

# Die weitere Beteiligung des Urhebers\*

Thomas Fuchs\*\*

3. Januar 2005

## Inhaltsangabe

Der Aufsatz zeigt die Struktur der am 1. Juli 2002 in Kraft getretenen, dem Ausgleich mangelnder Vertragsparität zwischen Urheber und Verwerter dienenden Ansprüche auf weitere Beteiligung und weitere Beteiligung im Durchgriff nach § 32a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 UrhG auf.

## Inhalt

<b>1 Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2 Weitere Beteiligung</b>	<b>2</b>
2.1 Erträge und Vorteile . . . . .	3
2.2 Gegenleistung . . . . .	5
2.3 Auffälliges Missverhältnis . . . . .	6
2.4 Rechtsfolge . . . . .	8
<b>3 Weitere Beteiligung im Durchgriff</b>	<b>9</b>
<b>4 Zusammenfassung</b>	<b>12</b>

## 1 Einleitung

Der Urheber ist im Vertragsverhältnis mit dem Verwerter in aller Regel der schwächere Vertragspartner. Wenn die Vertragsparität als Prämisse der Vertragsfreiheit durch die soziale und wirtschaftliche Übermacht einer Vertragspartei gestört ist, bleibt von dem Leitbild einer Vertragsgerechtigkeit durch Vertragsfreiheit wenig übrig.<sup>1</sup> Es besteht deshalb heute weitgehend Einigkeit darüber, dass der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des Privatrechts gehört.<sup>2</sup> Dementsprechend ist es geboten, dem sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewicht mit Hilfe entsprechender Schutznormen entgegenzuwirken.<sup>3</sup> Typische Anwendungsfälle für ein Korrektiv der Vertragsfreiheit, das dem Spiel der Kräfte Einhalt gebietet, sind das Verbraucher- und

\*[URL: http://delegibus.com/2005,2.pdf](http://delegibus.com/2005,2.pdf) = KUR 5/2005, S. 129—135.

\*\*Rechtsanwalt Dr. iur., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Heidelberg; Impressum: [URL: http://lexetius.com/impressum](http://lexetius.com/impressum).

<sup>1</sup>Götting, Festgabe für Schrickler, S. 58.

<sup>2</sup>Dietz, Festgabe für Schrickler, S. 10; Kohte, ZBB 1994, S. 174; BAG, BAGE 100 [2003], S. 18 f.; BGH, NJW 2002, S. 747; BVerfG, BVerfGE 81 [1990], S. 254 ff.; BVerfG, BVerfGE 89 [1993], S. 231 ff.; BVerfG, BVerfGE 103 [2001], S. 100 f.

<sup>3</sup>Kohte, ZBB 1994, S. 173.

das Arbeitsrecht.<sup>4</sup> Spätestens seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern am 1. Juli 2002<sup>5</sup> dient auch das Urhebervertragsrecht mit seinen zwingenden Schutzvorschriften dem Ziel, dem Urheber gegenüber dem Verwerter gewisse Mindestrechte zu sichern.<sup>6</sup> Hierzu gehören nicht nur die Ansprüche auf angemessene Vergütung und Vertragsänderung nach § 32 Abs. 1 S. 2, S. 3 UrhG,<sup>7</sup> sondern auch die Ansprüche auf weitere Beteiligung und weitere Beteiligung im Durchgriff nach § 32a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 UrhG. Letztere werden im Folgenden eingehend erläutert. Dabei ist die Kenntnis der Ansprüche auf angemessene Vergütung und Vertragsänderung hilfreich, weil zwischen diesen Ansprüchen enge Bezüge bestehen, die in ihrer Gesamtheit zu einem einheitlichen Schutzsystem führen.

## 2 Weitere Beteiligung

Nach § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG kann der Urheber vom Verwerter eine Änderung des Vertrags verlangen, durch die dem Urheber eine den Umständen nach weitere angemessene Beteiligung gewährt wird. Voraussetzung dafür ist, dass der Urheber dem Verwerter ein Nutzungsrecht zu Bedingungen eingeräumt hat, die dazu führen, dass die vereinbarte Gegenleistung unter Berücksichtigung ihrer gesamten Beziehungen in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werks steht. § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG gilt vorbehaltlich des § 32a Abs. 4 UrhG im Rahmen aller Verträge, die zumindest auch die Einräumung von Nutzungsrechten zum Gegenstand haben. Dabei ist es unerlässlich, dass entsprechende Nutzungsrechte eingeräumt wurden. Demnach findet die Vorschrift keine Anwendung gegenüber dem unberechtigten Werknutzer.<sup>8</sup> Verwertet der Verwerter das Werk über das eingeräumte Nutzungsrecht hinaus, so kann der Urheber nach den §§ 97 ff. UrhG vorgehen.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen § 32 UrhG und § 32a UrhG ist in der verwendeten Perspektive zu sehen. Während § 32 UrhG dem Urheber einen Anteil an den Erträgen aus der Perspektive *ex ante* zum Vertragsschluss sichert, sieht § 32a UrhG eine weitere angemessene Beteiligung des Urhebers vor, und zwar an den tatsächlich vom Verwerter erzielten Erträgen und Vorteilen, was mit einer Perspektive *ex post* gleichzusetzen ist.<sup>9</sup> Aus dieser Differenzierung erschließt sich auch die unterschiedliche Funktion der §§ 32, 32a UrhG. Erstere Vorschrift dient nämlich der Kontrolle des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, letztere ermöglicht es im Sinn einer Verlaufskontrolle, den Urheber an besonderen Erträgen und Vorteilen teilhaben zu lassen, die sich aus der tatsächlichen Nutzung

<sup>4</sup>Götting, Festgabe für Schricker, S. 58; Kohte, ZBB 1994, S. 178.

<sup>5</sup>Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22. März 2002, Bundesgesetzblatt I, S. 1155.

<sup>6</sup>Vergleiche Götting, Festgabe für Schricker, S. 59.

<sup>7</sup>Fuchs, KUR 2005.

<sup>8</sup>Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 2.

