



Augsburger Str. 33 \* 10789 Berlin \* Tel.: 030-21005159 \* [www.regieverband.de](http://www.regieverband.de)

Staatskanzlei Sachsen-Anhalt  
Herrn StMin Dr. Rainer Robra  
Hegelstraße 40 – 42

39104 Magdeburg

*Per E-Mail: [stellungnahme.telemedienauftrag@stk.sachsen-anhalt.de](mailto:stellungnahme.telemedienauftrag@stk.sachsen-anhalt.de)*

Berlin, 7.7. 2017

### ***Stellungnahme Konsultation Telemedienauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks***

Sehr geehrter Herr Dr. Robra,

Regisseure sind die zentralen Urheber eines Fernsehwerks und damit wesentlich verantwortlich für den Inhalt und die ästhetische Gestalt des fiktionalen wie des dokumentarischen Programmangebots von ARD und ZDF sowie ihren weiteren Ausspielkanälen, Sparten- und Digitalprogrammen. Der BUNDESVERBAND REGIE e.V. (BVR) vertritt die sozial-, medien- und rechtspolitischen Interessen von mehr als 700 Regisseuren/innen. Dazu gehören vor allem die urheberrechtlichen und die rundfunkrechtlichen Rahmenbedingungen, die gelegentlich in einem schwierigen Spannungsverhältnis zueinander stehen. Die Ausformulierung der grundlegenden Rahmenbedingungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks betrifft nicht nur die Strukturen von ARD und ZDF und deren Angestellte, sondern in wahrscheinlich noch größerem Umfang auch die Urheber der Fernsehwerke, die ausübenden Künstler und sonstige Film- bzw. Fernsehschaffende. Für sie sind die Auswirkungen rundfunkrechtlicher Vorgaben zumeist existenziell. Dieser Zusammenhang wird in den medienpolitischen Debatten leicht vergessen. Wir erlauben uns deshalb, vor allem aus der urheber- und vertragsrechtlichen Perspektive der Schöpfer der Film- und Fernsehwerke Stellung zu nehmen zu den beträchtlichen Auswirkungen, welche der Vorschlag der Rundfunkreferenten zur Neugestaltung des Telemedienauftrags der öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten haben dürfte.

### **Auswirkungen des Telemedienkonzepts auf Wettbewerb und VoD-Markt**

2016 hat die ARD für ihre zentrale Mediathek *DasErste.de* eine erhebliche Erweiterung des Einstellrahmens insbesondere für fiktionale Fernsehwerke vorgenommen. Die ursprüngliche Verweildauer von 7 Tagen ist schon seit längerem obsolet, das ZDF hatte hier bereits frühzeitig erhebliche längere Einstellzeiten vorgenommen. Bei der ARD sind aktuell Daily

Soaps und andere tägliche Unterhaltungsserien nicht mehr 7 Tage, sondern nach der Genehmigung des erweiterten Telemedienkonzepts für *DasErste.de* durch den Rundfunkrat des BR bis zu 90 Tage einstellbar. Das ist eine Steigerung von mehr als 1250 %! Wöchentliche Serien sind nicht mehr 6 Wochen, sondern bis zu 6 Monate einstellbar, was eine Steigerung von mehr als 400 % bedeutet! Reihen (insb. der Quotenhit „Tatort“) sind nicht mehr 3 Monate, sondern bis zu 6 Monaten einstellbar. Das entspricht einer Steigerung von 100 %.

Begründet wurde die mehr als beträchtliche Ausdehnung mit der Abweichung von Verweildauerkonzepten bei einigen Landesrundfunkanstalten der ARD. Warum hier eine normierende Angleichung auf dem höchsten Level notwendig ist und keine Differenzierung erlaubt sein soll, erschließt sich angesichts der sonst weit verbreiteten Heterogenität der Landesrundfunkanstalten nicht. Wenn jeder öffentlich-rechtliche Telemedienanbieter die Vergleichsnorm stets nach einem frei bestimmbar höheren Vergleichsmaßstab ausrichten kann, machen Differenzierungen und Beschränkungen der Verweildauer tatsächlich wenig Sinn. Dies umso mehr, da die Genehmigung der Konzepte durch den eigenen Rundfunkrat erfolgt, der stets weniger einem gesamtgesellschaftlichen Prüfblick als vielmehr den Interessen des eigenen Hauses folgt. Das aufwändige Prüfverfahren der bestehenden Telemedienkonzepte von ARD, Landesrundfunkanstalten und vom ZDF hat etwas Selbstgenügsames, bei dem das Ergebnis von vornherein feststand. Kaum jemand in den prüfenden Rundfunkräten war sachlich wie fachlich in der Lage, den ausgefeilten pro domo-Konzepten der Anstalten Alternativen entgegen zu setzen. Dass diese zudem die Annahme der Telemedienkonzepte in der eingebrachten Form als existenziell überlebenswichtig für den Fortbestand des öffentlich-rechtlichen Rundfunks deklarierten, hat kritische Prüfblicke gar nicht erst aufkommen lassen.

