



Der Breitbandverband

Stellungnahme

ANGA Der Breitbandverband e.V.

zu dem

Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts

I. Einleitung

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat im Rahmen der **Umsetzung neuer EU-Richtlinien zum Urheberrecht** einen **Diskussionsentwurf** für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts zur Konsultation gestellt. Damit sollen insbesondere folgende Richtlinien umgesetzt werden: Die Richtlinie (EU) 2019/789 zur Ausübung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Sendeunternehmen und die **Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen** sowie die Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt.

II. Zusammenfassung

Unsere Anmerkungen beschränken sich auf die neuen **Vorschriften zur Weitersendung von Fernsehprogrammen** bzw. auf die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/789. Die Richtlinie erweitert die für die Weiterverbreitung über Kabelsysteme schon seit 1993 geltende kollektive Rechtswahrnehmung auf andere Weiterverbreitungstechnologien. Künftig soll es den **Schutz vor Lizenzlücken**, der sich aus der kollektiven Wahrnehmung für die Plattformbetreiber ergibt, nicht nur für klassisches Kabelfernsehen und IPTV sondern für alle Formen der Weitersendung, insbesondere **auch für Fernsehangebote im Internet (sogenannte OTT-Angebote) und über Mobilfunknetze**, geben. Das ist im Zuge der technischen Entwicklung dringend erforderlich.

Der Gesetzesentwurf folgt im Wesentlichen den Vorgaben der Richtlinie. Zu einigen bedeutsamen Detailfragen bedarf es jedoch weitergehender Änderungen im deutschen Urheberrechtsgesetz. Im **Überblick** sind unsere wichtigsten Anmerkungen:

1. Die **technologieneutrale Ausgestaltung** der Weitersendung in **§ 20b Absatz 1 Satz 1 UrhG** auch für rein inländische Vorgänge (Erstsending in Deutschland) ist dringend erforderlich und wird nachdrücklich begrüßt.
2. Die **Ausnahme der Weitersenderechte an Erstsendingen, die ausschließlich im Internet** erfolgen, von der Pflicht zur kollektiven Rechtswahrnehmung nach **§ 20b Absatz 1 Satz 2 UrhG** darf nicht für die schon bisher geregelte Kabelweitersendung gelten. Eine Erstreckung der in der EU-Richtlinie vorgesehenen Ausnahme auf

„Kabelsysteme“ findet dort keine Grundlage, sie ist nur für neue Formen der Weitersendung vorgesehen. Die Regelung widerspricht auch dem Interesse von Sendeunternehmen, soweit sie ihre Online-Erstsendungen auch den 20 Millionen deutschen Kabel- und IPTV-Bestandskunden anbieten lassen wollen. Hier muss der Entwurf dringend korrigiert werden.

3. § 20b Absatz 1a UrhG: Die Klarstellung in der Entwurfsbegründung, dass eine **ausschließlich kollektive Rechtswahrnehmung auch für sogenannte OTT-Angebote** gilt, sofern die Angebote verschlüsselt werden oder durch vergleichbare Maßnahmen gesichert sind, ist unerlässlich für die praktische Anwendbarkeit der neuen Vorgaben. Sie sollte aber nicht nur in der Entwurfsbegründung, sondern vor allem direkt im Gesetzestext selbst zum Ausdruck kommen.
4. Die zusätzlichen **Vergütungsansprüche nach § 20b Absatz 2 UrhG** waren und sind für eine angemessene Vergütung der Urheber **nicht erforderlich und sollten gestrichen werden**. Keinesfalls dürfen die Ansprüche auch auf die Direkteinspeisung ausgedehnt werden, denn hier sind sie angesichts der dafür bereits festgelegten parallelen Haftung aus einem weiteren Grund überflüssig.
5. **Direkteinspeisung**: Wir begrüßen, dass sich der Entwurf dazu im vorgeschlagenen § 20d eng an den Vorgaben der Richtlinie orientiert. Dies gilt jedoch nicht für den Absatz 2, soweit er auf den generell **überflüssigen Absatz 2 des § 20b** verweist. Wichtig ist zudem die Klarstellung in der Gesetzesbegründung, nach der es zu keiner gemeinsamen Haftung von Sendeunternehmen und Signalverteiler kommt.
6. Der **Abschlusszwang in § 87 Absatz 5 UrhG** sollte auch für alle neuen Formen der Weitersendung im Sinne von § 20b UrhG gelten. Jedenfalls sollte sich die Formulierung des Gesetzesentwurfs für die neuen Formen enger an der Formulierung der Richtlinie orientieren, statt mit einer zusätzlichen Einschränkung („Sofern“) zu beginnen. Zudem bedarf es in der Gesetzesbegründung einer Klarstellung bzgl. IPTV.
7. **Zeitversetzte Fernsehangebote**: Der Schutz vor Lizenzlücken im Hinblick auf einzelne Urheber, den die ausschließlich kollektive Rechtswahrnehmung bewirkt, sollte auch auf zeitversetzte Fernsehangebote der Netz- und Plattformbetreiber ausgedehnt werden. Hier entsteht sonst eine nicht sachgerechte Ungleichbehandlung gegenüber zeitversetzten Angeboten der Sendeunternehmen.
8. Die Novelle sollte für eine **Modernisierung der Vorschriften zur Hinterlegung und Vorbehaltszahlung** (§ 37 VGG) genutzt werden. Denn bei der Weitersendung treten vermehrt Praxisprobleme beim vorläufigen Rechteerwerb auf, die das Ziel der neuen Richtlinie, eine Erleichterung des Rechteerwerbs zu bewirken, konterkarieren.