<sup>9</sup>von Becker in: Loewenheim, HB-UrhR, § 29 Abs. 88; Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 250, 269; Berger, GRUR 2003, S. 676; Erdmann, GRUR 2002, S. 927; Grzeszick, AfP 2002, S. 388; Hilty/Peukert, GRUR Int 2002, S. 643; Jacobs, NJW 2002, S. 1907 f.; Jani, Der Buy-Out-Vertrag, S. 308; Loewenheim/Nordemann in: Loewenheim, HB-UrhR, § 61 Abs. 2; Lindner in: Mestmäcker et al., UrhR, § 32a S. 2; Maracke, Die Entstehung des Urheberrechtsgesetzes, S. 17; Schack, GRUR 2002, S. 855; Schierenberg, AfP 2003, S. 393; Schmidt, ZUM 2002, S. 785; Schmid/Wirth, UrhG, § 32a Abs. 1; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform 2002, S. 62.

des Werks ergeben.<sup>10</sup> Diese Regelung kann ihre Wirkung deshalb erst im Lauf der Werknutzung entfalten.<sup>11</sup> Grundvoraussetzung ist dabei, dass die Erträge und Vorteile beim Verwerter und nicht bei einem Dritten angefallen sind.<sup>12</sup>

Der Tatbestand des § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG enthält – abgesehen von der Perspektive – eine sehr schwer verständliche Handlungsanweisung. Deshalb sollen zunächst die verwendeten Begriffe erläutert und erst am Ende in einen Zusammenhang gebracht werden. Auszugehen ist von den im Mittelpunkt stehenden Begriffen ”Erträge und Vorteile“, ”Gegenleistung“ und ”auffälliges Missverhältnis“.

## 2.1 Erträge und Vorteile

Die Bedeutung des Ertragsbegriffs des § 32a UrhG ist inzwischen bereits streitig. Er kann nämlich brutto als Umsatz<sup>13</sup> oder netto als Gewinn<sup>14</sup> verstanden werden.

Nach letzterer Auffassung kann der Verwerter zunächst die Kosten für den Rechtserwerb, die Herstellung und den Vertrieb abziehen. Begründet wird dies damit, dass der Urheber den Folgeverwerter in der Lizenzkette nach den § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG in Anspruch nehmen dürfte, ohne dass dieser einwenden könnte, die Erträge seien aufgrund der Vereinbarung mit dem Erstverwerter an diesen teilweise abzuführen gewesen,<sup>15</sup> wenn der Kostenabzug nicht zu berücksichtigen wäre. Das sei mit § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG nicht vereinbar, wonach die vertraglichen Beziehungen in der Lizenzkette zu berücksichtigen seien.<sup>16</sup>

Nach ersterer Auffassung bleiben allgemeine und besondere Kosten des Verwerter, darunter diejenigen zur Herstellung und zum Vertrieb des Werks, außer Betracht. Dafür spricht zunächst, dass der Urheber ansonsten das Betriebsrisiko des Verwerter tragen würde.<sup>17</sup> Des Weiteren ist mit der nach § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG angeordneten Berücksichtigung der vertraglichen Beziehungen in der Lizenzkette gerade auch der Fall mit geregelt, dass Erträge des Folgeverwerter als Gegenleistung für den Rechtserwerb an den Erstverwerter abzuführen sind. Eine solche Regelung wäre überflüssig, wenn es bei dem Ertragsbegriff nur auf den Gewinn ankäme. Zu den Erträgen im Sinn des § 32a UrhG gehören also nicht solche, die an den Erstverwerter abzuführen sind. Insoweit ist ein Kostenabzug also möglich. Das dagegen vorgebrachte Argument, aus dem Schutzzweck des § 32a UrhG, der dem Urheber eine weitere angemessene Beteiligung an der Werkverwertung sichern soll, ergebe sich, dass zu den Erträgen auch solche gehören, die an den Erstverwerter abzuführen sind, weil mit der Werkverwertung die tatsächlich erzielten Erträge korrespondierten und nicht nur die Restbeträge, die nach Abzug von Kosten verbleiben,<sup>18</sup> verfährt

<sup>10</sup> Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 64.

<sup>11</sup> Grzeszick, AfP 2002, S. 388.

<sup>12</sup> Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 22.

<sup>13</sup> Erdmann, GRUR 2002, S. 928; Reinhard/Distelkötter, ZUM 2003, S. 270; Schmid/Wirth, UrhG, § 32a Abs. 4; Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 11; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform 2002, S. 70; vergleiche zu § 36 UrhG a. F. bereits BGH, BGHZ 115 [1992], S. 68; BGH, GRUR 2002, S. 154; OLG München, ZUM 2001, S. 999.

<sup>14</sup> Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 262; Berger, GRUR 2003, S. 678; Ory, AfP 2002, S. 100.

<sup>15</sup> Solche Gewinnbeteiligungen des Erstverwerter stellen sich deswegen als Kosten dar, weil sie zur Gegenleistung des Folgeverwerter für den Rechtserwerb zählen. Der wirkliche Gewinn des Folgeverwerter ergibt sich also erst nach Abzug dieser ”Gewinnbeteiligung“.

<sup>16</sup> Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 263.

<sup>17</sup> Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 11.

<sup>18</sup> Reinhard/Distelkötter, ZUM 2003, S. 270.

insoweit nicht. Das Weiterreichen des Ertrags hat nämlich nur zur Folge, dass sich der Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung gegen denjenigen richtet, an den der Ertrag weitergereicht wurde. Der Schutzzweck des § 32a UrhG wird von dieser Frage also grundsätzlich nicht berührt, auch wenn auf diese Weise gegebenenfalls die Schwelle des auffälligen Missverhältnisses unterschritten wird.<sup>19</sup> Aus dem Gegenschluss zu der Regelung, dass vertragliche Beziehungen in der Lizenzkette zu berücksichtigen sind, folgt, dass Kosten, die sich nicht aus der vertraglichen Beziehung in der Lizenzkette ergeben, nicht abzuziehen sind. Die Haftung des Erstverwerters entfällt dann allerdings im Sinn des § 32a Abs. 2 S. 2 UrhG insoweit nicht. Außerdem knüpft § 32a UrhG nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich direkt an § 32 UrhG an. Das ergibt sich daraus, dass der Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung als Ergänzung zu den Ansprüchen auf die angemessene Vergütung und Vertragsänderung gedacht ist. Diese Anknüpfung hat – wie noch zu sehen sein wird – unmittelbare Folgen für die Berechnung des Anspruchs auf weitere Beteiligung. Im Rahmen der Auslegung des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG kam es nun auf die Brutto-Erträge an.<sup>20</sup> Um daran sinnvoll anknüpfen zu können, muss der Ertragsbegriff des § 32a UrhG im selben Sinn ausgelegt werden.

Dafür spricht auch eine Parallele des Nutzungsentgelts, insbesondere des Anspruchs auf weitere Beteiligung nach § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG, zur Provision des Handelsvertreters nach den §§ 87 Abs. 1 und 3, 87a ff. HGB. Beide sind erfolgsbezogen. Der Erfolg ist dabei in beiden Fällen von allen Beteiligten erwünscht, derjenige, der Voraussetzung für die weitere Beteiligung ist, sogar ganz besonders. Erfolg ist jedoch nichts Zufälliges und zwischen Erfolg und zu erwartender Beteiligung besteht ein enger Zusammenhang. Im kaufmännischen Bereich wird dem schon lange Rechnung getragen. Die Provision dient nämlich dazu, dem Handelsvertreter einen Anreiz zur Erzielung größtmöglicher Verkaufserfolge zu bieten. Diesen Zweck kann sie nur erfüllen, wenn sie geeignet ist, das Interesse des Handelsvertreters an eben diesem Verkaufserfolg zu wecken und zu erhalten. Als Anknüpfungspunkt dafür, eine möglichst effektive Tätigkeit anzureizen, ist allein die Umsatzhöhe geeignet.<sup>21</sup> Dieser Mechanismus steht auch hinter dem § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG, denn grundsätzlich ist eine – wie auch immer ausgestaltete – Teilhabe am Umsatz auch beim Urheber dazu geeignet, diesen zu höheren Leistungen anzuwirken. Von den dadurch verbesserten Verkaufschancen profitieren am Ende alle Beteiligten.