Es mag sein, dass dies den Rundfunkreferenten der Länder nicht völlig verborgen geblieben ist. Vielleicht war dies ein Grund für die von ihnen vorgeschlagene Lösung, die regulatorischen Dämme bei Verweildauerbegrenzungen aufzulösen und im Vorschlag für einen neu formulierten Telemedienauftrag für Eigen-, Auftrags- und Co-Produktion keine Einschränkungen bezüglich der Verweildauer mehr einzuziehen. Einzig für angekaufte europäische Spielfilme und Serien, sieht § 11 d Abs. 2) Ziff. 2 eine Beschränkung auf bis zu 30 Tage nach Ausstrahlung vor.

Objektiv gesehen, stellt sich allerdings die Frage, warum die in § 11 d Abs. 2) Ziff. 3 für Großereignisse und Fußball-Bundesliga-Spiele vorgesehene Beschränkung von 7 Tagen (die im Übrigen einen international weit verbreiteten Lizenzierungszeitraum beschreibt), nicht auch für fiktionale Auftragsproduktionen in Erwägung gezogen wird? Der Grund dürfte darin liegen, dass der Lizenzgeber DFL bei Fußballspielen eigene digitale und nonlineare Verwertungsinteressen hat und deshalb entsprechende Einschränkungen durchsetzt. Ähnliche Verwertungsplattformen existieren für dokumentarische wie für fiktionale Fernsehwerke jedoch nur rudimentär. Nach dem Scheitern der zentralen kommerziellen Verwertungsplattform *Germany's Gold*, hat es in Deutschland keine weiteren nennenswerten Aktivitäten zum Aufbau von kommerziellen Mediatheken oder kostenpflichtigen Video on Demand (VoD)-Diensten für fiktionale Fernsehwerke gegeben. Der Grund dafür ist schlicht: gegen die kostenlos nutzbaren Mediatheken öffentlich-rechtlicher Anstalten hat keine privatwirtschaftliche Initiative eine Chance. Günstiger als Null geht eben nicht.

Als erstes medienpolitisches Zwischenergebnis ist festzuhalten: Der verständliche Wunsch des einzelnen Gebührenzahlers, fiktionale Fernsehwerke, die ARD und ZDF in Auftrag gegeben haben, zu jeder Zeit und an jedem Ort sehen zu wollen, hat zu

medienwirtschaftlicher Zurückhaltung bzw. Abstinenz im Aufbau von VoD-Plattformen für deutsche Spiel- und Fernsehfilme geführt!

Der dadurch entstandene VoD-Markt für Fernsehwerke in Deutschland hat oligopolistische Züge. Kleine Nischenanbieter, wie etwa *onlinefilm.org* für künstlerische und für Dokumentarfilme, oder *alleskino.de* für Spielfilme der 1960 bis 1980er Jahre haben es schwer. Denn sie laufen stets Gefahr, frühzeitig durch die Marktmacht eines mit Gebührengeldern querfinanzierten öffentlich-rechtlichen on demand-Angebots erdrückt zu werden, nachdem sie gegen das Pay TV des Murdoch-Konzerns und die Online-Derivate der privatwirtschaftlich organisierten Großkonzerne und ihre Sendergruppen ohnehin wenig Spielraum haben.

Noch dramatischere Verdrängungsauswirkungen könnten zeitlich völlig entgrenzte Mediatheken des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für den DVD-Markt haben: Wenn eine Sendung kostenlos herunterladbar ist, dann besteht für den Verbraucher/Nutzer kein Grund, sie kostenpflichtig als DVD zu erwerben. Die ARD beschneidet damit einen bereits existierenden Vertriebsweg und verhindert entweder die Vermarktung per DVD durch Produzent oder Urheber oder aber deren Erlösbeteiligungsansprüche. Diese Gründe nehmen in ihrer Bedeutung proportional mit der Länge der Mediatheken-Einspeisung zu. Je länger die Verweildauer, desto höher ist der Verdrängungsschub gegenüber anderen kostenpflichtigen digitalen Distributionsformen. Mittel- und langfristig besteht die Gefahr, dass andere on demand-Angebote verdrängt bzw. im Keime erstickt und sowohl Gesamtzuschauerzahl wie Diversität im Titelangebot schrumpfen könnten.

Um kein Missverständnis aufkommen zu lassen: der BUNDESVERBAND REGIE ist nicht der Auffassung, dass ARD und ZDF nur senden sollten (was allerdings ihr Kerngeschäft ist und bleiben sollte). Ihnen ist eine sinnvolle Entwicklung auch in der nonlinearen Verbreitung einzuräumen. Allerdings sollte hier ein Mehrwert zur Sendung entstehen und diese nicht allein deshalb verfügbar gemacht werden, um die Bequemlichkeit des potenziellen Zuschauers zu befriedigen, was für die Anstalten den relativ attraktiven Nebeneffekt hat, dass sie Wiederholungshonorare an Autoren und Regisseure sparen.