III. Einzelanmerkungen

1. § 20b Absatz 1 Satz 1 UrhG: Technologieneutralität

Der Tatbestand der Kabelweitersendung in § 20b Absatz 1 Satz 1 UrhG wird in dem Entwurf entsprechend der zwingenden Vorgaben der Richtlinie technologieneutral gefasst. Das soll im Einklang mit Artikel 7 der Richtlinie wie schon bisher bei § 20b UrhG auch für nicht grenzüberschreitende Sachverhalte (Erstsending in Deutschland) gelten. Das ist für ein

Funktionieren in der Praxis zwingend und sehr zu begrüßen. Anderenfalls würde sich die Novellierung auf die Fernsehangebote in Deutschland kaum auswirken; das Ziel der neuen Richtlinie, neue TV-Angebote im Internet zu erleichtern, würde komplett verfehlt.

Die kollektive Rechtswahrnehmung ist im Bereich der Weitersendung auch in der digitalen Welt unerlässlich. Die neue EU-Richtlinie begründet die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit in Erwägungsgrund 4 zutreffend mit der Vielzahl an Programmen, die eine weitere Vielzahl von Werken enthalten, der kurzen Zeit für den Lizenzerwerb und dem erheblichen Aufwand bei der Rechtklärung. In Erwägungsgrund 17 zur Ausnahme der Sendeunternehmen kommt zudem als Umkehrschluss das zentrale Problem bei der Lizenzierung der Weitersendung zum Ausdruck: Die an einem Fernsehprogramm und den einzelnen Sendungen beteiligten Rechteinhaber sind dem Weiterverbreiter ganz überwiegend gar nicht bekannt. Anders als das Sendeunternehmen kann er sich auch nicht gegenüber den Fernseh- und Filmproduzenten gegen etwaige Ansprüche Dritter absichern, weil hier gar keine direkte Vertragsbeziehung besteht. Der Plattformbetreiber kann deshalb de facto nicht alle erforderlichen Rechte einzeln klären. Hinzu kommt, dass es in vielen Netzen technisch gar nicht vorgesehen ist, einzelne Sendungen auszublenden, weil sie gemäß den Grundanforderungen der Weitersendung auf eine vollständige und unveränderte Weiterleitung ausgelegt sind. Im Konfliktfall um einzelne Sendungen müsste deshalb auf die Übertragung des gesamten Programms verzichtet werden. Dies ist aber keine zumutbare Option, denn der Verzicht auf Fernsehprogramme, die über andere Verbreitungswege weiterhin empfangbar sind, würde zu Kundenprotesten bis hin zu Kündigungswellen führen. Die Abschaltung ganzer Fernsehprogramme wegen des Fehlens kleiner Teilrechte wäre auch weder im Interesse der Sendeunternehmen noch im Interesse der anderen Urheber- und Leistungsschutzberechtigten, die ihre Zustimmung erteilt haben und die sonst Rechtevergütungen der Netzbetreiber verlieren.

Die neue Richtlinie bestätigt, dass diese Problemlage auch in der Welt der digitalen und IP-basierten Fernsehverbreitung fortbesteht. Die Erwartung der Kunden, alle relevanten Programme empfangen zu können, hat sich durch die Kapazitätserweiterung, die mit der digitalen Verbreitung verbunden ist, sogar noch verstärkt. Zugleich hat sich durch OTT und durch eigene Angebote der Sendeunternehmen im Internet die Auswahl der Kunden zwischen den TV-Empfangswegen und Plattformen signifikant vergrößert. Die Position der Netz- und Plattformbetreiber gegenüber Endkunden, Rechteinhabern und Sendeunternehmen ist deshalb heute deutlich schwächer als zum Zeitpunkt der Entstehung der Satelliten- und Kabelrichtlinie im Jahr 1993.

