche oder teilweise Untersagung der Einfuhr – Durchfuhr bedeutet im Übrigen auch nur Einfuhr zum alleinigen Zweck der unmittelbaren Ausfuhr – erweisen, ein Riegel vorgeschoben.⁵⁷⁹ Allerdings kontingentiert die Neuregelung des Urhebervertragsrechts die Wareneinfuhr nicht ausdrücklich.⁵⁸⁰

2) Maßnahme gleicher Wirkung

Damit erscheint nur noch eine Subsumtion unter die praktisch ungleich bedeutsamere Tatbestandsalternative der Maßnahme gleicher Wirkung möglich. Die Zielgebundenheit der Warenverkehrs-

⁵⁷⁸ Beachte dazu Schmitt, GRUR 2003, S. 294 (295); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 237 u. 240 f.; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 55.

⁵⁷⁹ Vgl. EuGH v. 12.07.1973, Slg. 1973, S. 865 (879); Dausers-Dausers, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 81; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1494; Oppermann, Europarecht, Rn. 1290; Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 6; Streinz, Europarecht, Rn. 730; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 241; v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 72; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 16 u. 18; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 33.

⁵⁸⁰ Siehe auch Schlink/Poscher, Gutachten, S. 55; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 241; Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 9 ff.

freiheit verlangt eine Interpretation dieser Begrifflichkeit mit Blick auf die Aufgaben der Europäischen Gemeinschaft.⁵⁸¹ Die Verwirklichung des Binnenmarktprojekts erfordert eine weitreichende Erfassung von Einschränkungen unternehmerischer Handlungsfreiheiten im Gemeinschaftsgebiet.⁵⁸² Auch unterschiedslos anwendbare Regelungen vermögen den Zugang zum Markt in gleicher Weise wie ausdrücklich nach formalen Kriterien zwischen inländischen und ausländischen Waren differenzierende Bestimmungen zu beeinträchtigen.⁵⁸³ Ohne weiteres könnten die nationalen Vorschriften an Tatbestände anknüpfen, welche aufgrund der sachlichen Umstände regelmäßig nur von Ausländern erfüllt werden und folglich rein tatsächlich zu einer Schlechterstellung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs führen.⁵⁸⁴ Insofern würde ein formaler Diskriminierungsbegriff Umgehungstendenzen Vorschub leisten.⁵⁸⁵ Art. 28 EG bezweckt aber nicht nur die Verhinderung offenen oder verdeckten Protektionismus.⁵⁸⁶ Der „effet utile“ gebietet im Ergebnis, dass die gesetzgeberische Zielvorstellung unmaßgeblich und Ausgangspunkt jeder Begriffsbestimmung die Wirkung einer Maßnahme sein muss – also eine Auslegung der Vorschrift hin zu einem materiellen Schlechterstellungsverbot.⁵⁸⁷

⁵⁸¹ Vgl. insoweit Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 8; Streinz, Europarecht, Rn. 664; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 30; v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 73.

⁵⁸² Beachte Becker, EuR 1994, S. 162 (172); Jarass, EuR 1995, S. 202 (214); Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 8; v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 72 ff.; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 161.

⁵⁸³ Siehe Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 42 u. 46; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 8; Jarass, EuR 1995, S. 202 (213 f.); Streinz, Europarecht, Rn. 672 a.

⁵⁸⁴ Dazu etwa EuGH v. 11.07.1974, Slg. 1974, S. 837 (853); v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 76 f.; Jarass, EuR 1995, S. 202 (214); Dausen-Dausen, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 99; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 241; Streinz, Europarecht, Rn. 667 u. 672.

⁵⁸⁵ Vgl. v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 76.

⁵⁸⁶ Hierzu EuGH v. 12.07.1973, Slg. 1973, S. 865 (879); EuGH v. 11.07.1974, Slg. 1974, S. 837 (853); Ehlers, Jura 2001, S. 482 (484); Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1505 f.; Dausen-Dausen, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 102; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 55; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 31 ff.

⁵⁸⁷ Siehe EuGH v. 12.07.1973, Slg. 1973, S. 865 (879); Becker, EuR 1994, S. 162 (164 u. 171); Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 8; Calliess/Ruffert-Epiney,

(a) Begriffsinhalt

Ausdruck haben diese Überlegungen letztlich in der sog. Dassonville-Formel gefunden. Danach ist Maßnahme gleicher Wirkung jede mitgliedstaatliche Regelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.⁵⁸⁸ Der EuGH artikuliert allerdings das Erfordernis der Substantiierbarkeit der Behinderungseignung; rein hypothetische Auswirkungen auf den Warenverkehr sind demnach unzureichend und ganz entfernte Wirkungszusammenhänge auszuschneiden.⁵⁸⁹ Indes wird damit keineswegs die Aufstellung eines Spürbarkeitserfordernisses im Sinne der de-minimis-Regel des Wettbewerbsrechts befürwortet und eine Benachteiligung der Einfuhren entsprechend der Konzeption des Art. 28 EG unabhängig vom Grad der Veränderung der Handelsströme als tatbestandsmäßig angesehen werden müssen.⁵⁹⁰

EGV, Art. 28 Rn. 15 u. 36 sowie Art. 29 Rn. 20; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 161; Streinz, Europarecht, Rn. 671 f. u. 679; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 38 u. 55; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 39 u. 43 f.; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (484).

⁵⁸⁸ Vgl. EuGH v. 11.07.1974, Slg. 1974, S. 837 (852); EuGH v. 24.01.1978, Slg. 1978 I, S. 25 (39); EuGH v. 24.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 6097 (6130); EuGH v. 05.04.1984, Slg. 1984 II, S. 1797 (1812); EuGH v. 29.01.1985, Slg. 1985 I, S. 305 (321); Becker, EuR 1994, S. 162 (164); Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 15; v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 67 u. 73 ff.; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 37; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 39 f.; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1499; Dausen-Dausen, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 85 f.; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (484); Oppermann, Europarecht, Rn. 1292; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 12; Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (622); Streinz, Europarecht, Rn. 700; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 55; Ebenroth, Gewerblicher Rechtsschutz, Rn. 8.

⁵⁸⁹ Siehe EuGH v. 14.07.1994, Slg. 1994 I, S. 3453 (3497); EuGH v. 18.06.1998, Slg. 1998 I/6, S. 3949 (3992 f.); Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 41; Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 16 u. 36; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (484 f.); v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 60; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 171; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 55 f.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 242; Streinz, Europarecht, Rn. 681 a; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 15.

⁵⁹⁰ Dazu EuGH v. 05.04.1984, Slg. 1984 II, S. 1797 (1812 f.); Dausen-Dausen, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 88 f.; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 51 u. 59; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 40; Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 16 u. 36; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 241 f.; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (484); Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 15; Streinz, Europarecht, Rn. 733; Becker, EuR 1994, S. 162 (170);

Der Gesetzgeber hat in den §§ 36, 36 a UrhG Handlungsmöglichkeiten hinsichtlich der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln eröffnet. Schon aufgrund des Bedürfnisses der Verwerter nach Rechtssicherheit steht zu erwarten, dass von ihnen vielfach Gebrauch gemacht wird – § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG verspricht schließlich für den Fall der vertraglichen Einbeziehung derartiger Regelwerke einen Ausschluss des Korrekturanspruchs nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG und reizt die Werknutzer deshalb nicht unerheblich an, in Verhandlungen mit Urheberverbänden einzutreten.⁵⁹¹ Die Novelle wird insgesamt von der Intention einer flächendeckenden Anhebung des Vergütungsniveaus für die Kreativen im Interesse der Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Stellung getragen. Eine angemessene Entlohnung der Urheber bedeutet aus Verwerterpersicht einen Kostenanstieg, was Ängste um die Höhe der Gewinnmargen wecken und mittelbar nahezu zwangsläufig eine Verteuerung der Endprodukte zur Folge haben wird.⁵⁹² Durch Preiserhöhungen verursachte Veränderungen der Verkehrsströme auf dem Gemeinsamen Markt erscheinen daher nicht mehr nur rein hypothetisch.⁵⁹³ Die Aufwertung der Urheberposition durch die §§ 32 ff. UrhG eignet sich somit prinzipiell zur Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels im Sinne der Dassonville-Formel.

(b) Einschränkung

Allerdings erfasst die außerordentliche Weite der Definition praktisch sämtliche staatliche Maßnahmen, die sich in irgendeiner Art und Weise auf die Einfuhr auswirken können.⁵⁹⁴ Nationale Bestim-

Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (622).

⁵⁹¹ Beachte Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 164.

⁵⁹² Hierzu Schlink/Poscher, Gutachten, S. 57; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 237, 240 u. 242.

⁵⁹³ Vgl. Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 240 u. 242; Schmitt, GRUR 2003, S. 294 (295 f.).

⁵⁹⁴ Siehe Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1503; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 47; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28

mungen in großem Umfang unabhängig davon einem Rechtfertigungszwang zu unterwerfen, ob grenzüberschreitende stärker als rein inländische Vorgänge Belastungen ausgesetzt sind, widerspricht aber der skizzierten Regulationsintention des Art. 28 EG.⁵⁹⁵ Eine umfassende Überprüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit würde den Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers in erheblichem Maße verengen und eine Handhabe zur Aushebelung legitimer innerstaatlicher Entscheidungen geben.⁵⁹⁶ Die Vorschrift fungiert deshalb gerade nicht als Instrument zur Beseitigung aller mit den staatlichen Grenzen der Gemeinschaft zusammenhängenden Hemmnisse und mithin als Werkzeug zur Herstellung einheitlicher Marktbedingungen.⁵⁹⁷ Unterschiedliche Schutzniveaus der Rechts- und Wirtschaftsordnungen nimmt der EG vielmehr zugunsten der Handlungsbefugnis der Mitgliedstaaten in Kauf.⁵⁹⁸ Die Harmonisierung des innerstaatlichen Rechts in seinem Kernbereich ist Aufgabe der Rechtsangleichung im Rahmen des Sekundärrechts.⁵⁹⁹ Die Notwendigkeit einer Konkretisierung der Dassonville-Formel hat auch die – sich zuneh-

Rn. 237; Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 18; Dausés-Dausés, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 87.

⁵⁹⁵ Vgl. Ehlers, Jura 2001, S. 482 (484 u. 486); Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 39 f.; Jarass, EuR 1995, S. 202 (212); Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 8; Gounalakis/Heinze/ Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 250; Streinz, Europarecht, Rn. 681.

⁵⁹⁶ Siehe Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1507 f. u. 1510; Dausés-Dausés, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 119; Jarass, EuR 1995, S. 202 (217); Calliess/Ruffert-Kluth, EGV, Art. 50 Rn. 40; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 47.

⁵⁹⁷ So Calliess/Ruffert-Epiney bzw. Kluth, EGV, Art. 28 Rn. 39 sowie Art. 50 Rn. 40; Dausés-Dausés, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 116; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 8; Jarass, EuR 1995, S. 202 (214); v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 244.

⁵⁹⁸ Dazu EuGH v. 24.01.1991, Slg. 1991 I/1, S. 107 (123); Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 39 u. Art. 29 Rn. 18; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (486); Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 158.

⁵⁹⁹ Vgl. Art. 94 ff. EG; EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 833 (856); EuGH v. 15.12.1982, Slg. 1982 V, S. 4575 (4587); EuGH v. 24.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 6097 (6131); Dietz, Urheberrecht, S. 42; Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 29 Rn. 18; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 25 u. 30; Dausés-Dausés, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 105 u. 116; Oppermann, Europarecht, Rn. 1297, 1300 u. 1307; Schwarze-Becker bzw. Holoubek, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 45 sowie Art. 49 Rn. 57; Streinz, Europarecht, Rn. 955 ff.

menden Belastungen ausgesetzt sehende – Rechtsprechung erkannt und zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen dem gemeinschaftlichen Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes und den Regelungskompetenzen der Mitgliedstaaten unterschiedliche Wege eingeschlagen.⁶⁰⁰

Den ersten Versuch einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes unternimmt der EuGH in seiner Cassis de Dijon-Entscheidung, worin durch unterschiedslos anwendbare Vermarktungsregelungen hervorgerufene Hemmnisse für den Binnenhandel unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit für hinnehmbar erklärt werden, soweit die in Frage stehenden Vorschriften zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls dienen.⁶⁰¹ Dem Urteil kann zudem die Philosophie des Ursprungslandprinzips – auch als Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bezeichnet – entnommen werden.⁶⁰² Beschränkungen sind unverhältnismäßig und überdehnen insoweit die mitgliedstaatlichen Kompetenzen, wenn die Vorschriften des Herkunftslandes dem inländischen Regelungszweck bereits in ausreichender Weise Rechnung tragen.⁶⁰³ Das Ursprungslandprinzip tritt allerdings in einen gewissen Zielkonflikt zur Wahrung hoher Schutzstandards im Binnenmarkt; hierauf wird an anderer Stelle noch zurückzukommen sein.⁶⁰⁴ Die Zuordnung zu

⁶⁰⁰ Hierzu Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 8; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 126 u. 166; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 47.

⁶⁰¹ Siehe EuGH v. 20.02.1979, Slg. 1979 I, S. 649 (662); EuGH v. 24.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 6097 (6131); EuGH v. 15.12.1982, Slg. 1982 V, S. 4575 (4587); EuGH v. 09.07.1997, Slg. 1997 I/7, S. 3843 (3891); Becker, EuR 1994, S. 162 (165); Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 20 ff.; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1523 f.; Jarass, EuR 1995, S. 202 (223 ff.); Dausés-Dausés, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 103, 107 f. u. 113; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (483 f. u. 486 ff.); v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 41; Oppermann, Europarecht, Rn. 1298 f.; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 18 ff.; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 44; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 127 u. 158 f.; Streinz, Europarecht, Rn. 677 u. 700 f.

⁶⁰² Dazu Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 26; Oppermann, Europarecht, Rn. 1299 f.; Dausés-Dausés, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 103 f.

⁶⁰³ Siehe Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1524 f.; v. der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, EGV I, Art. 49 Rn. 77; Jarass, EuR 1995, S. 202 (225 f.); v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 82 f.

⁶⁰⁴ Vgl. zum Zielkonflikt Dausés-Dausés, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 104 ff.; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 24.

einem Schutzgut und der Verhältnismäßigkeitsmaßstab kennzeichnen indessen nicht nur für Diskriminierungen – siehe Art. 30 EG – entscheidend die Rechtfertigungsstufe.⁶⁰⁵ Je nach betroffenem Rechtsgut und abhängig von der konkreten Ausgestaltung einer nationalen Regelung die Prüfung schutzwürdiger Interessen auf unterschiedlichen Ebenen anzusiedeln, erscheint dogmatisch widersprüchlich.⁶⁰⁶

Um eine Präzisierung der Dassonville-Formel und damit um eine wesentliche Einschränkung der weitreichenden tatbestandlichen Erfassung mittelbarer Folgewirkungen bemüht sich schließlich auch das Keck-Urteil. Demnach ist die Anwendung nationaler Regelungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.⁶⁰⁷ Somit ergibt sich die Notwendigkeit der Abgrenzung der vertriebsbezogenen Regelungen – Vorschriften über die räumlichen und zeitlichen Voraussetzungen und andere Um-

⁶⁰⁵ Hierzu Ehlers, Jura 2001, S. 482 (483 f.); Jarass, EuR 1995, S. 202 (222 u. 224); Becker, EuR 1994, S. 162 (165); Dausès-Dausès, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 108.

⁶⁰⁶ Siehe Calliès/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 38; Jarass, EuR 1995, S. 202 (225); Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 158 f. u. 165; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 20.