Neben den Erträgen sind auch Vorteile zu berücksichtigen. Hier stellt sich die Frage, ob diese Vorteile unmittelbar vermögenswert<sup>22</sup> oder nicht unmittelbar vermögenswert<sup>23</sup> sein müssen. Nach letzterer Auffassung sind mit dem Begriff günstige Positionen aus Nutzungshandlungen, die nicht unmittelbar auf finanziellen Ertrag gerichtet sind, gemeint, zum Beispiel der Einsatz eines Werks in der Werbung für das Unternehmen oder seine Produkte. Nach ersterer Auffassung fallen alle sonstigen Vermögensvorteile darunter, etwa Prämien, Zuschüsse und sonstige Gelder aus Fördermaßnahmen. Vorteile seien auch alle Verwertungshandlungen, die nicht auf Umsatzgeschäfte mit der Nutzung selbst

<sup>19</sup>Dabei entpuppt sich zugleich auch das Problem, ob der Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung diesbezüglich sowohl gegen den Dritten als auch gegen denjenigen, an den der Ertrag weitergereicht wurde, gerichtet ist (*Reinhard/Distelkötter*, ZUM 2003, S. 207), als ein vermeintliches.

<sup>20</sup>*Fuchs*, KUR 2005, S. 7.

<sup>21</sup>*Seifert*, DB 1979, S. 2034 f.

<sup>22</sup>*Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, PK-UrhR, § 32a Abs. 12.

<sup>23</sup>*Berger*, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 265.

zielen, sich aber aus der Nutzungsmöglichkeit ergeben und für den Verwerter einen positiven Vermögenswert haben.<sup>24</sup> Dazu gehörten auch die Einnahmen des Nutzungsberechtigten, die er aufgrund der Verwertung des Werks in seinem eigenen Betrieb erzielt, etwa indem er durch ein Computerprogramm seinen Umsatz steigert oder seine Kosten senkt.<sup>25</sup> Für diese Auffassung spricht vor allem, dass der Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung letztlich berechnet werden muss. Eine Berechnung ist jedoch nur mit unmittelbar vermögenswerten Positionen möglich, alles andere lässt sich im maßgeblichen Zeitpunkt nicht bewerten.

## 2.2 Gegenleistung

Der Begriff der Gegenleistung nimmt in erster Linie auf die Vergütung des Urhebers Bezug.<sup>26</sup> Offen ist dabei, ob sich der Begriff auf die – gegebenenfalls geringere – vereinbarte Vergütung nach § 32 Abs. 1 S. 1 UrhG (bei der die Angemessenheit mit Hilfe des § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG noch durchgesetzt werden kann), oder auf die angemessene Vergütung nach § 32 Abs. 1 S. 2 UrhG bezieht. Im Tatbestand heißt es nämlich einerseits, es komme auf die vereinbarte Gegenleistung an, andererseits ermöglicht die Rechtsfolge eine weitere angemessene Beteiligung.

Die Systematik der Ansprüche nach den §§ 32, 32a UrhG spricht dafür, auf die angemessene Vergütung abzustellen, wenn die vereinbarte nicht höher ist.<sup>27</sup> Das gesetzliche Leitbild beziehungsweise der vom Gesetzgeber angenommene und im Gesetz zum Ausdruck kommende Normalfall besteht nämlich darin, dass der Urheber die angemessene Vergütung erhält beziehungsweise die Angemessenheit einer vereinbarten unangemessenen Vergütung alsbald im Weg des § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG durchsetzt. § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG knüpft daran einerseits in der Weise an, dass das spätestens durch § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG angemessene Nutzungsentgelt ebenfalls vereinbart wurde, und andererseits, dass der Anspruch daneben eine weitere angemessene Beteiligung ermöglicht.<sup>28</sup>

Für diese Auslegung sprechen darüber hinaus weitere Argumente. Eines besteht darin, dass die beiden Vorschriften unterschiedlichen Beurteilungsperspektiven unterliegen. Das verbietet es, eine – Ausnahmefall – noch unangemessene Vergütung im Rahmen des § 32a UrhG zu korrigieren.<sup>29</sup> Ein weiteres ergibt sich daraus, dass § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG auf den Gegenleistungsbegriff des § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG Bezug nimmt. Liegt die vereinbarte Vergütung unter der angemessenen Vergütung, müsste der Folgeverwerter im Rahmen der Dritthaftung nach § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG andernfalls nicht nur für die weitere Beteiligung aufkommen, sondern auch für den Vergütungsteil, den der Erstverwerter als Vertragspartner des Urhebers als angemessene Vergütung im Rahmen des Vertragsverhältnisses schuldet. Um aber wenigstens in Teilen Rechtssicherheit und Kalkulierbarkeit zu schaffen, sollten Folgeverwerter nur für die weitere Beteiligung haften müssen, nicht aber für die Korrektur des nach § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG als unangemessen zu bezeichnenden Verhältnisses von Nutzungs-

<sup>24</sup> *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, PK-UrhR, § 32a Abs. 12.

<sup>25</sup> *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, PK-UrhR, § 32a Abs. 13; *Zentek/Meinke*, Urheberrechtsreform 2002, S. 70.

<sup>26</sup> *Berger*, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 273.

<sup>27</sup> *Berger*, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 277 f.; *Berger*, GRUR 2003, S. 679; *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, PK-UrhR, § 32a Abs. 17.

<sup>28</sup> Ähnlich *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, PK-UrhR, § 32a Abs. 17.