2. § 20b Absatz 1 Satz 2 UrhG: Weitersendung von Online-Erstsendungen

Die neue EU-Richtlinie sieht eine Ausnahme von der Verpflichtung zur kollektiven Rechtswahrnehmung von Weitersenderechten für solche Erstsendungen vor, die ausschließlich im Internet erfolgen. Das gilt aber eindeutig nur für die neu geregelten Weitersendeformen. Der Gesetzentwurf erweitert die Ausnahme jedoch in § 20b Absatz 1 Satz 2 UrhG auf Kabelsysteme bzw. auf die klassische Kabelweitersendung. Dafür findet sich in der EU-Richtlinie keine Rechtsgrundlage. § 20b Absatz 1 Satz 2 Nr. 1 des Entwurfs steht nicht im Einklang mit den Vorgaben und muss korrigiert werden.

Die Voraussetzung einer Erstsending, die nicht nur im Internet stattfindet, gilt nach europäischem Recht – wie die Beschränkung auf berechtigte Nutzer – weiterhin nicht für Kabelsysteme bzw. für die klassische Kabelweitersending und IPTV im Sinne der bisherigen deutschen Rechtspraxis, denn die Satelliten- und Kabelrichtlinie gilt hierzu unverändert fort. Eine Ausklammerung der Erstsending „online“ findet sich in Artikel 9 der neuen Richtlinie, der lediglich in einem Punkt auch die Satelliten- und Kabelrichtlinie ändert, gerade nicht. Diese Voraussetzung dürfte deshalb allein in dem vorgeschlagenen neuen Absatz 1a) zu neuen Weitersendingformen stehen.

Da die Sendeunternehmen ihre Programme zunehmend selbst im Internet anbieten, handelt es sich um ein äußerst wichtiges Detail, das künftig noch an Bedeutung gewinnen wird. Dabei ist entscheidend: Hier geht es nicht um neue Online-Plattformen, die den Sendeunternehmen mit deren eigenen Programmen neuen Wettbewerb machen wollen, sondern um 20 Millionen bereits angeschlossene Kabel- und IPTV-Haushalte, die von neuen Online-Programmen pauschal und endgültig ausgeschlossen würden. Die Regelung ist auch nicht zum Schutz der Sendeunternehmen notwendig, denn deren Rechte sind und bleiben von der Verwertungsgesellschaftspflicht generell ausgenommen. Es geht vielmehr im Wesentlichen um einzelne, dem Netzbetreiber unbekannte Urheber, die sich keiner Verwertungsgesellschaft angeschlossen haben und die aber - möglicherweise auch unbeabsichtigt - die Verbreitung eines kompletten Fernsehprogramms blockieren würden. Die Regelung widerspricht deshalb sogar dem Interesse von Sendeunternehmen und auch anderer Urheber- und Leistungsberechtigten, die durchaus ein kommerzielles Interesse daran haben können, dass ihre Online-Erstsendingen zusätzlich auch Kabel- und IPTV-Bestandskunden angeboten werden.

Wie unter Ziffer 1. erläutert, wäre eine Weiterverbreitung von Fernsehprogrammen ohne kollektiven Rechteerwerb auch bei Zustimmung des betreffenden Sendeunternehmens de facto nicht möglich, da der Kabelnetzbetreiber keine Chance hat, rechtzeitig die Rechte aller beteiligten Urheber zu erwerben.

Die Begründung des Gesetzentwurfs kann in diesem Punkt nicht überzeugen. Der pauschale Verweis auf „Wettbewerbsnachteile“ von neuen Anbietern verfängt schon deshalb nicht, weil für die Kabelweitersending mit der Satelliten- und Kabelrichtlinie in mehreren Punkten bewusst weiterhin ein anderes Regelwerk und andere Detailregelungen gelten. Ein Beispiel dafür ist der vorgeschlagene neue Absatz 1a des § 20b UrhG mit speziellen Anforderungen für OTT-Angebote. Dahinter stand im Entstehungsprozess der Richtlinie ganz offenkundig die Erwägung, dass die Rechteinhaber gegenüber neuen Verwertungen im Internet besonderen Schutz erhalten sollten. Darum geht es bei der Kabelweitersending aber gerade nicht. Es ist deshalb weiterhin sachgerecht, dass die europäischen Vorgaben in einigen Details bewusst an Unterschieden zwischen der Verbreitung über Kabelsysteme und OTT-Plattformen festhalten.