⁶⁰⁷ Beachte EuGH v. 24.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 6097 (6131); EuGH v. 09.07.1997, Slg. 1997 I/7, S. 3843 (3890); EuGH v. 10.05.1995, Slg. 1995 I, S. 1141 (1177); v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 79; Becker, EuR 1994, S. 162 (163); Oppermann, Europarecht, Rn. 1293; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 47; Calliès/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 27; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 239 u. 242; Dausès-Dausès, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 125; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1511 f.; Jarass, EuR 1995, S. 202 (217); Streinz, Europarecht, Rn. 733; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 28; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 56 f.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 242 f.; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (485).

stände der Vermarktung – von den produktbezogenen Beschränkungen.⁶⁰⁸

Der EuGH erhebt den Anspruch einer formellen Fallgruppenbildung.⁶⁰⁹ Zwar eignet sich die Anwendung vertriebsbezogener Vorschriften regelmäßig nicht, den Marktzugang für ausländische Waren zu behindern, wohingegen produktbezogene Regelungen ausländische Erzeugnisse – sobald das Recht des Herkunftslandes eine andere Ausgestaltung gefunden hat – durchweg stärker belasten als inländische Produkte.⁶¹⁰ Jedoch können im Einzelfall die Auswirkungen beider Regelungsgruppen auf den freien Warenverkehr vergleichbar ausfallen. Das wird am Beispiel der Statuierung unterschiedslos geltender Preisvorschriften deutlich, welche verhindern, dass der niedrigere Gestehungspreis eingeführter Erzeugnisse sich im Preis für den Verkauf an den Verbraucher niederschlägt; diese Neutralisierung eines Wettbewerbsvorteils behindert in besonderem Maße den grenzüberschreitenden Warenverkehr.⁶¹¹ Demzufolge geht die pauschale Zuordnung einer Regelung zur Gruppe der bestimmten Verkaufsmodalitäten auf Kosten der Einzelfallgerechtigkeit und verkennt die Reichweite des Art. 28 EG.⁶¹² Diese Kategorie weist darüber hinaus für sich noch keinen fassbaren Wertungs- und Abgrenzungsgedanken auf und

⁶⁰⁸ Hierzu EuGH v. 24.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 6097 (6131); Becker, EuR 1994, S. 162 (168 f.); Dauses-Dauses, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 126 f.; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1511 f.; v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 67; Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 29 f.; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 48 u. 54 ff.; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff bzw. Tiedje/Troberg, EGV I, Art. 28 Rn. 243 sowie Art. 49 Rn. 102; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 166; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 245; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 28; Oppermann, Europarecht, Rn. 1293.

⁶⁰⁹ Vgl. insbesondere Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 166.

⁶¹⁰ Siehe EuGH v. 24.01.1978, Slg. 1978 I, S. 25 (39); Jarass, EuR 1995, S. 202 (218); v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 139; Dauses-Dauses, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 125; v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 81.

⁶¹¹ So EuGH v. 24.01.1978, Slg. 1978 I, S. 25 (39); EuGH v. 29.01.1985, Slg. 1985 I, S. 305 (321 f.); vgl. auch Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1500; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 39; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 65; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 142; Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (622); Dauses-Dauses, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 101.

⁶¹² Siehe Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 28; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 253; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 166.

vermag insofern ohnehin kein eigenständiges subsumtionsleitendes Kriterium darzustellen – deshalb stellt auch der EuGH tatsächlich auf materielle Gesichtspunkte ab.⁶¹³ Aus den genannten Gründen befürworten Teile der Literatur eine vollständige Abkehr von den Begrifflichkeiten und eine Besinnung auf den Grundgedanken hinter der Rechtsprechung.⁶¹⁴ Geprüft werden muss im Ergebnis immer eine speziell die Vermarktung eingeführter Waren betreffende benachteiligende Wirkungseignung einer Maßnahme im Interesse der Beseitigung von Marktzutrittsschranken jeglicher Art.⁶¹⁵ Dahingegen will Art. 28 EG die bloße Regulierung der Ströme zugelassener Waren mittels nationaler Ordnungsvorschriften gerade nicht erfassen.⁶¹⁶

Rechtlicher Anknüpfungspunkt der §§ 32 ff. UrhG ist – wie schon dargetan – gemäß § 32 b Nr. 1 UrhG allein der Aufenthaltsort des Schuldners der charakteristischen Leistung bzw. nach § 32 b Nr. 2 UrhG die Nutzungshandlung im räumlichen Geltungsbereich des deutschen Urhebergesetzes. Unterscheidet die Regelung also weder ausdrücklich nach der Staatsangehörigkeit noch anhand anderer formaler Kriterien verdeckt zwischen Inländern und EG-Ausländern, kommt allenfalls eine faktische Benachteiligung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs in Betracht. Sich alleine oder über den Beitritt zu einer Vereinigung an der Aufstellung ge-

⁶¹³ Beachte diesbezüglich v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 57, 244 ff. u. 252; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 169 f.; Jarass, EuR 1995, S. 202 (217); Grabitz/Hilf-Leible bzw. Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 28 Rn. 28 sowie Art. 49/50 Rn. 97.

⁶¹⁴ Dazu Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 49; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (485); v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 250; Streinz, Europarecht, Rn. 733; Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 35.

⁶¹⁵ Vgl. EuGH v. 24.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 6097 (6131); EuGH v. 10.05.1995, Slg. 1995 I, S. 1141 (1177 f.); EuGH v. 29.01.1985, Slg. 1985 I, S. 305 (321 ff.); Becker, EuR 1994, S. 162 (172); v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 38 u. 250; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 28 Rn. 28; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 166; Streinz, Europarecht, Rn. 681 f. u. 733; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 49; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 245; Jarass, EuR 1995, S. 202 (212 u. 217 f.).

⁶¹⁶ Dazu Ehlers, Jura 2001, S. 482 (485); Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 49; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 254; Streinz, Europarecht, Rn. 681; Becker, EuR 1994, S. 162 (172); Calliess/Ruffert-Epiney,

meinsamer Vergütungsregeln zu beteiligen, bleibt ausländischen Werknutzern indes auch tatsächlich unbenommen.⁶¹⁷ Zudem trägt jeder Verwerter unterschiedslos das Risiko, sich einem Anspruch auf angemessene Vergütung aus § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG ausgesetzt zu sehen.⁶¹⁸ Die Beeinflussung des Verhaltens der Beteiligten bei der Preisfindung durch die Schaffung angemessener Rahmenbedingungen für die rechtsgeschäftliche Verwertung von Urheberrechten – im Sinne der Terminologie der Keck-Rechtsprechung bloße Verkaufsmodalitäten – neutralisiert darüber hinaus auch keinen Wettbewerbsvorteil ausländischer Marktteilnehmer. Eine Kostenerhöhung steht sowohl für ausländische als auch für inländische Produktionen zu erwarten; mithin betrifft die Neuregelung die Durchsetzbarkeit eingeführter Erzeugnisse auf dem deutschen Markt nicht. Eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine ausdrückliche Einfuhrbeschränkung liegen daher mangels Beeinträchtigung des Marktzugangsrechts nicht vor.

c) Tatbestand des Art. 29 EG

Des Weiteren sind obigen Ausführungen zufolge auch Befürchtungen von Auswirkungen der Novelle auf den Export nicht von der Hand zu weisen. Behinderungen der Warenausfuhr soll unter bestimmten Voraussetzungen Art. 29 EG begegnen.

1) Mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung

Die §§ 32 ff. UrhG beschränken den Export explizit jedoch weder der Menge oder dem Wert nach, noch verbieten sie gar das Verbringen von Waren in einen anderen Mitgliedstaat völlig.⁶¹⁹

EGV, Art. 28 Rn. 41.

⁶¹⁷ Vgl. Schlink/Poscher, Gutachten, S. 58 f.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 243 f.

⁶¹⁸ Beachte hierzu Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 244.

⁶¹⁹ Siehe Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 29 Rn. 6; Schwarze-Becker, EU-Kom-

2) Maßnahme gleicher Wirkung

Damit kommt wiederum lediglich die Subsumtion unter den Begriff der Maßnahme gleicher Wirkung in Betracht. Mit Verweis auf den Gedanken der Konvergenz der Grundfreiheiten wird zur Bestimmung dieses Tatbestandsmerkmals erneut die extensive Begrifflichkeit der Dassonville-Formel bemüht.⁶²⁰ Jeder der vielfältigen innerstaatlichen Maßnahmen mit auch nur mittelbarem Einfluss auf die Produktionsvorgänge könnte damit die tatbestandsmäßige Eignung zur Bewirkung einer Veränderung der Ausfuhrströme bescheinigt werden.⁶²¹ Es wurde bereits hinreichend Kritik daran geübt, einen beachtlichen Teil nationalen Rechts dem Zwang zur Rechtfertigung nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben zu unterwerfen. Gegen die Spiegelbildlichkeit des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne der Art. 28 und 29 EG spricht aber auch, dass die Rahmenbedingungen, welche den Regelungen der Ein- und Ausfuhr zugrunde liegen, tatsächlich verschieden sind.⁶²² Während das Verbot der Einfuhrbeschränkung die Stellung von Waren verschiedener Herkunft auf einem nationalen Markt kontrolliert, betreffen Vorschriften für die Ausfuhr bloß Produkte derselben, nämlich inländischen Herkunft.⁶²³ Will Art. 29 EG insofern lediglich eine Bevorzugung des Absatzes auf dem innerstaatlichen Markt gegenüber dem Export der entsprechenden Erzeugnisse er-

mentar, Art. 29 Rn. 7; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 28 Rn. 18 sowie Art. 29 Rn. 9; Streinz, Europarecht, Rn. 730; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 246; Oppermann, Europarecht, Rn. 1290.

⁶²⁰ Vgl. Dausès-Dausès, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 122 b; Calliès/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 29 Rn. 7 u. 22; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 29 Rn. 15, 20, 22 u. 24; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 29 Rn. 2 u. 4; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 29 Rn. 12.

⁶²¹ Hierzu Streinz, Europarecht, Rn. 732; Calliès/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 29 Rn. 8 u. 18 f.; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 29 Rn. 3.

⁶²² Beachte v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 29 Rn. 12; Dausès-Dausès, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 124; Calliès/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 29 Rn. 2 u. 20.

⁶²³ Dazu etwa Calliès/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 29 Rn. 21; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 29 Rn. 17; Dausès-Dausès, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 124; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 29 Rn. 4; Streinz, Europarecht, Rn. 732.

fassen, muss dem diesbezüglich diskriminierenden Charakter einer Vorschrift entscheidende Bedeutung zukommen.⁶²⁴ Der EuGH betrachtet deshalb in ständiger Rechtsprechung nur solche Regelungen als Maßnahmen gleicher Wirkung, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaates und seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates einen besonderen Vorteil erlangt.⁶²⁵

Letztlich differenzieren die §§ 32 ff. UrhG weder ausdrücklich nach der Bestimmung der produzierten Ware für den Binnenhandel oder die Ausfuhr, noch betrifft die Festlegung allgemeiner Rahmenbedingungen der rechtsgeschäftlichen Verwertung geistigen Eigentums ausschließlich Ausfuhrvorgänge. Allerdings werden sich die unterschiedslos anwendbaren Vorschriften angesichts der zu erwartenden Preiserhöhungen höchstwahrscheinlich auch auf den Export auswirken; jedenfalls aber hat der Gesetzgeber eine ungleiche Behandlung der im Inland verbleibenden und der ausgeführten Waren nicht angestrebt.⁶²⁶ Fehlt es mithin an einer spezifischen Beschränkung der Ausfuhrströme im Sinne der Definition, kann überhaupt kein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit konstatiert werden.

⁶²⁴ Siehe auch Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 29 Rn. 12 u. 21 f.; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 29 Rn. 17; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 29 Rn. 10.

⁶²⁵ Vgl. EuGH v. 24.01.1991, Slg. 1991 I/1, S. 107 (124); EuGH v. 08.11.1979, Slg. 1979 III, S. 3409 (3415); EuGH v. 14.07.1981, Slg. 1981 II, S. 1993 (2009); EuGH v. 15.12.1982, Slg. 1982 V, S. 4575 (4587); Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 29 Rn. 9; v. der Groeben/Schwarze-Müller-Graff, EGV I, Art. 29 Rn. 18; Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 29 Rn. 10; Streinz, Europarecht, Rn. 732; Grabitz/Hilf-Leible, EGV I, Art. 29 Rn. 3; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 60; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 246; Dausen-Dausen, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 120.

⁶²⁶ Beachte Schlink/Poscher, Gutachten, S. 60; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 246 f.

2. Dienstleistungsfreiheit

Darüber hinaus berühren die §§ 32 ff. UrhG möglicherweise einen weiteren wichtigen Grundsatz des EG, die Dienstleistungsfreiheit.⁶²⁷

a) Anwendbarkeit

Der Anwendungsbereich des Art. 49 Abs. 1 EG ist eröffnet, wenn die gesetzgeberische Maßnahme zumindest auch den grenzüberschreitenden Verkehr von Dienstleistungen betrifft.⁶²⁸

1) Dienstleistung

Nach Art. 50 Abs. 1 EG sind Dienstleistungen solche Leistungen, welche in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und insbesondere nicht schon den Vorschriften über den freien Warenverkehr unterliegen. Das Entgelt muss die wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellen und einen Wert haben, der nicht völlig außer Verhältnis zu dem der Dienstleistung steht.⁶²⁹ Die Erbringung des Entgelts durch den Empfänger der Dienstleistung verlangt die Legaldefinition nicht.⁶³⁰ Somit verliert etwa die Gegenleistung für die Ausstrahlung von Fernseh- oder Hörfunksendungen ihren entgeltlichen Charakter weder durch bloß über-

⁶²⁷ Siehe EuGH v. 25.07.1991, Slg. 1991 I/5, S. 4221 (4244); Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 2; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1679; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 3.

⁶²⁸ Dazu EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 833 (855); Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 49/50 Rn. 23; Oppermann, Europarecht, Rn. 1592; Jarass, EuR 1995, S. 202 (205); Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 17; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 44; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 247; Streinz, Europarecht, Rn. 666.

⁶²⁹ Vgl. etwa Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 10; Calliess/Ruffert-Kluth, EGV, Art. 50 Rn. 10.

⁶³⁰ Siehe Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 49/50 Rn. 36; Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 10; Calliess/Ruffert-Kluth, EGV, Art. 50 Rn. 11; Dausen-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 97.

wiegende Gebührenfinanzierung noch aufgrund indirekter Finanzierung über Werbeeinnahmen.⁶³¹ Private Rundfunkveranstalter nutzen wie auch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten – insofern als Dienstleistungserbringer – urheberrechtlich geschütztes geistiges Eigentum und sehen sich durch die Novelle zur angemessenen Vergütung der Kreativen gezwungen. Urheberrechte werden überhaupt mannigfaltig in Form von Dienstleistungen kommerzialisiert.⁶³²

2) Grenzüberschreitender Bezug

Ein grenzüberschreitender Bezug ist zunächst dann gegeben, wenn sich eine Person entweder zum Zwecke der Erbringung oder zum Empfang einer Dienstleistung in einen anderen Staat begibt.⁶³³ Dieses personale Element muss allerdings im Interesse der Erfassung sämtlicher Sachverhalte mit Gemeinschaftsrelevanz hinter dem Merkmal der Grenzüberschreitung zurücktreten.⁶³⁴ Art. 49 Abs. 1 EG betrifft daher auch solche Fälle von zunehmender Bedeutung, in denen allein die Dienstleistung eine Staatsgrenze passiert – sog. Korrespondenzdienstleistungen.⁶³⁵ Im heutigen

⁶³¹ Vgl. EuGH v. 26.04.1988, Slg. 1988 II, S. 2085 (2131); EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 833 (855); EuGH v. 30.04.1974, Slg. 1974, S. 409 (428); Calliess/Ruffert-Kluth, EGV, Art. 50 Rn. 11; Dausers-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 98; Oppermann, Europarecht, Rn. 1597; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 60; Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 49/50 Rn. 27; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 54; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 247 f.; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1673.