Ein wirklich zeitgemäßes Telemedienkonzept für die öffentlich-rechtlichen Anstalten müsste eine dramaturgisch und programmästhetisch fruchtbar gemachte Abstufung vornehmen zwischen dem kostenfreien Angebot von zeitlich begrenzt verfügbaren Fernsehfilmen und Serien, etwas länger verfügbaren tagesaktuellen Beiträgen, Magazinbeiträgen, Clips sowie die Sendung vertiefenden Zusatzangeboten und einem kostenpflichtigen on demand Angebot von kompletten Sendungen und Filmen.

Eine solche Differenzierung nimmt beispielsweise das online-Konzept von RTL sehr konsequent und das von SAT.1 zumindest teilweise vor. Auf der zentralen Webseite *rtl.de* sind von fiktionalen Serien nur Ausschnitte oder Clips zu sehen. Auf der zentralen Webseite *sat1.de* sind zu fiktionalen Serien ebenfalls überwiegend Ausschnitte, Clips oder Interviews zu sehen, hier sind außerdem zu einzelnen Serien nur in der vorangehenden Woche ausgestrahlte Folgen in voller Länge eingestellt. Es findet also eine durch Verlinkung vernetzte, auf den Plattformen aber gezielt praktizierte Trennung von kostenfreien Informations-, Vertiefungs- und Unterhaltungsangeboten und kostenpflichtigen on demand-Angeboten kompletter fiktionaler Werkformen etwa auf *maxdome.de* oder *tvnow.de*.

### **Urheberrechtliche Verbiegung und gesellschaftlicher Auftrag**

In Erinnerung zu rufen ist der rechtliche Charakter der Mediatheken-Einspeisung. Bei der rechtlichen Qualifizierung der digitalen Video-Einspeisung in Datenbanken und dadurch

ermöglichten Nutzungshandlungen handelt es sich um Formen der öffentlichen Zugänglichmachung, die nicht identisch oder synonym ist mit der Sendung. Die öffentliche Zugänglichmachung ist urheberrechtlich eine eigenständige Nutzungsart (geregelt im § 19a UrhG) und unterscheidet sich deutlich von der Sendung (§ 20 UrhG). Die technische und die Nutzungskonvergenz, die wir zur Zeit erleben, erlaubt nicht, die beiden Nutzungsarten automatisch in eins zu setzen – nur weil dies für den Nutzer und für die Anstalten bequem ist und die notwendige Rechtssicherheit so einfach erzeugt wird.

Die rechtlich nicht zulässige Subsumierung des online-Rechts unter das Senderecht setzt aber der Telemedienvorschlag der Rundfunkreferenten gewissermaßen voraus, wenn er ohne zeitliche und sachlich-technische Differenzierung die Internet-Transmission von Fernsehwerken als zeitlich beinahe beliebig weit auszulegenden kommunikativen Auftrag annimmt.

Die Auswirkungen dieser populären Ineinssetzung sind sowohl in rechtlicher wie in sozialer Hinsicht nicht unbeträchtlich. Medienpolitik sollte gesellschaftliche Wirkungszusammenhänge nicht ausblenden. Sie seien hier kurz erinnert. Die soziale, Gemeinschaft stiftende Rezeption gerade von fiktionalen Werken ist seit langem bekannt. Unter diesem Blickwinkel erscheint die Aufsplitterung des Programms öffentlich-rechtlicher Anstalten in fragmentarisierte Rezeptionsformen sozial und gesellschaftlich vielleicht doch nicht so erstrebenswert wie es die vermeintliche Freiheit zeit- und ortsunabhängiger Konsumtion verheißt. Der eigentliche kommunikative Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, zu einem verabredeten Zeitpunkt große Teile der Gesellschaft mit der Sendung an einem ‚virtuellen Lagerfeuer‘ zu versammeln und mit einem für alle Zuseher identischen Inhalt zu befassen, wird mit unreguliertem Mediathekenangebot letztlich ausgehebelt. Ein Grundpfeiler des öffentlich-rechtlichen Programms, nämlich Gemeinschaft zu stiften, wird damit von den Anstalten eigenhändig angesägt. Es ist wahrscheinlich sogar der Ast, auf dem die Anstalten sitzen. Ob sie die Kompetenz und Qualität, die sie im Programmfernsehen erreicht haben, ohne weiteres im viel schneller, oberflächlicher, dafür reizstärker und kleinteiliger agierenden online-Medien entfalten werden, ist durchaus fraglich.