An dieser eindeutigen Rechtslage auf EU-Ebene kann auch die Zitierung einer rechtlich nicht bindenden Erklärung der Niederlande in der Entwurfsbegründung nichts ändern. Für eine Erweiterung des Schutzes einzelner Urheber, die sich der Wahrnehmung ihrer Rechte durch Urheberverwertungsgesellschaften verweigern, gegenüber dem europäischen

Regulierungsniveau gibt es kein sachliches Bedürfnis. Sie würde vielmehr die Medienvielfalt für 20 Millionen deutsche TV-Bestandskunden über Kabel und IPTV erheblich einschränken.

3. § 20b Absatz 1a UrhG: Zusätzliche Anforderungen für OTT-Angebote

Der neue Absatz 1a enthält entsprechend Artikel 2 der Richtlinie zusätzliche Anforderungen für die Anwendbarkeit der Verwertungsgesellschaftspflicht auf die Weitersendung über das offene Internet, also für sogenannte Over-the-top-Dienste (OTT-Angebote). Nach Erwägungsgrund Nr. 14 der Richtlinie ist hierbei aber zu beachten, dass die Sicherheitsmaßnahmen „angemessen und erfüllbar“ sein müssen.

Diesen Anforderungen trägt die Klarstellung in der Entwurfsbegründung sachgerecht Rechnung: Eine ausschließlich kollektive Rechtswahrnehmung auch für OTT-Angebote im offenen Internet gilt, sofern die Angebote verschlüsselt werden oder durch vergleichbare Maßnahmen gesichert sind. Das ist zu begrüßen, die Klarstellung sollte aber, da es sich um eine für die Praxis besonders wichtige Regel handelt, besser direkt im Gesetzestext und nicht nur in der Entwurfsbegründung zum Ausdruck kommen.

4. § 20b Absatz 2 UrhG: Zusätzliche Vergütungsansprüche der Urheber

Die zusätzlichen Vergütungsansprüche nach § 20b Absatz 2 UrhG waren und sind für eine angemessene Vergütung der Urheber nicht erforderlich. Keinesfalls dürfen die Ansprüche auch auf die Direkteinspeisung ausgedehnt werden, denn hier sind sie angesichts der dafür bereits festgelegten, parallelen Haftung von Sendeunternehmen und Plattformbetreibern aus einem weiteren Grund überflüssig. Hier wird das Ziel, das § 20b Absatz 2 UrhG verfolgt, jedenfalls bereits durch den neuen § 20d UrhG erreicht.

Die anstehende Novelle sollte vielmehr genutzt werden, um die zusätzlichen, aber für eine angemessene Vergütung der Urheber nicht notwendigen Ansprüche in § 20b Absatz 2 UrhG zu streichen. Dafür gibt es drei zwingende Gründe:

- (1) Für die Bestimmung findet sich weder in der Satelliten- und Kabelrichtlinie noch in der neuen Richtlinie eine unionsrechtliche Grundlage, sie ist ein überholtes deutsches Unikat.
- (2) Die zusätzlichen Ansprüche nach § 20b Absatz 2 UrhG sind schon seit der Neuregelung des Urhebervertragsrechts durch das 4. Urheberrechtsänderungsgesetz im Jahr 2002 schlicht überflüssig geworden. Denn mit der Neufassung des § 32 UrhG und der allgemeinen Festschreibung eines Anspruchs auf angemessene Vergütung im direkten Vertragsverhältnis ist das Regelungsziel des § 20b Absatz 2 UrhG bereits vollumfänglich erreicht. Mit Einführung des § 20b Absatz 2 im Jahr 1998 sollte eine angemessene Vergütung für nachgelagerte Werknutzungen auch in solchen Fällen gewährleistet werden, in denen die Sendeunternehmen gegenüber den Urhebern sogenannte Buy-out-Verträge durchgesetzt haben. Dies wird durch § 32 UrhG auf anderem, direktem Wege garantiert. Die für die Kabelweitersendung geschaffene Spezialregelung ist somit seit 2002 durch eine lex generalis überholt.

- (3) Eine angemessene Vergütung der Urheber und ihrer Verwertungsgesellschaften erfolgt durch die Netzbetreiber bereits seit vielen Jahren nach den Gesamt- und Einzellizenzverträgen unseres Verbandes (ANGA-Gesamtvertrag von 2007 mit AGICOA GmbH, GEMA, GVL, GÜFA, VFF, VGF, VG Bild-Kunst, VG Wort, TWF GmbH).