⁶³² So Schlink/Poscher, Gutachten, S. 60.

⁶³³ Hierzu Dausers-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 100; Calliess/Ruffert-Kluth, EGV, Art. 50 Rn. 24 u. 27; Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 49/50 Rn. 42 f.; Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 17; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 45, 47 u. 50; Oppermann, Europarecht, Rn. 1592 ff.

⁶³⁴ Dazu Calliess/Ruffert-Kluth, EGV, Art. 50 Rn. 28; Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 49/50 Rn. 44; Dausers-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 104; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 53; Oppermann, Europarecht, Rn. 1597; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1676; Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 18.

⁶³⁵ Vgl. auch Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 49/50 Rn. 44; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 52; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1676; Jarass, EuR 1995, S. 202 (205); Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 17; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 248; Calliess/Ruffert-

Wirtschaftsleben lässt sich jede der beschriebenen Möglichkeiten vielgestaltig beobachten.⁶³⁶ Deshalb nehmen die §§ 32 ff. UrhG jedenfalls Einfluss auf den Dienstleistungsaustausch innerhalb des Gemeinsamen Marktes.

b) Tatbestand

Die Grundfreiheiten mögen unterschiedlich formuliert sein, verfolgen aber allesamt das Ziel der Beseitigung von Hindernissen für den Binnenmarkt.⁶³⁷ Gerade hinsichtlich des produktbezogenen Aspekts der Korrespondenzdienstleistung besteht eine enge strukturelle Beziehung zwischen Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit.⁶³⁸ Art. 49 Abs. 1 EG will insoweit ebenfalls die Mobilität einer produktähnlichen Leistung sicherstellen und faktischen Schlechterstellungen vorbeugen.⁶³⁹ Diesbezügliche Anhaltspunkte finden sich auch im Wortlaut der Vorschrift – verboten sind „Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs“. Die Entwicklung einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten vermeidet Wertungswidersprüche und gewährleistet Rechtssicherheit bei der Auslegung.⁶⁴⁰ Konsequenterweise wird die Dienstleistungsfreiheit als Beschränkungsverbot verstanden, nur besteht Unklarheit über

Kluth, EGV, Art. 50 Rn. 29.

⁶³⁶ Siehe insbesondere Calliess/Ruffert-Kluth, EGV, Art. 50 Rn. 24 ff. u. 30; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 247.

⁶³⁷ Vgl. Calliess/Ruffert-Epiney bzw. Kluth, EGV, Art. 28 Rn. 56 u. 59 sowie Art. 50 Rn. 40; Jarass, EuR 1995, S. 202(214); Streinz, Europarecht, Rn. 664; Dausen-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 117; Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 2; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 56.

⁶³⁸ Vgl. hierzu Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 49/50 Rn. 95; Dausen-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 100; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 4; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 61; v. der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, EGV I, Vorbem. Art. 49-55 Rn. 15 ff. u. Art. 49 Rn. 2; Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 20.

⁶³⁹ Siehe EuGH v. 25.07.1991, Slg. 1991 I/5, S. 4221 (4243); EuGH v. 10.05.1995, Slg. 1995 I, S. 1141 (1176); EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 833 (856); Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 11; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (485); Jarass, EuR 1995, S. 202 (214); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 249 f.; Dausen-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 117.

⁶⁴⁰ Dazu auch Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 12; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 249.

dessen Reichweite.⁶⁴¹ Auch Art. 49 Abs. 1 EG muss nämlich der Notwendigkeit einer Koordinierung des regulatorischen Rahmens für die Ausübung bestimmter Dienstleistungen ungeachtet einer beschränkenden Wirkung Anerkennung zollen.⁶⁴²

Eine in den Grundzügen gemeinsame Systematik der Grundfreiheiten soll die Übertragung des Gedankens der Cassis de Dijon-Entscheidung ermöglichen.⁶⁴³ Beschränkungen sind demnach nur diejenigen nationalen Maßnahmen, welche den zwischenstaatlichen Dienstleistungsverkehr behindern, hemmen oder erschweren, sich aber nicht durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls rechtfertigen lassen.⁶⁴⁴ Akzeptiert werden wiederum nur dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechende Hindernisse für die Vermarktung.⁶⁴⁵

⁶⁴¹ Beachte EuGH v. 10.05.1995, Slg. 1995 I, S. 1141 (1176); EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 881 (903); EuGH v. 25.07.1991, Slg. 1991 I/5, S. 4221 (4243); Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 216; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1678 f.; v. der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, EGV I, Vorbem. Art. 49-55 Rn. 18 ff. u. Art. 49 Rn. 32; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 56 u. 58 f.; Jarass, EuR 1995, S. 202 (214); Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoef, EGV I, Art. 49/50 Rn. 68, 90 f. u. 95; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 60 f.; Calliess/Ruffert-Epiney bzw. Kluth, EGV, Art. 28 Rn. 57 u. 59 sowie Art. 50 Rn. 38 u. 40; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 249; Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 20 u. 31; Streinz, Europarecht, Rn. 671 f.; Dausers-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 117.

⁶⁴² Vgl. EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 833 (856); EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 881 (903); Calliess/Ruffert-Kluth, EGV, Art. 50 Rn. 40; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 216; v. der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, EGV I, Art. 49 Rn. 70; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 57; Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoef, EGV I, Art. 49/50 Rn. 70; Streinz, Europarecht, Rn. 681.

⁶⁴³ Siehe dazu obige kritische Anmerkungen zur dogmatischen Einordnung.

⁶⁴⁴ Hierzu EuGH v. 25.07.1991, Slg. 1991 I/5, S. 4221 (4244); EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 833 (856); EuGH v. 10.05.1995, Slg. 1995 I, S. 1141 (1179); Calliess/Ruffert-Epiney bzw. Kluth, EGV, Art. 28 Rn. 57 sowie Art. 50 Rn. 53 ff.; Jarass, EuR 1995, S. 202 (223 f.); v. der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, EGV I, Art. 49 Rn. 69; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 64 u. 96; Streinz, Europarecht, Rn. 677 u. 701; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 62; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (486); Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 25 f.; Dausers-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 118; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1680.

⁶⁴⁵ Beachte etwa EuGH v. 30.04.1974, Slg. 1974, S. 409 (429); EuGH v. 25.07.1991, Slg. 1991 I/5, S. 4221 (4244); EuGH v. 10.05.1995, Slg. 1995 I, S. 1141 (1179); Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 217; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1680; v. der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, EGV I, Art. 49 Rn. 73; Jarass, EuR 1995, S. 202 (224 ff.); Dausers-Roth, EU-Wirtschaftsrecht I, E. I Rn. 118 u. 122 f.; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (488); Schlink/Poscher, Gutachten, S. 62; Streinz, Europarecht, Rn. 677 u. 702; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 64 u. 95; Oetker/Preis-Busche, EAS, Abschn. 2400 Rn. 26.

Dem Allgemeininteresse darf insbesondere – und hier klingt das Herkunftslandprinzip der Cassis de Dijon-Entscheidung an – nicht bereits durch Rechtsvorschriften des Ursprungslands Rechnung getragen sein; dieser rein formale Anknüpfungspunkt der Duplizität kann materiell-rechtlich als Ausprägung der Erforderlichkeit behandelt werden.⁶⁴⁶ Eine strikte Beachtung der gegenseitigen Berücksichtigungspflicht führt indes – wie bereits angedeutet – zu einer vollständigen Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Schutzniveaus und lässt soziale, moralische und kulturelle Unterschiede unbeachtet.⁶⁴⁷ Einer zwangsläufigen Abwärtsbewegung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner hat auch der EuGH Einhalt geboten und auf eine rechtstechnisch umfassende Prüfungsdichte insbesondere dann verzichtet, wenn im Zuge der Lösung innenpolitisch bedeutender Fragen nichtwirtschaftlicher Natur sich die Gemeinschaftsfreiheiten tendenziell gering beeinträchtigt sahen.⁶⁴⁸ Abstriche hinsichtlich der Intensität der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, gleicht dem Bemühen der Keck-Entscheidung, weniger in den mitgliedstaatlichen Regelungsbereich einzugreifen.⁶⁴⁹

Der EuGH hat sich im Urteil Alpine Investments auf eine tatbestandliche Abgrenzung des Sachverhalts zu Keck beschränkt und damit eine Übertragbarkeit der Grundsätze bislang weder ausdrücklich bestätigt noch abgelehnt.⁶⁵⁰ Auch bei den Dienstleistun-

⁶⁴⁶ Vgl. EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 833 (856); EuGH v. 25.07.1991, Slg. 1991 I/5, S. 4221 (4244); v. der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, EGV I, Art. 49 Rn. 77; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 59, 62, 64, 98 u. 106; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 218 ff.; Jarass, EuR 1995, S. 202 (225 f.); Schlink/Poscher, Gutachten, S. 62; Bleckmann-Bleckmann, Europarecht, Rn. 1687.

⁶⁴⁷ Beachte hierzu Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 216 u. 225 f.

⁶⁴⁸ Siehe EuGH v. 24.03.1994, Slg. 1994 I, S. 1039 (1093 ff.); EuGH v. 04.10.1991, Slg. 1991 I, S. 4685 (4739 ff.); Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 223 ff.

⁶⁴⁹ So Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 236.

⁶⁵⁰ Vgl. EuGH v. 10.05.1995, Slg. 1995 I, S. 1141 (1177); Calliess/Ruffert-Epiney bzw. Kluth, EGV, Art. 28 Rn. 57 sowie Art. 50 Rn. 42; Schwarze-Holoubek, EU-Kommentar, Art. 49 Rn. 60 f.; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 245 f.; v. der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, EGV I, Art. 49 Rn. 103 ff.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 249 f.; Grabitz/Hilf-Leible bzw. Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 28 Rn. 29 sowie Art. 49/50 Rn. 92; Oetker/Preis-Busche,

gen könnten Verkaufsmodalitäten – die Vermarktung der Leistung betreffende Bestimmungen – ausgemacht und zwar nicht einer physischen Beschaffenheit, wohl aber dem Leistungsinhalt gegenübergestellt werden.⁶⁵¹ Führt man sich jedoch nochmals die Diskussion um den Sinn einer derartigen Einteilung vor Augen, erscheint erneut lediglich ein Rückgriff auf den Grundgedanken der Rechtsprechung angezeigt.⁶⁵² Die durch die gesetzgeberische Veränderung der Vermarktungsmodalitäten von Urheberrechten befürchteten Kostenerhöhungen machen vielleicht die Erbringung der Dienstleistung auf dem deutschen Markt weniger attraktiv, treffen aber alle Marktteilnehmer gleichermaßen.⁶⁵³ Die §§ 32 ff. UrhG berühren – wie konstatiert – daher in keiner Weise den Marktzugang.

3. Ergebnis

Tangiert die Neuregelung des Urhebervertragsrechts also mangels Beschränkung auch die Dienstleistungsfreiheit nicht, scheidet insgesamt eine Beanstandung der §§ 32 ff. UrhG mit Blick auf die Grundfreiheiten des EG aus.

EAS, Abschn. 2400 Rn. 31; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 61.

⁶⁵¹ Beachte Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 49/50 Rn. 96; v. der Groeben/Schwarze-Tiedje/Troberg, EGV I, Art. 49 Rn. 102 f.

⁶⁵² Siehe dazu EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 881 (903); Streinz, Europarecht, Rn. 682; Ehlers, Jura 2001, S. 482 (485); Jarass, EuR 1995, S. 202 (217 f.); Calliess/Ruffert-Epiney, EGV, Art. 28 Rn. 59; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 250; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 246 f.; Grabitz/Hilf-Randelzhofer/Forsthoff, EGV I, Art. 49/50 Rn. 91 u. 97 f.

⁶⁵³ Vgl. Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 249 f.

II. Kartellverbot

Die allgemeinen Ziele des EG werden des Weiteren durch die Wettbewerbsbestimmungen konkretisiert.⁶⁵⁴ Die Errichtung und Aufrechterhaltung eines Systems, das den freien Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt, bedeutet einen maßgeblichen Beitrag zur Realisierung von Freiheit, Wohlstand und Gerechtigkeit.⁶⁵⁵ Eine der beiden tragenden Säulen des europäischen Wettbewerbsrechts bildet Art. 81 EG. Ob der Gesetzgeber aufgrund der Veränderung der Rahmenbedingungen der rechtsgeschäftlichen Verwertung von Urheberrechten einen Verstoß gegen dieses Kartellverbot verantwortet, erscheint abschließend erörterungsbedürftig.

1. Anwendbarkeit

Zunächst muss die besondere Aufmerksamkeit dem sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift gelten.

a) Sachlicher Anwendungsbereich

Das Kartellverbot steht einer Unternehmenstätigkeit gleichgültig gegenüber, solange nicht die Errichtung künstlicher Schranken für die innergemeinschaftlichen Wirtschaftsbeziehungen ermöglicht wird.⁶⁵⁶ Gewerbliche Schutzrechte monopolisieren aber die wirt-

⁶⁵⁴ Hierzu EuGH v. 24.01.1991, Slg. 1991 I/1, S. 107 (123); EuGH v. 29.01.1985, Slg. 1985 I, S. 305 (318); Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1784; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 237.

⁶⁵⁵ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. g) EG; EuGH v. 21.02.1973, Slg. 1973, S. 215 (244 f.); EuGH v. 24.01.1991, Slg. 1991 I/1, S. 107 (123); Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, Einführung Rn. 6; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 4 f.; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313.

⁶⁵⁶ Siehe EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (303); EuGH v. 10.12.1985, Slg. 1985 V, S. 3801 (3826); EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (388); EuGH v. 12.12.1967, Slg. 1967, S. 543 (556).

schaftliche Verwertung des Eigentums.⁶⁵⁷ Die Einbindung insbesondere des Urheberrechts in das gewerbliche Geschehen muss – die Unternehmereigenschaft der freischaffenden Kreativen unterstellt – aufgrund dieser Monopolkonstruktion beinahe zwangsläufig zu Kollisionen mit den Regeln des freien Wettbewerbs führen.⁶⁵⁸ Nun erklärt Art. 30 S. 1 EG Beschränkungen, welche sich aus den Wirkungen des gewerblichen und kommerziellen Eigentums ergeben, für zulässig und Art. 295 EG die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten für unberührt durch den Vertrag. Auf den ersten Blick wird insofern die Anerkennung einer Bereichsausnahme für das Urheberrecht im Sinne einer absoluten Freistellung von den Geboten des EG suggeriert.⁶⁵⁹ Demnach könnte die Abschottung von Märkten zum Schutz intellektuellen Eigentums nicht durch das europäische Kartellrecht sanktioniert und die Neuregelung des Urhebervertragsrechts keineswegs an Art. 81 Abs. 1 EG gemessen werden. Indes lässt schon Art. 30 S. 2 EG erkennen, dass zur Absicherung der Kreativen getroffene Maßnahmen nicht grundsätzlich dem EG entzogen sein sollen und steht diesbezüglich nur scheinbar im Widerspruch zu Art. 295 EG; dessen Bedeutung erschöpft sich nämlich in einer bloßen Zuständigkeitsverteilung.⁶⁶⁰ Um die Berücksichtigung nationaler Besonderheiten zu ermöglichen, bleibt den Mitgliedstaaten die Ausgestaltung ihrer Eigentumsordnungen überlassen.⁶⁶¹ Die Vorschrift will weder von der Einhaltung

⁶⁵⁷ Beachte dazu Fikentscher, Wettbewerb, S. 246 u. 278; Dietz, Urheberrecht, S. 39 u. 45.