Den meisten Grundfragen der „zeitgemäßen Gestaltung“ linearer und nonlinearer Medienkommunikation sind im Vorschlag der Rundfunkreferenten nicht thematisiert. Da auch keine Begründung beigegeben ist, hat der Vorschlag weitgehend Behauptungscharakter. Einige dieser Grundfragen seien hier gestellt. Etwa: Müssen die Verweildauern fiktionaler Werke freigegeben werden, weil extensive Heavy-User, die Welt und Gesellschaft überwiegend medial konsumieren, größere Bequemlichkeit verlangen oder weil diese hedonistische Nutzung hohe Zuwachsraten verspricht? Geben neue Nutzungsmuster einer hinsichtlich der Gesamtnutzung des ARD- und ZDF-Programms relativ kleinen Usergruppe die Parameter für die Programmnutzung insgesamt vor? Ist es ein so großes Zuschauerverlangen (im gesamtgesellschaftlichen Maßstab), mehrere Serienfolgen hinter einander sehen zu können (so genanntes „binge-watching“), dass sich die Struktur des öffentlich-rechtlichen Rundfunks insgesamt an diesem doch eher peripheren Nutzungsverhalten ausrichten muss?

Der Zuschauer kann verpasste Folgen auch in 7 oder 14 Tagen nachholen, und er kann in diesem Zeitraum auch mehrere Folgen sehen. So zeigt etwa eine Studie zur Verteilung der Abrufe auf ARD-Mediatheken, dass ca. 80 % aller Mediatheken-Nutzungen im Zeitraum von einer Woche nach der Programmausstrahlung erfolgte. Es geht also gerade mal um 20 % potenzieller Nutzungen für den Zeitraum danach. Das scheinbar unabwiesbare Bedürfnis nach zeitlich unlimitierter Verweildauer vor allem fiktionaler Fernsehwerke in den Mediatheken von ARD und ZDF erscheint vor diesem Hintergrund eher als Forderung einer

Minderheitengruppe von Intensiv-Nutzern, die schnell nonlineare Angebote wechselt - vor allem, wenn sie kostenlos zur Verfügung stehen.

Die eventuell mit der zeitlichen Entgrenzung von Mediatheken von den Anstalten erhoffte Zuschauerbindung ist angesichts des switchenden und zappenden Adressatenkreises wahrscheinlich ein Wunschtraum besorgter Intendanten und Fernsehdirektoren, die um den eigenen, gut gepolsterten Sitz fürchten.

Wir schlagen deshalb vor, dass die Telemedienkonzepte von ARD und ZDF kritisch und unabhängig zu überprüfen sind, ob und wie weit sie den „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft entspricht und ob sie in qualitativer Hinsicht den publizistischen Wettbewerb“ (§ 11 f Abs. 4 Ziff. 1 und 2 Rundfunkstaatsvertrag, RStV) verbessern. Diese Prüfung sollten nicht Rundfunkräte und auch nicht Institute oder Wissenschaftler durchführen, die regelmäßig Gutachten und Analysen für die Anstalten fertigen. Es sollte ein unabhängiger Medienrat mit wissenschaftlich qualifizierter Begleitung installiert werden, der solche zentralen Prüfungsvorgänge vornimmt. Die Rundfunkkommission der Länder sollte dabei die Geschäftsführung innehaben.

### **Kartellrechtliche Bedenken**

Die geplanten Änderungen des Rundfunkstaatsvertrags, insbesondere die spezifische Ausgestaltung der Telemedienangebote in § 2 Abs. 2 Ziff. 19 i.V. mit § 11 d und §11 f E-RStV können als kartellrechtlich unzulässige, auf jeden Fall aber bedenkliche Angebote bewertet werden. Anlass für eine solche Bewertung ist die in § 11 d Abs. 4 E-RStV versteckte Zulassung eines gemeinschaftlichen Managements der Mediatheken von ARD, Landesrundfunkanstalten und ZDF, so dass durch Verlinkung eine Art gemeinsame Gesamt-Plattform möglich wird. Im Zusammenwirken der geplanten Änderungen können Telemedienangebote, soweit es sich um Auftragsproduktionen handelt, zeitlich unbegrenzt in Mediatheken eingestellt werden (im Gegensatz zu europäischer Lizenzware) und in eine miteinander (durch Verlinkung) verbundene Mediathek eingestellt werden (§ 11 d Abs. 4 / 6).

Die Marktmacht der aufgrund Verlinkung entstehenden öffentlich-rechtlichen Gesamt-Plattform kann nach dem Marktanteil der TV-Programmangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks insgesamt bestimmt werden. Er betrug im Juni 2017 nach AFK-Angaben: ARD: 10,7%, ZDF: 13,2%, III. Programme: 13,2%, Gesamt also: 37,1 %. Addiert man die von ARD und ZDF mitbetriebenen Kultur- und Spartenkanäle hinzu, wird die üblicherweise angenommene Quote für eine marktbeherrschende Stellung von 40 % bei weitem überschritten. Da fast alle diese Ausspielkanäle eigene Mediatheken anbieten, ist eine marktbeherrschende Stellung durch öffentlich-rechtliche Anstalten im Bereich Video on Demand (VoD) anzunehmen.