5. § 20d UrhG: Direkteinspeisung

§ 20d UrhG setzt Artikel 8 der Richtlinie zur sogenannten Direkteinspeisung um. Bei der durch die Richtlinie neu eingeführten Konstellation leitet der Netz- oder Plattformbetreiber Programmsignale weiter, die ihm vom Sendeunternehmen individuell, z.B. über direkte Glasfaserverbindungen, bereitgestellt werden. Dabei unterscheidet die Systematik der Richtlinie zwischen einer „pure Direct Injection“ und einer „parallel Direct Injection“. Bei der parallelen Direkteinspeisung ist das Programm z.B. auch über Satelliten und/oder über terrestrische Sendeanlagen (DVB-T) für die Öffentlichkeit direkt empfangbar, es gibt also eine Erstsending des Sendeunternehmens.

Die neuen Vorgaben gelten nur für die „pure“ Direkteinspeisung, also de facto für Programme, die nicht auch über Satellit oder über terrestrische Antennen allgemein empfangbar sind. Diese Konstellation spielt in Deutschland wegen des sehr umfassenden Fernsehangebots über Astra- und Eutelsat-Satelliten bei FreeTV bislang eine untergeordnete Rolle. Das kann sich aber ändern und ist schon heute teilweise bei PayTV relevant.

Vor diesem Hintergrund begrüßen wir, dass sich der Entwurf im vorgeschlagenen § 20d UrhG eng an den zwingenden Vorgaben der Richtlinie orientiert. Dies gilt jedoch, wie unter Nr. 2 bereits erläutert, nicht für den Absatz 2, soweit er auch auf den generell überflüssigen Absatz 2 des § 20b UrhG verweist. Denn hier sind die zusätzlichen Ansprüche angesichts der in § 20d UrhG festgelegten parallelen Haftung von Sendeunternehmen und Plattformbetreibern aus einem weiteren Grund überflüssig. Das Ziel, das § 20b Absatz 2 UrhG verfolgt, ist bereits durch eine speziellere Regelung erreicht.

Wichtig ist dagegen – entsprechend der Richtlinie – die Klarstellung in der Gesetzesbegründung, nach der es zu keiner gesamtschuldnerischen Haftung von Sendeunternehmen und Signalverteiler kommt. Ergänzt werden sollte zudem, da in der Praxis höchst relevant, eine weitere Klarstellung, die durch Erwägungsgrund 20 der Richtlinie geboten ist:

„Stellen die Signalverteiler den Sendeunternehmen ausschließlich technische Mittel im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Verfügung, um den Empfang der Sendung sicherzustellen oder den Empfang dieser Sendung zu verbessern, so sollten sie nicht als Mitwirkende an der öffentlichen Wiedergabe angesehen werden“.

Diese Klarstellung knüpft an die Formulierungen des Europäischen Gerichtshofs zur Abgrenzung zwischen Sendung (bzw. öffentliche Wiedergabe) und nicht urheberrechtsrelevanten Vorgängen an und sollte, um die notwendige Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten, auch im deutschen Umsetzungsgesetz zum Ausdruck kommen.

6. § 87 Absatz 5 UrhG: Rechte der Sendeunternehmen

Die Sendeunternehmen sind in der neuen Richtlinie von der Pflicht zur kollektiven Rechtswahrnehmung ausgenommen. Begründet wurde dies – wie schon 1993 in der Satelliten- und Kabelrichtlinie – mit der Erwägung, dass die Zahl der Sendeunternehmen und der Lizenzierungsaufwand mit diesen für die Netz- und Plattformbetreiber überschaubar sei.

Diese Einschätzung mag vor 25 Jahren noch vertretbar gewesen sein, im Jahr 2020 entspricht das aber ganz überwiegend nicht der Praxis. Erstens werden in Europa über Satelliten heute mehr als 2000 Programme ausgestrahlt und nach der Vergrößerung der EU sowie der wachsenden Nutzung der Freizügigkeit durch die Unionsbürger auch immer mehr Programme tatsächlich nachgefragt. Zweitens gibt es gerade in Deutschland eine Vielzahl von lokalen Netzbetreibern und Wohnungsunternehmen, die jeweils nur einige Tausend Haushalte versorgen. Hier kann man bereits aufgrund der Größenunterschiede zwischen Medienkonzernen und Mittelstand überhaupt nicht davon sprechen, dass sich der Rechteerwerb leicht gestaltet. Das gilt schon gar nicht im eigentlichen Anwendungsbereich der Richtlinie, nämlich bei Programmen aus anderen Mitgliedstaaten.

Durch die Aussparung der Sendeunternehmen von der kollektiven Rechtswahrnehmung besteht leider auch auf EU-Ebene im Bereich der Weitersendung weiterhin ein grundlegendes Regulierungsdefizit, das durch die Regelung in § 87 Absatz 5 UrhG zumindest abgedeckt werden muss, damit sich die Verhandlungsmacht nicht zu stark auf die Seite der Sendeunternehmen verschiebt.