⁶⁵⁸ Vgl. etwa v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 66; Fikentscher, Wettbewerb, S. 246, 277 f. u. 280 sowie FS für Schricker, S. 149 (151 u. 154 f.); Dausen-Ullrich/Konrad bzw. Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht I u. II, C. III Rn. 5 sowie H. I § 1 Rn. 8; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1913; Loewenheim, UFITA 79, S. 175 f.

⁶⁵⁹ Siehe Dietz, Urheberrecht, S. 40 ff.; Oppermann, Europarecht, Rn. 1088; v. Themaat, GRUR Int. 1964, S. 21; Dausen-Dausen bzw. Ullrich/Konrad, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 180 sowie C. III Rn. 1; Streinz, Europarecht, Rn. 734.

⁶⁶⁰ Vgl. Ebenroth, Gewerblicher Rechtsschutz, Rn. 8; Oppermann, Europarecht, Rn. 1088; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 71; Fikentscher, FS für Schricker, S. 149 (156).

⁶⁶¹ So Dietz, Urheberrecht, S. 40; dazu auch Ebenroth, Gewerblicher Rechtsschutz,

der Grundfreiheiten noch von der Beachtung der Wettbewerbsregeln dispensieren.⁶⁶² Hinsichtlich der kartellrechtlichen Aufgabe der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen marktwirtschaftlich organisierten Binnenmarktes erweisen sich Eingriffe in die mitgliedstaatlichen Befugnisse als unumgänglich.⁶⁶³ Eine Ausklammerung des Urheberrechts aus dem Anwendungsbereich des EG kann mithin nicht auf Art. 295 EG gestützt und dem Vertrag keine weitere ausdrückliche Aussage über das Verhältnis zwischen gewerblichem Rechtsschutz und den Regeln des freien Wettbewerbs entnommen werden.

Künstler bedürfen allerdings – so schon an anderer Stelle der Abhandlung ausgeführt – in besonderer Weise der Vermarktung ihrer Werke. Das Verhältnis der Kreativen zu den Werknutzern trägt gewisse symbiotische Züge, ähnlich dem von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁶⁶⁴ Gemeinsame Vergütungsregeln im Sinne von § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG und die Kollektivvereinbarungen des Arbeitsrechts dienen insofern beide der sozialen Absicherung des typischerweise schwächeren Verhandlungspartners.⁶⁶⁵ Diese funktionelle Verwandtschaft eröffnet den Blick auf die kartellrechtliche Beurteilung kollektiver Regelungen arbeitsrechtlicher Angelegenheiten und bereitet Erwägungen den Weg, welche die Übertragung der Vorgaben des Arbeitsrechts auf das Urhebervertragsrecht betreffen.⁶⁶⁶

Rn. 6.

⁶⁶² Hierzu Dauses-Ullrich/Konrad, EU-Wirtschaftsrecht I, C. III Rn. 1; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 17; Dietz, Urheberrecht, S. 40.

⁶⁶³ Vgl. EuGH v. 21.02.1973, Slg. 1973, S. 215 (244 f.); EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (388); EuGH v. 25.10.1977, Slg. 1977 II, S. 1875 (1905); EuGH v. 27.09.1988, Slg. 1988 V, S. 5249 (5285); EuGH v. 10.12.1985, Slg. 1985 V, S. 3801 (3826); EuGH v. 05.04.1984, Slg. 1984 II, S. 1797 (1812); Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 126; Loewenheim, UFITA 79, S. 175 (193); v. Bernuth, Urheberrechtsschranken, S. 66; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 36.

⁶⁶⁴ Beachte insbesondere BVerfG v. 08.04.1987, BVerfGE 75, S. 108 (158 f.); Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (775); Dietz, Urheberrecht, S. 46.

⁶⁶⁵ Vgl. etwa EuGH v. 21.09.1999, DB 2000, S. 826 (827).

⁶⁶⁶ Dazu Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (775); Dietz, Urheberrecht, S. 46 f. u. 250.

Der EuGH befürwortet eine Bereichsausnahme für Tarifverträge unter Hinweis darauf, dass Kollektivverträge als Mittel der Verständigung zwischen den Sozialpartnern letztlich auch vom EG anerkannt sind.⁶⁶⁷ Gütermarktregelungen bergen jedoch grundsätzlich die Gefahr erheblicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen, wohingegen der jeweils verfolgte Zweck nicht stets ein vom EG bedingungslos anzuerkennendes Bedürfnis darstellt.⁶⁶⁸ Dem gesellschaftlichen Wandel im Laufe der Zeit unterliegt, in welchem Umfang der freie Wettbewerb dem Arbeitsrecht Opfer bringen muss.⁶⁶⁹ Die Notwendigkeit einer konkreten Interessenabwägung zwischen sozialpolitischen Belangen und den Schutzzwecken des Kartellverbots kann deshalb nicht mehr geleugnet werden.⁶⁷⁰ Diese Ausführungen stehen der kartellrechtlichen Immunität von Kollektivverträgen jeder Art entgegen; die Verankerung von Ausnahmen im EG bestätigt im Umkehrschluss den grundsätzlich universellen Geltungsanspruch des Wettbewerbsprinzips.⁶⁷¹

Zudem verbietet sich, das Schutzniveau der Wettbewerbsregeln von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich zu bestimmen, obwohl die Bemühungen des nationalen Gesetzgebers, der Ordnungsaufgabe des Urheberrechts über die Installierung angemessener Verwertungsbefugnisse gerecht zu werden, grundsätzlich –

⁶⁶⁷ Vgl. Bestimmungen über die Sozialpolitik der Art. 2 u. 136 ff. EG; EuGH v. 21.09.1999, DB 2000, S. 826 f. sowie auch Dietz, Urheberrecht, S. 250; Fleischer, DB 2000, S. 821 ff.; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 1; Emmerich, Kartellrecht, S. 16; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Vorbem. Art. 81-89 Rn. 24; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 60; Kulka, WuW 1987, S. 5 (8 f.).

⁶⁶⁸ Beachte Kulka, WuW 1987, S. 5 (15 f.); hingegen EuGH v. 21.09.1999, DB 2000, S. 826 (827).

⁶⁶⁹ Vgl. Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 90; Kulka, WuW 1987, S. 5 (16).

⁶⁷⁰ Beachte v. Ungern-Sternberg, FS für Odersky, S. 987; Fleischer, DB 2000, S. 821 (823); Kulka, WuW 1987, S. 5 (16 u. 22 f.).

⁶⁷¹ Beachte insbesondere Art. 36, 296 Abs. 1 Buchst. b) EG; EuGH v. 27.01.1987, Slg. 1987 I, S. 405 (451); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 7 f.; Mestmäcker, FS für Rittner, S. 391 (392); Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 1 f.; Fleischer, DB 2000, S. 821 (822); v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Vorbem. Art. 81-89 Rn. 42; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 254.

hierzu später mehr – Respekt verdienen.⁶⁷² Die Deckung eines bestimmten Marktverhaltens durch den gesetzlichen Sonderbereich entscheidet folglich nicht über die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 81 Abs. 1 EG.⁶⁷³ Wie die auftretenden Spannungen zwischen europäischem Kartellrecht und Urheberrecht im Einzelnen gehandhabt werden können, wird noch Gegenstand einer eingehenden Prüfung sein. Jedenfalls aber fällt die Neuregelung unter den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 81 Abs. 1 EG.

Im Übrigen gelten die nationalen kartellrechtlichen Hindernisse gegenüber gemeinsamen Vergütungsregeln weitestgehend als durch § 36 UrhG überwunden⁶⁷⁴. Die Vorschrift soll laut Gesetzgeber gemäß dem anerkannten Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ eine implizit kartellrechtlich zulässige Gestaltungsmacht gewähren, wenn auch aus Gründen der Rechtssicherheit die Schaffung einer Bereichsausnahme im GWB selbst wünschenswert gewesen wäre.⁶⁷⁵ Auch in Bezug auf die Rechtfertigung der Dispensierung von § 1 GWB kann auf die folgenden Ausführungen verwiesen werden. Ungeklärt erscheint indes, ob das nationale Kartellrecht darüber hinaus noch Anwendung findet und welche Aufsichtsbe-

⁶⁷² Siehe dazu EuGH v. 17.07.1997, EuZW 1997, S. 632 (633); EuGH v. 27.01.1987, Slg. 1987 I, S. 405 (451); Loewenheim, UFITA 79, S. 175 (190 u. 194); Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1913 u. 1915.

⁶⁷³ Vgl. Dietz, Urheberrecht, S. 43; Dausen-Ullrich/Konrad, EU-Wirtschaftsrecht I, C. III Rn. 94; Streinz, Europarecht, Rn. 664; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1915; Fikentscher, Wettbewerb, S. 282 u. 284 ff. sowie FS für Schricker, S. 149 (156); Loewenheim, UFITA 79, S. 175 (190 u. 193).

⁶⁷⁴ Siehe etwa Zentek/Meinke, Urheberrechtseform, S. 84.

⁶⁷⁵ Vgl. Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (772 u. 775 f.); Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7564, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 91 (115); Fachausschuss für Urheber- und Verlagsrecht der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1980, S. 1060 (1061); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 185; Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1092); Nordemann, Urhebervertragsrecht, § 36 Rn. 2; Flechsig/Hendricks, ZUM 2002, S. 423 (425); Ory, AfP 2002, S. 93 (102); Schack, GRUR 2002, S. 853 (857) und ZUM 2001, S. 453 (461 f.); vgl. zum Anwendungsbereich des Grundsatzes lex posterior derogat legi priori Renck, JZ 1970, S. 770; Bartsch, Empfehlungsverbote, S. 293.

hörde hierüber wachen soll; die Beantwortung derartiger Fragen würde jedoch den Rahmen dieser Abhandlung sprengen.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

Art. 81 Abs. 1 EG wendet sich ausdrücklich nur an Unternehmen. Eigentlich ist Aufgabe der Grundfreiheiten, den Gemeinsamen Markt vor staatlichen Beeinträchtigungen zu schützen. Die Mitgliedstaaten sehen sich außerhalb des fiskalischen Handelns somit nicht unmittelbar an das Kartellverbot gebunden. Die Verwirklichung der Vertragsziele gefährdet indes gerade auch die Erreichung oder Beibehaltung insbesondere gesetzgeberischer Maßnahmen, welche die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsordnung beeinträchtigen oder aufheben könnten, sich aber – wie gezeigt – mangels Regelung einer Beschränkung unter dem Gesichtspunkt der Grundfreiheiten nicht erfassen lassen.⁶⁷⁶ Abweichungen von der Systematik erscheinen im Interesse der Effektivität der Regeln des freien Wettbewerbs etwa dann erforderlich, wenn ein Mitgliedstaat Art. 81 Abs. 1 EG zuwiderlaufende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt.⁶⁷⁷ Unter den Anwendungsbereich der Vorschrift muss

⁶⁷⁶ Beachte insbesondere EuGH v. 24.01.1991, Slg. 1991 I/1, S. 107 (123); EuGH v. 23.04.1991, Slg. 1991 I/2, S. 1979 (2017); EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5851 (5878); EuGH v. 05.10.1995, Slg. 1995 I, S. 2883 (2909); EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5801 (5847); EuGH v. 18.06.1998, Slg. 1998 I/6, S. 3949 (3994); EuGH v. 29.01.1985, Slg. 1985 I, S. 305 (319 f.); EuGH v. 21.09.1999, DB 2000, S. 826 (827); Calliess/Ruffert-Kahl bzw. Weiß, EGV, Art. 10 Rn. 49 sowie Art. 81 Rn. 14; Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (617); Schwarze-Hatje, EU-Kommentar, Art. 10 Rn. 47; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1822; Grabitz/Hilf-v. Bogdandy, EGV I, Art. 10 Rn. 59; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314); Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 11; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 132; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 253; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 64 f.; Due, Gemeinschaftstreue, S. 9.

⁶⁷⁷ Vgl. EuGH v. 30.04.1986, Slg. 1986 II, S. 1425 (1471); EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5751 (5797); EuGH v. 18.06.1998, Slg. 1998 I/6, S. 3949 (3998); EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5801 (5847); EuGH v. 21.09.1988, Slg. 1988 V, S. 4769 (4791); EuGH v. 14.07.1994, Slg. 1994 I, S. 3453 (3496); EuGH v. 11.12.1997, EuZW 1998, S. 274 (275); EuGH v. 18.06.1998, Slg. 1998 I/6, S. 3851 (3900); v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 135; Schwarze,

außerdem fallen, wenn der nationale Gesetzgeber die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.⁶⁷⁸ Begründen lässt sich die zusätzliche rechtliche Verpflichtung mit der Art. 10 Abs. 2 EG zu entnehmenden Treuepflicht der Mitgliedstaaten.⁶⁷⁹ Die staatliche Verantwortung erwächst mithin aus der Anknüpfung an wettbewerbswidriges Vorverhalten der Unternehmen.⁶⁸⁰ Verbleibt diesen kein autonomer Handlungs- und Entscheidungsspielraum und kann die Wettbewerbsbeschränkung ausschließlich staatlichen Stellen zugerechnet werden, entfällt die Haftung des betreffenden Mitgliedstaates aufgrund des Akzessorietätsprinzips.⁶⁸¹ Nur dieses Kon-

EuZW 2000, S. 613 (618); Grabitz/Hilf-v. Bogdandy, EGV I, Art. 10 Rn. 60; Calliess/Ruffert-Kahl bzw. Weiß, EGV, Art. 10 Rn. 49 sowie Art. 81 Rn. 14; Dausès-Dausès bzw. Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht I u. II, C. I Rn. 94 sowie H. I § 1 Rn. 13; Oppermann, Europarecht, Rn. 1033; Schack, GRUR 2002, S. 853 (857); Schwarze-Hatje, EU-Kommentar, Art. 10 Rn. 48; Schmitt, GRUR 2003, S. 294 (295).

⁶⁷⁸ Siehe etwa EuGH v. 21.09.1999, DB 2000, S. 826 (827); EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5801 (5847); EuGH v. 18.06.1998, Slg. 1998 I/6, S. 3949 (3998); EuGH v. 05.10.1995, Slg. 1995 I, S. 2883 (2910); EuGH v. 21.09.1988, Slg. 1988 V, S. 4769 (4791); EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5751 (5797); EuGH v. 14.07.1994, Slg. 1994 I, S. 3453 (3496); Calliess/Ruffert-Kahl bzw. Weiß, EGV, Art. 10 Rn. 49 sowie Art. 81 Rn. 14; Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (619); v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 136; Dausès-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 13.

⁶⁷⁹ Dazu EuGH v. 29.01.1985, Slg. 1985 I, S. 305 (318); EuGH v. 18.06.1998, Slg. 1998 I/6, S. 3949 (3994); EuGH v. 21.09.1988, Slg. 1988 V, S. 4769 (4791); EuGH v. 18.06.1998, Slg. 1998 I/6, S. 3851 (3899); EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5851 (5878); EuGH v. 30.04.1986, Slg. 1986 II, S. 1425 (1471); EuGH v. 05.10.1995, Slg. 1995 I, S. 2883 (2909 f.); Schwarze-Hatje, EU-Kommentar, Art. 10 Rn. 47; Due, Gemeinschaftstreue, S. 9; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1822; Dausès-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 11; Calliess/Ruffert-Kahl bzw. Weiß, EGV, Art. 10 Rn. 49 sowie Art. 81 Rn. 14; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314); Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (617); v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 135; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 65.