Bei ähnlicher Sachlage hat bei einem gebührenfreien aber werberlös-basierten Versuch des Zusammenschlusses der Mediatheken von Pro7Sat1 und RTL das Bundeskartellamt ein Verbot ausgesprochen, welches vom OLG Düsseldorf 2012 bestätigt wurde. Ebenso wurden die Anstalts-Aktivitäten anlässlich der gemeinsam mit Produktionsgesellschaften geplanten VoD-Plattform (Mediathek) *Germany's Gold* in 2013 nur mit Auflagen durch das Kartellamt genehmigt. Diese waren jedoch so einschneidend, dass in der Folge die Rundfunkanstalten das Projekt mit hohen Verlusten beendeten. Trotzdem verwenden ARD und ZDF nach wie vor Gebührengelder zur Finanzierung einer marktbeherrschenden Stellung im Video- (= DVD-) und im VoD Markt, und dies auch ohne jeglichen redaktionellen Zusammenhang zum Rundfunkauftrag.

Die anlasslose und dauerhafte Verweilmöglichkeit von Programm in der angeregten, durch Verlinkung entstehenden öffentlich-rechtlichen Groß-Mediathek zerstört Chancen sowohl etablierter wie zukünftig erwünschter Medienvielfalt vor allem für den Aufbau, aber auch für den dauerhaften Betrieb von VoD-Plattformen oder individualisierten Pay TV-Angeboten. Bisher ist es keinem deutschen Unternehmen, jenseits der Medienkonzerne RTL, Pro7Sat1 sowie den internationalen Großkonzernen Netflix und Amazon gelungen, auf dem deutschen VoD-Markt Fuß zu fassen. Die Vorschläge der Rundfunkreferenten zu weitgehend entgrenzten Einstellzeiten in den Mediatheken von ARD und ZDF zementieren das zuvor skizzierte Oligopol. Die marktbeherrschende Stellung von ARD und ZDF für nationale Film- und Fernsehwerke wird dabei leicht kaschiert durch den Vortritt, den der öffentlich-rechtliche Rundfunk der RTL-Group, Pro7Sat1 sowie Netflix und Amazon in den kommerziellen on demand-Angeboten internationaler Werke lässt.

### **Fehlende Vergütung für Urheber und Kleinrechnung der Kosten**

Unserer Einschätzung nach wird der Aufwand der Anstalten für den Betrieb von Telemedienangeboten seit Jahren bewusst klein gerechnet. Die KEF hat bisher wenig Interesse gezeigt, dem entgegen zu treten und einen Kalkulationsrealismus einzufordern, da es sich hier ja um Minderausgaben handelt. Insbesondere der Kostenbereich Rechteabgeltung für Urheber und Produzenten ist gezielt marginalisiert worden. Für den Erwerb der Nutzungsrechte für die öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) von Urhebern etwa sind in fast allen KEF-Anmeldungen der Anstalten Jahre lang keine Kostenansätze vorgenommen worden.

Da der Vorschlag für einen neu definierten Telemedienauftrag auch die on demand-Zurverfügungstellung von kompletten Werken vorsieht, müsste dafür auch eine Vergütung für Urheber und ggf. auch für Auftragsproduzenten vorgehalten werden. Wenn die Verweildauern, mithin die Nutzungszeiträume für fiktionale Werke entweder vollkommen entgrenzt oder aber stark ausgeweitet werden, so wäre auch die faire und angemessene Vergütung für diese Nutzung in gleicher Dynamik zu erhöhen. Gerade den digitalen Viel-Usern ist es geläufig, dass sie mehr Entgelte an ihren Provider abführen, wenn sie entweder länger oder mit höherem Datenverbrauch nutzen. Ein solcher Grundsatz kommt jedoch bei vergütungsrechtlich in gleichem Maße relevanten Werknutzungen in Mediatheken von ARD und ZDF gegenüber Urhebern bisher nicht zur Geltung.

Erforderlich ist dessen Berücksichtigung aus mehreren Gründen. Zum einen hat jeder Urheber einen gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung (§ 32 UrhG). Gerade auch angesichts der Gebührenfinanzierung des öffentlichen-rechtlichen Rundfunks muss sich diese strikt an den gesetzlichen Vorgaben und Leitbildern orientieren. Diese lauten: eine angemessene Vergütung ist zu bemessen *„nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung aller Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist“* (§ 32 Abs. 2 UrhG). Das dynamisch zu verstehende materielle Beteiligungsprinzip des Urhebers knüpft zudem an grundsätzliche Urteile und langjährige Rechtsprechung des BGH an. Diesen urheberrechtlichen und damit auch eigentumsrechtlichen Grundsätzen stellt sich der Vorschlag der Rundfunkreferenten leider an keiner Stelle.

Damit entspricht er nicht dem Antrag des Landtags NRW an die Rundfunkkommission der Länder, der die Erweiterung von Einstellzeiten in Mediatheken von der Zahlung einer angemessenen Vergütung für Urheber und Auftragsproduzenten abhängig gemacht hat (vgl. Abschnitt III.5. des Protokolls eingestellt auf

<https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-4809.pdf> )

Hinzuweisen ist ferner auf die wichtige Protokollnotiz zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (im Anhang zu § 6). Hier sind die Anstalten aufgefordert worden, in einer Selbstverpflichtung zu erklären, Produktionsunternehmen, Urhebern und Leistungsschutzberechtigten „ausgewogene Vertragsbedingungen“ einzuräumen. Ausgewogen bedeutet, dass kein Vertragspartner übervorteilt wird und der Grundsatz einer angemessenen Vergütung für die Einräumung eines Nutzungsrechts anerkannt wird. Der rundfunkrechtlichen Aufforderung, Urhebern ausgewogene Vertragsbedingungen und eine redliche Vergütung im Sinne von § 32 Abs. 2 UrhG einzuräumen, ist in der häufig noch immer fehlenden oder einseitig festgesetzten, marginalen Vergütung für die Mediathekeneinstellung bisher nicht entsprochen worden.