Im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie sollte künftig auch für alle neuen Formen der Weitersendung ein Abschlusszwang der Sendeunternehmen im Umfang von § 87 Absatz 5 UrhG gelten. Jedenfalls sollte sich der Gesetzesentwurf für die neuen Formen eng an den Formulierungen der Richtlinie orientieren, statt mit einem „Sofern ...“ zu beginnen. Denn diese Formulierung suggeriert einen größeren Verweigerungsspielraum als die Formulierung der Richtlinie und entfernt sich damit zu weit von den unionsrechtlichen Vorgaben.

Artikel 5 Absatz 2 der neuen Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zu bestimmen, dass

„Verhandlungen über die Erlaubnis der Weiterverbreitung gemäß dieser Richtlinie zwischen Sendeunternehmen und Betreibern von Weiterverbreitungsdiensten nach Treu und Glauben geführt werden“.

In dieser Formulierung findet sich kein Hinweis auf einen etwaigen Spielraum betreffend ein „Ob“ von Verhandlungen, sie orientiert sich vielmehr eng an der des Artikel 12 der Richtlinie 93/83/EWG, auf den Artikel 7 der neuen EU-Richtlinie neben anderen verweist:

„...Verhandlungen über die Erlaubnis der Kabelweiterverbreitung nach Treu und Glauben aufnehmen und diese Verhandlungen nicht ohne triftigen Grund be- oder verhindern.“

Artikel 12 Absatz 2 der Richtlinie 93/83/EWG gibt zudem einen indirekten Hinweis darauf, wann Zuwiderhandlungen gegen das Missbrauchsverbot jedenfalls vorliegen, nämlich in

„Fälle[n], in denen das Recht der öffentlichen Weiterverbreitung eines Programms durch Kabel in diesem Mitgliedstaat ohne stichhaltigen Grund verweigert oder von einem Sendeunternehmen zu unangemessenen Bedingungen angeboten worden ist“

Die Vorgabe des Artikel 12 der Richtlinie 93/83/EWG hat Deutschland in § 87 Absatz 5 UrhG zurecht als Kontrahierungsgebot umgesetzt:

„Sendeunternehmen und Kabelunternehmen sind gegenseitig verpflichtet, einen Vertrag über die Kabelweitersendung im Sinne des § 20b Abs. 1 Satz 1 zu angemessenen Bedingungen abzuschließen, sofern nicht ein die Ablehnung des Vertragsabschlusses sachlich rechtfertigender Grund besteht ...“

Diese Umsetzung ist in fast 25 Jahren weder von Gerichten noch von der EU-Kommission beanstandet worden. Eine ähnliche Vorgabe enthält in Artikel 16 Absatz 1 auch die sogenannte CRM-Richtlinie (Richtlinie 2014/26/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt):

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung und Nutzer nach Treu und Glauben über die Lizenzierung von Nutzungsrechten verhandeln. Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung und Nutzer stellen sich gegenseitig alle notwendigen Informationen zur Verfügung.“

Auch diese Richtlinienbestimmung wurde konsequenter Weise als vollwertiger Abschlusszwang umgesetzt – und zwar erst vor drei Jahren in § 34 VGG:

„Die Verwertungsgesellschaft ist verpflichtet, aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen. Die Bedingungen müssen insbesondere objektiv und nichtdiskriminierend sein und eine angemessene Vergütung vorsehen.“

In der Praxis hat sich das Bedürfnis nach einem Kontrahierungszwang in den letzten Jahren noch verstärkt und wird auch künftig ansteigen. Ein Grund dafür liegt in der wachsenden Nutzung neuer und zunehmend auch selbstbetriebener OTT-Plattformen im Internet durch die Sendeunternehmen. Durch diese bundes- oder sogar weltweit mögliche Distribution wird deren Interesse an der Weiterverbreitung durch räumlich beschränkte Netzbetreiber erheblich abnehmen. Die Position der Netzbetreiber gegenüber den Sendeunternehmen ist deshalb heute deutlich schwächer als noch vor wenigen Jahren.

Hinzu kommt, dass sich in der digitalen Welt und durch die damit verbundene Kapazitätserweiterung auch die Erwartung der End- bzw. Anschlusskunden, über Kabelfernsehen oder IPTV alle relevanten Programme empfangen zu können, sogar noch verstärkt hat. Auch sie können auf TV-Angebote im Internet wie z.B. Joyn von ProSiebenSat.1 und Discovery, TV Now der Mediengruppe RTL oder Zattoo ausweichen.