⁶⁸⁰ Beachte EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5751 (5798); EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5801 (5849); EuGH v. 17.11.1993, Slg. 1993 I/8, S. 5851 (5879); Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 14; Dausès-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 13; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1823; Grabitz/Hilf-v. Bogdandy, EGV I, Art. 10 Rn. 63.

⁶⁸¹ Hierzu etwa Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 26; Dausès-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 13; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 130 u. 134; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 14 u. 51; Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (620 f.); Schmitt, GRUR 2003, S. 294 (295); Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 118 f.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 255; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (315).

zept der mittelbaren staatlichen Verantwortung wird dem eindeutigen Wortlaut des Art. 81 Abs. 1 EG gerecht.⁶⁸²

2. Tatbestandsvoraussetzungen

Demnach gilt das erste Bestreben der Klärung, inwieweit die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln im Sinne von § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG die Tatbestandsvoraussetzungen des Kartellverbots erfüllt.

a) Unternehmen

Den Beteiligten an der Kreierung solcher Regelwerke muss zunächst eine Unternehmereigenschaft oder die Mitgliedschaft in einer Unternehmensvereinigung nachgewiesen werden. Vorangeht sei, dass grundsätzlich bei der Definition von Begrifflichkeiten des europäischen Rechts im Interesse seiner einheitlichen Geltung und Anwendung nationale Vorstellungen und Traditionen unberücksichtigt bleiben.⁶⁸³ Der Begriff des Unternehmens bezeichnet nach weitem kartellrechtsfunktionalen Verständnis eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform, dem Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht sowie der Art der Finanzierung.⁶⁸⁴ Gleichfalls kommt

⁶⁸² Vgl. Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (621); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 253; Grabitz/Hilf-v. Bogdandy, EGV I, Art. 10 Rn. 63.

⁶⁸³ Siehe EuGH v. 17.07.1997, EuZW 1997, S. 632 (633); Schwarze, EuZW 2000, S. 613; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Vorbem. Art. 81-89 Rn. 27; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 88.

⁶⁸⁴ Dazu EuGH v. 23.04.1991, Slg. 1991 I/2, S. 1979 (2016); EuGH v. 11.12.1997, EuZW 1998, S. 274 (275); EuGH v. 21.09.1999, DB 2000, S. 826 (827); EuGH v. 19.02.2002, NJW 2002, S. 877 (878); Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 58; Oppermann, Europarecht, Rn. 1033 u. 1039; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 31; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 23 f.; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1826; Schwarze, EuZW 2000, S. 613 f.; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Vorbem. Art. 81-89 Rn. 21 ff.; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 13; Emmerich, Kartellrecht, S. 385; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 254; Loewenheim, UFITA 79, S. 175 (204); Schmitt, GRUR 2003, S. 294 (295); Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 51 u. 57; Zäch,

der funktionellen und wirtschaftlichen Kontinuität des Unternehmens keine Bedeutung zu.⁶⁸⁵ Jedwede selbstständige Teilnahme am geschäftlichen Verkehr genügt den Anforderungen der Definition.⁶⁸⁶ Die Tätigkeit eines Unternehmens braucht insbesondere keineswegs primär auf den Austausch von wirtschaftlichen Gütern auf einem bestimmten Markt gerichtet sein, sondern lediglich irgendeinen Bezug zum Wirtschaftsleben aufweisen.⁶⁸⁷

Während sich nun die Werkschöpfung durch den Urheber zwar außerhalb des Geschäftsverkehrs vollzieht, stellt die eigenverantwortliche Verwertung der geistig-schöpferischen Leistung durch Abschluss von Nutzungsverträgen eine selbstständige Teilnahme am Wirtschaftsverkehr dar.⁶⁸⁸ Die freischaffenden Urheber und ihre Vertragspartner sind mithin als Unternehmer anzusehen.⁶⁸⁹ Allerdings gehören einzelne Kreative im Gegensatz zu den Verwertern nicht zum Kreis der zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln Befugten – bloß Urheberverbänden steht diese Gestal-

Wettbewerbsrecht, S. 2.

⁶⁸⁵ Vgl. allerdings Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 56 u. 58; Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (614); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 254; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Vorbem. Art. 81-89 Rn. 20 u. 29; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 31.

⁶⁸⁶ Hierzu EuGH v. 19.02.2002, NJW 2002, S. 877 (878); Oppermann, Europarecht, Rn. 1039; Stockenhuber, Kartellrecht, S. 6; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 58; Emmerich, Kartellrecht, S. 385; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 13.

⁶⁸⁷ Vgl. EuGH v. 19.02.2002, NJW 2002, S. 877 (878 f.); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 23; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 35.

⁶⁸⁸ Siehe in diesem Zusammenhang BGH v. 03.05.1988, GRUR 1988, S. 782 (784); EuGH v. 16.12.1975, Slg. 1975 III, S. 1663 (2024); Bundeskartellamt, BB 1963, S. 916; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 56; Dietz, Urheberrecht, S. 251; Stockenhuber, Kartellrecht, S. 6; Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1090); Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 25; Loewenheim, UFITA 79, S. 175 (204); v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Vorbem. Art. 81-89 Rn. 23; Immenga/Mestmäcker-Zimmer, GWB, § 1 Rn. 70 f.

⁶⁸⁹ Beachte etwa Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7564, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 91 (107); Bayreuther, GRUR 2003, S. 570 (574); Schack, GRUR 2002, S. 853 und Urheberrecht, Rn. 954; Schricker, Verlagsrecht, Einl. Rn. 12; Stichelbrock, GRUR 2001, S. 1087 (1090); Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 8; Vogel, FS für Schricker, S. 117 (122); Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1827; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 32; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 61; Wiedemann/Wank-Wank, TVG, § 12 a Rn. 43; Emmerich, Kartellrecht, S. 386; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform, S. 83; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 254 f.; hingegen Dietz, Urheberrecht, S. 48 u. 250.

tungsmöglichkeit offen. Jedoch erfasst Art. 81 Abs. 1 EG auch die Auswirkungen der Betätigung von beliebig strukturierten Zusammenschlüssen mehrerer Unternehmen auf die Geschäftspolitik ihrer Mitglieder.⁶⁹⁰ Das Handeln der Unternehmensvereinigungen muss lediglich auf die Koordination fremder Unternehmenstätigkeit ausgerichtet und ihre Handlungsfähigkeit durch ein Mindestmaß an gemeinschaftlicher Organisation garantiert sein.⁶⁹¹ Die Forderung der Verfolgung eigener wirtschaftlicher Zwecke würde die Anwendbarkeit der Vorschrift zur Disposition der Beteiligten stellen; vielmehr qualifiziert die selbstständige Betätigung einer Vereinigung im Geschäftsverkehr – wie soeben dargetan – zum Unternehmen.⁶⁹²

Die Bildung von Urheber- und Verwerterverbänden erfolgt zur kollektiven Verabredung von Preisen für die Einräumung von Nutzungsrechten. Die Vergütungsregeln sollen im Wege einer individualvertraglichen Bezugnahme Eingang in das einzelne Urhebervertragsverhältnis finden und insofern Einfluss auf das Marktverhalten von Kreativen und Werknutzern nehmen. Schließlich gewährleistet das Erfordernis der Ermächtigung zur Aufstellung der Regelwerke nach § 36 Abs. 2 UrhG die notwendige Möglichkeit zur Gesamtwillensbildung der Verbände. Am Schaffungsprozess im Sinne der §§ 36, 36 a UrhG sind folglich Unternehmensvereinigungen sowie auf Seiten der Verwerter auch einzelne Unternehmen beteiligt.

⁶⁹⁰ Siehe Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 64; Emmerich, Kartellrecht, S. 387; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 48; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 82; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1840.

⁶⁹¹ Hierzu EuGH v. 19.02.2002, NJW 2002, S. 877 (879); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 23; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Vorbem. Art. 81-89 Rn. 38; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 64; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 30 f.; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314).

⁶⁹² Beachte dazu Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 34 u. 48; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 64; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 82; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Vorbem. Art. 81-89 Rn. 40; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 255; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 30.

b) Handlungsspielraum

Darüber hinaus schreiben die §§ 32 ff. UrhG weder die Gründung einer Vereinigung noch die Kooperation zwischen den Verbänden bindend vor. Die Vorschriften treffen außerdem nur begrenzt Aussagen über die konkrete inhaltliche Ausgestaltung der Regelwerke. Damit liegt auch der Umfang der Abweichungen von der Vergütungspraxis des freien Wettbewerbs in der Hand der Interessenvertretungen der Urheber und Verwerter. Am notwendigen Spielraum für ein Wettbewerbsverhalten besteht also kein Zweifel.⁶⁹³

c) Verhaltenskoordinierung

Art. 81 Abs. 1 EG will selbstständige Unternehmenspolitik auf dem Gemeinsamen Markt umfassend vor Beeinträchtigungen bewahren.⁶⁹⁴ Jede Erscheinungsform der willentlichen Verhaltenskoordinierung, welche bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken behafteten Wettbewerbs treten lässt, läuft dieser Intention zuwider.⁶⁹⁵ Die Bindungen an die unternehmerische Verständigung können nach Ausmaß und Intensität ver-

⁶⁹³ Siehe in diesem Zusammenhang Schmitt, GRUR 2003, S. 294 (295); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 255 f.; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 68.

⁶⁹⁴ Vgl. EuGH v. 24.10.1991, Slg. 1991 II/2, S. 1087 (1156); EuGH v. 31.03.1993, EuZW 1993, S. 377 (380); EuGH v. 10.03.1992, Slg. 1992 II/2, S. 1275 (1378); EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (390); Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1842; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 83; Emmerich, Kartellrecht, S. 35; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, Einführung Rn. 65; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 108; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 6; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 64 u. 83; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 37.

⁶⁹⁵ Vgl. EuGH v. 14.07.1972, Slg. 1972, S. 619 (658); EuGH v. 31.03.1993, EuZW 1993, S. 377 (380); EuGH v. 10.03.1992, Slg. 1992 II/2, S. 1275 (1377 f.); EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (387 f.); EuGH v. 24.10.1991, Slg. 1991 II/2, S. 1087 (1155 f.); EuGH v. 16.12.1975, Slg. 1975 III, S. 1663 (1942); EuGH v. 27.01.1987, Slg. 1987 I, S. 405 (455); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 33; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 52 u. 64; Fikentscher, FS für Schrickler, S. 149 (186 f.); Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 88 u. 107; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 59 u. 63; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 81 ff.; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 11; Emmerich, Kartellrecht, S. 34 f. u. 389; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1842; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 49 u. 70.

schieden ausfallen. Die Zuordnung zum Begriff der Vereinbarung richtet sich nach der Gesamtheit der jeweiligen Umstände und verlangt die Eingehung einer zumindest rein faktischen Bindung.⁶⁹⁶ Maßgeblich ist, ob der Ausscherende sich wirtschaftlichen, moralischen oder gesellschaftlichen Nachteilen ausgesetzt sieht, welche über das hinausgehen, was sich aus der Nichtteilnahme ohnehin ergibt.⁶⁹⁷ Auch die Beteiligung von Unternehmensvereinigungen an Vereinbarungen steht im Widerspruch zum Selbstständigkeitspostulat und muss – über den zu engen Wortlaut hinaus – der Vorschrift unterfallen.⁶⁹⁸

Anforderungen an das Zustandekommen einer Vereinbarung sind Art. 81 Abs. 1 EG nicht zu entnehmen. Der Verzicht auf jede Verbindlichkeit verwischt die Grenzen zum Tatbestandsmerkmal des aufeinander abgestimmten Verhaltens völlig.⁶⁹⁹ In Anlehnung an den zivilrechtlichen Vertragsbegriff wird zum Teil die Entfaltung rechtlicher Bindungswirkung verlangt – danach wären der Tatbestandsalternative Vereinbarung allerdings nur all jene Kooperationen zuzurechnen, deren rechtswidriger Charakter den Parteien nicht bewusst ist.⁷⁰⁰ Mithin verbietet sich die Forderung eines Bindungswillens hinsichtlich des Ziels der Absprache.⁷⁰¹ Das Abgren-

⁶⁹⁶ Hierzu EuGH v. 12.12.1967, Slg. 1967, S. 543 (555); Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 75; Emmerich, Kartellrecht, S. 389; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 39; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 52, 55 u. 57; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 11; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (315).

⁶⁹⁷ So Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 58; siehe v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 52; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 98; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 41 f.

⁶⁹⁸ Vgl. Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 52; Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 65 u. 73; Emmerich, Kartellrecht, S. 387; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 86, 88 u. 92; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 54.

⁶⁹⁹ Beachte Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 52 u. 58; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 39.

⁷⁰⁰ Siehe EuGH v. 10.03.1992, Slg. 1992 II/2, S. 1275 (1378); Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 98; indes EuGH v. 14.07.1972, Slg. 1972, S. 619 (658); v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 50 ff.; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 29; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 39 f.; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1838.

⁷⁰¹ Vgl. aber Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 29.

zungskriterium der faktischen Verbindlichkeit mag schließlich Unschärfen aufweisen, die an seiner Tauglichkeit zweifeln lassen.⁷⁰² Die verschiedenen Kartellformen lösen jedoch grundsätzlich identische Rechtsfolgen aus.⁷⁰³ Die Notwendigkeit einer exakten Grenzziehung von nicht bloß beweisrechtlicher Bedeutung leuchtet nur dann ein, wenn die praktische Umsetzung einer Absprache Grundvoraussetzung für die Annahme einer aufeinander abgestimmten „Verhaltensweise“ ist.⁷⁰⁴ Auf das Erfordernis des Beginns der Durchführungshandlungen scheint der Wortlaut hinzuweisen.⁷⁰⁵ Das Selbstständigkeitspostulat steht indes bereits jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen im obigen Sinne entgegen.⁷⁰⁶ So wird angeführt, bereits die Existenz einer Abrede könne das Verhalten der Marktteilnehmer negativ beeinflussen, weil sie möglicherweise ein optisches und psychologisches Klima schaffe, welches für die Erreichung des angestrebten rechtswidrigen Zwecks günstig sei.⁷⁰⁷ Art. 81 Abs. 1 EG gibt sich genau deshalb mit der nur bezweckten Wettbewerbsbeschränkung zufrieden. Einem Marktverhalten zumindest eines Beteiligten konstitutive Bedeutung beizumessen, aus dem die faktische Einhaltung der Koordinierung zutage tritt, widerspricht also dem Charakter der Vorschrift als Gefährdungsdelikt.⁷⁰⁸

⁷⁰² Beachte Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 99.

⁷⁰³ Dazu Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 32.

⁷⁰⁴ Siehe etwa Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 39.

⁷⁰⁵ Vgl. Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 114; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 69; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 84; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 68 u. 70.

⁷⁰⁶ So EuGH v. 10.03.1992, Slg. 1992 II/2, S. 1275 (1378); EuGH v. 24.10.1991, Slg. 1991 II/2, S. 1087 (1156); vgl. Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 83; Emmerich, Kartellrecht, S. 35; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1842 u. 1845; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 33; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 65; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 108 u. 113 f.; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 71; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 60.

⁷⁰⁷ Beachte Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 70; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 123; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 113 u. 142; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (315).