### **Tarifverträge ohne Wirkung und fehlende Vergütungsdynamisierung analog der Verweildauer**

Der materiellen Beteiligung des Urhebers an den Nutzungsvorgängen seines Werkes wird in den Tarifverträgen der ARD in der Regel durch ein System so genannter Folgevergütungen entsprochen. Wird eine Sendung genutzt, so erfolgt eine weitere Honorierung durch Wiederholungshonorare, in der Höhe abgestuft nach Programmplatz und Sendezeit. Sonstige Verwertungen werden mit Erlösbeteiligungen abgerechnet. Für die Nutzung in Abruf- und online-Diensten sehen die meisten ARD-Tarifverträge (etwa des WDR, SWR, NDR u.a. Anstalten) eine Vergütung von 4,5 % der Erstvergütung für den Urheber vor. Dies gilt jedoch nur für Eigenproduktionen der Anstalten. Fiktionale wie dokumentarische Formate werden jedoch fast ausschließlich in Auftragsproduktionen hergestellt. Hier wird eine Vergütung für Mediatheken-Nutzung in der Regel vorenthalten, insbesondere, wenn ein so genannter Buyout-Vertrag geschlossen wurde.

Selbst die geringe Vergütung aus den Tarifverträgen wird bei der ARD nur in wenigen Fällen tatsächlich gezahlt. Für Auftragsproduktionen haben der BUNDESVERBAND REGIE e.V. und der VERBAND DEUTSCHER DREHBUCHAUTOREN e.V. zwar mit dem ZDF Gemeinsame Vergütungsregeln gemäß § 36 UrhG abgeschlossen, die auch eine Vergütung für die Einstellung eines Werkes in Mediatheken vorsehen. Die hier erzielte Vergütungsabrede musste jedoch mit Abstrichen im Wiederholungshonorar relativ teuer erkauf werden und ist angesichts der rasant steigenden Mediathekennutzung bereits nach 2 Jahren nicht mehr angemessen. Deshalb sind die zugrunde liegenden Vergütungsregeln von beiden Verbänden zum 31.12. 2017 gekündigt worden. Mit der ARD bestehen aktuell überhaupt keine kollektivvertragliche Regelungen für Auftragsproduktionen. Und dies, obwohl etwa der BUNDESVERBAND REGIE seit mehr als drei Jahren darüber verhandelt. Die ARD-Anstalten sind bisher nicht bereit, eine angemessene, redliche und faire, und das heißt angesichts entgrenzter Einstellzeiten eben auch: dynamisch die Intensität und den Umfang widerspiegelnde Vergütung zu vereinbaren.

Anzumerken ist, dass die ohnehin geringe tarifvertragliche Vergütung eigentlich nicht für eine flächendeckende online-Verbreitung kompletter fiktionaler Werke vorgesehen war, sondern als Vergütung für die komplementäre Zurverfügungstellung zusätzlicher Informationsmittel (etwa das Drehbuch, Skizzen, Fotos, Trailer und Interviews mit dem Urheber oder den Hauptdarstellern). Zudem war diese Vergütung von 4,5 % beschränkt auf eine ursprünglich bis zum 31.3. 2003 begrenzte Testphase. Seit diesem Termin ist die Verfügbarkeit von Internet-Anschlüssen drastisch gestiegen. Lag sie 2003 noch bei ca. 40 % der Haushalte, so ist heute nahezu eine Vollversorgung von annähernd 100 % festzustellen. Bis 2003 war die online-Zugänglichmachung von Sendungen nur eine äußerst marginale Randnutzung, allein

schon deshalb, weil schnelle Breitbandnetze zur Übertragung datenvoluminöser Bewegtbilder kaum zur Verfügung standen.

Aus diesen von der Medienpolitik bisher leider kaum berücksichtigten Gründen halten wir die vor 15 Jahren tarifvertraglich gemutmaßte Vergütung von 4,5 % des ursprünglichen wiederholungshonorarfähigen Honorars für wenig geeignet, die potenziell mögliche weltweite on demand-Nutzung via Mediathek oder vernetzter oder verlinkter Plattform angemessen abzugelten. Schon jetzt bewegt sich die Verweildauer in der zentralen ARD-Mediathek *DasErste.de* sowie in der des ZDF für fiktionale Fernsehfilme und Serien bei 3 bis 6 Monaten. Der Freibrief zur zukünftigen Verweildauer, den die Rundfunkreferenten in ihrem Vorschlag ausgestellt haben, lässt vermuten, dass sie noch einmal beträchtlich erweitert werden wird.