<sup>29</sup> *Berger*, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 277.

recht und Vergütung. Folgeverwerter müssen danach nur für besondere Absatzerfolge zusätzliche Vergütungen leisten, nicht aber für Fehlbewertungen von Leistung und Gegenleistung im Vertrag zwischen Urheber und Erstverwerter eintreten. Überdies ist zu beachten, dass nach § 32a Abs. 2 S. 2 UrhG die Haftung des Erstverwerter für die angemessene Vergütung entfallen würde, wenn dafür der Folgeverwerter aufkommen müsste, obwohl ein gesetzlicher Regressanspruch zwischen Erstverwerter und Folgeverwerter nicht vorgesehen ist.<sup>30</sup>

### 2.3 Auffälliges Missverhältnis

Ein Missverhältnis besteht zunächst dann, wenn sich die vereinbarte Gegenleistung nicht im Rahmen dessen bewegt, was nach § 32 Abs. 2 UrhG angemessen, also üblich und redlich wäre.<sup>31</sup> Das Missverhältnis muss aber auffällig sein. Dies ist eine Frage des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Nutzungsverhältnisses.<sup>32</sup> Da sich die Handlungsanweisung des § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG im Wesentlichen in der Bewertung des Verhältnisses zwischen Erträgen und Vorteilen einerseits und der Gegenleistung andererseits erschöpft, sind an dieser Stelle auch die Begriffe "Bedingungen" und "Beziehungen" wertend zu berücksichtigen. Das Merkmal der Auffälligkeit ist nicht schon allein dadurch erfüllt, dass die Gegenleistung nicht der Angemessenheit nach § 32 Abs. 2 UrhG entspricht, zumal insoweit neben § 32 UrhG kein Regelungsbedürfnis mehr bestünde.<sup>33</sup> Ein auffälliges Missverhältnis ist mehr als ein bloßes, aber weniger als ein grobes Missverhältnis.<sup>34</sup> Der Begriff des groben Missverhältnisses ist dabei dem noch erheblich strengeren § 36 UrhG a. F. entlehnt. Das grobe Missverhältnis wurde dort mit einem Prozentsatz als Richtwert ausgedrückt. Diese Möglichkeit besteht auch bei § 32a UrhG, wobei aber unklar ist, welche Höhe der Richtwert hier haben soll. Nach den Materialien zur Urhebervertragsrechtsreform 2002 soll ein auffälliges Missverhältnis anders als nach der bisherigen Rechtslage jedenfalls dann vorliegen, wenn die vereinbarte Vergütung um 100 % von der angemessenen Beteiligung abweicht.<sup>35</sup>

Nach einer Auffassung<sup>36</sup> soll die Schwelle für ein auffälliges Missverhältnis deutlich unterhalb der Schwelle für ein grobes liegen. Begründet wird diese Auffassung im Ausgangspunkt mit § 36 UrhG a. F. Ein grobes Missverhältnis im Sinn des § 36 UrhG a. F. habe schon vorgelegen, wenn die vereinbarte Vergütung lediglich 20—35 % dessen erreichte, was als angemessene Beteiligung üblicherweise zu zahlen gewesen wäre. Die 100 %-Schwelle spreche im Rahmen des § 138 BGB sogar für die Sittenwidrigkeit einer in Kenntnis des Abweichens geschlossenen Vereinbarung.<sup>37</sup> Da nach der Konzeption des Gesetzes auch im Rahmen des § 32a UrhG der Vertrag grundsätzlich bestehen bleiben solle, müsse ein auffälliges Missverhältnis aber weit unterhalb der Grenze der Sittenwidrigkeit liegen. Weil das Gesetz das Ziel einer angemessenen Beteiligung des Urhebers für jede Werknutzung nunmehr zusätzlich mit § 32 UrhG verfolge, der eine angemessene vertragliche Vergütung sichere, liege die Schwelle

<sup>30</sup> Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 278.

<sup>31</sup> Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 17.

<sup>32</sup> Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 18.

<sup>33</sup> Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 18.

<sup>34</sup> Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 282.

<sup>35</sup> Bundestagsdrucksache 14/8058, S. 19.

<sup>36</sup> Erdmann, GRUR 2002, S. 928; Haupt/Flisak, KUR 2003, S. 43; Nordemann, Das neue Urhebervertragsrecht, S. 97; Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 18.

<sup>37</sup> Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 19.

der Auffälligkeit für den Anspruch auf weitere Beteiligung nach § 32a UrhG oberhalb der Angemessenheit, aber unterhalb der Sittenwidrigkeit. Ein auffälliges Missverhältnis komme dementsprechend schon dann in Betracht, wenn die Gegenleistung 20—30 % weniger beträgt, als sich aus einer üblichen und redlichen Beteiligung des Urhebers ergäbe.<sup>38</sup>

Nach der Gegenauffassung<sup>39</sup> ist in Anlehnung an die Materialien eine 100 %-Schwelle zugrunde zu legen. Der Urheber habe grundsätzlich Anspruch auf zusätzliche Zahlungen, wenn die weitere angemessene Beteiligung die angemessene Vergütung um 100 % übersteigt. Bei der Ermittlung der angemessenen weiteren Beteiligung sei zu berücksichtigen, dass ein Sockelbetrag der Erträge des Verwerter bereits durch die Vergütung nach § 32 UrhG abgegolten sei.<sup>40</sup> Zu beachten sei auch, dass die 100 %-Linie keine starre Grenzziehung bedeute. Bereits geringere Abweichungen könnten eine weitere Beteiligung rechtfertigen, wenn außergewöhnliche Gründe dafür sprächen. Umgekehrt könne auch beim Überschreiten dieser Grenze eine weitere Beteiligung versagt werden.<sup>41</sup>

Zu folgen ist der letzteren Auffassung, allerdings nur im Ansatz. Gegen eine Argumentation mit § 36 UrhG a. F. spricht zunächst, dass § 32a UrhG durch das systematische Zusammenspiel mit § 32 UrhG in einem vollkommen anderen Kontext steht. Während § 36 UrhG a. F. überhaupt erst eine angemessene Beteiligung ermöglichte, knüpft § 32a UrhG insofern an § 32 UrhG an, als eine weitere angemessene Beteiligung vorgesehen ist. Das bedeutet aber, dass der Urheber bereits einmal eine angemessene Vergütung erhalten hat, was auch bei der Anspruchsbewertung nach § 32a UrhG zu berücksichtigen ist. Der Grenzwert, der im Folgenden als Wertungsprozentsatz bezeichnet wird, bezog sich bei § 36 UrhG a. F. also auf einen ganz anderen Betrag als bei § 32a UrhG. Im Hinblick auf diesen Wert spielen die unterschiedlichen Perspektiven der §§ 32, 32a UrhG eine entscheidende Rolle. Während bei § 32 UrhG die Erträge *ex ante* als Prognose zugrunde zu legen sind, kommt es bei § 32a UrhG auf die Erträge *ex post* an. Der Sockelbetrag der Erträge, die der Verwerter bereits durch die Vergütung nach § 32 UrhG abgegolten hat, entspricht den Erträgen *ex ante*. Darin ist auch die angemessene Vergütung des Urhebers als aus dem Werk fließende Wertschöpfung enthalten. Die Erträge *ex ante* sind deshalb zunächst von den Erträgen *ex post* abzuziehen. Der sich ergebende Differenzbetrag ist das Missverhältnis. Das war bei § 36 UrhG a. F. nicht der Fall. Die jeweils anzusetzenden Wertungsprozentsätze können daher nicht unmittelbar miteinander verglichen werden. Das gilt insbesondere für Vergleiche mit dem Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. Geklärt ist damit aber erst die Ertragsseite. Im auffälligen Missverhältnis dazu muss die vereinbarte Gegenleistung, nämlich die angemessene Vergütung, stehen. Da der bei § 32 UrhG zugrunde zu legende Ertrag *ex ante* nur durch eine Prognose ermittelt werden kann, steht dem Verwerter im Rahmen des § 32a UrhG ein Prognosespielraum zu, der als Richtwert 100 % der angemessenen Vergütung betragen kann. Dieser Prognosespielraum ist der auf die angemessene Vergütung bezogene, für Besonderheiten des

<sup>38</sup> Haupt/Flisak, KUR 2003, S. 43; Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 20.