⁷⁰⁸ Dazu EuGH v. 24.10.1991, Slg. 1991 II/2, S. 1087 (1154 f.); Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 142; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 76 u. 123; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 169; Gounalakis/Heinze/

Die materielle Gleichwertigkeit der unterschiedlichen Kartellformen macht somit eine klare Abgrenzung entbehrlich.⁷⁰⁹

In Form der gemeinsamen Vergütungsregeln tritt eine willentliche Koordinierung des Verhaltens der Urheber und Verwerter im Wirtschaftsverkehr hinsichtlich der Bestimmung der Entlohnung für Werknutzungen in Erscheinung, ohne jedoch rechtliche Verbindlichkeit zu beanspruchen.⁷¹⁰ Den Regelwerken mit bloßem Empfehlungscharakter können sich insbesondere die Kreativen entziehen, ohne besondere Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Das Recht zur Geltendmachung eines Anspruchs auf Vertragsänderung gemäß § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG und die Entkräftung der Angemessenheit der Regelwerke vor Gericht bleibt ihnen unbenommen. Inwieweit sich gemeinsame Vergütungsregeln faktisch als Vorgabe dessen herausstellen werden, was dem Kreativen ein Prozess verspricht, ist nicht abzusehen. Jedenfalls kann die Zusammenarbeit der Verbände als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden.

d) Wettbewerbsbeschränkung

Des Weiteren verlangt Art. 81 Abs. 1 EG das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung. Wettbewerb bedeutet – das Selbstständigkeitspostulat hat bereits Erwähnung gefunden – die Summe der individuellen Handlungs- und Entscheidungsfreiheiten der Marktteilnehmer.⁷¹¹ Der Kern der Wettbewerbsbe-

Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 257 f.

⁷⁰⁹ Vgl. v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 67; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 88 f.

⁷¹⁰ Beachte Schlink/Poscher, Gutachten, S. 67 f.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 256 f.

⁷¹¹ Siehe EuGH v. 27.09.1988, Slg. 1988 V, S. 5249 (5286); EuGH v. 10.03.1992, Slg. 1992 II/2, S. 1275 (1378); EuGH v. 31.03.1993, EuZW 1993, S. 377 (380); EuGH v. 24.10.1991, Slg. 1991 II/2, S. 1087 (1156); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 37; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 117 f.; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 94 f.; Emmerich, Kartellrecht, S. 38; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 83 u. 100; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 127 f.; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81

schränkung besteht in einer Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsalternativen der Beteiligten der betreffenden Absprache.⁷¹² Die im EG und in den Gruppenfreistellungsverordnungen geregelten Erscheinungsformen der Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs legen nahe, dass Auswirkungen auf die Auswahl- und Betätigungsmöglichkeiten Dritter alleine nicht genügen.⁷¹³ Das Kartellverbot will jedoch sämtlichen dem Binnenmarktprojekt durch unternehmerisches Verhalten drohenden Gefahren begegnen.⁷¹⁴ Dementsprechend sind auch bloße Beeinträchtigungen von Marktpositionen Dritter ihren Verursachern zuzurechnen.⁷¹⁵

Die Begrifflichkeiten des Bezweckens „oder“ Bewirkens skizzieren schließlich das Verhältnis zwischen Koordination und Wettbewerbsbeschränkung. Der Wortlaut bringt die Alternativität der gleichberechtigt nebeneinander stehenden Tatbestandsmerkmale – hier sei nochmals an den Charakter der Vorschrift als Gefährdungsdelikt erinnert – explizit zum Ausdruck.⁷¹⁶ Überwiegend wird eine objektive Interpretation des Zweckbegriffs im Sinne der einer

Rn. 85 ff.; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1792 u. 1850; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 26.

⁷¹² So Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 93; Emmerich, Kartellrecht, S. 38 f. u. 391; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 122; beachte zudem Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 138; Schmitt, GRUR 2003, S. 294 (295).

⁷¹³ Vgl. Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 101; Emmerich, Kartellrecht, S. 392 f.

⁷¹⁴ Beachte etwa EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (388); Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 94 u. 105; Emmerich, Kartellrecht, S. 40 f.; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 29; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 117.

⁷¹⁵ Dazu auch Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1855; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 88 f. u. 102 ff.; Emmerich, Kartellrecht, S. 39, 41 u. 391 ff.; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 103 f.; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 123; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 99; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 26 f.

⁷¹⁶ Vgl. EuGH v. 17.07.1997, EuZW 1997, S. 632 (633 f.); EuGH v. 27.01.1987, Slg. 1987 I, S. 405 (457); EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (303); EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (390); Oppermann, Europarecht, Rn. 1036; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 135; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 105; Emmerich, Kartellrecht, S. 395; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 140 u. 142; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 122 f.; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1857; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (315); Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 169; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 31; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 38.

Maßnahme innewohnenden Tendenz befürwortet.⁷¹⁷ Den Ausschlag gibt also bereits die unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Begleitumstände festzustellende objektive Eignung einer Absprache, das Verhalten von Marktteilnehmern zu koordinieren und damit eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs herbeizuführen.⁷¹⁸

Die Wettbewerbsbeschränkung muss aus Sicht kaufmännisch vernünftiger Marktteilnehmer nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung die natürliche und wahrscheinliche Folge der Umsetzung einer Absprache darstellen.⁷¹⁹ Diese Wahrscheinlichkeitsprognose wird dann auch zur Prüfungsgrundlage der Spürbarkeit.⁷²⁰

Die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln und ihre Einbeziehung in die einzelnen Urhebervertragsverhältnisse erscheinen aufgrund der zuletzt im Rahmen der Grundfreiheiten geschilderten gesetzgeberischen Anreize objektiv wahrscheinlich und keineswegs nur als Gegenstand reiner Spekulation.⁷²¹ Die kollektive Fixierung der angemessenen Vergütungshöhe soll im Interesse der Kreativen die freie Aushandlung der Konditionen einer Werknutzung ersetzen.⁷²² Im weitesten Sinne jede Einflussnahme auf die Preisbildungsfreiheit kann auch unter Art. 81 Abs. 1 Hs. 2 Buch-

⁷¹⁷ Beachte Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1858; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 106; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 141; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 122; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 136; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 165; Emmerich, Kartellrecht, S. 395.

⁷¹⁸ Dazu etwa EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (302 f.); EuGH v. 12.12.1967, Slg. 1967, S. 543 (555); EuGH v. 14.07.1972, Slg. 1972, S. 619 (658); EuGH v. 28.02.1991, Slg. 1991 I/1, S. 935 (984 f.); EuGH v. 27.09.1988, Slg. 1988 V, S. 5249 (5286); EuGH v. 16.12.1975, Slg. 1975 III, S. 1663 (1942 u. 2025); EuGH v. 01.02.1977, Slg. 1977 I, S. 65 (91 f.); Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 88 u. 108; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 136; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 37; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 124 u. 141; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 87 f. u. 122; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 257; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1856.

⁷¹⁹ Vgl. Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 165.

⁷²⁰ Siehe EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (304); Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 118; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 37; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 153.

⁷²¹ Beachte Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 164; Ory, AfP 2000, S. 426 (429).

⁷²² Vgl. auch EuGH v. 11.07.1989, Slg. 1989 III, S. 2117 (2185); Dietz, Urheberrecht, S. 45 f.; Ory, AfP 2000, S. 426 (429); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 237 u. 258.

stabe a) EG subsumiert werden.⁷²³ Der Regelbeispielkatalog für Wettbewerbsbeschränkungen enthält jedoch keine per se-Verbote – auf diese aus dem amerikanischen Anti-Trust-Recht stammende Begrifflichkeit sollte daher tunlichst verzichtet werden – und entbindet nicht von der Notwendigkeit einer Prüfung der restlichen Tatbestandsvoraussetzungen.⁷²⁴ Ohne weiteres lässt sich im Ergebnis der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln die Tendenz zur Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs nachsagen.

e) Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Von der darüber hinaus erforderlichen Eignung einer unternehmerischen Absprache zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geht die Rechtsprechung dann aus, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, welche die Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig betrifft.⁷²⁵ Die Definition umfasst die Förderung und Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels

⁷²³ Hierzu Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 134; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 153; Emmerich, Kartellrecht, S. 400; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 143 ff.

⁷²⁴ Siehe Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1869; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 133; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 140 f.; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 143.

⁷²⁵ Dazu EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (303); EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (389); EuGH v. 12.12.1967, Slg. 1967, S. 543 (556); EuGH v. 17.07.1997, EuZW 1997, S. 632 (634); EuGH v. 10.12.1985, Slg. 1985 V, S. 3801 (3826); Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1798; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 125; Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (622); Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 32; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 60; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314); v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 176 u. 179; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 207; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 58.

im Sinne des gesamten Wirtschaftsverkehrs gleichermaßen.⁷²⁶ Anleihen bei der Dassonville-Formel helfen wiederum, Umgehungsmaßnahmen in die Schranken zu weisen und jeden Beitrag zur künstlichen Veränderung der grenzüberschreitenden Verkehrsströme als solchen zu enttarnen.⁷²⁷ Die Eignung gemeinsamer Vergütungsregeln zur mittelbaren Beeinflussung des zwischenstaatlichen Verkehrs der Endprodukte einer Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke wurde bereits im Zuge der Diskussion der Grundfreiheiten festgestellt.

f) Spürbarkeit

Einen Versuch zur Einschränkung der Weite des Tatbestands hat der EuGH mit Einführung der sog. de-minimis-Regel im Hinblick darauf unternommen, dass dem Binnenmarkt von Bagatellkartellen keine nennenswerten Gefahren drohen.⁷²⁸ Ob einer Ausuferung des Kartellverbots durch die Prüfung der Eignung der jeweiligen Absprache zur spürbaren Wettbewerbs- und Handelsbeeinträchtigung effektiv vorgebeugt wird, soll noch dahinstehen.⁷²⁹ Für

⁷²⁶ Vgl. etwa EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (389); Oppermann, Europarecht, Rn. 1035; Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 208; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 178 f.; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1797 f.; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 60 f.; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 32 f.; Schwarze, EuZW 2000, S. 613 (622).

⁷²⁷ Siehe EuGH v. 24.10.1991, Slg. 1991 II/2, S. 1087 (1159); EuGH v. 06.04.1995, Slg. 1995 II, S. 1063 (1106); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 60; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 179.

⁷²⁸ Beachte EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (303 f.); Oppermann, Europarecht, Rn. 1036; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 118; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 215; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314); Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 70; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 258.

⁷²⁹ Vgl. EuGH v. 25.10.1983, Slg. 1983 III, S. 3151 (3200); EuGH v. 05.04.1984, Slg. 1984 II, S. 1797 (1812); EuGH v. 27.09.1988, Slg. 1988 V, S. 5249 (5286); EuGH v. 05.10.2000, Slg. 2000 I/10 (A), S. 8419 (8529); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 37, 39 u. 58; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 90 u. 132; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 215; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 153 u. 174 f.; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 35 u. 118; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 193 f.; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 35 u. 70; Emmerich, Kartellrecht, S. 394; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314 f.); Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1864.

die Spürbarkeit genügt der im Rahmen einer Würdigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhangs zu erbringende Nachweis der objektiv wahrscheinlichen Hervorrufung nicht ganz geringfügiger Auswirkungen.⁷³⁰ Insbesondere darf die Einbettung einer unternehmerischen Kooperation in ein ganzes System gleichartiger Absprachen angesichts der Zielsetzung des Kartellverbots nicht unberücksichtigt bleiben.⁷³¹

So mag ein Regelwerk im Sinne von § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG für sich genommen möglicherweise nicht von Bedeutung sein. Dennoch sind in kumulativer Betrachtung der mutmaßlichen Auswirkungen der Betätigung aller Urheber- und Verwerterverbände im Geltungsbereich des deutschen Urhebergesetzes erhebliche Wettbewerbs- und Handelsbeeinträchtigungen im Gemeinsamen Markt wahrscheinlich. Führt man sich nochmals die realen gesetzgeberischen Anreize zur Aufstellung und individualvertraglichen Einbeziehung gemeinsamer Vergütungsregeln vor Augen, zeichnet sich ein raumgreifender Trend zu gewisser Uniformität der Urhebervertragsverhältnisse unausweichlich ab.⁷³²

⁷³⁰ Siehe EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (302 ff.); EuGH v. 28.02.1991, Slg. 1991 I/1, S. 935 (984); EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (390); EuGH v. 12.12.1967, Slg. 1967, S. 543 (555); EuGH v. 27.09.1988, Slg. 1988 V, S. 5249 (5286); EuGH v. 10.12.1985, Slg. 1985 V, S. 3801 (3824); EuGH v. 16.12.1975, Slg. 1975 III, S. 1663 (1942 u. 2025); EuGH v. 01.02.1977, Slg. 1977 I, S. 65 (91 f.); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 39 u. 61; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 221; Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 122; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 88 u. 90 ff.; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 197; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 153, 174 u. 177; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1866.

⁷³¹ Vgl. EuGH v. 28.02.1991, Slg. 1991 I/1, S. 935 (984 f.); EuGH v. 01.02.1977, Slg. 1977 I, S. 65 (91 f.); EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (304); EuGH v. 12.12.1967, Slg. 1967, S. 543 (555 f.); EuGH v. 16.12.1975, Slg. 1975 III, S. 1663 (2025); Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 32 f. u. 123; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314); Emmerich, Kartellrecht, S. 396; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 91; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 156 f. u. 192; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 197; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 259; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1866; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 222.

⁷³² Hierzu Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 258; Ory, AfP 2000, S. 426 (429); Berger, Urhebervertragsrecht, Rn. 164.

Dieses Ergebnis wird auch mit Blick auf die unverbindliche Konkretisierung bestätigt, welche das Spürbarkeitskriterium in der Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung zunächst durch die Aufstellung von Marktanteilschwellen erfährt.⁷³³ Die Differenzierung nach horizontalen (10 %) und vertikalen Absprachen (15 %) trägt dem positiven Einfluss vertikaler Kooperation auf die Entwicklung eines dynamischen Wettbewerbs im Binnenmarkt Rechnung.⁷³⁴ Einen bedeutenden Marktanteil der Beteiligten im sachlichen und räumlichen Geltungsbereich der gemeinsamen Vergütungsregeln garantiert schon das Erfordernis der Repräsentativität nach § 36 Abs. 2 UrhG.⁷³⁵ Ergänzt wird dieser quantitative Blickwinkel schließlich noch durch qualitative Gesichtspunkte.⁷³⁶ Die Kommission hat Fallgruppen ihres Aufgreifermessens festgelegt und eine sog. schwarze Liste mit typischerweise besonders schwerwiegenden und insofern spürbaren Beschränkungen eingeführt; aufgrund der beschriebenen Tendenz zur gravierenden Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs haben auch Preisabreden hierin Aufnahme gefunden.⁷³⁷

⁷³³ WuW 2001, S. 705 ff.; vgl. EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (304); EuGH v. 10.12.1985, Slg. 1985 V, S. 3801 (3826); EuGH v. 25.10.1983, Slg. 1983 III, S. 3151 (3200 f.); EuGH v. 28.02.1991, Slg. 1991 I/1, S. 935 (987); EuGH v. 27.09.1988, Slg. 1988 V, S. 5249 (5286); EuGH v. 31.03.1993, EuZW 1993, S. 377 (381); EuGH v. 14.07.1972, Slg. 1972, S. 619 (658); EuGH v. 16.12.1975, Slg. 1975 III, S. 1663 (1942); BGH v. 10.02.1987, NJW 1987, S. 3197 (3198); v. Ungern-Sternberg, FS für Odersky, S. 987 (992 f.); Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 35 u. 120 ff.; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (314 f.); Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 216 ff.; Oppermann, Europarecht, Rn. 1036; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 40 u. 61; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 90 u. 93; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 195 f. u. 199 ff.; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 182 ff. u. 188 ff.; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 70 ff.