Ob die allgemeine Verweisung in § 11 f Abs. 1 ausreicht, Verweildauern dezidiert und differenziert zu begrenzen, erscheint fraglich. Die hier bewusst gelassene Offenheit, werden die Anstalten auf dem von ihnen gut beispielbaren Feld der Telemedienkonzepte in ihrem Sinne auslegen. Zwar soll in Telemedienkonzepten „Zielgruppe, Inhalt, Ausrichtung, Verweildauer sowie die Verwendung internetspezifischer Gestaltungsmittel“ näher beschrieben werden, und es sind mit Ausnahme von Altwerken aus Archiven „differenzierte Befristungen für die Verweildauer vorzunehmen“. Kriterien für die differenzierten Befristungen dürfen jedoch nicht allein Nutzerinteressen sein, sondern die hier genannten, teilweise sogar gesetzlich codifizierten Ansprüche von Urhebern, ausübenden Künstlern und Produzenten müssten ebenfalls integraler Bestandteil von Telemedienkonzepten einschließlich Konzepten zur Finanzierung daraus entstehender angemessener Vergütungsschuld sein. Bisher haben die Telemedienkonzepte genehmigenden Rundfunkräte wenig Verständnis für eine differenzierte Betrachtung von Befristungen aufgebracht. Hier wäre eine rundfunkrechtliche Vorgabe sinnvoll.

Das on demand-Angebot in den Mediatheken des öffentlich-rechtlichen Rundfunks muss in der angemessenen Vergütung für das eingestellte Werk die tatsächliche Nutzung reflektieren. Wird es z.B. mehr als 2 Millionen Mal abgerufen oder verweilt es länger als 1 Monat, so ist davon auszugehen, dass damit eine Ausstrahlung als Sendung substituiert wird. Dann wäre eine angemessene Vergütung zwischen 10 und 50 % des wiederholungsfähigen Honorars anzusetzen.

Es drängt sich angesichts des Missverhältnisses in der Honorierung von Mediatheken-Nutzungen der Eindruck auf, dass insbesondere die ARD noch immer sowohl den urheberrechtlichen Grundsatz des Anspruchs auf angemessene Vergütung wie auch die rundfunkrechtliche Forderung nach Vertrags-Fairness gegenüber Urhebern und Produzenten ausblendet. Das gilt gerade auch für Werke, bei denen die Nutzungsrechte durch so genannte Buyout-Verträge erworben sind. Hier hat sich insbesondere die außerhalb rundfunkrechtlicher Bestimmungen in einer Art Grauzone agierende Degeto Film hervor getan, die überwiegend Buyout-Verträge mit Pauschalhonoraren als Geschäftsbesorger der Landesrundfunkanstalten abgeschlossen hat oder aber Auftragsproduzenten verstärkt dazu drängt, diese mit Urhebern zu vereinbaren. Solche Verträge enthalten zwar die Abtretung der Nutzungsrechte für die öffentliche Zugänglichmachung, dass damit aber auch eine angemessene Vergütung für diese Nutzungsart verbunden ist, bleibt in der Schwebe. Konkret ausgewiesen wird sie in den seltensten Fällen.

An mehreren Stellen der Begründung zur Ausweitung des Telemedienkonzepts für *DasErste.de* wird 2015 behauptet: für Rechteabgeltung und Urhebervergütung „fällt kein



zusätzlicher finanzieller Aufwand an“ (S. 15). Diese Umgehung einer angemessenen Vergütung soll vielmehr dadurch gesteuert werden, dass „die in Frage kommenden Formate nur dort (hinsichtlich der Verweildauer) verlängert werden, wo die Rechtesituation dies zulässt“ (ebd.). Damit könnte sich aber eine Erweiterung der Verweildauer fiktionaler Formate an individualvertragliche Grenzen stoßen. Denn es ist davon auszugehen, dass der Rechteerwerb für die öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG redlicher Weise ohne Hinweis auf eine Verweildauer von 3 oder 6 Monaten Verweildauer in der zentralen ARD-Mediathek erfolgte.

Zwar sind die von Urhebern eingeräumten Nutzungsrechte in der Regel zeitlich nicht limitiert, bei der Zumessung eines Vergütungsanteils für die Nutzung nach § 19a UrhG mussten Produzenten und Urheber in den Individual-Verträgen aber in der Vergangenheit davon ausgehen, dass maximal die bei Vertragsabschluss rundfunkgesetzlich normierte Grund-Verweildauer von 7 – 30 Tagen für öffentliche Zugänglichmachung mit der zumeist pauschal entrichteten Gesamtvergütung abgedeckt ist. Eine erhebliche Erweiterung oder gar völlige zeitliche Entgrenzung der Verweildauer dürfte damit kaum angemessen abgegolten sein. Eine Vielzahl von Urhebern wird einen Anpassungs- oder Nachvergütungsanspruch nach § 32 oder nach 32a UrhG haben. Es stellt sich bei der in problematischer Weise erfolgten Einräumung von online-Nutzungsrechten die Frage, ob angesichts dieser Schieflage nicht die Geschäftsgrundlage dafür entfallen ist?