<sup>39</sup> Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 282; Berger, GRUR 2003, S. 679; Grzeszick, AfP 2002, S. 387; Jacobs, NJW 2002, S. 1908; Kotthoff in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, HK-UrhR, § 32a Abs. 17; Lindner in: Mestmäcker et al., UrhR, § 32a S. 3; Maracke, Die Entstehung des Urheberrechtsgesetzes, S. 18; Ory, AfP 2002, S. 99 f.; Schack, GRUR 2002, S. 856; Schulze in: Dreier/Schulze, UrhG, § 32a Abs. 37; Wimmers/Rode, CR 2003, S. 400; Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform 2002, S. 66.

<sup>40</sup> Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 282; Berger, GRUR 2003, S. 679.

<sup>41</sup> Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 284; Schack, GRUR 2002, S. 856.

$$B_{wa} = \left( E_{ep} - E_{ea} - \frac{V_a \times p_W}{100 \%} \right) \times \frac{p_B}{100 \%}$$

$B_{wa}$	weitere angemessene Beteiligung
$E_{ep}$	Ertrag <i>ex post</i>
$E_{ea}$	Ertrag <i>ex ante</i>
$V_a$	angemessene Vergütung
$p_W$	Wertungsprozentsatz (Richtwert: 100 %)
$p_B$	Beteiligungsprozentsatz (Richtwert: 50 %)

Abbildung 1: Formel für die weitere angemessene Beteiligung

Einzelfalls offene Wertungsprozentsatz.<sup>42</sup> Der für die weitere Beteiligung zugrunde zu legende Betrag ergibt sich damit aus der Differenz von Ertrag *ex post*, Ertrag *ex ante* und Prognosespielraum. Erst dieser Differenzbetrag gibt das auffällige Missverhältnis wieder. Die Höhe des Wertungsprozentsatzes ist unmittelbar an die angemessene Vergütung gekoppelt. Das ist wohlbegründet. Der Prognosespielraum des Verwerter ergibt sich damit nämlich aus der von ihm selbst zu beeinflussenden Höhe der angemessenen Vergütung. Je höher die angemessene Vergütung in Bezug auf die Erträge *ex ante* ist, umso höher ist auch der dem Verwerter zuzubilligende Prognosespielraum. Die weitere Beteiligung muss sodann angemessen sein. Insoweit knüpft § 32a UrhG wiederum an § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG an. Der zugrunde zu legende Betrag ist zwischen Urheber und Verwerter nach dem dortigen Maßstab aufzuteilen. Letztlich kommt es deshalb wiederum auf den Beteiligungsprozentsatz an.<sup>43</sup> Stark vereinfacht kann die weitere angemessene Beteiligung also wie in Abbildung 1 gezeigt berechnet werden.

Im Rahmen des Wertungsprozentsatzes sind die gesamten Beziehungen zwischen Urheber und Verwerter zu berücksichtigen. Zu diesen Beziehungen gehören jedoch nur solche, die einen Bezug zur Werknutzung haben. Auf einen besonderen Kausalzusammenhang zwischen Werk und dem eingetretenen Erfolg kommt es dabei nicht an. Ausreichend ist vielmehr, dass der Erfolg eingetreten ist und gesteigerte Erträge feststellbar sind, die im Missverhältnis zur vereinbarten Gegenleistung stehen.<sup>44</sup>

## 2.4 Rechtsfolge

Der Anspruch nach § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG ist auf Einwilligung des Verwerter in die Änderung des Vertrags gerichtet, durch die dem Urheber eine weitere angemessene Beteiligung eingeräumt wird.<sup>45</sup> Anders als bei § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG besteht der Gegenstand der Vertragsänderung aber nicht in dem Anspruch auf die vereinbarte oder die angemessene Vergütung. Vielmehr ist die Vertragsänderung darauf gerichtet, dem Urheber einen zusätzlichen Anspruch auf Geld-

<sup>42</sup>Hinsichtlich der Höhe des Wertungsprozentsatzes ist also den Materialien (Bundestagsdrucksache 14/8058, S. 19) zu folgen. Abgesehen davon ist der Zusammenhang, in den er dort gestellt wird, aber nicht nachvollziehbar, weil die dort aufgestellte Beziehung zwischen vereinbarter Vergütung und angemessener Beteiligung selbstreferenziell ist.

<sup>43</sup>Schulze in: Dreier/Schulze, UrhG, § 32a Abs. 42.

<sup>44</sup>Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 14.

<sup>45</sup>Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 288; Berger, GRUR 2003, S. 678; Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 3.

zahlung zu gewähren.<sup>46</sup> Vergütungs- und Beteiligungsanspruch sind demnach zu unterscheiden.<sup>47</sup>

§ 32a Abs. 1 S. 1 UrhG ermöglicht eine den Umständen nach weitere angemessene Beteiligung. Bei § 36 UrhG a. F. stand die Frage im Raum, ob die weitere Beteiligung nur das grobe Missverhältnis in der Weise beseitigen muss, dass zwar noch ein Missverhältnis verbleibt, dieses aber nicht mehr grob ist, oder ob auch das Missverhältnis insgesamt beseitigt werden muss. Nach der Rechtsprechung<sup>48</sup> war das Missverhältnis vollauf zu beseitigen. In Anlehnung daran sei auch bei § 32a UrhG die für den Urheber günstigere Variante zugrunde zu legen.<sup>49</sup> Dem ist indes nicht zu folgen. Das ergibt sich zunächst daraus, dass andernfalls Tatbestand und Rechtsfolge auseinander gerissen würden.<sup>50</sup> Des Weiteren nimmt der Begriff der Angemessenheit in der Rechtsfolge noch auf § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG Bezug mit dem Zweck, einen Teilungsmaßstab vorzugeben. Der Begriff wirkt sich also nicht darauf aus, ob damit nur das auffällige Missverhältnis oder das Missverhältnis insgesamt beseitigt wird. Die im Tatbestand enthaltene Handlungsanweisung gibt vielmehr vor, dass nur das auffällige Missverhältnis zu beseitigen ist. Außerdem ist das auch mit der Gleichbehandlung von Urhebern zu begründen, bei denen zwar ein Missverhältnis, aber noch kein für den Anspruch nach § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG ausreichendes, auffälliges Missverhältnis besteht. Urheber, die in den Genuss dieses Anspruchs kommen, erhalten – bezogen auf das bloße Missverhältnis – also auch nicht mehr. Schließlich entspricht dies auch den Interessen des Verwerters, dem durch die Zahlung einer hohen angemessenen Vergütung bei § 32a UrhG ein weiter Prognosespielraum zur Verfügung steht. Dies ist dadurch zu honorieren, dass ihm dieser Spielraum auch betragsmäßig erhalten bleibt.<sup>51</sup>