⁷³⁴ Dazu Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (315); v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 206; Stockenhuber, Kartellrecht, S. 38; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 190.

⁷³⁵ Vgl. Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 259.

⁷³⁶ Beachte in diesem Kontext EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (304); Emmerich, Kartellrecht, S. 395; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 187; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 207.

⁷³⁷ Siehe Bagatellbekanntmachung, WuW 2001, S. 705 (707); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 41; Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 125; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 177; Langen/Bunte-Bunte,

3. Ausnahme

Nach Untersuchung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG muss nunmehr das Eingreifen einer Ausnahmeregelung zugunsten gemeinsamer Vergütungsregeln geprüft werden.

a) Art. 86 Abs. 2 EG

Die Vorschriften des EG gelten nach Art. 86 Abs. 2 EG insbesondere dann nicht, wenn bestimmte Unternehmen ausdrücklich mit einer zumindest auch im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe betraut werden – gemeint sind in erster Linie alle Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge – und der Staat eine Einflussmöglichkeit auf das unternehmerische Verhalten hat.⁷³⁸ Die Erlaubnis zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln bleibt nun aber nicht bestimmten Unternehmen vorbehalten, sondern vielmehr allgemein zugänglich.⁷³⁹ Die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten geschieht sodann im rein privaten Interesse.⁷⁴⁰ Schließlich unterliegt der Schaffungsprozess der betreffenden Regelwerke keiner besonderen staatlichen Aufsicht; Art. 86 Abs. 2 EG kommt daher nicht zum Tragen.

Kartellrecht, § 1 Rn. 178; Emmerich, Kartellrecht, S. 400; Zäch, Wettbewerbsrecht, S. 29; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 141 u. 208.

⁷³⁸ Hierzu EuGH v. 23.10.1997, Slg. 1997 I/10, S. 5699 (5777 ff.); EuGH v. 19.03.1991, Slg. 1991 I/2, S. 1223 (1263); EuGH v. 05.10.1995, Slg. 1995 I, S. 2883 (2913); EuGH v. 27.03.1974, Slg. 1974, S. 313 (318); EuGH v. 21.09.1999, DB 2000, S. 826 (829); Schwarze-v. Burchard, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 61 ff.; Calliess/Ruffert-Jung, EGV, Art. 86 Rn. 36 ff.; Fikentscher, FS für Schrickler, S. 149 (184); Oppermann, Europarecht, Rn. 1054 f.

⁷³⁹ Siehe dazu Schwarze-v. Burchard, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 62.

⁷⁴⁰ Vgl. EuGH v. 27.03.1974, Slg. 1974, S. 313 (318); Schwarze-v. Burchard, EU-Kommentar, Art. 86 Rn. 64; Mestmäcker, FS für Rittner, S. 391; Fikentscher, FS für Schrickler, S. 149 (184); Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 255.

b) Art. 81 Abs. 3 EG

Bis zum 01.05.2004 stand das Kartellverbot des Weiteren unter dem Vorbehalt der Erlaubnis durch die Kommission.⁷⁴¹ Mit diesem Datum wurde die Anmelde- und Genehmigungspflicht in ein System der Legalausnahme überführt.⁷⁴² Die Beseitigung des Freistellungsmonopols beschloss der Europäische Rat am 16.12.2002 in der Verordnung Nr. 1/2003 unter anderem deshalb, um die Kommission vor einer Überflutung mit Anträgen zu bewahren.⁷⁴³

Der EuGH hat in der Vergangenheit zur Einschränkung des weiten Anwendungsbereichs von Art. 81 Abs. 1 EG eine teleologische Auslegung der Vorschrift bemüht und zwischen schutzwürdigen sowie mit Blick auf das Binnenmarktprojekt nicht schutzwürdigen Erscheinungsformen des Wettbewerbs unterschieden.⁷⁴⁴ Dem Selbstständigkeitspostulat widerspräche nämlich, alle Verträge über wirtschaftliche Transaktionen unabhängig davon einem Kartellverbot zu unterwerfen, ob die Kooperation die Ausübung der individuellen Betätigungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer und damit freien Wettbewerb erst ermöglicht.⁷⁴⁵ Art. 81 Abs. 3 EG bringt zum Ausdruck, dass die Erfüllung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe der Aufrechterhaltung einer funktionierenden Wettbewerbsordnung mit der Wahrung anderer legitimer

⁷⁴¹ Vgl. VO Nr. 17 des Rates v. 06.02.1962, ABl. 1962, S. 204; EuGH v. 14.12.2000, NJW 2001, S. 1265 (1266); Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 4 ff.; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1798 u. 1877.

⁷⁴² Hierzu Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 185.

⁷⁴³ Siehe dazu Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 6; Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 18 u. 185; Dörr/Haus, JuS 2001, S. 313 (316).

⁷⁴⁴ Beachte EuGH v. 25.10.1977, Slg. 1977 II, S. 1875 (1905); Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 147; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 116 f.; Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 97 f. u. 146; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 195.

⁷⁴⁵ Dazu etwa EuGH v. 30.06.1966, Slg. 1966, S. 281 (304); EuGH v. 24.10.1991, Slg. 1991 II/2, S. 1087 (1156); EuGH v. 10.03.1992, Slg. 1992 II/2, S. 1275 (1378); EuGH v. 31.03.1993, EuZW 1993, S. 377 (380); Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 147 u. 149; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 144 u. 195; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 110; Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 144; Hönn, Jura 1984, S. 57 (63 f.); v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 88; Loewenheim, UFITA 79, S. 175 (176).

Ziele in Einklang gebracht werden kann.⁷⁴⁶ Die Reform macht aus der Vorschrift ein unmittelbar anwendbares Instrumentarium zur Bilanzierung der Effekte einer unternehmerischen Kooperation und eine darüber hinausgehende Restriktion des Tatbestands obsolet.⁷⁴⁷ Die lange Zeit unter dem Stichwort „rule of reason“ geführte Diskussion verlagert sich demnach einfach nur.

Verwaltungspraxis und Rechtsprechung haben in Anerkennung einer legitimen Wahrnehmung vom Vertrag anerkannter Rechte oder Rechtsinstitute handlungsbeschränkende Nebenabreden – sog. ancillary oder auxillary restraints – für kartellrechtlich zulässig erklärt, welche für das Zustandekommen oder die Durchführung eines an sich neutralen Vertrages funktionsnotwendig sind.⁷⁴⁸ Zur Vermeidung von unauflösbaren Wertungswidersprüchen im Zielsystem des Gemeinschaftsrechts muss auch ein Kernbereich der Rechte aus dem intellektuellen Eigentum kartellrechtlich immunisiert werden.⁷⁴⁹ Wiederholt hat die Rechtsprechung dem Erfordernis der wirkungsvollen Wahrnehmung von Urheberrechten – hier sei nochmals an die spezifische Verantwortlichkeitsbeziehung zwischen Urheber und Verwerter erinnert – Rechnung getragen und in seiner Entscheidungspraxis zu den Vertragssystemen der

⁷⁴⁶ Beachte EuGH v. 25.10.1977, Slg. 1977 II, S. 1875 (1906); EuGH v. 27.01.1987, Slg. 1987 I, S. 405 (451 f.); EuGH v. 21.02.1973, Slg. 1973, S. 215 (245).

⁷⁴⁷ Vgl. Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 6; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 150; v. der Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 260 f.; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 92 u. 307.

⁷⁴⁸ Siehe EuGH v. 15.12.1994, Slg. 1994 I, S. 5641 (5687 f.); EuGH v. 11.07.1985, Slg. 1985 III, S. 2545 (2571), sowie Dausen-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 144; Emmerich, Kartellrecht, S. 397; Dietz, Urheberrecht, S. 268; Fikentscher, Wettbewerb, S. 284 u. 294; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 88, 91 u. 309; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 196; Grabitz/Hilf-Stockenhuber, EGV II, Art. 81 Rn. 150; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 116.

⁷⁴⁹ Erst die Richtlinie 2001/29/EG zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft vom 22.05.2001 legt die Sicherung einer angemessenen Vergütung in Erwägungsgrund 10 als Politikziel der Gemeinschaft fest, Abl. Nr. L 167 v. 22.06.2001, S. 10 ff.; vgl. EuGH v. 21.02.1973, Slg. 1973, S. 215 (245); EuGH v. 18.03.1980, Slg. 1980 I, S. 881 (903); Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 14/7564, abgedruckt in Hucko, Urhebervertragsrecht, S. 91 (107); Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1913; Fleischer, DB 2000, S. 821 (822 f.); Kulka, WuW 1987, S. 5 (9 f. u. 23); Loewenheim, UFITA 79, S. 175 (194).

Verwertungsgesellschaften wettbewerbsbeschränkende Klauseln großzügig behandelt.⁷⁵⁰ Nach früherer Unterscheidung zwischen vom Gemeinschaftsrecht unberührt bleibendem Bestand der gewerblichen Schutzrechte und der dem EG unterworfenen Ausübung, erlaubt der EuGH die Ausübung der Schutzrechte indes nur insofern, als dies zur Wahrung der Rechte legitim ist, die den „spezifischen Gegenstand“ des Eigentums ausmachen.⁷⁵¹ Das System eines unverfälschten Wettbewerbs darf nicht zu einem Konglomerat nationaler Kartellvereinbarungen entarten. Diesbezüglich muss das Grundprinzip des umfassenden Wettbewerbschutzes vor einer völligen Aufweichung geschützt sein und seine Durchbrechung eine unumstößliche Grenze an der Wesensgehaltsgarantie finden.⁷⁵² Ein tragfähiger Ausgleich ist im Einzelfall irgendwo zwischen der ungerechtfertigten Aufstellung von Hindernissen bei der Verfolgung der besonderen Integrationsziele des EG und einer weitgehenden Verwässerung der nationalen Schutzrechte auf niedrigstem Schutzniveau zu suchen.⁷⁵³

⁷⁵⁰ Beachte EuGH v. 13.07.1989, Slg. 1989 III, S. 2521 (2575); EuGH v. 27.03.1974, Slg. 1974, S. 313 (317) sowie auch BVerfG v. 08.04.1987, BVerfGE 75, S. 108 (158 f.); Entwurfsbegründung, GRUR 2000, S. 765 (775); Mestmäcker, FS für Rittner, S. 391 (393 u. 397); Dietz, Urheberrecht, S. 48; Langen/Bunte-Jestaedt, Kartellrecht, § 30 Rn. 1; Emmerich, Kartellrecht, S. 398; Immenga/Mestmäcker-Zimmer, GWB, § 30 Rn. 20; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 263.

⁷⁵¹ Hierzu EuGH v. 03.07.1974, Slg. 1974, S. 731 (744); EuGH v. 22.06.1976, Slg. 1976 II, S. 1039 (1061 f.); EuGH v. 08.06.1971, Slg. 1971, S. 487 (499 f.); EuGH v. 23.05.1978, Slg. 1978 II, S. 1139 (1164 f.); EuGH v. 17.10.1990, Slg. 1990 I, S. 3711 (3757 f.); Bleckmann-Bleckmann bzw. Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1527 u. 1916; Oppermann, Europarecht, Rn. 1088; Schwarze-Becker, EU-Kommentar, Art. 28 Rn. 71; Dauses-Dauses bzw. Ullrich/Konrad, EU-Wirtschaftsrecht I, C. I Rn. 181 sowie C. III Rn. 10 f. u. 14; Emmerich, Kartellrecht, S. 412 f.; Ebenroth, Gewerblicher Rechtsschutz, Rn. 5 ff.; Schwab, EuGH und Verhältnismäßigkeit, S. 153; Loewenheim, UFITA 79, S. 175 (192); Fikentscher, FS für Schricker, S. 149 (152 f.).

⁷⁵² Vgl. EuGH v. 21.02.1973, Slg. 1973, S. 215 (245); Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1787; Loewenheim, UFITA 79, S. 175 (198); v. Ungern-Sternberg, FS für Odersky, S. 987 (993); Mestmäcker, FS für Rittner, S. 391 (397 f.).

⁷⁵³ So Oppermann, Europarecht, Rn. 1088 f.; beachte EuGH v. 13.07.1989, Slg. 1989 III, S. 2521 (2575); EuGH v. 27.03.1974, Slg. 1974, S. 313 (317); EuGH v. 25.10.1977, Slg. 1977 II, S. 1875 (1906); EuGH v. 19.02.2002, NJW 2002, S. 877 (880 f.); OLG Naumburg v. 28.07.1999, ZUM 1999, S. 944 (946); Kulka, WuW 1987, S. 5 (23).

Eine unternehmerische Absprache bedeutet also im Sinne des Art. 81 Abs. 3 EG keinen unerlässlichen Beitrag zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, wenn im Rahmen einer wirtschaftlichen Abwägung ihrer ambivalenten Wirkungen die günstigen Effekte die Nachteile für den Wettbewerb nicht deutlich überwiegen.⁷⁵⁴ Jedoch lassen sich Aussagen über das jeweilige Ausmaß der Beeinträchtigung der Wettbewerbsfunktionen lediglich hypothetisch treffen und für jede Absprache ungewisse Effekte konstruieren.⁷⁵⁵ Die Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit muss sich demnach auf die Feststellung offensichtlicher Unangemessenheit beschränken.

Hinsichtlich der mit der Neuregelung des Urhebervertragsrechts verfolgten Ziele kann auf die ausführliche Darstellung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Erwägungen verwiesen werden. Zur Dominanz der urheberrechtlichen Verwertungsinteressen über die konkreten wettbewerblichen Belange soll bloß noch Folgendes bemerkt werden. Die Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln lässt – wie beschrieben – durchaus noch Raum für die freie Preisbildung am Markt.⁷⁵⁶ Die soziale Komponente der Marktwirtschaft schlägt sich in einer ganzen Reihe von nationalen Bestimmungen nieder, die der Preisfreiheit Grenzen setzen.⁷⁵⁷ Einer bestimmten Form des Wettbewerbs kommt nämlich kein prinzipieller Vorrang

⁷⁵⁴ Vgl. EuGH v. 10.03.1992, Slg. 1992 II/2, S. 1155 (1246); EuGH v. 06.04.1995, Slg. 1995 II, S. 1063 (1108); EuGH v. 13.07.1966, Slg. 1966, S. 321 (390); BGH v. 10.02.1987, NJW 1987, S. 3197 (3199 f.); OLG Naumburg v. 28.07.1999, ZUM 1999, S. 944 (946); EuGH v. 19.02.2002, NJW 2002, S. 877 (881); Dausen-Ullrich/Konrad bzw. Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht I u. II, C. III Rn. 95 f. sowie H. I § 1 Rn. 97, 137 f. u. 144 ff.; Calliess/Ruffert-Weiß, EGV, Art. 81 Rn. 110 ff., 153 u. 161; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 88, 92, 307 u. 319; Grabitz/Hilf-v. Bogdandy, EGV I, Art. 10 Rn. 64; Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1867 f.; Emmerich, Kartellrecht, S. 397 f.; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 148 ff.; Schwarze-Brinker, EU-Kommentar, Art. 81 Rn. 42 ff.

⁷⁵⁵ Dazu Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, Einführung Rn. 66; Schlink/Poscher, Gutachten, S. 63; v. der Groeben/Schwarze-Schröter, EGV II, Art. 81 Rn. 307.

⁷⁵⁶ Siehe Schlink/Poscher, Gutachten, S. 69.