ARD und ZDF wären gut beraten, hier schnellstmöglich kollektivvertraglich in Vergütungsregeln für Klarstellung zu sorgen und eine angemessene Vergütung bereit zu halten. Erfolgt dies nicht, könnte Rechtsunsicherheit in einer Vielzahl von Fällen entstehen. Der Vorschlag für einen zukunftsweisenden Telemedienauftrag von ARD und ZDF sollte diesen bisher von den Anstalten vernachlässigten Aspekt aufgreifen und vorausschauend Regelungsmechanismen anmahnen oder selbst entwerfen.

## **Zusammenfassung**

- Der Telemedienkonzeptionsvorschlag verabschiedet sich unausgesprochen vom eigentlich zu regelnden und entsprechend zu regulierenden Gegenstand: den als Programm organisierten Rundfunk. Mit einer kaum noch regulierten Verweildauer von Fernsehwerken in VoD-ähnlichen, aber kostenfreien Mediatheken, wird das Programmmedium Rundfunk bzw. Fernsehen zu einer Plattform individueller on demand-Nutzung umgebaut. Die Anbindung an ein gestaltetes Programm wird immer kleiner, die journalistisch-redaktionelle Gestaltung verblasst bzw. wird durch den auf individuellste Aneignung zielenden, ungerichteten Ausspielweg früher oder später obsolet. Gesellschaftliche Diskurse und Verständigungen werden so kaum noch zu führen sein.
- Die angeführten Gründe zur Änderung des Nutzungsverhaltens rechtfertigen die Ausdehnung oder gar Entgrenzung der Verweildauern fiktionaler Werke in den Mediatheken von ARD und ZDF kaum. Eine sozial wie kulturell abwägende Betrachtung des Für und Wider hat nicht stattgefunden. Vielmehr werden Schlagworte eines bestimmten Nutzungsverhaltens synonym für zeitgemäße Nutzung und darauf reagierender Gestaltung von Telemedienangeboten bemüht, die eher einer Minderheit der Bevölkerung zuzurechnen ist.
- Die durch längere Verweildauern in kostenlos zugänglichen Mediatheken erzeugte oder verstärkte Medien-Konvergenz führt zu einer Diskriminierung anderer digitaler

Nutzungsarten und tendenziell zur Zerstörung werthaltiger Zukunftsmärkte, wie etwa kostenpflichtiges video on demand und andere pay-Dienste sowie zur Verdrängung physischer Datenträger einschl. des darauf aufgebauten Retailbereichs (etwa Videotheken).

- Die ausdrückliche Zulassung eines gemeinschaftlichen Managements der Mediatheken von ARD, Landesrundfunkanstalten und ZDF, so dass durch Verlinkung eine Art gemeinsame Gesamt-Plattform möglich wird, begegnet starken kartellrechtlichen Bedenken.
- Die geplante Telemedienkonzeption der Rundfunkreferenten berücksichtigt zentrale urheberrechtliche, damit eigentums- und vermögensrechtliche Grundsätze so gut wie gar nicht und bewegt sich in verfassungsrechtlich bedenklicher Grenznähe. Sie kümmert sich nicht darum, ob einer vom Urheberrecht in § 32 ausdrücklich geforderte angemessene Vergütung für die als zentrale Nutzungsart der Zukunft apostrophierte nonlineare Verbreitung von Fernsehwerken tatsächlich entrichtet wird. Dabei werden auch eigene rundfunkrechtliche Vorgaben beiseitegelassen, wie etwa die in einer Protokollnotiz des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrags zu § 6 geforderte Selbstverpflichtung der Rundfunkanstalten, Urhebern endlich faire Vertragsbedingungen anzubieten.
- Bitte nehmen Sie diese zentrale und bis heute noch immer nicht umgesetzte Forderung als Vorschrift in den Rundfunkstaatsvertrag auf. Es ist an der Zeit, dass der seit 10 Jahren verbreitete Appell endlich eine gesetzliche Ausformulierung und damit Anwendungskraft erhält. Dies gilt in besonderem Maße für eine angemessene Vergütung der öffentlichen Zurverfügungstellung in Telemedien. Dass die je nach Verweildauer sowie nach Nutzungshäufigkeit dynamisiert werden muss, ist im internationalen Lizenzgeschäft seit langem üblich. Dass es gerade öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten immer wieder gelingt, von urheber- wie lizenzrechtlichen Üblichkeiten ab- oder auszuweichen, sollte von den rundfunkrechtlichen Vorgaben für einen zeitgemäßen Telemedienauftrags nicht länger toleriert werden.

Zu weiteren Ausführungen etwa in einer Anhörung stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen  
BUNDESVERBAND REGIE e.V.  
Geschäftsführer

(Dr. Jürgen Kasten)