### 3 Weitere Beteiligung im Durchgriff

Nach § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG haftet ein Dritter, der eine Lizenz erworben hat, dem Urheber unmittelbar nach Maßgabe des § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG unter Berücksichtigung der Beziehungen in der Lizenzkette, wenn sich das auffällige Missverhältnis aus seinen Erträgen oder Vorteilen ergibt. Gemäß § 32a Abs. 2 S. 2 UrhG entfällt dann die Haftung des Lizenzgebers. Da der Anspruch nach Maßgabe des § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG gegeben ist, kann damit grundsätzlich auf die Ausführungen zur Auslegung dieser Vorschrift verwiesen werden, so dass hier nur noch Besonderheiten zu erläutern sind. Der Verweis gilt insbesondere auch für die dort erarbeitete Formel zur Berechnung des Anspruchs.

Allerdings stellt sich zusammenhängend damit die Frage, weshalb es im Rahmen des Durchgriffsanspruchs eigentlich gerechtfertigt ist, auf die Differenz zwischen den Erträgen *ex post* des Folgeverwerters und den Erträgen *ex ante* des Erstverwerters abzustellen und sodann die Auffälligkeit des Missver-

<sup>46</sup>Der Anspruch wird (*Berger*, GRUR 2003, S. 678) deshalb auch materiellrechtlich als auf Zahlung von Geld gerichtet verstanden.

<sup>47</sup>*Berger*, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 288; *Grobys/Foerstl*, NZA 2002, S. 1018.

<sup>48</sup>*BGH*, GRUR 2002, S. 155; *OLG München*, ZUM 2003, S. 686; *OLG München*, ZUM 2003, S. 972; zustimmend *Schricker*, JZ 2002, S. 150; anderer Ansicht noch *OLG München*, ZUM 2001, S. 1000 f.

<sup>49</sup>*Berger*, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 290; *Erdmann*, GRUR 2002, S. 927; *Schmidt*, ZUM 2002, S. 788; *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, PK-UrhR, § 32a Abs. 25.

<sup>50</sup>So jetzt – mit bereicherungsrechtlicher Wertung – auch *Berger*, GRUR 2003, S. 680; *Kotthoff* in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, HK-UrhR, § 32 Abs. 20 f.

<sup>51</sup>*Kotthoff* in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, HK-UrhR, § 32a Abs. 21.

hältnisses an der vom Erstverwerter geschuldeten angemessenen Vergütung festzumachen. Schließlich besteht zwischen dem Urheber und dem Folgeverwerter kein Vertragsverhältnis. Der Ausgangspunkt besteht sicherlich darin, den Urheber am gesamten Verwertungsprozess zu beteiligen. Dabei muss aber die Überlegung berücksichtigt werden, dass Erträge und Vorteile nicht beliebig vermehrbar sind. Vielmehr geht es im Grundsatz darum, eine Verschiebung des Verwertungsschwerpunkts<sup>52</sup> einzubeziehen. Zu denken ist dabei an die Konstellation, dass der Erstverwerter sich – etwa aufgrund seiner beschränkten Verwertungsmöglichkeiten – mit einer Grundverwertung begnügt, die darin besteht, Folgeverwertern Lizenzen einzuräumen, so dass die aus dem werkgerechten Gebrauch folgenden Erträge und Vorteile von anderen erzielt werden. Folglich stehen Ertrag *ex ante* und *ex post* des Erstverwerter nicht unbedingt in einem Missverhältnis. Dennoch wurde die angemessene Vergütung auf der Grundlage aller Erträge und Vorteile, die erzielbar sind, bemessen. Deshalb ist es auch gerechtfertigt, diese Ertragslage bei der Berechnung des Durchgriffsanspruchs zu berücksichtigen. Gleiches gilt für die Berücksichtigung der angemessenen Vergütung selbst.

Im Hinblick auf das Merkmal der Erträge und Vorteile eines Dritten gilt der Grundsatz, dass nur der Verwerter vom Urheber in Anspruch genommen werden kann, bei dem die besonderen Erträge und Vorteile aus der Werknutzung auch angefallen sind.<sup>53</sup> Das ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, wonach jeder Verwerter nur für eigene Erträge und Vorteile einzustehen hat.<sup>54</sup> Vor dem Hintergrund, dass die vertraglichen Beziehungen in der Lizenzkette zu berücksichtigen sind, haftet deshalb nicht der Folgeverwerter, sondern der Erstverwerter, wenn der beim Folgeverwerter anfallende Ertrag aufgrund des Lizenzvertrags an den Erstverwerter weitergegeben wird.<sup>55</sup> In diesem Fall kann der Folgeverwerter dem Urheber gegenüber somit einwenden, dass er aufgrund seiner vertraglichen Verpflichtung dem Erstverwerter gegenüber zur Gewinnabführung verpflichtet ist.<sup>56</sup>

Soweit die Vergütung nach einer gemeinsamen Vergütungsregel oder tarifvertraglich bestimmt worden ist, hat der Urheber nach § 32a Abs. 4 UrhG keinen „Anspruch nach Absatz 1“. Dieser Ausschluss erstreckt sich allerdings auch auf den Anspruch nach § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG. Diese Vorschrift weist nämlich ebenfalls auf § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG, bei dem die Modalitäten der Bestimmung der Vergütung als negatives Tatbestandsmerkmal zu prüfen ist, so dass es auch bei § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG gilt. Für diese Interpretation spricht auch der Normzweck des § 32a Abs. 4 UrhG. An der aus gemeinsamen Vergütungsregeln oder Tarifverträgen folgenden Rechtssicherheit sollen auch Lizenznehmer teilhaben.<sup>57</sup>

Im Rahmen der Rechtsfolge des Anspruchs ist zu beachten, dass der Dritte mit dem Urheber in keiner vertraglichen Beziehung steht. § 32a Abs. 2 S. 1 UrhG begründet daher keinen Anspruch auf Vertragsänderung, sondern einen gesetzlichen Anspruch auf Zahlung. Der Begriff der Haftung ist dabei untech-

<sup>52</sup>Vergleiche *Brauner*, ZUM 2004, S. 98.

<sup>53</sup>*Berger*, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 303; *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, PK-UrhR, § 32a Abs. 30.

<sup>54</sup>*Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, PK-UrhR, § 32a Abs. 30.