Generell gilt in diesem Umfeld: Ein Fernsehangebot kann nur dann erfolgreich vermarktet werden, wenn es alle relevanten Programme enthält. Jedenfalls wenn eine der vier großen Programmfamilien (ARD, ZDF, RTL oder ProSiebenSat.1) fehlt, ist das gesamte Anschlussgeschäft des Netzbetreibers gefährdet. Denn deren reichweitenstarken Programme

sind aus Kundensicht nicht durch andere Angebote ersetzbar. Viele Endkunden werden dann zu einem anderen TV-Empfangsweg wechseln.

Es bedarf daher heute unverändert eines Schutzmechanismus zugunsten der Netz- und Plattformbetreiber. Dies hat die neue Richtlinie mit Artikel 5 Absatz 2 bestätigt. Auch für neue Formen der Weitersendung ist es nicht ausreichend, das Gebot von Treu und Glauben allein auf bereits aufgenommene Verhandlungen anzuwenden. Alles andere würde den Vorgaben der neuen Richtlinie jegliche praktische Bedeutung entziehen. Denn ein Sendeunternehmen, das sich in Verhandlungen missbräuchlich verhalten möchte, wird sich dann gar nicht erst zu Verhandlungen bereiterklären. Die im Entwurf vorgeschlagene Regelung würde komplett leerlaufen.

Gegen eine Beschränkung des Gebots von Treu und Glauben allein auf bereits aufgenommene Verhandlungen spricht schließlich ein wichtiger Unterschied zwischen der EU- und der deutschen Ebene: Denn soweit die Richtlinie auf den Maßstab „Treu und Glauben“ Bezug nimmt, ist zu beachten, dass sie originär nur für die Weiterverbreitung von Programmen aus anderen Mitgliedstaaten gilt. Hier ist ein Kontrahierungszwang wegen der beschränkten Marktbedeutung der Programme typischerweise weniger wichtig als bei einheimischen Sendern mit ungleich höheren Reichweiten. Bei ProSiebenSat.1 und RTL ist die Marktbedeutung und Marktmacht naturgemäß völlig anders als z.B. im Verhältnis zu französischen oder spanischen Programmen. Gegenüber den deutschen Programmen bedarf es deshalb auch ganz unabhängig von den Vorgaben der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verbreitung eines effektiven Abschlusszwangs.

Ergänzend sollte in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass IPTV unverändert als Weitersendung über „Kabelsysteme“ anzusehen ist. Das entspricht der ganz überwiegenden Rechtsansicht und lässt sich bereits der Systematik der Begründung entnehmen, sollte aber wegen der erheblichen Verbreitung von IPTV in Deutschland ausdrücklich festgestellt werden.

Zur „Direkteinspeisung“: Hier stellt sich die Situation nicht anders dar. Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie enthält eine Ermächtigung der Mitgliedstaaten, die sich explizit auch auf Artikel 5 bezieht. Diese Bestimmung betrifft spezifisch und allein das Verhältnis zwischen Plattformbetreibern und Sendeunternehmen. Sie kann also nur so gemeint sein, dass die Streitbeilegungsregeln nach Artikel 5 auch auf die in Absatz 1 geregelte Konstellation der Direkteinspeisung erstreckt werden dürfen. Insofern ist der im Entwurf vorgeschlagene neue Absatz 6 richtig und zwingend.

7. Erleichterung von zeitversetzten Fernsehangeboten

Lineare TV-Angebote und ihre zeitversetzte Nutzung sind heute sowohl auf der Endkunden- als auch auf der Anbieterseite untrennbar miteinander verknüpft. Das kommt auch in dem vorgeschlagenen § 20c UrhG des Entwurfs zu Online-TV-Angeboten der Sendeunternehmen zum Ausdruck.

Der Gesetzgeber sollte die Umsetzung der Richtlinie zum Anlass nehmen, auch zeitversetzte Fernsehangebote von Netz- und Plattformbetreibern zu erleichtern. Hier bestehen derzeit erhebliche Hindernisse, weshalb Deutschland bei solchen Angeboten im internationalen Vergleich hinterherhinkt.

Die obligatorische kollektive Rechtswahrnehmung sollte auf zeitversetzte Angebote der Netz- und Plattformbetreiber ausgedehnt werden. Konkrete Produktbeispiele sind ReplayTV, Catch-Up und Online Video Recorder. Auch hier bedarf es eines Schutzes vor Lizenzierungslücken im Hinblick auf einzelne Rechteinhaber („Außenseiter“). In Erwägungsgrund 2 der Richtlinie heißt es im Kontext mit dem Ursprungslandprinzip zugunsten der Sendeunternehmen:

„Die Verbraucher erwarten in zunehmendem Maße, dass Fernseh- und Hörfunkprogramme sowohl live als auch auf Abruf zugänglich sind“.