⁷⁵⁷ Siehe insbesondere die Generalklauseln der §§ 134, 138, 242 BGB sowie § 307 BGB; EuGH v. 21.09.1999, DB 2000, S. 826; Fleischer, DB 2000, S. 821 ff.; Hübner, FS für Steindorff, S. 589; Dietz, Urheberrecht, S. 45.

zu.⁷⁵⁸ Neben dem Preis gilt es die Existenz anderer Wettbewerbsparameter zu vergegenwärtigen – so etwa Qualität, Werbung, Service oder Vertriebsmethode –, welche auf zahlreichen Märkten aufgrund der dortigen Rahmenbedingungen im Vordergrund stehen mögen.⁷⁵⁹ Die Leistungen der kreativ Tätigen sind für die wirtschaftliche Entwicklung einer Gesellschaft von besonderer Bedeutung. Die Sicherstellung einer angemessenen Vergütung im neuen Urhebervertragsrecht beugt einer Unterversorgung mit innovativen Ideen vor, was etwaige Preiserhöhungen überkompensiert. Auf diesem Weg werden letztlich Wohlfahrtssteigerungen für die Verbraucher generiert; der Wesensgehalt des Wettbewerbsprinzips bleibt mithin durch die gesetzgeberische Maßnahme unangetastet. Im Ergebnis lassen sich keinerlei Anhaltspunkte für deren offensichtliche Unangemessenheit ausmachen.⁷⁶⁰ Die Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3 EG greift damit.

III. Endergebnis

Also kann ein Verstoß des deutschen Gesetzgebers gegen seine Treuepflicht nach Art. 10 Abs. 2 EG nicht festgestellt werden; die Novellierung des Urhebervertragsrechts vermag folglich auch nach europarechtlicher Bewertung zu überzeugen.

⁷⁵⁸ So EuGH v. 25.10.1977, Slg. 1977 II, S. 1875 (1906); Bleckmann-Schollmeier/Krimphove, Europarecht, Rn. 1850; Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 96.

⁷⁵⁹ Vgl. EuGH v. 25.10.1977, Slg. 1977 II, S. 1875 (1906); Stockenhuber, Kartellrecht, S. 22; Langen/Bunte-Bunte, Kartellrecht, § 1 Rn. 128 f.; Gounalakis/Heinze/Dörr, Urhebervertragsrecht, S. 265; Dauses-Emmerich, EU-Wirtschaftsrecht II, H. I § 1 Rn. 96.

⁷⁶⁰ Beachte Schlink/Poscher, Gutachten, S. 68 ff.

E. Resümee

Abschließend sollen im Nachstehenden die Ergebnisse der Untersuchung im Zusammenhang dargestellt werden.

So haben sich die §§ 32 ff. UrhG zunächst als verfassungsrechtlich unbedenklich herausgestellt. § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG beinhaltet keine ungerechtfertigte Einschränkung des Art. 2 Abs. 1 GG. Dem gesetzgeberischen Bemühen, den Urhebern und ausübenden Künstlern die vermögenswerten Ergebnisse ihrer schöpferischen Leistungen eigentumsrechtlich zuzuordnen, kann die Legitimität nicht abgesprochen werden. Die Installierung eines Anspruchs auf angemessene Vergütung lässt keine offensichtliche Fehleinschätzung hinsichtlich der Geeignetheit erkennen, dem Ziel materieller Gerechtigkeit ein Stück näher zu kommen. Bedenken in Bezug auf die Praktikabilität des Rechtsbegriffs der angemessenen Vergütung zerstreuen sich angesichts der Begehung bereits ausgetretener Pfade. Auch die Behauptung einer unzulässigen Delegation staatlicher Normsetzungsbefugnisse erweist sich als unhaltbar; insbesondere steht eine Bevormundung des Richters durch die sachverständigen Urheber- und Verwerterverbände nicht zu befürchten. Des Weiteren gibt das Ausmaß des im Interesse der Gewährleistung der Vertragsfreiheit aller Beteiligten vorgenommenen Transfers von Freiheitsrechten keinen Anlass für Beanstandungen. Evidente Fehlprognosen im Hinblick auf die Erforderlichkeit lassen sich dem Gesetzgeber nicht unterstellen; bislang wurde die Effizienz des Vertragsmechanismus auf breiter Ebene durch von Verwerterseite als unverhandelbar deklarierte Verträge massiv in Frage gestellt. Die Vertragsinhaltsfreiheit zur Beseitigung der strukturell bedingten Disparitäten auf das im redlichen Geschäftsverkehr Übliche zu begrenzen, erscheint insofern notwendig und durchaus angemessen. Nunmehr sehen sich die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung so be-

grenzt, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.

Doch auch § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG genügt den objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts. Vereinigungen im Sinne dieser Vorschrift, deren Tätigkeit die Wahrnehmung der Interessen selbstständiger Freiberufler mit arbeitnehmerähnlichem Status umfasst, entsprechen den zweckspezifischen Anforderungen des Art. 9 Abs. 3 GG. Allerdings steht vorliegend weder ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit noch eine Beeinträchtigung der positiven individuellen Koalitionsfreiheit in Rede. Durch die Neuregelung des Urhebervertragsrechts wird nicht einmal faktischer Beitrittsdruck von entscheidungserheblicher Intensität auf Außenseiter ausgeübt. Zudem muss eine teleologische Reduktion des § 36 Abs. 1 S. 1 UrhG befürwortet werden. Das einzelne Mitglied einer Werknutzervereinigung darf sich keinen entsolidarisierenden Einwirkungen in Form eines ihm gegenüber geltend gemachten Schlichtungsanspruchs ausgesetzt sehen, und auch im Übrigen ist kein schutzwürdiges Interesse auszumachen, den Verbandsangehörigen als zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln befähigte Partei anzuerkennen. Schließlich findet der Eingriff in das Mandat der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände seine Rechtfertigung in der verhältnismäßigen Verfolgung legitimer sozialpolitischer Zwecke. Der Koalitionspluralismus wahrt die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und stellt sich im Interesse der Abhilfe struktureller Missstände als wünschenswert dar.

In einem weiteren Schritt bewältigt die Abhandlung zahlreiche im Rahmen der Rechtsanwendung auftauchende Probleme.

Zur Interpretation des Erfordernisses der Repräsentativität einer Vereinigung im Sinne von § 36 Abs. 2 UrhG ist entsprechend den Vorgaben des Wettbewerbsrechts sowie in Parallelität zum Kriterium der Durchsetzungsfähigkeit als vieldiskutierter Voraussetzung für Tariffähigkeit in erster Linie auf die am allgemeinen Organisa-

tionsgrad aller Angehörigen der betreffenden Branche zu messende Mitgliederzahl zu rekurrieren. Hierbei verbietet sich indes jedwede schematische Subsumtion unter einen starren Maßstab.

Im Einigungsvorschlag der Schlichtungsstelle sollte sich eine Definition von Inhalt und Umfang der Rechtseinräumung sowie der entsprechenden Gegenleistung finden. Zur Hauptaufgabe der am Prozess zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln Beteiligten wird neben einer Generalisierung und Typisierung der Kriterien des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG die Absteckung des räumlichen, fachlichen, persönlichen und zeitlichen Geltungsbereichs. Erst die Zugrundelegung eines Verständnisses der Verhandlungen als Fortsetzung des Tarifrechts mit anderen Mitteln ermöglicht die praktische Handhabung des neuen gesetzlichen Gestaltungsmittels.

Die Weichen für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden stellt die Abfassung gemeinsamer Vergütungsregeln in schriftlicher Form als konstitutiver Geltungsvoraussetzung. Eine weitgehende Akzeptanz und flächendeckende Verbreitung der Regelwerke gewährleistet außerdem eine Publikation in einer allgemein zugänglichen Quelle.

Die gemeinsamen Vergütungsregeln vermögen des Weiteren als Basis für einen Prozessvergleich zu dienen. Ihre Einführung in ein laufendes Verfahren kann auch alleine im Interesse einer Partei liegen. Dann ist die entsprechende Urkunde als Beweismittel Gegenstand der freien Beweiswürdigung durch den Richter. Dieser darf sich zudem durch Rückgriff auf Vergütungsregeln über allgemeine Erfahrungssätze in bestimmten Branchen informieren.

Darüber hinaus stellen die §§ 307 ff. BGB in dem Bestreben nach Sicherstellung angemessener Vertragsbedingungen eine sinnvolle Ergänzung der §§ 32 ff. UrhG dar. Das Herausgreifen einzelner Bestimmungen eines Standardvertrages zwecks isolierter Inhaltskontrolle verbietet sich – desgleichen die Ziehung einer kollektiven Gesamtbilanz – dann, wenn ihrem Geltungsbereich nach einschlä-

gige Regelwerke vollständig Eingang gefunden haben. Einer Untersuchung, ob der von der Gesamtregelung verwirklichte Interessenausgleich Schaden nimmt, bedarf es jedoch insbesondere für den Fall der bloß fragmentarischen Bezugnahme. Leitbildfunktion im Rahmen der Erörterung einer unangemessenen Benachteiligung der Kreativen kommt vor allem dem Zweckübertragungsgrundsatz zu, welcher nun in § 31 Abs. 5 UrhG seinen Niederschlag gefunden hat und das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung wesentlich prägt.

Damit die unwiderlegliche Angemessenheitsvermutung des § 32 Abs. 2 S. 1 UrhG ihre Wirkung entfaltet, besteht abgesehen von der Erforderlichkeit einer wirksamen Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln unter Beachtung der §§ 134, 138, 242 BGB die Notwendigkeit ihrer individualvertraglichen Einbeziehung. Die Annahme einer normativen Geltung wirft schwerwiegende verfassungsrechtliche Probleme auf und beschwört speziell im Hinblick auf Verbandsmitglieder Konkurrenzsituationen herauf, deren Handhabung nahezu unüberbrückbare Schwierigkeiten bereitet. Alle in diesem Zusammenhang vorgetragenen Lösungsansätze überzeugen nicht. Regelwerke werden ihrer Ordnungs- und Leitfunktion für den ganzen betreffenden Wirtschaftsbereich aber ebenso unter der Bedingung der Erforderlichkeit der Inbezugnahme gerecht; hierfür bürgt die Rechtssicherheit versprechende unwiderlegliche Angemessenheitsvermutung als hinreichender Anreiz. Gegenstand und Umfang der Bezugnahme stehen im Belieben der Vertragspartner. Allerdings sind Angemessenheitsvermutung und Geltungsbereich des jeweiligen Regelwerks untrennbar miteinander verbunden. Lediglich punktuelle Bezugnahmen zerstören den von den Parteien hergestellten ausgewogenen Sachzusammenhang. Auch von der gesamten Einbeziehung hängt folglich die Vermittlung der Richtigkeitschance des Verhandlungsergebnisses ab.

Zudem steht die grundsätzliche Zulässigkeit einer statischen kollektivvertraglichen Bezugnahme selbst unter vollständigem Verzicht auf eigenständige Regelungen außer Frage. Bezüglich einer dynamischen Verweisung auf Regelwerke in ihrer jeweiligen Fassung greift die unwiderlegliche Angemessenheitsvermutung indes nur, wenn bereits von vornherein die Sachgerechtigkeit der Bestimmungen aufgrund vollständiger Identität der Geltungsbereiche übersehen werden kann.

Des Weiteren dient die Kollisionsregel des § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Die Vorschrift schafft Rechtssicherheit, indem sie existierenden Tarifregelungen einen absoluten Anwendungsvorrang einräumt, welcher zum Tragen kommt, sobald trotz Tarifbindung auf gemeinsame Vergütungsregeln Bezug genommen wird.

Der Fairnessausgleich nach § 32 a UrhG ist als gesetzlich geregelter Fall der objektiven Inhaltskontrolle einzuordnen. Durch tatbestandliche Modifizierungen des alten Bestsellerparagrafen beugt der Gesetzgeber einer Gefährdung des Gerechtigkeitsziels einer angemessenen Ertragsbeteiligung vor. So genügt inzwischen, dass die vereinbarte Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zu Erträgen und Vorteilen aus der Werknutzung steht. Im Rahmen der Prüfung aller Umstände des Einzelfalls wird die Grenze zum bloßen Missverhältnis etwa bei einer Abweichung um 50 % zu ziehen sein. Dabei muss die Eigenexistenz jeden Werkes geachtet werden und die Bewertung sich somit auf das einzelne Ergebnis geistig-schöpferischer Tätigkeit ausrichten, um ungerechtfertigte Risikoabwälzungen zu vermeiden. Resultat der Verlaufskontrolle kann demnach ein unverzichtbarer Anspruch auf Einwilligung in eine Vertragsänderung sein, der sich nicht durch einmalige Ausübung erschöpft. Als Berechnungsbasis für die weitere angemessene Beteiligung dient im Interesse einer tatbestandlich klaren Trennung zu § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG die ggf. noch

durchzusetzende angemessene Vergütung. Die Legaldefinition der Angemessenheit in § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG und der Normzweck deuten auf die Notwendigkeit einer vollständigen Beseitigung des Missverhältnisses hin.

Schließlich scheidet eine Beanstandung der neuen gesetzlichen Mechanismen mit Blick auf das europäische Primärrecht aus.

Zunächst kann keine tatbestandliche Berührung der Grundfreiheiten konstatiert werden. Urheberrechte werden zwar mannigfaltig in Form von Waren und Dienstleistungen kommerzialisiert; die erstrebte flächendeckende Anhebung des Vergütungsniveaus der Kreativen macht außerdem einen Preisanstieg absehbar. Hiervon sind aber alle Marktteilnehmer gleichermaßen betroffen. Durch die gesetzgeberische Einflussnahme auf die Vermarktungsmodalitäten von Urheberrechten wird also weder das Marktzugangsrecht für grenzüberschreitende Waren und Dienstleistungen berührt noch eine spezifische Beschränkung der Ausfuhrströme bezweckt oder bewirkt.

Darüber hinaus verantwortet der Gesetzgeber keinen Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG. Die Errichtung künstlicher Schranken für die innergemeinschaftlichen Wirtschaftsbeziehungen zum Schutz intellektuellen Eigentums ist angesichts des universellen Geltungsanspruchs des Wettbewerbsprinzips grundsätzlich an dieser Norm zu messen. Diesbezüglich bleibt der Staat nach Art. 10 Abs. 2 EG zur Vertragstreue verpflichtet. In Form der Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln tritt eine willentliche Koordinierung der unternehmerischen Tätigkeit von Urhebern und Verwertern hinsichtlich der Entlohnung für Werknutzungen in Erscheinung. Einfluss auf das einzelne Urhebervertragsverhältnis nimmt die kollektive Verabredung von Preisen wahrscheinlich in großem Ausmaß über die Rechtssicherheit versprechende individualvertragliche Einbeziehung. Insofern zeichnet sich eine Tendenz zu gewisser Uniformität der Urhebervertragsverhältnisse und

mithin zu einer spürbaren Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs ab, ohne dass der Kernbereich des Wettbewerbsprinzips angetastet würde. Art. 81 Abs. 3 EG gibt in diesem Zusammenhang ein Instrumentarium an die Hand, im Wege der Bilanzierung der Effekte der unternehmerischen Kooperation das Erfordernis einer wirkungsvollen Wahrnehmung von Urheberrechten zur Vermeidung von unauflösbaren Wertungswidersprüchen im Zielsystem des Gemeinschaftsrechts in Rechnung zu stellen.

Letztlich kann die Neubestimmung des gesetzlichen Rahmens für die Vertragsbeziehungen zwischen Urhebern und Verwertern also durchaus mit dem Prädikat „gelingen“ versehen werden.