<sup>55</sup>So im Ergebnis dann auch *Reinhard/Distelkötter*, ZUM 2003, S. 271.

<sup>56</sup>*Berger*, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 302.

<sup>57</sup>*Berger*, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 287.

nisch zu verstehen; die Bestimmung begründet eine eigene Verpflichtung des Dritten, nicht nur eine Haftung seines Vermögens für eine fremde Schuld.<sup>58,59</sup>

§ 32a Abs. 2 S. 2 UrhG, wonach die Haftung des Lizenzgebers entfällt, hat zunächst vor allem den Zweck zu verhindern, dass der Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung mehrfach geltend gemacht wird in der Art, dass die zugrunde liegenden Erträge mehrfach abgeschöpft werden. Vor dem Hintergrund, dass der Anspruch aber ohnehin nur dann greift, wenn die Erträge bei dem in Anspruch Genommenen angefallen sind, ist nicht ganz einfach verständlich, worauf sich die Enthaltung des Lizenzgebers eigentlich bezieht.<sup>60</sup> Dies ist wiederum mit der Ertragsstruktur in der Lizenzkette zu erklären. Die Erträge des Erstverwerters ergeben sich bei der Lizenzierung aus der Einräumung der Lizenz. Unter dem Aspekt der Wertschöpfung sind die Erträge des Erstverwerters dabei aber bereits in den Erträgen des Folgeverwerters enthalten. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Erträge des Folgeverwerters bezogen auf den Umfang der ihm eingeräumten Lizenz größer sind als die Erträge des Vorverwerters.<sup>61</sup> Deshalb entfällt die Haftung desjenigen Verwerters, dessen Erträge in denen des folgenden Verwerters enthalten sind.<sup>62</sup> § 32a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 UrhG unterliegt also einer Art Vorwärtsprinzip. Der Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung besteht – abgesehen von weitergereichten Erträgen – immer gegen den in der Lizenzkette vom Urheber am weitesten entfernten Verwerter, sofern dessen Erträge und Vorteile tatsächlich in einem auffälligen Missverhältnis zur Vergütung des Urhebers stehen.<sup>63</sup> Es wird deshalb durchaus schwierig sein, die Ansprüche nach § 32a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 UrhG durchzusetzen.<sup>64</sup> Sofern dem Urheber – und das ist wohl der Regelfall – die Lizenz- und die tatsächlichen Ertragsverhältnisse nicht genau bekannt sind, wird er angefangen beim Erstverwerter der Reihe nach gegen jeden Lizenznehmer einen Anspruch auf Auskunft<sup>65</sup> geltend machen müssen,<sup>66</sup> um sich auf diese Weise vorwärts bis zum wirklich Haftenden zu arbeiten. Bei langen und verzweigten Lizenzketten kann damit ein beträchtlicher zeitlicher und finanzieller Aufwand einhergehen, der sich entsprechend auf die Einschätzung des Risikos von Kosten und Nutzen auswirkt. Die weitere angemessene Beteiligung scheint daher weniger im rechtlichen,<sup>67</sup> sondern mehr im praktischen Sinn als Ausnahmean-spruch konzipiert zu sein.

<sup>58</sup> Berger, Das neue Urhebervertragsrecht, Abs. 305, 306.

<sup>59</sup> Der Begriff ist in gewisser Weise dennoch gerechtfertigt, weil es um eine Verschiebung des Verwertungsschwerpunkts geht. Dafür haftet der Dritte.

<sup>60</sup> Reinhard/Distelkötter, ZUM 2003, S. 271.

<sup>61</sup> Das sehen auch Reinhard/Distelkötter, ZUM 2003, S. 273.

<sup>62</sup> § 32a Abs. 2 S. 2 UrhG ist also eine gelungene und sehr sinnvolle Regelung, die keinesfalls gestrichen oder abändernd ausgelegt werden darf (anderer Ansicht Reinhard/Distelkötter, ZUM 2003, S. 271), wenn an dem durch die §§ 32, 32a UrhG aufgestellten System festgehalten werden soll.

<sup>63</sup> So wohl auch Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger, PK-UrhR, § 32a Abs. 30; Zirkel, ZUM 2004, S. 630; anderer Ansicht – und zum Teil Scheinprobleme aufwerfend – anscheinend Brauner, ZUM 2004, S. 98 ff.; Schulze in: Dreier/Schulze, UrhG, § 32a Abs. 53.

<sup>64</sup> Reinhard/Distelkötter, ZUM 2003, S. 272.

<sup>65</sup> Vergleiche OLG München, NJW-RR 2000, S. 1214.

<sup>66</sup> Zentek/Meinke, Urheberrechtsreform 2002, S. 58, 73.

<sup>67</sup> Es wird sich noch zeigen müssen, ob im Rahmen der angemessenen Vergütung eine realistische Ertragsprognose möglich ist. Gelingt es nicht, dieses Rechtsinstrument wie vorgesehen einzusetzen, so wird recht häufig ein deutliches Missverhältnis zwischen Erträgen *ex post* und *ex ante* bestehen. Die Schwelle der Auffälligkeit ist dann nicht allzu hoch. Ein Anspruch auf weitere angemessene Beteiligung ist deshalb nicht nur bei Best- und Longsellern möglich.

## 4 Zusammenfassung

Die §§ 32, 32a UrhG stehen in einem engen systematischen Verhältnis. § 32a UrhG erfüllt gegenüber § 32 UrhG eine wichtige Korrekturfunktion, die aufgrund der schwierigen, im Rahmen des § 32 UrhG anzustellenden Ertragsprognose unabdingbar ist. § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG enthält auf der Tatbestandsseite eine sehr schwer verständliche Handlungsanweisung zur Ermittlung des auffälligen Missverhältnisses zwischen Erträgen und Gegenleistung. Der Ertragsbegriff des § 32a UrhG ist brutto als Umsatz zu verstehen. Der Begriff der Gegenleistung nimmt auf die angemessene Vergütung Bezug, wenn die vereinbarte nicht höher ist. Der für die weitere Beteiligung zugrunde zu legende Betrag – das auffällige Missverhältnis – ergibt sich aus der Differenz von Ertrag *ex post*, Ertrag *ex ante* und Prognosespielraum, der als Richtwert 100 % der angemessenen Vergütung betragen kann. Dieser Differenzbetrag ist zwischen Urheber und Verwerter nach dem Maßstab des § 32 Abs. 2 S. 2 UrhG zu teilen. Auf diese Weise kann die Struktur des Anspruchs auf weitere Beteiligung in eine einfache Formel gebracht werden. Auf Rechtsfolgenseite ist davon auszugehen und weiter zu beachten, dass nur das auffällige Missverhältnis zu beseitigen ist, nicht das Missverhältnis insgesamt. § 32a Abs. 2 UrhG erweitert das dem Urheber zur Verfügung stehende Anspruchsspektrum auf Dritte, die das Werk des Urhebers aufgrund einer vom Verwerter eingeräumten Lizenz verwerten. Die Regelung etabliert eine Art Vorwärtsprinzip, das dazu führt, dass der Anspruch auf weitere Beteiligung – abgesehen von weitergereichten Erträgen – immer gegen den in der Lizenzkette vom Urheber am weitesten entfernten Verwerter besteht, sofern dessen Erträge und Vorteile tatsächlich in einem auffälligen Missverhältnis zur Vergütung des Urhebers stehen.