Diese Aussage trifft nicht nur auf die Mediatheken der Sendeunternehmen zu, sondern genauso auf Kunden und Angebote der Kabelfernseh- und IPTV-Anbieter. Dafür sollte eine neue Bestimmung im Urheberrechtsgesetz geschaffen werden, in der entsprechend § 20b UrhG eine Verwertungsgesellschaftspflicht festgelegt wird.

Eine solche Regelung wäre auch im Hinblick auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Artikel 3 der Richtlinie 2001/29/EG jedenfalls für inländische Verbreitungsvorgänge zulässig. Denn hier gilt nichts anderes als für die Erstreckung der Verwertungsgesellschaftspflicht auch auf inländische Kabelweiterverbreitungsvorgänge, obwohl diese nicht Gegenstand der Satelliten- und Kabelrichtlinie waren: Bei der Festschreibung der kollektiven Rechtswahrnehmung handelt es sich nicht um inhaltliche Beschränkungen des Rechts der öffentlichen Wiedergabe, sondern um bloße Ausübungsregeln. Entsprechendes gilt hinsichtlich Artikel 11bis der Berner Übereinkunft, der solche Ausübungsregeln durch die nationale Gesetzgebung in Absatz 2 ausdrücklich zulässt.

Zur Erleichterung von zeitversetzten Fernsehangeboten wäre zudem eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert, dass auch eine sogenannte „individualisierte Masterkopie“ bei einem Online Video Rekorder als Privatkopie anzusehen ist. Denn die in der Praxis oft erhobene Forderung, dass für jeden Nutzer eine eigene individuelle Aufzeichnung bereitgehalten werden muss, ist eine sinnlose Formalie, die weder wirtschaftlich noch ökologisch vertretbar ist.

8. Modernisierung der Vorschriften zur Hinterlegung und Vorbehaltszahlung

a) Gesetzliche Limitierung der Höhe des Hinterlegungsbetrags

Der Gesetzgeber sollte die Novelle nutzen, um auch die Vorschriften zur Hinterlegung im Verwertungsgesellschaftengesetz (VGG) zu modernisieren. Denn gerade im Kontext des Erwerbs von Rechten zur Weitersendung haben sich bei der Nutzung der Hinterlegungsoption des § 37 VGG in der Praxis gravierende Defizite gezeigt. Die Höhe der zu hinterlegenden Beträge sollte gedeckelt werden. Dadurch würde das in den letzten Jahren aufgetretene Risiko ausgeschlossen, dass einzelne Verwertungsgesellschaften Vertragskündigungen aussprechen und dann aus taktischen Gründen neue, völlig überhöhte Tarife festlegen. Sachgerecht wäre z.B. eine Limitierung der zu hinterlegenden Beträge auf die nach dem zuletzt einschlägigen Gesamt- oder Lizenzvertrag zu zahlende Vergütungshöhe. Das würde zielführende Folgeverhandlungen nach erfolgten Vertragskündigungen erheblich befördern. Hilfsweise könnte die Möglichkeit geschaffen werden, die Hinterlegungshöhe durch die Gerichte in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes überprüfen zu lassen.

Hinzukommen sollte dabei eine Erleichterung beim Verfahrensgrund, wie sie beispielsweise auch § 42a Abs. 6 Satz 2 UrhG vorsieht. Beide vorgenannten Ansätze würden lediglich temporäre Blockadesituationen ausschließen, eine spätere, dauerhaft verbindliche Festlegung angemessener Vergütungen durch die Gerichte bliebe davon völlig unberührt.

b) Einführung einer Hinterlegungsoption auch für § 87 Absatz 5 UrhG

Zudem sollte auch im Anwendungsbereich des § 87 Absatz 5 UrhG ein Hinterlegungsmechanismus bzw. die Option einer Zahlung unter Vorbehalt an die Sendeunternehmen eingeführt werden. Denn die Interessenlage ist nicht anders als bei § 37 VGG gegenüber Verwertungsgesellschaften oder auch im Patentrecht (Orange-Book-Standard- und Huawei/ZTE-Entscheidungen des BGH). Dabei sollte auch die Befugnis zur Entschlüsselung und anschließender Neuverschlüsselung von Programmsignalen von dem Hinterlegungsmechanismus umfasst sein, denn eine solche technische Anpassung an die Plattform des Netzbetreibers ist notwendig, um das Weitersenderecht überhaupt nutzen zu können. Ohne diese Befugnis stellt sich der Rechteerwerb wie der Kauf eines Autos ohne Zündschlüssel dar.

Köln/Berlin 30. Juli 2020