## Literatur

- Schricker, Gerhard:** Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21. Juni 2001 – I ZR 245/98 – Kinderhörspiele. JZ, 2002, S. 149–150.
- Berger, Christian:** Grundfragen der “weiteren Beteiligung” des Urhebers nach § 32a UrhG. GRUR, 2003, S. 675–680.
- Berger, Christian:** Das neue Urhebervertragsrecht. Baden-Baden, 2003.
- Brauner, Frank:** Das Haftungsverhältnis mehrerer Lizenznehmer eines Filmwerks innerhalb einer Lizenzkette bei Inanspruchnahme aus § 32a UrhG. ZUM, 2004, S. 96–104.
- Dietz, Adolf:** Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung. In: Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag. München, 1995, S. 1–50.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot:** Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz. Kommentar. München, 2004.
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid:** Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht. Heidelberg, 2004.
- Erdmann, Willi:** Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit. GRUR, 2002, S. 923–930.
- Fuchs, Thomas:** Die angemessene Vergütung des Urhebers. KUR, 2005, S. 114–119 (URL: <http://delegibus.com/2005,1.pdf>).
- Grobys, Marcel/Foerstl, Uli:** Die Auswirkungen der Urheberrechtsreform auf Arbeitsverträge. NZA, 2002, S. 1015–1019.
- Grzeszick, Bernd:** Der Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung: Zulässiger Schutz jenseits der Schutzpflicht. AfP, 2002, S. 383–390.

- Götting, Horst-Peter:** Urheberrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen. In: Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag. München, 1995, S. 53—75.
- Haupt, Stefan/Flisak, Damian:** Angemessene Vergütung in der urheberrechtlichen Praxis. KUR, 2003, S. 41—48.
- Hilty, Reto/Peukert, Alexander:** Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext. GRUR Int, 2002, S. 643—667.
- Jacobs, Rainer:** Das neue Urhebervertragsrecht. NJW, 2002, S. 1905—1908.
- Jani, Ole:** Der Buy-Out-Vertrag im Urheberrecht. Berlin, 2003.
- Kohte, Wolfhard:** Vertragsfreiheit und gestörte Vertragsparität. Zugleich Bemerkungen zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Oktober 1993 – 1 BvR 567, 1044/89. ZBB, 1994, S. 172—178.
- Loewenheim, Ulrich:** Handbuch des Urheberrechts. München, 2003.
- Maracke, Catharina:** Die Entstehung des Urheberrechtsgesetzes von 1965. Berlin, 2003.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim et al.:** Kommentar zum deutschen Urheberrecht. Band 1, München, 2003.
- Nordemann, Wilhelm:** Das neue Urhebervertragsrecht – Ein Grundriss. München, 2002.
- Ory, Stephan:** Das neue Urhebervertragsrecht. AfP, 2002, S. 93—104.
- Reinhard, Tim/Distelkötter, Julia:** Die Haftung des Dritten bei Bestsellerwerken nach § 32a Abs. 2 UrhG. ZUM, 2003, S. 269—275.
- Schack, Heimo:** Urhebervertragsrecht im Meinungsstreit. GRUR, 2002, S. 853—859.
- Schierenberg, Giso:** § 31 Abs. 5 UrhG im Kontext des neuen Urhebervertragsrechts. AfP, 2003, S. 391—395.
- Schmid, Matthias/Wirth, Thomas:** Urheberrechtsgesetz. Handkommentar. Baden-Baden, 2004.
- Schmidt, Uwe:** Der Vergütungsanspruch des Urhebers nach der Reform des Urhebervertragsrechts. ZUM, 2002, S. 781—790.
- Seifert, Reinhardt:** Der Angestellte mit Provisionsbezahlung? DB, 1979, S. 2034—2039.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried:** Praxiskommentar zum Urheberrecht. München, 2002.
- Wimmers, Jörg/Rode, Tibor:** Der angestellte Softwareprogrammierer und die neuen urheberrechtlichen Vergütungsansprüche – Argumente für die Fortgeltung der bisher geltenden Grundsätze auch nach dem neuen Urhebervertragsrecht. CR, 2003, S. 399—404.
- Zentek, Sabine/Meinke, Thomas:** Urheberrechtsreform 2002 – Die neuen Rechte und Pflichten für Urheber und Verwerter. Freiburg im Breisgau, 2002.
- Zirkel, Markus:** Der angestellte Urheber und § 31 Abs. 4 UrhG. ZUM, 2004, S. 626—634.

## Rechtsprechung

- BVerfG:** Urteil vom 7. Februar 1990 – 1 BvR 26/84. BVerfGE, 81 [1990], S. 242—263 (URL: <http://lexetius.com/1990,186>).
- BGH:** Urteil vom 27. Juni 1991 – I ZR 22/90 – Horoskop-Kalender. BGHZ, 115 [1992], S. 63—69 (URL: <http://lexetius.com/1991,391>).
- BVerfG:** Urteil vom 19. Oktober 1993 – 1 BvR 567/89. BVerfGE, 89 [1993], S. 214—236.
- BVerfG:** Urteil vom 6. Februar 2001 – 1 BvR 12/92. BVerfGE, 103 [2001], S. 89—111 (URL: <http://lexetius.com/2001,22>).

- OLG München:** Urteil vom 7. Juni 2001 – 29 U 2196/00. ZUM, 2001, S. 994—1002.
- BGH:** Urteil vom 13. November 2001 – XI ZR 82/01. NJW, 2002, S. 746—747 (URL: <http://lexetius.com/2001,1904>).
- BAG:** Urteil vom 21. November 2001 – 5 AZR 158/00. BAGE, 100 [2003], S. 13—24 (URL: <http://lexetius.com/2001,2246>).
- OLG München:** Urteil vom 22. Mai 2003 – 29 U 4573/02. ZUM, 2003, S. 684—688.
- OLG München:** Urteil vom 28. August 2003 – 29 U 5597/02. ZUM, 2003, S. 970—974.
- BGH:** Urteil vom 21. Juni 2001 – I ZR 245/98 – Kinderhörspiele. GRUR, 2002, S. 153—156 (URL: <http://lexetius.com/2001,1458>).
- OLG München:** Urteil vom 25. November 1999 – 29 U 2437/97 – TESHY-M2. NJW-RR, 2000, S. 1211—1214.